

147922

T. C.  
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

147922  
İDARENİN TIBBİ HİZMETLERİN YÜRÜTÜLMESİNDEN  
KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Danışman  
Doç. Dr. Kemal GÖZLER

Aziz KÜÇÜK

BURSA 2004

**TC.**  
**ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

**Aziz Küçük'e ait "İdarenin Tıbbi Hizmetlerin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Yönetimi Anabilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.**

**Başkan**

**Prof. Dr. Hasan Ertürk**

**Üye**

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**

**Üye (Danışman)**

**Doç. Dr. Kemal Gözler**

**KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI**  
**İDARENİN TIBBİ HİZMETLERİN YÜRÜTÜLMESİNDEN**  
**KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**

**Aziz KÜÇÜK**  
**(YÜKSEK LİSANS TEZİ)**

**ÖZET**

Bir kamu hizmeti olarak tıbbi hizmet, kamu kesimindeki sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilir. Tıbbi kamu hizmeti, anayasal düzenlemelerle Devlete yüklenmiş bir ödev olup, söz konusu görevin geç, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi yani kusurlu bir şekilde yerine getirilmesi idarenin hukuki sorumluluğuna yol açar. “Tıbbi hizmet kusuru” olarak nitelendirdiğimiz bu durumda, hizmetten yararlananların uğradıkları zararlar idare tarafından karşılanır. Danıştay, tıbbi hizmetlerin yürütülmesi sırasında verilen zararlardan, idarenin sorumluluğuna hükmederken genellikle ağır hizmet kusuru şartını aramakta olup, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan tıbbi hizmetlerde ise kusursuz sorumluluk esaslarının uygulanamayacağını savunmaktadır. Bilindiği gibi, idare tıbbi kamu hizmetlerini, memur veya sözleşmeli personel statüsündeki tıbbi personel aracılığıyla yürütür ve bunların kusurlu tıbbi eylemlerinden dolayı bir zarar söz konusu olmuşsa zararı yine kendisi tazmin etmek zorundadır. Ancak, “görev kusuru” olarak adlandırabileceğimiz bu durumda idare, daha sonra Anayasanın 129/V. maddesi ile Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine dayanarak genel hükümlere göre kusurlu tıbbi personele rücu hakkını kullanacaktır. Tıbbi personelin “salt kişisel kusuru”ndan dolayı ise kendisine karşı adli yargıda doğrudan doğruya dava açılacaktır.

Tıbbi hizmetlerden ötürü hakları zarara uğrayanlar tam yargı davası açarak zararlarının telafi ve tatmin edilmesini sağlayabilirler. Bu tazmin borcunun kapsamına maddi ve manevi zararlar girmektedir. Maddi tazminat ile zarara uğrayan kişi, gelirinde, kazancında, beden gücünde meydana gelen azalmaları ya da giderlerindeki artışları isteyebilir. Maddi tazminat genellikle bilirkişiler tarafından objektif kriterlere göre hesaplanır. Manevi tazminat ise zarara uğrayan kişinin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilmek için mahkeme tarafından takdiren hükmedilen manevi bir tatmin aracıdır.

**Anahtar Kelimeler :** Tıbbi Hizmet, Kusurlu Sorumluluk, Hizmet Kusuru, Görev Kusuru, Kişisel Kusur, Zarar Tazmini

**Danışmanı :** Doç.Dr. Kemal GÖZLER

**Sayfa sayısı :** 136

**PUBLIC ADMINISTRATION DEPARTMENT OF ULUDAĞ UNIVERSITY**

**LIABILITY OF THE ADMINISTRATION RISING FROM  
CONDUTING MEDICAL SERVICE**

**Aziz KÜÇÜK**  
**(MS THESIS)**

**ABSTRACT**

As a public service, medical service is carried out by health organisations and institutions in the public sector. Public-medical service is a duty of the state which is attributed to it by constitutional regulations. If this duty is carried out late, or isn't performed at all or isn't carried out as it should be, that is if it is carried out in a faulty manner, than it leads to juridical liability of the administration. In this case which we characterised as "medical service fault", damages of those who utilise the service compensated by the administration. Council of State, looks for "heavy fault" condition when arriving to the decision in terms of liability of administration. It defences that faultless liability bases can't be applied in case of medical services which have structural risks. As it is known, administration conducts public-medical services through civil servants or contractual personnel which works in the status of medical personnel. If any damage occurs because of their faulty medical acts than administration have to compensate the damage. But in this case which we may call as "fault of duty", administration, than will use rescinding right to the faulty health personnel in accordance with the 129/V article of the constitution and 13th article of the State Civil Service Law. If this damage exclusively caused by the personnel faulty of medical personnel than administration may bring to suit against he or she in directly.

Those whose rights are damaged because of medical services may compensate and satisfy their damages through starting complete lawsuit. This indemnification burden includes material and spiritual harms. By material indemnification harmed persons may demand decreases of his physical strength or income or his or her increases of his expenditure. Material indemnification generally is calculated by experts according to the objective criterions. Psychological indemnification is a moral indemnification means decided by judicial discretion of the cord in order to remove sufferance and sorrow of the damaged person.

**Key words** : Medical service, faulty liability, service failure, fault of duty, personal fault, damages which may be compensated.

**Advisor** : Doç.Dr. Kemal GÖZLER

**Page** : 136

## ÖNSÖZ

Her insanın hayatını sağlıklı bir şekilde yaşayıp tamamlaması arzu edilmekle birlikte, bu çoğu zaman gerçekleşmez. İnsanın bedeni ve ruhi sağlık durumu, doğal, sosyal ve tıbbi nedenlerden dolayı bozulabilmekte ve sağlık durumunun düzelmesi için insan tıbbi yardım almak zorunda kalmaktadır. İnsanlar bu tıbbi yardımı, kamu ve özel kesimdeki sağlık kurumlarından almaktadırlar. Tezimizin konusunu da, kamu kesimi sağlık kurumlarında verilen tıbbi hizmetler oluşturmaktadır. Kamu kesimi sağlık kurumlarında verilen tıbbi hizmetlerin bilimsel, kaliteli, kişi sağlığına ek külfet getirmeden ve zarar vermeden yapılması en ideali olmakla birlikte, bazen bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında hizmetlerden yararlananların sağlığına ya da bedensel tamlığına zarar verildiği tespit edilmektedir ve bu zararın tazmini gereklidir.

Böyle bir durumda, zararın tazmini sorunu doğduğunda, idarenin hangi hallerde sorumlu tutulacağı ve zarar görenin ya da ölümü halinde hak sahiplerinin uğradıkları zararları hangi hukuki esaslara göre talep edecekleri sorunu önem kazanmakta olup bu konu tezimizin ana hatlarını oluşturmaktadır. Örneğin, ABD mahkemelerinde 1992 yılında açılan 19 milyon özel hukuk davasından %010'nu 190.000 adete yaklaşan kısmı tıbbi sorumluluk davaları iken, Türkiye'de 2003 yılında Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan idari dava sayısı 1520'dir. Bu çalışmayla yanlış tıbbi müdahale ve mesleki kusur neticesinde meydana gelen zararlar ile ilgili teorik ve pratik bilgiler vererek hak arama özgürlüğünün alt yapısı oluşturulmak istenmiştir.

Ayrıca, tıbbi hizmetler alanında idarenin sorumluluğuna ilişkin yapılan özgün bir çalışma olmadığı bilinmekle birlikte, bazı hukukçuların genellikle hekimin özel hukuk alanındaki sorumluluğuna yönelik yayımladıkları kitap ve makalelerinde ise, idarenin sorumluluğuna birkaç sayfa halinde oldukça zayıf ve yetersiz bir şekilde değindikleri görülmektedir. Bu nedenledir ki, konuya ilişkin teorik açıklama ve zengin yargı kararlarını bir arada bulunduracak şekilde hazırlanan bu tezimizin uygulamadaki bu eksikliği gidermeye katkı sağlayacağını ümit ve temenni ediyorum.

# İDARENİN TIBBİ HİZMETLERİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

TEZ ONAY SAYFASI.....	i
ÖZET .....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ .....	iv
İÇİNDEKİLER .....	v
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ HİZMET KAVRAMI VE İDARENİN SORUMLULUĞU

I. TIBBİ HİZMET KAVRAMI, HUKUKİ REJİMİ VE TIBBİ HİZMET PERSONELİ ....	3
A. KAMU HİZMETİ KAVRAMI.....	3
B. TIBBİ HİZMET KAVRAMI .....	5
1. TIBBİ HİZMETLERİN SINIFLANDIRILMASI .....	5
a. Koruyucu Tıbbi Hizmetler .....	5
b. Tedavi Edici Tıbbi Hizmetler .....	6
c. Rehabilitasyon Edici Tıbbi Hizmetler .....	6
2. TIBBİ HİZMETLERE EGEMEN OLAN KAMU HİZMETİ İLKELERİ .....	6
a. Süreklilik (Kesintisizlik) ve Düzenlilik .....	6
b. Değişkenlik (Uyarılma).....	6
c. Nesnellik ve Eşitlik .....	7
d. Bedelsizlik .....	7
C. TIBBİ HİZMETLERİN HUKUKİ REJİMİ.....	8
1. Tıbbi Hizmetlerin Kamu Hukukuna Tâbi Olmasının İstisnaları .....	8
2. Bireylerin Tıbbi Hizmet Karşısındaki Hukuki Durumları .....	9
3. Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanelerinin Hukuki Durumu .....	10
D. TIBBİ HİZMET PERSONELİ .....	11
1. Memurlar .....	13

a. Sağlık personeli .....	14
b. Yardımcı Sağlık Personeli .....	14
c. Diğer Personel.....	15
2. Diğer Kamu Görevlileri .....	15
a. Sözleşmeli Personel .....	15
b. Geçici Personel .....	16
II. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE DAYANAĞI.....	17
A. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI.....	17
B. İDARİ SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ.....	18
C. İDARİ SORUMLULUĞUN DAYANAĞI.....	20

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ HİZMETLERDE SORUMLULUK NEDENLERİ

I. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURLU SORUMLULUK .....	23
A. TIBBİ HİZMETLERDE “HİZMET KUSURU” .....	24
1. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Tanımı ve Hukuki Mahiyeti .....	24
2. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Nitelikleri .....	27
a. Tıbbi Hizmet Kusuru Genel Bir Nitelik Gösterir. ....	27
b. Tıbbi Hizmet Kusuru Bağımsız Bir Karakteri İçermektedir. ....	28
c. Tıbbi Hizmet Kusuru Birinci ve Asli Derecede Bir Sorumluluktur. ....	28
d. Tıbbi Hizmet Kusuru Anonimdir. ....	29
e. Tıbbi Hizmet Kusuru Olaylara Göre Farklı Bir Karakter Gösteren Değişken ve Esnek Bir Kavramdır. ....	30
3. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru” Sayılan Haller .....	30
a. Tıbbi Hizmetin Kötü İşlemesi .....	31
b. Tıbbi Hizmetin Geç İşlemesi .....	33
c. Tıbbi Hizmetin Hiç İşlememesi .....	36
4. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Derecesi .....	38
a. Fransız Danıştayının Basit Kusur - Ağır Kusur Anlayışı .....	41
b. Türk Danıştayının Ağır Kusur Anlayışı .....	42
(1) “Zarar gören kişinin ‘hizmetten yararlanan’ durumunda olması” .....	45

(2) “Tıbbi Hizmetlerin Riskli Bir Nitelik Taşınması” .....	45
5. Tıbbi Hizmet Kusurunun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi .....	47
B. TIBBİ HİZMETLERDE HİZMET KUSURU - KİŞİSEL KUSUR AYRIMI .....	48
1. Salt Kişisel Kusur Halleri .....	49
a. Tıbbi Hizmet Dışı İşlenen Kusur .....	49
b. Tıbbi Hizmet İçinde veya Tıbbi Hizmetle İlgili Kusur .....	50
(1) Tıbbi Personelin Suç Niteliğindeki Davranışları .....	50
(2) Tıbbi Personelin Kötü Niyetli Davranışları .....	52
(3) Ağır Kusur.....	52
2. Tıbbi Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun İçice Olması .....	53
C. TIBBİ HİZMETLERDE GÖREV KUSURU .....	56
1. Sorumluluğun Şartları.....	57
a. Zarara memur veya diğer kamu görevlisinin sebebiyet vermiş olması .....	57
b. Zarar, tıbbi personelin “yetkilerini kullanırken” veya “görevlerini yerine getirirken” meydana gelmiş olmalıdır .....	58
c. Kusurlu fiil ve davranışın tıbbi hizmete - göreve ilişkin olması.....	58
2. Tıbbi Personelin ve İdarenin Sorumluluklarının Birleşmemesi : Kişisel Kusurdan Dolayı Tıbbi Personele Dava Açılmayacağı Kuralı (AY, mad.129/5 ve DMK, mad.13) .....	60
3. Kurumun Tıbbi Personele Rücu Hakkı.....	61
a. DMK mad.13 ve Anayasa mad. 125’in Amacı ve Kapsamı.....	61
b. 13. Maddenin Yolladığı “Genel Hükümler” Özel mi, Kamusal mı?.....	64
c. Rücu Davasında Görevli Yargı Kolu .....	67
D. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURUN TESPİTİ .....	67
1. Yüksek Sağlık Şurası.....	67
2. Adli Tıp Kurumu .....	68
3. Yüksek Öğretim Kurumları ve Birimleri.....	69
II. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURSUZ SORUMLULUK .....	70
A. Kusursuz Sorumluluğun Tanımı ve Özellikleri .....	70
B. Tıbbi Hizmetlerde Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu.....	71
III. TIBBİ HİZMETLERDE İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	75



A. Bir Zararın Varlığı .....	75
1. Zararın Varlığına İlişkin Şartlar ve Taşınması Gereken Özellikler .....	75
2. Zararın Niteliği .....	78
a. Maddi Zararlar (Ekonomik Nitelikli Zararlar).....	78
b. Manevi Zarar.....	78
c. Zarar Verici Yaşam Sorunu .....	79
B. Zarara Yol açan Tıbbi Eylemin İdareye Yüklenebilir Nitelikte Bulunması .....	79
C. Zarar ile Tıbbi Eylem Arasında İliyet Bağı .....	80
<b>IV. TIBBİ HİZMETLERDE İDARENİN SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER.....</b>	<b>81</b>
A. Tazmini Gereken Zarar Bulunmaması.....	81
B. Zararın, Zarar Gören Kişinin (Hastanın) Kendi Eyleminden Doğması .....	81
C. Zararın Üçüncü Kişilerin Eyleminden Doğması.....	82
D. Zararın Beklenmeyen (Umulmayan) Hallerden İleri Gelmesi .....	82
E. Zararın Mücbir Sebeplerden (Zorlayıcı Nedenlerden) İleri Gelmesi .....	83

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İDARİ SORUMLULUĞUN YAPTIRIMI : TIBBİ HİZMETLERDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

<b>I. TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI.....</b>	<b>84</b>
<b>A. MADDİ TAZMİNAT .....</b>	<b>85</b>
1. Maddi Tazminatın Kapsamı ve Niteliği.....	85
2. Maddi Tazminat Türleri.....	86
a. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat .....	86
(1) Ölümden Önceki Tedavi Giderleri.....	86
(2) Cenaze ve Defin Giderleri.....	87
(3) Ölenin Yardımından (Destekten) Yoksunluk .....	87
(a) Destek Türleri.....	89
i) Fiili (Gerçek) Destek.....	89
Baba ve Ananın Çocuklara Destek Olması.....	89
Eşlerin Birbirlerine Destek Olmaları .....	89

Çocukların Ana Babaya Destek Olmaları.....	90
Kardeşlerin Birbirlerine Destek Olmaları.....	90
Evlilik Dışı İlişki Yaşayanların Birbirlerine Destek Olmaları.....	90
ii) Varsayımlı (Farazi) Destek .....	90
(b) Destekten Yoksunluk Şartları .....	91
i) Bakım Gücü.....	91
ii) Bakım İhtiyacı .....	92
(c) Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi .....	92
i) Desteğin Geliri ve Gelirin Paylaştırılması.....	92
ii) Bakımın (Yardımanın) Devam Süresi.....	93
iii) Nafaka ile Yükümlü Başka Kimselerin Varlığı .....	94
b. Bedensel (Cismani) Zarar Nedeniyle Maddi Tazminat .....	94
(1) Tedavi Giderleri .....	95
(2) Çalışma Gücünün Tamamen veya Kısmen Yok Olması (Efor Tazminatı)..	96
(a) Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı .....	96
(b) Çalışma Gücünün Sürekli Olarak Kaybı.....	97
i) Çalışma gücündeki kaybın veya azalmanın oranı (derecesi) .....	97
ii) Zarar görenin gelir durumu .....	98
iii) Çalışma süresi ve bunun başlangıç anı.....	98
iv) Ameliyat veya devamlı tedavi.....	99
(3) Ekonomik Geleceğin Sarsılması .....	99
B. MANEVİ TAZMİNAT .....	100
1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat .....	102
a. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat İsteyebilecek Kişiler.....	103
2. Bedensel (Cismani) Zarar Nedeniyle Manevi Tazminat .....	104
a. Cismani Zarara Uğrayanın Yakınlarının Manevi Tazminat İsteme Koşulları...	105
3. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat .....	106
II. ZARARIN İDAREDEN İSTENMESİ VE TAZMİNAT DAVASININ AÇILMASI..	107
A. Başvurulacak İdare.....	108
B. İdareye Başvurma .....	108
C. İdari Karar (Ön Karar) Alma.....	110
D. Ön Karar Üzerine Davaya Açma .....	111

III. ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER .....	112
A. Nakden Tazmin İlkesi (İdare Aynen Tazmine Mahkum Edilemez).....	112
B. İdare Sorumlu Olduğundan Daha Fazlasına Mahkum Edilemez.....	113
C. İstemle Bağlılık Kuralı.....	113
IV. TAZMİNATIN HESAPLANMASI .....	116
A. Zararın Hesaplanma Tarihi .....	116
B. Zararın Hesaplanması Yöntemi.....	117
1. Manevi Zararların Mahkeme Tarafından Takdir Edilmesi.....	117
2. Maddi Zararların Hesaplanma Esasları ve Yöntemi.....	118
a. Objektif Ölçütlere Başvurulması .....	118
b. İnandırıcı Belgelerle Maddi Zararın Belgelenmesi .....	118
c. Bilirkişi İncelemesi .....	119
(1) Baliğ Yöntemi .....	120
(2) Tam Artış, Tam İskonto Yöntemi .....	120
(3) Peşin Sermaye Yöntemi .....	120
(4) Aritmetik Ortalama Yöntemi .....	121
d. Zarardan Yapılabilecek İndirimler .....	121
(1) Elde Edilen Yararların İndirilmesi .....	122
(a) Danıştayın İçtihadı .....	122
i) SSK Ödemeleri.....	122
ii) Bağ-kur Ödemeleri.....	122
iii) Emekli Sandığına Yapılan Ödemeler .....	122
iv) Nakdi Tazminat Kanunu Gereği Yapılan Ödemeler .....	123
v) Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Yardımları .....	123
vi) Afet Fonu Ödemeleri.....	123
(b) Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İçtihadı.....	123
i) Tazminattan Düşürülenler .....	124
ii) Tazminattan Düşürülmeyenler .....	124
(2) Ölenin Kusuruna Dayalı İndirim.....	124
C. Faiz .....	125
1. Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu.....	126
2. Faizin Başlangıç Tarihi .....	126

3. Faizin Oranı (Kanuni Faiz).....	128
4. Yabancı Para Cinsinden Tazminat İstenemez .....	129
SONUÇ.....	130
BİBLİYOGRAFYA.....	132



## KISALTMALAR

<b>AY</b>	: Anayasa
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>c.</b>	: cilt
<b>çev.</b>	: çeviren
<b>DMK</b>	: Devlet Memurları Kanunu
<b>E.</b>	: Esas
<b>et al.</b>	: ve diğerleri (Latince, “et alii” - yazarlar için)
<b>Ibid.</b>	: aynı yerde (Latince, “ibidem”)
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>mad.</b>	: madde
<b>op.cit.</b>	: Yukarıda değinilen çalışma (Latince, “opere citation”)
<b>OYAK</b>	: Ordu Yardımlaşma Kurumu
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>SSK</b>	: Sosyal Sigortalar Kurumu
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı

## GİRİŞ

Tıbbın amacı, insan sağlığı ve yaşamıdır. Aynı şekilde hukuk da yaşam ve sağlığı korumayı esas almıştır. Beden tamlığının korunması, sağlığın korunması, genel olarak yaşama hakkı kişinin temel haklarından biridir. Bu temel haklar hem uluslararası metinlerde hem de başta anayasamız olmak üzere çeşitli yasalarımızda düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesine göre, “Her şahsın, gerek kendisi, gerekse ailesi için, ... tıbbi bakım ... hakkı vardır” ve de Anayasamızın 17. maddesinde ise “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklinde belirtildiği üzere, bu haklar koruma altına alınmıştır.

Sağlık hakkı ise, hem iyi işleyen bir organizmanın devamının sağlanmasını hem de hastalığa uğrayan kişinin tedavisinin sağlanmasını isteme hakkıdır. Ancak bu hakkın gerçekleşmesi için devletin bazı ödevleri yerine getirmesi gerekmektedir. Bu ödev ise Anayasamızın 56. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırmak, 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.” Bu anayasa maddesinden anlaşılacağı üzere, idare, tıbbi hizmetleri kamu ve özel kesimdeki sağlık kurumları aracılığıyla yerine getirir. İdarenin kamu kesimine ait sağlık kurumlarının yürüttüğü tıbbi hizmetlerden dolayı sorumluluğu kamu hukukuna tabidir. Özel kesimdeki sağlık kurumları tarafından yürütülen tıbbi hizmetler ise özel hukuka tabi olup, inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

Diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi, tıbbi hizmetlerin sunumu esnasında da bazı zararlar doğabilir. Burada önemli olan, idarenin tıbbi personel aracılığıyla tıbbi hizmetleri yürütürken, tıbbi personelin hukuka aykırı olarak hizmetten yararlananlara verdikleri zararlardan dolayı idarenin mi yoksa tıbbi personelin mi sorumlu olacağıdır? İşte çalışma konumuzun esasını bu sorunun cevabı ve bu sorumluluk hallerinin hangi durumlarda gerçekleşeceği sorunu oluşturmaktadır. Tıbbi personelin verdiği zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu Anayasanın 125., 40/II., 129/V. ve Devlet Memurları

Kanununun 13. maddelerinde düzenlenmiş olup, bu hükümler doğrultusunda Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin içtihatları kapsamlı bir şekilde incelenerek konuya ışık tutulmak istenmiştir.

Çalışma üç bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde, kamu hizmeti ve tıbbi hizmet kavramları, hukuki rejimi, tıbbi hizmet personeli üzerinde durulacaktır. Bu arada, idari sorumluluk kavramı, gelişimi ve dayanağı hakkında da kısaca bilgi verilecektir.

İkinci bölümde, tıbbi hizmetlerde sorumluluk nedenleri incelenecektir. Kusurlu sorumluluk hallerinden hizmet kusuru konusunda terminoloji ve tarif sorununu tartıştıktan sonra, hizmet kusuruna orijinal bir nitelik veren ayırıcı karakterlerini inceleyeceğiz. Tezimizin bu bölümünde sırasıyla kusurun ağırlığı sorunu, kişisel kusur ve görev kusuru kavramları, kurumun personele rücu hakkı ile kusurun tespiti konusuna değindikten sonra tıbbi hizmetlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu yargı kararları ışığında ele alınacaktır. Bu bölümde son olarak, tıbbi hizmetlerde idarenin sorumluluğunun şartları ve sorumluluğu ortadan kaldıran haller incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise, tıbbi hizmetlerde idari sorumluluğun yaptırımını olan tam yargı davalarını incelemeyi uygun gördük. Çünkü tıbbi hizmetler dolayısıyla sorumluluğa uygulanabilen kurallar, idarenin sorumluluğu konusundaki bütün alanlar içerisinde, zarar görenler açısından en hassas noktalardan birini oluşturmaktadır ve idari yargı yerinin çözümleneceği en nazik konulardan da biridir. Bu nedenle tazmin borcunun kapsamı içerisinde maddi ve manevi tazminat unsurlarının nelerden oluştuğu, zararın idareden istenmesi ile tazminat davasının nasıl açılması gerektiği, zararın tazminine ilişkin ilkelerin neler olduğu ve tazminatın hesaplanmasında hangi unsurların göz önüne alınması gerektiği üzerine açıklamalar yapılacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ HİZMET KAVRAMI VE İDARENİN SORUMLULUĞU

#### I. TIBBİ HİZMET KAVRAMI, HUKUKİ REJİMİ VE TIBBİ HİZMET PERSONELİ

##### A. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Kamu hizmeti, idare hukukunda en çok kullanılan ve Anayasamızın birçok maddesinde de (örneğin madde 47, 70, 126/III, 128/I, 137/I) yer alan bir kavram olmakla birlikte, bu deyim anayasal ve yasal bir tanımı olmadığı gibi, yargı içtihatlarında da bir tanımı yapılmamıştır<sup>1</sup>. Ancak kamu hizmeti kavramı çeşitli ölçülerden hareketle öğretilerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu şekilde yapılan tanımlardan kanaatimizce en uygununa göre, “kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik ve özel hukuku aşan bir hukuki rejime tabi olan faaliyetlerdir”<sup>2</sup>. O nedenle kamu tüzel kişilerinin denetimi altında olmayan özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetler, kamu yararı amacına yönelik olsa da veya bu faaliyetlere özel hukuku aşan bir takım hükümler uygulansa da bunlar kamu hizmeti oluşturmazlar. Örneğin Kızılay gibi kamuya yararlı dernekler, kamu yararı amacına yönelik olarak faaliyette bulunurlar ve keza bunlar özel hukuku aşan bir hukuki rejime tabidirler. Ancak bunlar birer özel hukuk tüzel kişisi oldukları için bunların faaliyetleri bir kamu hizmeti olarak kabul edilmez<sup>3</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre ise; “kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma

<sup>1</sup> Metin Günay, *İdare Hukuku*, Ankara, Güncelleştirilmiş Sekizinci Baskı, İmaj Yayınevi, 2003, s. 295.

<sup>2</sup> Kamu hizmeti kavramı bu tanımdan da anlaşılacağı üzere şu iki unsur kullanılarak tanımlanmaktadır:

a) *Organik unsur*: Kamu hizmeti bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen bir faaliyettir. b) *Maddi unsur (Amaç unsuru)* : Kamu hizmeti kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, Bursa, Ekin Kitabevi, Birinci Baskı, 2003, s. 219.

<sup>3</sup> *Ibid.*, s.220.



sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”<sup>4</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak tanımlamada kullanılan maddi ölçüt bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamaya yetmemektedir. Çünkü niteliği gereği bir kamu hizmeti yoktur. Bu nedenle bu tanım öğretide çeşitli yazarlarca eleştirilmiştir<sup>5</sup>.

Kamu hizmetine ilişkin olarak doktrin ve yargısal içtihatlar tarafından yapılan tanımlardan anlaşılıyor ki, bir teşebbüs veya faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmaması, yer ve zaman koşulları içinde, yetkili kamu organlarının takdiri ile belirlenip saptanan tamamen değişken ve izafi bir husustur<sup>6</sup>. Ancak kamusal makamlar da bu konuda sınıldığı kadar serbest değildir. Zira, bir teşebbüs veya faaliyetin kamu hizmeti olarak düzenlenmesi; esas olarak, o alanda toplumda genel ve ortak bir ihtiyacın duyulması, bunun bir kere giderilmekle tükenmeyip, “süreklilik” taşıması her gün, her saat yinelenmesi ve “tatmin” edilmemesi, yani haz verici bir biçimde doyuma kavuşturulamaması halinde de bireyler arasında bir huzursuzluğun baş göstereceğinin varsayılması gibi bazı unsurların bir araya gelmesi, kamu hizmetinin kurulmasını gerekli ve hatta zorunlu kılmaktadır<sup>7</sup>. Tıbbi hizmetlerin de bu anlamda kamu hizmeti sayılması gerektiği tartışmasızdır. Nitekim, gerek idare hukuku öğretisinde ve gerekse idari yargı içtihatlarında, tıbbi hizmetlerin bir kamu hizmeti olduğu konusunda şüphe yoktur.

Anayasa Mahkemesi, 19.04.1988 tarih ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararında 7.5.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 5. maddesi uyarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kararıyla “kamu tüzel kişiliğini haiz sağlık işletmesine” dönüştürülmesi öngörülen sağlık kuruluşlarının yürüttüğü hizmetin “genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti” olduğuna aşağıdaki gerekçeyle karar vermiştir:

“Sözleşmeli personel çalıştırması öngörülen kamu tüzel kişiliğini haiz sağlık işletmelerinin, görevlerini, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlardan sayılıp sayılamayacağını saptanması uygun olacaktır... Bakanlar

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.6.1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, RG, 20.3.1996, Sayı 22586. Bu karar için bakınız. Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, [http://www.akader.org/khuka/2003\\_eylül/idareninsaglik.htm](http://www.akader.org/khuka/2003_eylül/idareninsaglik.htm). 11.05.2004, s.2.

<sup>5</sup> Bu eleştiriler için bakınız. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.228-232; Günday, *op.cit.*, s.297.

<sup>6</sup> Kaplan, *op.cit.*, s.2.

<sup>7</sup> İl Han Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996, s.231-237.

Kurulu'nca çıkarılan 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı Kararnamede Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, devlete verilen asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında gösterildiğinden, bu bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan ve yer alan, sağlık işletmeleri de bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kuruluşlardan sayılmalıdır”<sup>8</sup>.

## B. TIBBİ HİZMET KAVRAMI

İdarenin öteden beri yürüte geldiği geleneksel kamu hizmetlerinden olan tıbbi hizmet kavramı içine, “kamu ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurul ve kuruluşlarında ve her koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, müdahale, tetkik tahlil ve rehabilite edici hizmetler”<sup>9</sup> girmektedir. Ancak, bu çalışmada özel hukuk kişilerine ait sağlık kurul ve kuruluşlarında yapılan tıbbi hizmetler göz ardı edilmiştir. Burada çalışma konumuzu oluşturan tıbbi hizmetler, bir kamu ihtiyacını karşılamak amacıyla olan, tıbbi hizmetlerdir. Bununla kastedilen şey, tıbbi kamu hizmetleridir.

Yukarıdaki tanımla benzerlik gösterir şekilde, 5.1.1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 2. maddesinde de tıbbi hizmetler, “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler” olarak tanımlanmıştır.

## 1. TIBBİ HİZMETLERİN SINIFLANDIRILMASI

### a. Koruyucu Tıbbi Hizmetler

Toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi, toplum sağlığına zarar veren nedenlerin ortadan kaldırılması için yapılan hizmetler, koruyucu tıbbi hizmetlerdir. Bunlar; kişiye yönelik (bağışıklama, erken tanı, aile planlaması, sağlık

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi, 19.04.1988 tarih ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 24, s.117-118. Bu karar için bakınız. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.246-247.

<sup>9</sup> Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı, <http://www.bto.org.tr/malpractice.asp?mid>. 14.01.2004.

eğitimi vb.) ve çevreye yönelik koruyucu tıbbi hizmetler olarak sınıflandırılabilir<sup>10</sup>. Devlet özellikle salgın hastalıkların söz konusu olduğu, beklendiği durumlarda gerekli olan –aşı yapılması, karantina, duyuru, yasaklama gibi- önlemleri almakla yükümlüdür.

### **b. Tedavi Edici Tıbbi Hizmetler**

Sağlık ocakları, dispanserler, ana-ocuk sağlığı merkezleri gibi birinci basamak sağlık kuruluşlarında hastalıkların evde veya ayakta teşhis ve tedavisi için yapılan hizmetler ile yataklı tedavi kurumlarında gerçekleştirilen poliklinik hizmetleri, servis hizmetleri, acil hizmetleri, laboratuvar hizmetleri, ameliyathane merkezi sterilizasyon-reanimasyon yoğun bakım-uyandırma ve ameliyat sonu bakım nitesi hizmetleri vb. hizmetler bu kapsama girer.

### **c. Rehabilitasyon Edici Tıbbi Hizmetler**

Hastalık ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar ve sakatlıkların günlük hayatı etkilemesini engellemek ya da bu etkiyi en aza indirmek, kişinin bedensel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan yaşamalarını sağlamak amacıyla verilen tıbbi hizmetlerdir.

## **2. TIBBİ HİZMETLERE EGEMEN OLAN KAMU HİZMETİ İLKELERİ**

### **a. Süreklilik (Kesintisizlik) ve Düzenlilik**

Devamlılık ilkesi, tıbbi hizmetlerin kanunların öngördükleri dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini ngren bir ilkedir. İnsanların sağlıklı yaşayabilmesi için sunulan tıbbi hizmetler kesintisiz devam etmelidir. Maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle sunulan tıbbi hizmetler aksatılamaz.

### **b. Değişkenlik (Uyarılma)**

Kolektif ihtiyaçlardaki ve kamu yararı gereklerindeki değişime tıbbi hizmetlerin uyum sağlaması anlamına gelir<sup>11</sup>. Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi nedeniyle, hizmetten yararlananlar, hizmetin örgütleniş ve işleyişinde yapılacak değişiklikler karşısında, hizmetten yararlanmaya başladıkları zamana göre herhangi bir kazanılmış

<sup>10</sup> Nevzat Eren ve Gülten Uyer, *Sağlık Meslek Tarihi ve Ahlakı*, Ankara, Hatiboğlu Yayınevi, nc Baskı, 1989, s.117.

<sup>11</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.270.

hak iddiasında bulunamazlar<sup>12</sup>. Örneğin, idare, devlet hastanesinde tedavi ücreti veya yatma ücretini kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tek taraflı olarak değiştirebilir.

### c. Nesnellik ve Eşitlik

Gerçek ve tüzel kişiler, tıbbi hizmetler karşısında eşit durumdadırlar. Kullanıcı adayları, eşit bir şekilde tıbbi hizmetlerden yararlanma, diğer bir ifadeyle tıbbi hizmete ulaşma hakkına sahiptir. Örneğin bir hastanenin verdiği tıbbi hizmetten yararlanmak için ilk başvuran aday, sonraki başvurudan önce hizmetten yararlanır veya hastane, durumu daha ağır olan hastalara, durumu daha hafif olan hastalara nazaran daha önce hizmet verebilir<sup>13</sup>. Bununla beraber, tıbbi hizmetlerden yararlanmada eşitlik de imkanlarla sınırlıdır. İdarenin, maddi imkansızlık halinde, gerekli şartları haiz olanlara bile hizmet sağlamayı reddetmesi kaçınılmaz bir şeydir. Örneğin, bütün yatakları dolmuş ve imkanları sonuna kadar kullanılmış bir hastane, daha fazla yatak hastası kabulüne zorlanamaz<sup>14</sup>.

Tıbbi personel, hastalar arasında bakım hususunda herhangi bir ayırım yapmamalıdır. İdare tıbbi hizmetleri yürütürken nesnel (objektif) davranmak ve yan tutmamak (tarafsız olmak) zorundadır<sup>15</sup>. İmtiyazlı hasta yoktur ve eğer hekim hastane dışında hasta tedavi etmekte ise, hastane veya polikliniğe müracaat eden hastaları muayenehanesine yönlendirmemeli ve muayenehanesine gelen ve gelmeyenler arasında herhangi bir ayırım yapmamalıdır. Böyle bir durumun önlenmemesi halinde, hekim ile beraber hastanenin de eşitlik ilkesine uyulmamış olduğundan sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>16</sup>.

### d. Bedelsizlik

İdarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalması ve buna paralel olarak hizmetten yararlananların sayısının da artması sonucu, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla, tıbbi hizmetlerden yararlananların ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle hesap edilen bir katılma payı alınmaktadır. Bu nedenle, idarenin yürüttüğü

<sup>12</sup> Günday, *op.cit.*, s.301.

<sup>13</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.275-276.

<sup>14</sup> Metin Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetler*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s.17.

<sup>15</sup> Günday, *op.cit.*, s.301.

<sup>16</sup> Reşat Atabek, "Hastanelerin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 60, Sayı 10-11-12, s.646.

kamu hizmetlerinden bir kazanç elde etmesi düşünölemeyeceği gibi, hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetinin karşılanması da düşünölemez<sup>17</sup>.

Reşat Atabek'e göre, hastanelerde alınan ücret hizmetin tam karşılığını teşkil etmez, bir vergi olarak da değeriendirilemez. Ödenen meblağlar hastanenin genel masraflarına bir katkı olarak değeriendirilebilir<sup>18</sup>.

### **C. TIBBİ HİZMETLERİN HUKUKİ REJİMİ**

Tıbbi hizmetler, kural olarak, kamu hukukuna tabidir.

#### **1. Tıbbi Hizmetlerin Kamu Hukukuna Tâbi Olmasının İstisnaları**

Kamu kuruluşlarında özel hukuk kurallarının geçerli olmadığı kabullenilmekle beraber, sağlık kuruluşlarında özel hukukun iki ilkesinin benimsendiği dikkati çekmektedir:

a. Hasta bedeni üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu nedenle hastanın izni olmadan bedeni üzerinde hiçbir müdahalede bulunulamaz. İzin açık veya gizli olabilir, ancak hasta açık bir şekilde müdahaleye karşı geldiği takdirde, bu engellemenin hastanın ölümine veya sakat kalmasına neden olacağı tıbben benimsense ve sakatlık halinin topluma pahalıya mal olacağı dikkate alınsa dahi, kamu kuruluşu hastanesinde çalışan hekim müdahalede bulunamaz<sup>19</sup>.

Ancak bu kurala bir takım istisnalar getirilmektedir: Zorunlu aşı uygulamaları ile zührevi hastalıkların; bilinci bozuk olanların, madde bağımlılarının, alkoliklerin ve intihara teşebbüs edenlerin hastaneye yatırılıp tedavisi zorunlu kılınabilir. Bu gibi durumlarda hastanın muhalefetine rağmen tedavisi yapılır, gerektiğinde cerrahi müdahaleler de gerçekleştirilebilir<sup>20</sup>.

b. Ceset üzerinde kamu kuruluşunun herhangi bir hakkı yoktur. Ceset veya cesedin herhangi bir parçası ticari bir meta olmamakla beraber, herhangi bir müdahaleye tabi tutulmadan varislere teslim edilmelidir. Medeni Kanunun 23. maddesi hükümlerinden yararlanarak, akrabaların ceset üzerinde tasarruf hakkı tanınmaktadır<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Günday, *op.cit.*, s.302.

<sup>18</sup> Atabek, *op.cit.*, s.637.

<sup>19</sup> *Ibid.*, s.629.

<sup>20</sup> *Ibid.*, s.630.

<sup>21</sup> *Ibid.*, s.629-630.

Ancak bazı özel hallerde kadavra üzerindeki müdahalelerin ailesinin izni olmadan yapılabileceği kanun ve yönetmeliklerde açıklanmıştır.

## 2. Bireylerin Tıbbi Hizmet Karşısındaki Hukuki Durumları

Bireyler, tıbbi hizmetler karşısında ya hizmetten yararlanan ya da hizmetten yararlanmaya aday durumundadırlar. Diğer bir ifadeyle, bireyler tıbbi hizmetler önünde ya henüz üçüncü şahıs olarak “yararlanmaya aday” durumundadır, ya da onlarla ilişki kurarak “yararlanan” kişilerdir<sup>22</sup>.

Konumuz açısından kamu hastaneleri vatandaşlara tıbbi kamu hizmeti sunmaktadır. Burada tıbbi hizmet bir kamu gücü tarafından topluma sunulmaktadır. Bu hizmet bedelsiz, sürekli ve herhangi bir çıkar amacı gözetmeksizin yerine getirilmektedir. Tıbbi hizmetler ile bu hizmetlerden yararlananlar arasındaki ilişki daima kamu hukukuna tabidir ve bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır. Tıbbi hizmetlerden yararlananlar, akdi bir durumda değil, genel ve kişilik-dışı bir durumdadır<sup>23</sup>. Bireylerin bu hukuki durumlarının bir gereği olarak, tıbbi hizmetler idare ile bireyler arasında yapılacak bir anlaşma veya sözleşmeye konu olamazlar<sup>24</sup>. Bunun bir sonucu olarak da, kamu kuruluşu olan hastaneye müracaat eden hasta doktora herhangi bir ücret ödememekte ve tedavi olacağı hekimi seçme yeteneğinden mahrum olmaktadır. Burada tarafların iradelerinden bahsetmek mümkün değildir.

Tıbbi hizmetlerinden yararlananlar, kamu hukukuna tabi olup, kanuni ve nizami bir durumdadırlar. Bu şu anlama gelir ki, yararlananların durumu kanunlarla düzenlenebileceği gibi, idare tarafından tek yanlı olarak düzenleyici işlemlerle de düzenlenebilir. Yani idare, hizmetten yararlanma koşullarını tek yanlı olarak değiştirebilir; örneğin ücret tarifesini arttırabilir. Yararlananların hizmetin eski koşullarda işlemlerini istemek konusunda hiçbir kazanılmış hakları yoktur. Zira yararlananların tıbbi hizmetler bakımından hiçbir sübjektif hakları yoktur; bunlar statüsel bir durumdadırlar<sup>25</sup>.

Bireyler, gene bu hukuki durumlarının bir gereği olarak, yararlanmaya aday statüsünde iken tıbbi hizmetlerden eşitlik ilkesi uyarınca yararlanmayı talep

<sup>22</sup> Kaplan, *op.cit.*, s.2.

<sup>23</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.251.

<sup>24</sup> Günday, *op.cit.*, s.307.

<sup>25</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.251.



edebilecekleri gibi, yararlananlar statüsüne girdikten sonra da tıbbi hizmetin düzenli ve gereği gibi işlenmesini idareden talep etmek hakkına sahiptirler. Ayrıca bireyler, tıbbi hizmetlerden yararlanmalarına engel olan idari işlemlerin hukuka aykırılığını ileri sürerek iptal davası açabilecekleri gibi; tıbbi hizmetin düzenli ve gereği gibi işlememesi dolayısıyla bir zarara uğradıkları takdirde, tam yargı davası açarak zararlarının idarece tazminini de talep edebilirler<sup>26</sup>.

Yine bu hukuki durumun bir sonucu da, kamu kuruluşu olan hastane, müracaat eden hastaya bakmaktan kaçınmaz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 55. maddesi hastanın tıbbi, cerrahi ve sair şekillerde şifa bulabilecek durumda olanların hastaneye kabullerini öngörmektedir<sup>27</sup>.

### 3. Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanelerinin Hukuki Durumu

29 Temmuz 2003 tarih ve 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun birinci maddesi şöyledir:

“506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olan sigortalıların, bu kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde sosyal güvenliklerini sağlamak ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel hukuk hükümlerine tabi Sosyal Sigortalar Kurumu kurulmuştur”.

Bu kanun hükmünde açıkça görüldüğü gibi, Sosyal Sigortalar Kurumunun özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyet göstereceğini öngörmüş olmakla birlikte, 9.7.1945 tarih ve 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kurumu Kanunundan bu yana Kuruma bağlı hastaneleri de özel hukuk hükümlerine tabi tutmuş olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Yargıtay da, 4792 sayılı Kanunun düzenlemesinden hareketle, sigorta hastanelerinin 2219 sayılı Kanun anlamında özel hastanelerden sayılması gerektiğini belirterek, buralarda yapılan müdahalelerden doğan sorumluluk durumlarını özel hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmeye çalışmıştır<sup>28</sup>. Reşat Atabek'e göre de, kurumun kurduğu hastanelerin özel hukuka tabi olduğunu, ancak sosyal sigorta hastaneleriyle hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin doğmadığını, dolayısıyla hastane

<sup>26</sup> Günday, *op.cit.*, s.307.

<sup>27</sup> Atabek, *op.cit.*, s.636.

<sup>28</sup> Mehmet Ayan; *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s.172.

üstlendiği tüm ödevlerin herhangi birini yerine getirmediği takdirde kurum Borçlar Kanunu 41 ve müteakip maddelerine göre sorumludur<sup>29</sup>.

Ancak, Mehmet Ayan ile birlikte belirtelim ki, gerek kuruluş ve işlevleri, gerek tıbbi personelinin istihdam tarzı ve gerekse sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında, bu Kuruma bağlı sağlık kuruluşları ile bunlardan yararlananlar arasındaki ilişkinin de kamu hukuku ilişkisi olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır<sup>30</sup>.

Nitekim, Danıştay Onuncu Dairesinin 14.6.2001 tarih ve E.1999/2652, K.2001/2325 sayılı kararı da bu yöndedir. Danıştay, Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk hallerinde uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu karar şöyledir:

Davacının Diyarbakır S.S.K. Hastanesi acil servisinde hatalı enjeksiyon yapılması sonucu vücudunda sakatlık meydana geldiğinden bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açtığı davada; idare mahkemesince 506 sayılı Yasanın 33. ve 134. maddeleri uyarınca uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Davanın temyizinde Danıştay, “uyuşmazlığın 506 sayılı Yasanın 33 ve 134. maddelerinden kaynaklanmayıp, Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı Diyarbakır Hastanesinin verdiği sağlık hizmetinden kaynaklandığı, başka bir deyişle, uyuşmazlığın, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında davacının uğradığını iddia ettiği zarara ilişkin olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın çözümü de idare mahkemesine ait bulunmaktadır” gerekçesiyle idare mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>31</sup>.

#### **D. TIBBİ HİZMET PERSONELİ**

Tıbbi personel, mesleki faaliyetlerini ya serbest meslek şeklinde veya özel sağlık kuruluşları ile başkaca kurumların sağlık servislerinde Özel Hukuk sözleşmesi ilişkisi içinde yahut Türk Devlet Teşkilatına dahil bir kurumda “kamu görevlisi” olarak yürütür. Tıbbi personelin bu faaliyetlerden ilk ikisinden kaynaklanan hukuki durumuna

<sup>29</sup> Atabek, *op.cit.*, s.642-643.

<sup>30</sup> Ayan, *op.cit.*, s.172.

<sup>31</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 14.6.2001 tarih ve E. 1999/2652, K. 2001/2325 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.308-309.



değnilmeyerek Türk Devlet Teşkilatında kamu tüzel kişilerinde görev yapan tıbbi personel üzerinde durulacaktır. Bilindiği gibi, idarenin görevlerini yerine getirebilmesi için emrine verilen taşınır ve taşınmaz mallar, idarenin maddi ögesini; idarede görev yapanlar ise insan ögesini oluştururlar. İdareyi soyut bir örgütten, işleyen bir kuruluşa, kişilerin hukuki durumlarında olumlu ve olumsuz değişiklikler yapan, yenilikler getiren işlem ve eylem mekanizmasına dönüştüren “şey”, kadrosundaki kamu personeli ve onların faaliyetleridir<sup>32</sup>.

İdarenin üstlendiği görevleri başarı ile ve gereği gibi yerine getirebilmesi, insan ögesinin hem nicelik ve hem de nitelik yönünden yeterli kişilerden oluşmasına bağlıdır. Gerçekten, insan ögesi yeterli değilse, idare en geniş ölçüde parasal ve maddi olanaklarla donatılsa ve kendisine en geniş hukuki yetki verilmiş olsa dahi, görevlerini başarıyla ve gereği gibi yerine getirmesi mümkün olmaz<sup>33</sup>. Danıştay Onuncu Dairesinin 8.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı kararında belirtildiği üzere “idare, tıbbi hizmetler için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak tıbbi hizmetleri yürütmekle yükümlüdür”<sup>34</sup>. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi bir sonraki bölümde göreceğimiz gibi idarenin hizmet kusuruna yol açar.

Anayasamızın 128. maddesinin ilk fıkrası kamu görevlilerine ilişkindir. Bu fıkarda şöyle denmektedir:

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

Bu maddede geçen “kamu görevlisi” terimi geniş ve dar anlamda tanımlanabilir: *Geniş anlamda kamu görevlisi* kavramı, kamu tüzel kişilerinde görev yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan bütün kişileri kapsar. *Dar anlamda kamu görevlisi* ise, kamu tüzel kişilerinde mesleki bir sıfatla ücretli bir iş yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan bütün personeldir<sup>35</sup>. Biz de bundan sonra “kamu görevlisi” kavramını kullandığımızda bununla kastettiğimiz şey, “dar anlamda kamu görevlisi” olacaktır.

<sup>32</sup> Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 46-47, s.18.

<sup>33</sup> Günday, *op.cit.*, s.516.

<sup>34</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 08.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, s. 612.

<sup>35</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.554.

Zira, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 2. maddesinde tıbbi personel, “sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye ve mukavele ile istihdam edilen ve bu sahada mesleki eğitim görerek yetişmiş olanlardır” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bu kavramın içine esas itibarıyla “memurlar” ve idari hizmet sözleşmesi ile çalışan “sözleşmeli personel” girer.

## 1. Memurlar

Anayasamızın memurlardan bahsedildiği 128. maddesinde, ne de bir başka maddesinde bir “memur” tanımı yoktur. Buna karşılık, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin A bendinde memurlar şu şekilde tanımlanmaktadır: Memurlar, “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen” görevlilerdir.

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin verdikleri hizmetler ve sürekli görevler esas itibarıyla memurlar eliyle görülür. Tıbbi hizmetler alanında kullanılan personelin de önemli bir kısmı memur niteliğindedir; bunlar memurluk statüsüne sahiptir; yani önceden belirlenmiş genel bir statü içindedirler. Dolayısıyla bunlar kamu hukukuna tabidir ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır<sup>36</sup>.

Devlet Memurları Kanununun 36. maddesinde belirlenen 10 tane sınıftan tıbbi hizmetlerle ilgili olanı şöyledir:

*Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı:* “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 uzmanı, 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”.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, s.250.

Şunu da belirtelim ki, bu maddeye, 10.7.2003 tarih ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 11. maddesiyle aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“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 sürdürülebilir.”

Bu sınıflandırmadan hareketle ve yasal mevzuatımıza göre ülkemizde tıp alanında görevlendirilen personel üç ana bölümde toplanabilir. Bunlar sağlık personeli, yardımcı sağlık personeli ve diğer personeldir.

#### **a. Sağlık personeli**

Bu sınıfa hekimler, diş hekimleri ve eczacılar girmektedir. Sağlıkla ilgili herhangi bir konuda karar verip uygulayan personele bu ad verilmektedir. Eczacılık, sağlıkla ilgili kararların az verildiği, ülkemizde klinik eczacılık uygulaması yapılmadığı için eczacıların seyrek olarak karar verdiği bilinmekle birlikte, eczacılar da sağlık personeli sayılırlar<sup>37</sup>.

Tıbbi faaliyetlerle ilgili olarak asıl sorumlu ve yetkili kişi olarak hekimler üzerinde durmakta yarar vardır. Genel anlamıyla hekim kavramı, “özellikle modern toplum hayatında, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişileri ifade eder”<sup>38</sup>. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (Hekimlik ve Şubeleri Olan Sanatların Uygulanış Biçimine İlişkin Yasa) ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümlerine göre hekimlik mesleğinin yürütülmesi için gerekli şartlar; Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, Tabip Odasına kayıtlı bulunmak ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak olarak sıralanabilir.

#### **b. Yardımcı Sağlık Personeli**

Mevzuata göre doğrudan karar verip uygulamadıkları varsayılan hemşireler, ebeler, sağlık memurları, çevre sağlığı teknisyenleri, radyoloji ve laboratuvar

<sup>37</sup> Nevzat Eren, *İl, İlçe ve Köylerde Sağlık Yönetimi ve Mevzuatı*, İstanbul, Beta Basım, 1984, s.134.

<sup>38</sup> Ayan, *op.cit.*, s.5.

teknisyenleri, beslenme uzmanları, diş teknisyenleri, sağlık fizikçileri, laborantlar, fizik tedavi teknisyenleri, veteriner hekimler, besin teknolojisi uzmanları, sağlık eğitimcileri, tıbbi sekreterler ve benzeri görevliler “yardımcı sağlık personeli” sayılmaktadır<sup>39</sup>.

### c. Diğer Personel

Bu iki bölümün dışında kalan sekreter, şoför, hizmetli, aşçı, aşçı yardımcısı, garson, bahçivan ve benzeri personele ise “diğer personel” adı verilmektedir<sup>40</sup>. Devlet Memurları Kanununun 36. maddesine göre, tedavi kurumlarında hastaların ve hastanelerin temizliği ve basit bakımı ile ilgili hizmetleri yapmak veya ana hizmetlere yardımcı mahiyetteki görevlerde her kurumun özel bünyesine göre ve yine bu mahiyette olmak üzere ihdasına lüzum gördüğü yardımcı hizmetleri ifa ile görevli bulunanlar “Yardımcı Hizmetler Sınıfı”na girerler.

## 2. Diğer Kamu Görevlileri

Sait Güran’ın da belirttiği gibi diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile “kamu hukuku” ilişkisi bulunan ve hizmetin “asli elemanı” sayılabilecek bir görevde çalışanlar olabilir<sup>41</sup>. Devlet Memurları Kanununda sayılan “sözleşmeli personel” ve “geçici personel” Anayasada belirtilen bu “diğer kamu görevlileri” kategorisine girer.

### a. Sözleşmeli Personel

Tıbbi hizmetlerde çalışan personelin bir kısmı, “memur” statüsünde değildir ve bunlar sözleşmeyle çalıştırılırlar. Bu personele yaygın olarak “sözleşmeli personel” denir. Tıbbi hizmetler ile bu hizmetlerde sözleşmeyle istihdam edilen “sözleşmeli personel” arasındaki ilişki de kamu hukukuna tabidir; zira bunların sözleşmeleri idari sözleşme niteliğindedir; dolayısıyla bu sözleşmelere kamu hukuku uygulanır ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır<sup>42</sup>.

Tıbbi hizmetlerde, 10.7.2003 tarih ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun

<sup>39</sup> Eren, *op.cit.*, s.134.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Sait Güran, “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, 1984, s.199.

<sup>42</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.250.

Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla birlikte sözleşmeli personel çalıştırılmaya başlanmıştır.

Bu biçimdeki bir sözleşmeli personel uygulaması, 657 sayılı Kanununun 4. maddesinde öngörülen sözleşmeli personel uygulamasından tamamen farklıdır. Zira; bu biçimde istihdam olunan sözleşmeli personelin gördüğü görevler asli ve sürekli nitelikte olup, kadroya bağlanmıştır. Bu personelin sözleşmesi feshedildiğinde, o personelin yürüttüğü görev sona ermemekte, sözü edilen personel, kadrosu karşılık gösterilmek suretiyle istihdam edildiğinden, sözleşmesinin feshedilmesi halinde kendisine kadro karşılığı parasal ve özlük hakları ödenmektedir<sup>43</sup>.

Son uygulamalarla birlikte, tıbbi hizmetlerde sözleşmeli personel ile memur arasındaki fark giderek azalmıştır. Gerçi sözleşmeli personel görev süresi bakımından memurdan farklıdır. Sözleşmeli personel ile belirli bir süre için sözleşme akdedilir. Sözü edilen Kanunun 5. maddesine göre, “hizmet sözleşmelerinin uygulanma süresi, mali yıl ile sınırlıdır.” Ancak, sözleşmelerin sürekli yenilenerek uzatılması nedeniyle sözleşmeli personel bu bakımdan da memurlara benzemektedir. Memurların Emekli Sandığına, sözleşmeli personelin Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olması özelliği de, Kanunun 9. maddesinde “sözleşmeli personel, istekleri üzerine Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilişkilendirilir” hükmüyle önemini yitirmiştir. Nihayette sözleşmeli personelin durumu kanun, kanun hükmünde kararname, Bakanlar Kurulu kararı, yönetmelik ve tip sözleşmeler ile düzenlenmekte ve Kanunun 8. maddesinde belirtildiği üzere, “bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun uygulanacağı” öngörülmektedir. Bu nedenle, Gözübüyük ve Tan’ın da gözlemledikleri gibi, Türkiye’de sözleşmeli personelin durumu da, memurların durumu gibi, büyük ölçüde, kanuni ve nizami bir durum, yani statüer bir durum haline gelmiştir<sup>44</sup>.

## **b. Geçici Personel**

Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin C bendine göre geçici personel, “bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğunda Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen

<sup>43</sup> Günday, *op.cit.*, s.523.

<sup>44</sup> A.Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, 2001, c.I, s.753.

görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.”

## II. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE DAYANAĞI

### A. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk; kasıt, ihmal ve kusur veya tedbirsizlikle ya da yasanın belirlediği durum ve eylemden doğan bir tehlike ile yaratılan ya da doğumuna sebebiyet verilen zararı tazmin borcudur. Geniş açıdan bakıldığında sorumluluk kavramından bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılmalıdır. Bu kavram, Fransızca’da “responsabilité” , Almanca “haftung”, “haftbarkeit”, veya “verantwortlichkeit”, İtalyanca “responsabilità”, İngilizce “liability” sözcükleri ile ifade edilir<sup>45</sup>.

Kısaca “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde belirtilebilecek olan hukuki sorumluluk ilkesi, idare hukuku alanında Medeni Hukuka nazaran daha büyük bir önem taşımakta ve çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır<sup>46</sup>. Kişinin, hukuk düzenince onaylanmayan bir davranışıyla başkasına verdiği zarar karşısında, hukuk düzeninin kayıtsız kalamayacağı tabiidir. Tıbbi hizmetler alanında verilen bu zararlar kişilerin malvarlığına ilişkin olabileceği gibi, kişisel bütünlüğüne (fiziki bütünlüğü + manevi bütünlüğü ve varlığına) ilişkin de olabilir. Bu açıdan yaklaşıldığında da sorumluluk, özellikle iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını amaç edinen ve bunun için gerekli yaptırımları içeren bir hukuki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

“İdari sorumluluk (responsabilité administrative)”, idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin mal varlığına cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilmesi demektir<sup>47</sup>. Bu nedenle, idarenin hukuki sorumluluğu kurumu ile, idari faaliyetler sonucu idare ile yönetilenler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin tekrar tesisi amaçlanmaktadır<sup>48</sup>. İdari sorumluluk;

<sup>45</sup> Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, çev. Salim Özdemir, Ankara, Kadioğlu Matbaası, Birinci Baskı, 1983, s.1.

<sup>46</sup> Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.135.

<sup>47</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.935.

<sup>48</sup> Zuhul Bereket Baş ve Selami Demirkol, *(Teori ve Pratikte) İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, İstanbul, Beta Yayınevi, Üçüncü Baskı, 2004, s.232.



idarenin kamu hukuku esaslarına tabi olan ve uyuşmazlıkları idari yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur.

Bu sorumluluk türünde ortaya çıkan temel sorunlardan biri de idarenin mi yoksa ajanların mı sorumlu olacağıdır? İdarenin ajanlarının idare edilenlere zarar vermeyeceğini düşünmek olsa olsa ancak ütöpik bir düşüncenin sonucu olabilir. Örneğin, günümüzde tıp alanında yaşanan hızlı gelişme, teknik ve insan gücünde görülmekte olan ilerleme karşısında devlet hastanelerinin etkinlikleri zayıf bir durumda gibi değerlendirilebilir. Bu anlamda bir teşhis hatası, cerrahi müdahalede yapılan bir yanlış uygulama veya ameliyat sonrası bir ihmal her zaman için mümkündür. Görüldüğü gibi idarenin etkinlikleri dolayısıyla zarar vermesi söz konusudur ve bu zararın tazmini de gereklidir<sup>49</sup>.

İdari sorumluluk, “akdi sorumluluk” ve “sözleşme dışı sorumluluk” olarak ikiye ayrılır<sup>50</sup>:

a. *Akdi idari sorumluluk*, “idarenin bir özel kişiyle yapmış olduğu idari sözleşme hükümlerine aykırı olarak alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğü” olarak tanımlanabilir ki çalışmada bu sorumluluk çeşidi üzerinde durulmayacaktır.

b. *Sözleşme dışı idari sorumluluk* ise “idarenin tek yanlı işlemleri ve eylemleriyle kişilere verdiği zararları tazmin etmesi yükümlülüğü” olarak tanımlanır, bu sorumluluğun iki türü vardır:

(1) *Kusurlu sorumluluk*, idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemiyle zarar verdiği bir kişinin zararını tazmin etmesi yükümlülüğüdür.

(2) *Kusursuz sorumluluk*, idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğüdür.

## B. İDARİ SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ

19. yüzyılın ikinci yarısına kadar, devletin sorumsuzluğu ilkesi hemen her ülkede egemen olmuşken, devletin görevlerinin artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devletten sosyal devlete geçilmesi, kamu gücünün sorumsuzluğu ilkesinden

---

<sup>49</sup> E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, H.Tahsin Gökcan, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.35.

<sup>50</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.935-936.

uzaklaşmayı gerektirmiştir<sup>51</sup>. Zira idarenin faaliyet alanının ve yaptığı hizmetlerin gerek nitelik gerekse sayıca çoğalmasıyla birlikte kişilerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali artmıştır.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili kuralların oluşturulmasında yargı yerleri içtihatlarının (özellikle Fransa'da) etkisiyle kamu hukuku alanında, özel hukuktaki sorumluluktan esinlenerek idarenin ve idare hukukunun özellikleri dikkate alınarak özel hukuktakinden ayrı bir sorumluluk esası geliştirilmiştir.

Ülkemizde de, devletin sorumsuzluğu ilkesi, Cumhuriyet dönemine kadar geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Ancak, 1927 yılından sonra, Danıştayın yeniden çalışmaya başlaması, idareye karşı açılan "tazminat" davalarına bakması ile, sorumsuzluk ilkesinden uzaklaşmıştır<sup>52</sup>.

Bu alandaki asıl gelişme ise 1961 Anayasasından sonra olmuştur. Zira 1961 Anayasasının 114. maddesinin birinci fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilerek; idarenin sorumluluğu ilkesi bir anayasa kuralı olarak saptanmış, üçüncü fıkrası ile de kapsamı içtihatlarla çizilen sınırların çok ötesine götürülmüştür<sup>53</sup>.

İdarenin sorumluluğu konusunda 1961 Anayasası ile getirilen kural 1982 Anayasası tarafından da benimsenmiş; 1982 Anayasasının 125. maddesinin birinci fıkrasında "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" cümlesi tekrarlandıktan sonra; son fıkrasına "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" şeklinde hüküm getirilmiştir.

1982 Anayasasında 125. maddenin yanında 40 ve 129. maddelerde de devletin sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilmiştir. Anayasamızın 40. maddesinin ikinci fıkrasında kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın da, kanuna göre, devletçe tazmin edileceği ve devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu belirtildikten sonra 129. maddesinin beşinci fıkrasında "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri

<sup>51</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, Ankara, Turhan Kitabevi, Onüçüncü Baskı, 1999, s. 282.

<sup>52</sup> *Ibid.*, s.283.

<sup>53</sup> Murat Yaman, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 18, Kitap 1, 2003, s.74-75.



kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Günümüzde devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışlarından dolayı verdikleri zararları karşılamaları, hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu ülkelerde tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Bugün tartışma, sorumluluğun dayanağı ve koşulları konusunda olmaktadır<sup>54</sup>.

### C. İDARİ SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

Anayasamızın ilgili maddelerinde idarenin sorumluluğuna yer verilmekle beraber, sorumluluğun dayanağı temeli gösterilmemiştir. Bunun bir eksiklik olduğunu belirten Lütfi Duran’a göre, “devletin ve kamu tüzel kişilerinin sorumlu tutulabildiği hallerin tümünü kavrayacak ve açıklayabilecek temel veya öğeleri ortaya koymak gerekir. Çünkü, sorumluluğun temeli, idarenin verdiği zararı neden ödemekle yükümlü olduğunu açıklamakla, bireylerin veya topluluklarının hangi hallerde kamu tüzel kişilerine karşı tazminat hakkı bulunduğunu belirler ve saptar. Bir başka deyişle, idarenin genel tazmin borcuna karşılık, zarar görenlerin tazminat hakkının gerçekleşmesini sağlayan ana hukuki gerekçe, bunun kapsam ve sınırlarını ortaya koyabilir”<sup>55</sup>.

Türk hukukunda idari sorumluluğun dayanağı konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. İdari sorumluluğun dayanağı olarak, “hukuk devleti”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik”, “imkan ve fırsat eşitliği” gibi ilkeler ileri sürülmüştür. İdarenin sorumluluğunun temelinde bu ilkelerin yatmakta olduğu söylenmiştir. Bu görüşlerde gerçek payı olmakla birlikte, hiç biri, tek başına, idari sorumluluğun dayanağını açıklayacak nitelikte değildir. Hepsinde belli ölçüde bir zorlama göze çarpmaktadır<sup>56</sup>.

İdare alanındaki sorumluluğun dayanağının, kamu hukukuna uygun biçimde, nesnel nitelikli olması gerekir.

<sup>54</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, op.cit.*, s. 284.

<sup>55</sup> Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974, s.12.

<sup>56</sup> A.Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuk, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, 2003, c.II, s.653.

Şeref Gözübüyük'e göre, hukuk devleti ilkesi, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun dayanağını açıklayacak güçte görülmektedir. Hukuk devleti ilkesi, idarenin hem hukuka uygun hareket etmesini, hem de hukuka aykırı davranışlardan kaçınmasını içerir. İdarenin, hukuka aykırı davranışlardan doğan zararları karşılaması, hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucudur<sup>57</sup>.

Lütfi Duran ise, idarenin sorumluluğunun temelini, tazmin borçlusu ile tazminat alacaklısı arasındaki genel ilişkilerde aranıp bulunması gerektiği ve ancak böyle bir ortak alanda karşılıklı olarak belirlenen bir ilkenin, idari sorumluluğun dayanağı ve kaynağı olabileceğini, bu nitelik ve şartları taşıyan çağdaş kamu hukuku ilkesinin de, sosyal adalet ülküsüne yönelen “olanak ve fırsat eşitliği” esası olduğunu kabul etmiştir. Ona göre, bu ilke, daha çok ekonomik ve sosyal durumları elverişli olmayanları koruma ve destekleme çabalarını içerir görünmekte ise de; aslında toplum yaşamının genel ve sürekli biçimde uygulanabilir esasıdır. “İmkan ve fırsat eşitliği” bireylere ve topluluklarına, olumlu edimler sunmak kadar ve belki de daha çok, bunların zaten sahip buldukları veya haklı olarak elde etmeyi bekledikleri ve umdukları şeylerden ve yararlarından yoksun bırakılmamasını gerektirir. Bu bakımdan, bireyler ve toplulukları, bir arada yaşamalarını ifade ve temin eden idarenin varlığından ve işleyişinden bir zarara uğradıklarında aynı ölçüde “imkan ve fırsat eşitliği”ni yitirmiş olurlar. Böylece “imkan ve fırsat eşitliği”nin bozulduğu hallerde, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, zarar görenlerin aksayan dengesini yeniden kurmak için kendilerine tazminat ödemesi olağan sayılır<sup>58</sup>.

Yıldızhan Yayla'ya göre ise, idarenin genel olarak sorumluluğunun Anayasanın 125. maddesine dayandığının söylenebileceğini, hatta Anayasanın 125. maddesi olmasa idi dahi, sosyal hukuk devleti ilkesinin idarenin sorumluluğunun kabulüne yeteceğini belirtmektedir<sup>59</sup>. Konuyla ilgili aynı görüşte olan Zuhal Bereket Baş ve Selami Demirkol'a göre de, “idarenin hukuki sorumluluğunun temel dayanağı Anayasanın başlangıç hükümleri, sosyal devlete ilişkin düzenlemeler ve doğrudan buna yer veren

<sup>57</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, *op.cit.*, s. 284.

<sup>58</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.16-17.

<sup>59</sup> Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku I*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990, s. 146.

Anayasanın 125. maddesidir. Bu hükümlere göre idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür<sup>60</sup>.

Eşitlikten yola çıkan kimi müellifler de eşitlik kavramını nitelemek suretiyle idarenin sorumluluğuna dayanak yapmak istemektedirler. Bunlara göre; “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkesi bireylerin ve toplulukların tazminat hakkının dayanağı ve kaynağıdır<sup>61</sup>.



---

<sup>60</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.233.

<sup>61</sup> Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Kitabevi, Birinci Baskı, 1997, s. 15.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ HİZMETLERDE SORUMLULUK NEDENLERİ

#### I. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURLU SORUMLULUK

İdarenin kusurlu tıbbi faaliyetleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdari sorumluluk alanında kusurlu sorumluluk genel hüküm niteliğindedir. Bu şu anlama gelir ki, idari sorumluluğun kusurlu sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır<sup>62</sup>. Ancak bu istisna bile tıbbi faaliyetler alanında geçerli değildir; çünkü, tıbbi hizmetlerde kusursuz sorumluluk esaslarının uygulanmayacağı yargı kararlarıyla hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, tıbbi hizmetler alanında sorumluluğun temeli “kusurluluk” ilkesidir. Dolayısıyla idarenin tıbbi hizmetlerin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, tıbbi tedavi ve diğer bakım hizmetlerinin hukuka aykırı olması gerekir.

Kusur kavramı, sorumluluğa ilişkin hukuki rejimlerin büyük bir çoğunluğunun esas aldığı kavramdır. Kavram, cezalandırmaya ilişkin düşüncenin ürünüdür. Bir hatayı işleyen, kusurlu davranışta bulunan kim olursa olsun bu hatadan kaynaklanan zararları tazmin etmelidir. Tandoğan'ın belirttiği gibi, “eğer herkese kusurlu olsun olmasın her türlü eylemleri sonucunda doğan zararları tazmin borcu yüklenirse, hiç kimse bir girişimde bulunmaya cesaret edemez; hareketsiz kalmayı tercih eder, yahut nasıl olsa sorumlu tutulacağını düşünerek büsbütün tedbirsiz davranır”<sup>63</sup>. Bu nedenle “kusurluluk” ilkesi temel sorumluluk prensibidir.

Kusur şartı için, idareye atfedilecek bir kusur olması zorunludur. Bu da bizi öncelikle “hizmet kusuru” kavramına götürür. Türk Devlet sorumluluğu sistemine baktığımızda, hukuka aykırılık ve kusurluluk hizmet kusuru kavramı içinde ortak olarak, hatta birbirine bağlı surette düşünülür<sup>64</sup>. Dolayısıyla geleneksel idare hukuku doktrin ve içtihadında idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan “kusur”, hep

<sup>62</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.974.

<sup>63</sup> Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 1981, s.1.

<sup>64</sup> Tahsin Bekir Balta, “Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu”, çev. Kazım Yenice, *Danıştay Dergisi*, Yıl 4, Sayı 12-13, s.106.

“hizmet kusuru” olarak algılanmış ve tanımlanmıştır. Yıldızhan Yayla’nın da belirttiği gibi “terimdeki “kusur” kelimesi, İdare Hukukuna has bir noksanı ifade eder”<sup>65</sup>.

Burada hemen belirtelim ki, kamu hukuku alanındaki kusur, özel hukuk alanındaki kusurdan farklıdır, nesnel niteliklidir. İdari kusur beşeri bir irade zayıflığına dayanmaması ve anonim nitelik taşıması bakımlarından, özel hukuktaki kusur kavramından, hatta objektifleştirilmiş kusur kavramından ayrılmaktadır<sup>66</sup>.

## A. TIBBİ HİZMETLERDE “HİZMET KUSURU”

### 1. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Tanımı ve Hukuki Mahiyeti

Tıbbi hizmetlerde hizmet kusuru kavramından önce, hizmet kusuru konusunda terminolojik bir açıklamaya gerek duymaktayız. Türk hukuk literatüründe benimsenmiş ve tutunmuş bir terim olan “hizmet kusuru”ndan bahsederken, bazı Fransız müellifleri “faute de service” bazıları da “faute du service” yani hizmetin kusuru terimini kullanırlar<sup>67</sup>. Bu durumdan hareketle “hizmet kusuru” (faute de service) ile “hizmetin kusuru” (faute du service) kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir.

Doktrin ve uygulamada “hizmet kusuru” terimi kullanılırken hem bir taraftan faaliyetin bünyesinde gözlemlenen bir kusura işaret edilmekte, hem de diğer taraftan bu faaliyeti yürütmekle görevli bulunan idare tüzel kişiliğine atıf ve izafesi mümkün bir kusura işaret edilmek istenilmektedir. Birinci anlamda, yani hizmette gözlemlenen bir kusuru ifade etmek maksadıyla kullanılan “faute de service” kavramı kamu personelinin hizmet dolayısıyla veya hizmetle ilgili olarak işledikleri şahsi kusurlarını da kapsayan çok geniş bir anlam taşımaktadır. Buna karşılık “faute du service” terimi doğrudan doğruya idarenin sorumluluğunu gerektiren ve hizmet dolayısıyla işlenen şahsi kusurları sınırları dışında bırakan daha dar anlamda teknik bir terimdir<sup>68</sup>.

Bu açıdan hizmet kusuru, “personelin tamamen şahsına bağlı olan ve kendi sorumluluğunu gerektiren kişisel kusurunun karşısında yer alan ve ‘hizmetin

<sup>65</sup> Yayla, *op.cit.*, s.147.

<sup>66</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, *op.cit.*, s.91.

<sup>67</sup> Necdet Özdemir, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1963, s. 20.

<sup>68</sup> Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XV, Sayı 4, 1949, s.859-860, dipnot 1.

kusuru'nun sadece faili belirlenebilen bir çeşidi"<sup>69</sup> olarak tanımlanabilir. Hizmet kusurunda kusurun faili olan kişi veya kişiler belirlenebilir. Hizmetin kusurunda ise, belirli bir sorumlunun tespiti mümkün olmayıp, kamu hizmetinin kötü işlediği bilinmektedir<sup>70</sup>.

Türk hukukunda ise "hizmet kusuru" terimi yerleşmiş bir terimdir ve bundan kastedilen anlam da "faute du service" yani hizmetin kusurudur. Dolayısıyla Türk Hukukuna Fransız Hukukundan ithal edilen "faute de service" kavramının bir uyarlaması olan "hizmet kusuru", bir yasa kavramı değildir. Bu yönüyle devletin sorumluluğunu sağlama amacıyla içtihat tarafından yaratılan bir kavram ve kurum niteliği gösterir<sup>71</sup>. Ancak Kemal Gözler, Türkiye'de doğrudan "kusur" kavramı değil, "hizmet kusuru" kavramının kullanılıyor olmasını eleştirmektedir. Ona göre kusur bir insan fiilinin niteliğidir. Bir tüzel kişinin veya daha da soyut bir şekilde "hizmet" in kusuru olamaz. O nedenle hizmet kusurunun bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde bozukluk olarak tanımlanması yerinde değildir<sup>72</sup>.

İdarenin sorumluluğunun nedeni olarak "kusur" idarenin kuruluşundan ya da işleyişinden doğan nesnel nitelikli bir aksaklık ya da bozukluktur<sup>73</sup>. Şöyle ki, İdare örgüt ve faaliyetleri, ta baştan iyi düşünüp, planlamadığı, teşkil ve tanzim etmediği veya gereği gibi ya da hiç yürütmediği için, objektif olarak, yani belirli standart ve ölçülere göre yanlış, eksik, yetersiz ve kötü sayıldığından kusurlu görülür<sup>74</sup>.

Sıddık Sami Onar'a göre "hizmet kusuru kamu hizmetlerinin hukuki bünyesi ve bundan çıkan Devletin borcu ile de açıklanabilir; Devlet kamu hizmetlerini durumun gereklerine ve ihtiyaçlara göre en uygun bir şekilde, devamlı ve istikrarlı bir tarzda halka sunmak, halkın bu hizmetlerden gereği gibi faydalanmasını sağlamak zorundadır. Bu borcun yerine getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir"<sup>75</sup>. Danıştay Onuncu Dairesinin 8.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı kararında belirtildiği üzere "idare, tıbbi hizmetler için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve

<sup>69</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.27.

<sup>70</sup> Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.56.

<sup>71</sup> Serdar Özgüldür, *AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, 1996, s.66.

<sup>72</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.977-978.

<sup>73</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Ondokuzuncu Baskı, 2003, s. 317.

<sup>74</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.26.

<sup>75</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, Üçüncü Baskı, 1966, c. III, s. 1695.



gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak tıbbi hizmetleri yürütmekle yükümlüdür. Bunun yerine getirilmemesi idarenin açık hizmet kusuruna yol açar.”<sup>76</sup> hükmü bu görüşü desteklemektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra, Ragıp Sarıca'nın hizmet kusuru tarifinden hareketle tıbbi hizmetlerinde “hizmet kusuru”nu şu şekilde tanımlayabiliriz:

Tıbbi hizmetin ya kuruluşunda, düzen ve tertibinde veya örgütünde, bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde - gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, tıbbi personel üzerinde gerekli kontrolün yerine getirilmemesi; hizmete tahsis edilen araç-gereçlerin yetersiz, elverişsiz, kötü olması; tıbbi personelce gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi vb.- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik, sakatlık arz etmesidir<sup>77</sup>.

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere tıbbi hizmetlerde “hizmet kusuru”, tıbbi personelde veya tıbbi personelin seçiminde değil, bizzat tıbbi hizmetin bünyesinde aranmaktadır.

Hekimler mesleki faaliyetlerini – teşhis ve tedavi, takip, ameliyat ve bunlarla bağlantılı çalışmalar – icra ederken hastalarının karşısına şahsen değil mensubu buldukları kurumun temsilcisi, bir parçası hatta kurumun somut ifadesi olarak çıkmaktadırlar. Asıl görüntü budur. Başka bir deyişle, buradaki hasta-hekim ilişkisi aslında kurum-hasta ilişkisi şeklinde belirirken; hastanın muhatabı, zararlarının birincil ve çoğu kez de tek sorumlusu da kamu hizmetinin “anonim” karakteri icabı “idare” olmaktadır<sup>78</sup>. Çoğu zaman zarara sebep olan personelin belirlenmesi mümkün olmadığı gibi belirlenmiş olsa da bu kusurları kişiselleştirmek bazen doğru olmaz. Bu nedenle, tıbbi hizmetlerinde “hizmet kusuru” şu şekilde de tarif edilebilir:

“İdarenin görmekle yükümlü olduğu tıbbi hizmetin bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve bu hizmeti gören veya görmekle yükümlü olan tıbbi

<sup>76</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 08.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, s. 612.

<sup>77</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, op.cit., s.858.

<sup>78</sup> Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 58, Sayı 10-11-12., 1984, s.600.

personelerle yüklenmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikleri bulunan bir objektif kusur tipidir”<sup>79</sup>.

Devletin sorumluluğuna karar verilirken kusur meselesinin büyük rolü vardır ve bundan objektif manada hatalı ve kusurlu olma anlaşılır<sup>80</sup>. Çünkü, kanunlarda ve diğer düzenleyici kurallarda eksiklikler, mali ödenek noksanlığı, tıbbi personelin ilmi ve teknik bilgilerinin ve deneyimlerinin yetersizliği gibi hallerden dolayı tıbbi hizmetin iyi işlememesi halinde kusur tıbbi personelden ayrılmış, anonim bir hal almış ve hizmet kavramına eklenerek objektifleşmiştir.

Kısaca, tıbbi hizmetlerde hizmet kusurundan söz edebilmek için iki şartın gerekli olduğu görülmektedir. Bunlardan biri, zarara yol açan tıbbi eylemin, ayrılmasına olanak bulunmayacak biçimde tıbbi hizmete bağlı olması; diğeri de zararın tıbbi personelin kişisel kusurundan değil, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlikten ileri gelmesidir. İşte hizmet kusurunu, gerek özel hukukun kusura dayanan hukuki sorumluluk kavramından, gerek diğeri idari sorumluluk kavram ve ilkelerinden ayıran ölçüt bu iki şartın varlığıdır<sup>81</sup>. Ayrıca hizmet kusuru, özel hukuktaki “çalıştırmanın-istihdam edenin” sorumluluğundan ayrı, idare hukukuna özgü bir sorumluluktur. Hizmet kusuru doğrudan, özel hukuktaki çalıştırmanın sorumluluğu ise dolaylı bir sorumluluktur<sup>82</sup>.

## 2. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Nitelikleri

Tıbbi hizmetlerinde hizmet kusurunun niteliklerini beş başlık altında toplamamız mümkündür:

### a. Tıbbi Hizmet Kusuru Genel Bir Nitelik Gösterir.

Doktrin ve içtihatlarda hizmet kusuru hem uygulama alanı bakımından hem de maddi bakımdan genel bir teoridir. Tüm kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu yönünden geçerli bir kavram olması hizmet kusurunun organik (uygulama alanı) yönden genelliğini gösterir. Tıbbi hizmetlerden doğan zararlardan dolayı idarenin

<sup>79</sup> Özdemir, *op.cit.*, s. 23.

<sup>80</sup> Balta, *op.cit.*, s.106.

<sup>81</sup> Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Güven Matbaası, İkinci Baskı, 1976, s.28.

<sup>82</sup> Gözübüyük, *Yöneltilmiş Yargı, op.cit.*, s. 286.



sorumluluğunun ana kuralını ve genel kuramını teşkil etmesi ise hizmet kusurunun maddi bakımdan genelliğine işaret eder<sup>83</sup>.

İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için kural olarak bir hizmet kusurunun varlığı gereklidir. Eğer hizmet kusuru yoksa idare de kural olarak sorumlu değildir. Kural olarak sorumlu olmaz; çünkü hizmet kusurunun yanında ikinci sorumluluk esasları da bulunmaktadır. Dolayısıyla tıbbi hizmetlerin sunulması sonucunda bir hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa idareyi sorumlu tutmak için başka bir esas aramaya gerek yoktur. Bu itibarla, hizmet kusuru genel sorumluluk esasıdır<sup>84</sup>.

### **b. Tıbbi Hizmet Kusuru Bağımsız Bir Karakteri İçermektedir.**

Hizmet kusuru özel hukuktaki kusurdan, kusurlu fiilden, daha doğrusu haksız fiilden ayrı ve bağımsız bir kusur olup, idare hukukuna göre anlamlandırılması gereken; kısaca içeriği, sınırı ve kapsamı idare hukuku esaslarına göre çizilmesi gereken bir kusurdur<sup>85</sup>.

Bundan dolayı bu kusur tıbbi personelde aranılan subjektif mahiyette bir kusur olmayıp, personelin dışında kalan ve her kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişi gibi dış dünyaya ilişkin objektif ve bağımsız bir kusurdur<sup>86</sup>. Sonuç olarak hizmet kusurunun bağımsızlığı “kusurun idare hukukuna özgü, bağımsız ve orijinal bir kavram”<sup>87</sup> oluşunu ifade eder.

### **c. Tıbbi Hizmet Kusuru Birinci ve Asli Derecede Bir Sorumluluktur.**

Hizmet kusuru, bir kere hizmetin, daha doğrusu hizmeti gören, görmekle mükellef olan idare tüzel kişiliğinin, kısacası idarenin kusurudur. Hizmet kusurundan doğan sorumluluk, tıbbi hizmeti sunan idarenin “kendi” sorumluluğudur; tıbbi personelin haksız fiilden dolayı üstlendiği bir sorumluluk değildir<sup>88</sup>. Zarar gören kişi için önce hizmeti yürüten tıbbi personele karşı dava açma zorunluluğu yoktur. Anayasanın 125. maddesinin son bendinde “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” yolunda hüküm var olup, bu düzenlemeyle idarenin yapmış olduğu işlem

<sup>83</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.72.

<sup>84</sup> Yayla, *op.cit.*, s.148.

<sup>85</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, *op. cit.*, s. 860.

<sup>86</sup> Özdemir, *op.cit.*, s.44.

<sup>87</sup> Onar, *op.cit.*, c.III, s. 1695.

<sup>88</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.70.

ve eylemlerden dolayı zarar gören kişilere karşı hukuken sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, “sorumluluğun önce tıbbi personele yöneltilmesi, tıbbi personelin ödeme kabiliyetinden yoksun bulunması halinde idareye başvurulması söz konusu değildir. Tıbbi personelin hukuki kişiliği ortada görünmez ve idare tüzel kişiliği içinde kaybolmuş durumdadır”<sup>89</sup>. Tıbbi personel hizmetin bütünleyici parçası halindedir. Bu nedendir ki, zarara uğrayan kimse doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilir. Dolayısıyla tek sorumlu vardır, o da idaredir.

Gene bu asli karakterin bir neticesi de idare “durum ve hizmetin gerektirdiği bütün dikkat ve özenle bulunduğu yahut dikkat ve özenle bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını” bir def’i olarak ileri süremez ve bunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz<sup>90</sup>.

#### **d. Tıbbi Hizmet Kusuru Anonimdir.**

İdareyi soyut bir örgütten işleyen bir kuruluşa, kişilerin hukuki durumlarında olumlu ve olumsuz değişiklikler yapan, yenilikler getiren işlem ve eylem mekanizmasına dönüştüren “şey” kadrosundaki tıbbi personel ve onların faaliyetleridir. Fakat, bu personel ve onların faaliyetleri idare ile öylesine bütünleşmiş, hizmet ile öylesine kaynaşmıştır ki, *bireysel ve bağımsız varlıkları idarenin içinde eriyip anonimleşmiştir*<sup>91</sup>. Yukarıda hizmet kusurunu tanımlarken belirttiğimiz gibi bu kusur, belli bir ya da birkaç tıbbi personelin tutum ve davranışına mal edilmeyen, onlara yönlendirilemeyen bir kusurdur. O nedenle hizmet kusuruna ve tazminata hükmetmek için hangi tıbbi personelin ne gibi kusurlar işlemiş olduğunun araştırılıp ortaya çıkartılmasına lüzum yoktur. Esasen tazminat için kusurlu tıbbi personele rücu edilecek değildir<sup>92</sup>. Hizmette anonim bir kusurun ve sorumluluğun belirmesi yeterlidir.

Gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi, idare tarafından kullanılan malzemenin yetersiz, bakımsız olması, gözetimde kusur edilmesi gibi hizmet kusuru bahis konusu olan hallerde, zarara sebebiyet veren hizmetin başında bulunan tıbbi personelin tayin ve

<sup>89</sup> Esin, *op.cit.*, s.29.

<sup>90</sup> Kemal Galip Balkar, “Hizmet Kusuru”, *Adalet Dergisi*, Yıl 46, Sayı 2, Şubat 1955, s. 100; Onar, *op.cit.*, c.III, s. 1696.

<sup>91</sup> Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu -Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Ankara, 12-13 Mart 1982), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.80.

<sup>92</sup> Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, Beşinci Baskı, 1959, s.226.

tespiti, ismen teşhisi mümkün olsa bile hizmet kusurunun araştırılmasında bu durum göz önüne alınmadığı gibi, yargı organı hizmet kusuruna hükmederken tıbbi personelin isminden bahsetmez veya buna lüzum görmez<sup>93</sup>. Çünkü anonim kusura dayanan bir sorumluluk sisteminde böyle bir açıklamanın hukuki bir değeri yoktur.

Bundan başka, zarar veren olayın emir ve talimat verilmeyen bir tıbbi personelin fiili olup olmadığı da Danıştay için önemli değildir<sup>94</sup>.

### **e. Tıbbi Hizmet Kusuru Olaylara Göre Farklı Bir Karakter Gösteren Değişken ve Esnek Bir Kavramdır.**

Ragıp Sarıca'ya göre hizmet kusuru; teorik, genel, mutlak, sert ve değişmez bir kavram olmaktan ziyade pratik, ampirik, bileşik, hâdisevi, göreceli, esnek, değişken ve kaypak bir kavramdır<sup>95</sup>. Dolayısıyla bir hizmet kusurunun varlığı her olayda hal ve durumun gereklerine ve özelliklerine göre tespit edilir<sup>96</sup>. Danıştay kusurluluğu tespit ederken belki evvelce belirli kriterlere göre değil; fakat genel surette kazuistik tarzda hareket eder. Yani idari yargı organı, her somut olayda; kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş koşulları ve diğer özellikleri, yer ve zaman koşulları, zararın niteliği ve zararlar kusur arasındaki ilişkinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurarak, saptanan kusurun tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğini serbestçe tayin eder<sup>97</sup>. Organizasyonda veya tıbbi hizmet görülürken; mesela organizasyon bakımından yetersizlik veya tıbbi hizmetin yavaş, geç, hatalı yapılması veya haklı bir sebebe dayanmaksızın görevin yapılmaması halinde ve daima olayın özelliği dikkate alınarak kusurluluk kabul edilebilir<sup>98</sup>.

### **3. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru” Sayılan Haller**

Lille Üniversitesi Hukuk Fakültesi eski dekanı Paul DUEZ'den gelip yerleşen bir tasnife göre; idare, hizmetin kötü işlemesi veya geç işlemesi yahut hiç işlememesi

<sup>93</sup> Özdemir, *op.cit.*, s.29-30; Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, *op. cit.*, s. 861.

<sup>94</sup> Balta, *op.cit.*, s.105.

<sup>95</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, *op. cit.*, s. 862.

<sup>96</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1697-1698.

<sup>97</sup> Esin, *op.cit.*, s.31.

<sup>98</sup> Balta, *op.cit.*, s.107.

hallerinde idari kusur işlemiş sayılır<sup>99</sup>. Bu ayırım, günümüz öğretisi ve içtihatlarınca da benimsenerek sürdürülmektedir.

Şimdi bu üçlü ayırımı kısaca inceleyelim:

### a. Tıbbi Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şekli, hizmetin kötü işlemesi halidir. Tıbbi hizmetin kötü işlemesi, idarenin tıbbi hizmeti “gereği gibi” yürütmemiş olmasından kaynaklanır. Hizmetin hangi hallerde kötü işlemiş olduğunu genel olarak belirlemek olanağı da yoktur. Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin somut olarak sınırlarını belirleyebilmenin, bu hali bir formüle bağlamanın imkansızlığı kolayca anlaşılır. Tıbbi hizmetin kötü ya da iyi işlediği, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu araç gereç ve olanaklara, olayın özelliğine, mevzuatına ve diğer özel koşullara göre belirlenir<sup>100</sup>. Bozulmuş aşıların kullanılması, süresi geçmiş ilaçların kullanılması, sterilize yapılmamış enjektör ya da ameliyat malzemelerinin kullanılması hizmetin kötü işlemesine örnek olarak verilebilir<sup>101</sup>.

Hizmetin kötü işlemesi halinin bir örneği olarak idarenin tıbbi personeli seçme ve denetleme bakımından yetersiz kalması gösterilebilir. Meselâ, idarenin “ehil personel istihdam etmemesi”, “personelini yeterli bir şekilde eğitmemesi”, “hizmet personeli üzerindeki kontrol ve denetimin gereğince yapılmamış olması” hallerinde, hizmet kötü işlemiştir, hizmet kusuru vardır dolayısıyla idare sorumludur<sup>102</sup>.

Ne şekilde olursa olsun, hizmet kusuru işleyen idare, hastanın bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin etmek zorunda kalır. Çünkü kamu hastaneleri, kural olarak kendilerine başvuran hastaları kabul edip tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde tedavilerini gerçekleştirmek zorundadırlar. Gerek teşhis gerekse tedavide bilgi, dikkat ve özenle hastanın bakımının gerçekleştirilmesi esastır. Örgütün iyi işlememesi, araç ve gereçlerin arızalı, bakımsız oluşu, ilaçların zamanında sağlanmamış

<sup>99</sup> Armağan, *op.cit.*, s.18.

<sup>100</sup> Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Beşinci Baskı, 2001, c.I, s.228-229.

<sup>101</sup> Hüseyin Durdu, *Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk*, İzmir, 1986, s.92.

<sup>102</sup> Yayla, *op.cit.*, s.150.

olması, yeterince araştırma yapılmadan bir teşhise karar kılınması ya da eksik tedavi ve bakımın hoşgörüsü ile karşılanması sorumluluktan kurtulmaya gerekeç oluşturmaz<sup>103</sup>.

Danıştay'ın tıbbi hizmetin kötü işleyişi ile ilgili olarak verdiği kararlara şöyle bir baktığımızda; Sol kalçasının total kalça proteziyle ameliyatı gerekirken sağ kalçasının ameliyat edilmesi nedeniyle hareket yeteneğinin azalması ve olay tarihinde bekar ve 38 yaşında olan davacının yaşamı boyunca başkalarının bakımına muhtaç hale gelmesi,<sup>104</sup> ayağının kırılması üzerine Devlet Hastanesine kaldırılan davacının kolunun hemşire tarafından yapılan hatalı iğne sonucu kesilmesi,<sup>105</sup> ... tarihinde davacının çocuğunun parmağındaki siğilin tedavisi için ... Devlet Hastanesine müracaatı üzerine, siğilin çıkarılması amacıyla enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan "Mercaine" isimli ilaç yerine "İL 33" isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjekte edilmesi sonucu kangren olan sol el 4. parmağının kesilmesi,<sup>106</sup> davacının geçirdiği trafik kazası nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesinde yapılan ilk müdahaleden sonra ayağında meydana gelen şişlik nedeniyle bandaj kullanıldığını, 1.5 yıl sonra T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi ... Hastanesine başvurusu sonrasında ... tarihinde fascia tamiri ameliyatı yapıldığını, ayağında ağrı ve akıntı meydana gelmesi üzerine ikinci bir ameliyattan sonra taburcu edildiğini; rahatsızlığının devamı nedeniyle de 40 gün sonra ... Acil Yardım Travmatoloji Hastanesine başvurarak yeniden ameliyat olduğunu, ancak T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi ... Hastanesindeki tedavi sırasında ihmal ve kusur nedeniyle sağ ayak kas grubunun 1/3'ünü yitirmesi,<sup>107</sup> ... Devlet Hastanesinde sezeryan ameliyatı ile doğum yapan davacının karnında iki adet "kompres" in unutulması,<sup>108</sup> olaylarında, idareyi hizmetin işleyişindeki yetersizlikten ötürü tazminata mahkum ettiğini görmekteyiz.

<sup>103</sup> Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.187.

<sup>104</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10.10.1996 tarih ve E. 1995/934, K.1996/5933 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 93, s. 523-525.

<sup>105</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 16.01.1985 tarih ve E 1982/2908, K. 1985/26 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 60-61, s. 460-462.

<sup>106</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 08.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, s. 611-612.

<sup>107</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 31.03.1997 tarih ve E. 1995/7754, K. 1997/1071 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 94, s. 690-692.

<sup>108</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 14.3.2001 tarih ve E. 2000/5558, K. 2001/791 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.327.

Tıbbi hizmetlerde yanlış tedavi uygulanması veya tedaviye ilişkin yöntemlerde yanlışlık yapılması gibi durumlarda da hizmetin kötü işlediği söylenebilecektir; “Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu’nun ... kararında potasyum klorürün yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olduğu, ancak davacıların çocuğuna setten hızla verilmiş olması nedeniyle ölüme neden olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacıların çocuğuna potasyum klorürün setten hızla verilmesi sonucu ölüm olayı meydana geldiğinden idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir”<sup>109</sup>.

Tıbbi hizmetin kötü işlemesi örneklerine, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilen kararlarda da rastlıyoruz: Askerliğini yaparken bir kedinin ısırması nedeniyle kendisine kuduz iğnesi yapılan, ancak bu iğnenin yan etkisiyle “polinöropati” teşhisi konarak askerliğe elverişsiz hale gelen ere dışarıda kendi inisiyatifi ile tedavi olarak ve uygun ilaçları kullanabilmek durumunda bir kişi olmadığı, sağlığının korunması ve tedavisi konusunda yetkinin tamamen idareye ait olduğu, tedavi esnasında uygun aşının bulunamaması ve yan etkisi bulunan bir aşının uygulanmasında, idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilmiştir<sup>110</sup>.

### **b. Tıbbi Hizmetin Geç İşlemesi**

Tıbbi hizmetin geç işlemesi şeklinde beliren hizmet kusurunu, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareketi suretiyle bir zarara sebebiyet vermesi şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>111</sup>. Burada tıbbi hizmet doğru ve muntazam bir surette icra olunmakla beraber idare zamanında harekete geçmemiş, hizmeti gereken derecede süratle yerine getirecek yerde gecikme ile ifa etmiştir<sup>112</sup>.

Gerçekte bir hizmetin hangi durumda geç, hangi durumda olağan hızla işlemiş olduğunu kestirmek son derece güç bir konudur. Hizmetin ne kadar süre içinde görüleceği pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmişse, idare mevzuatın öngördüğü süreyi

<sup>109</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 27.03.2002 tarih ve E. 2000/1010, K. 2002/852 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.306-307.

<sup>110</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 7.6.2000 tarih ve E.1998/892, K.2000/371 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, s.986-988.

<sup>111</sup> Özgüldür, *op. cit.*, s. 76.

<sup>112</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, *op. cit.*, s. 892.



özürsüz olarak aştığında, hizmetin geç işlediği sonucuna varılabilir<sup>113</sup>. Hizmetlerin yapılacağı sürenin bir kuralla saptanmaması durumunda hizmetin niteliğine ve hal ile şartlarına göre idarenin bir davranışta bulunabilmesi için “makul” ve “normal” bir sürenin geçmiş olması gereği<sup>114</sup> örneğin ateş ve lökosit miktarına göre derhal ameliyat edilmesi gereken hastanın ilgisizlik yüzünden ameliyatının gecikmesi neticesi apandisit patlaması sonucu ölümü<sup>115</sup> gibi hallerde tıbbi hizmetin geç işlemesi, kural olarak, sonuçları itibariyle, hastalığın hasta üzerinde yaptığı etki ile saptanabilir.

Bu hizmet kusurunun saptanmasında, çevre koşulları ve olayın gelişim biçimi iyi değerlendirilmelidir. Sağlık Ocağında görevli pratisyen hekimden, bir ameliyat; köy sağlık evinde görevli bir ebeden, sezeryan operasyonu beklenemez. Bu görevliler, hastayı ilgili bir hastaneye sevk etmişlerse ve hasta geçen süre kaybı nedeniyle ölmüşse, hekim veya ebede ya da idarede kusur arama olanağı yoktur<sup>116</sup>.

Danıştayın hizmetin geç işlediğini ve idarenin sorumlu olduğunu kabul ettiği kararlarından birkaç örnek şöyledir:

Davacının Devlet Hastanesinde yapılan ameliyat sonrasında bacağına şişmesi ve morarması üzerine hemşire tarafından nöbetçi doktora haber verilmiş; fakat nöbetçi doktorun durumu ameliyatı yapan doktora bildirmesini söylemesi üzerine hafta sonu boyunca hastaya hemşire tarafından normal tedavi uygulanmıştır. İki gün sonra ameliyatı yapan doktor tarafından durum fark edilince derhal müdahale edilmiştir; ancak başarı elde edilememiştir. Hasta sevk edildiği Hacettepe Hastanesinde yapılan ameliyat sonucu bacağına kaybetmiştir. Bu durumda ortaya çıkan komplikasyona zamanında müdahale edilmemesi, ameliyat sonrası bakımın aksaması, gerekli tedavinin yapılmaması gibi sebeplerle Danıştay tarafından idarenin hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır<sup>117</sup>.

Davacı, eşinin doğum sancılarının başlaması üzerine Kandıra Devlet Hastanesi'ne müracaat etmiştir. Burada doktor bulunamamış, çağrıldığı halde sinemadan geç gelmiş doğum olur zannıyla hasta uzun süre bekletilmiş, buradan İzmit Devlet Hastanesi'ne

<sup>113</sup> Esin, *op.cit.*, s.45.

<sup>114</sup> Armağan, *op.cit.*, s. 30.

<sup>115</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 25.12.1968 tarih ve E. 1967/788; K. 1968/2448 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Durdu, *op.cit.*, s.92.

<sup>116</sup> Durdu, *op.cit.*, s.92.

<sup>117</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9.12.1992 tarih ve E. 1992/184, K. 1992/4321 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 87, s. 544-545.



sevk olunup yolda ambulansın arızalanması sebebiyle geri dönmüş, başka bir vasıta ile hastaneye gelindiğinde cerrahi müdahalenin yapılması gerekli görülmüş fakat gerekli serum dolapta kilitli olduğu için doktor tarafından davacıya serum bulunması söylenmiş, davacının da gece olması sebebiyle bütün nöbetçi eczaneleri dolaştığı halde serumu bulamaması, dolaptaki serumun kullanılmasına karar verildikten sonra yapılan ameliyat sonunda hasta ve çocuğun kurtarılamayarak ölmesi karşısında Danıştay idarenin bariz hizmet kusuru olduğuna karar vermiştir<sup>118</sup>.

Danıştay Onuncu Dairesi, kalp krizi geçiren hastaya uzman hekimin zamanında müdahale etmemesi sonucu hastanın ölümü olayında; “Polis memuru olan davacılar murisinin saat 8.15 sularında acil servise getirildiği, görevli doktorlarca EKG grafisine ve klinik bulgulara göre Lateral Enfarktüs tanısı konularak o günün icapçı dahiliye uzmanının çağrıldığı, anılan doktorun gelmediği, hastanın ağırlaşması üzerine başka bir dahiliye uzmanının müdahale ettiği, ancak hastanın 09.00 sularında öldüğünün anlaşıldığı ... bilirkişi heyetinde verilen kararda, (sonuç ölümlü olsun olmasın, eğer bir uzman hekim mevcutsa, uzman hekimin ulaşabildiği en erken zamanda hastaya müdahale etmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabileceğinin) belirtildiği, bu durumda idarenin hizmet kusuru bulunduğu anlaşıldığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminin yasal faiziyle birlikte kabulüne karar vermiştir<sup>119</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre de “kamu hizmeti yürüten idarenin, durumun gereğine ve ihtiyaca göre hizmeti devamlı ve en iyi şekilde topluma sunması, hizmeti yürütürken kimsenin zarara uğramamasını sağlamak amacı ile gerekli önlemleri alması zorunludur. Bu zorunluluğun gereği gibi yerine getirilmemesi hizmetin iyi işlemediğinin kanıtıdır. Doğuştan kalp hastası olan müteveffa erin silah altında iken vaki şikayetlerine karşın, VSD (ventriküler septal defekt) ve muhtemel infektif Endokardit tanısının geç konulması ve buna bağlı olarak geç ve yetersiz tedavi

<sup>118</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 18.11.1968 tarih ve E. 1967/2767, K. 1968/2118 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s. 80-81.

<sup>119</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13.02.2001 tarih ve E. 7/3789, K. 2001/487 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.79.

uygulanması sonucu vefat ettiğinin tıbbi bilirkişi raporu ile saptanması karşısında yakınlarının uğradığı zararın hizmet kusuru esasına göre idarece tazmini gereklidir<sup>120</sup>.

### c. Tıbbi Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesi hizmet kusuru sayılmakta ve idare tazminata mahkum edilmektedir. İdare kendi görev alanındaki tıbbi hizmetleri sunmakla yükümlü kılınmıştır yani idarenin yetkisi bağlıdır bu durumda idarenin hareketsiz kalması bir hizmet kusuru teşkil eder<sup>121</sup>. Örneğin penisilin enjeksiyonu yapılmadan önce penisilin testi yapılması gerekirken yapılmaması sonucu meydana gelen ölüm olayında hizmet kusuru vardır<sup>122</sup>. Buna karşılık, belli bir tıbbi hizmetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise, idarenin hareketsiz kalmasının onun sorumsuzluğuna yol açacağı her zaman söylenemez. Zira idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak olmayıp belirli sınırlar içinde kullanılması gerektiğinden, takdir yetkisi bu sınırlar aşılarak kullanılıp da hizmet yürütülmez ise, idarenin gene hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olması gerekir.

Anayasanın 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 getireceği belirtilmiştir.

Burada şu soru akla gelebilir: Yukarıda sözü edilen anayasa maddesi karşısında hizmetin hiç işlememesi, idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ileri gelmiş ise hizmet kusuru sayılmayacak mıdır? Metin Günday'ın bu soruya verdiği cevap, mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlamak gerektiği yönünde olup, aksi takdirde idare her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir<sup>123</sup>. Yukarıdaki maddede açıkça belirtildiği üzere sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerin mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilmesi söz konusudur. Ayrıca idarenin mali kaynakların yetersizliğinden ötürü bir hizmeti hiç yürütmemesi nedeniyle sorumlu tutulmayacağı düşünülse dahi, yürütmeye

<sup>120</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 10.12.2001 tarih ve E.1999/850, K.2001/882 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 17, Kitap 2, s.1180-1184.

<sup>121</sup> Karavelioğlu, *op.cit.*, c.1, s.241.

<sup>122</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi, 9.12.1975 tarih ve E.1974/2236, K.1975/2263 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Özgüldür, *op.cit.*, s.306.

<sup>123</sup> Günday, *op.cit.*, s. 336.

başladığı bir hizmeti mali kaynaklarının yetersizliği gerekçesi ile yürütmekten vazgeçmesi halinde sorumluluktan kurtulmaması gerekir. Kısacası idare, kanunla görevli olduğu ya da kendi iradesiyle yüklendiği tıbbi hizmetleri ifadan, mali ve teknik imkanları ya da yeterli örgüt, personel, araç ve gerece sahip olmadığı gerekçesi ile kaçınmaz ve bundan doğan zararı tazminle yükümlü olur<sup>124</sup>.

Ancak kanaatimizce idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ötürü tıbbi hizmetleri yeterince yerine getirememesi nedeniyle sorumluluğuna hükmederken idarenin sahip olduğu tıbbi personel ve teknik donanım, olayın özelliği, yapılan tıbbi tedavinin niteliği ve diğer özel koşullar dikkate alınarak her zaman tazminata hükmedilmemesi yerine olur ki Danıştay'ın da bu konuda mevcut kararları bulunmaktadır.

“Davacının kızının geçirdiği trafik kazası sonucunda tıbbi hizmetin gereği gibi yürütülmemesinden ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın ödenmesi istemiyle açılan davada, yaptırılan bilirkişi incelemesinde olay yıllarında Devlet Hastanesinde göğüs cerrahi, beyin cerrahi kadroları ile tam teşekküllü yoğun bakım ünitesi, bilgisayarlı tomografi gibi ünitelerin bulunmadığı ancak trafik kazası sonrası yapılan ilk müdahalede herhangi bir kusurun olmadığı anlaşıldığından Danıştay, Anayasanın 65. maddesi hükmü ve trafik kazası sonrası yapılan müdahalenin yerinde görülmesi karşısında idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkan bulunmadığından davayı reddetmiştir”<sup>125</sup>.

Hizmet kusuru konusunda bu üçlü ayrımı kısaca inceledikten sonra hemen belirtelim ki, bu ayrımların kesin çizgileri bulunduğunu zannetmek de doğru değildir. Örneğin, “davacının zehirli bir haşere tarafından ısırılan oğlunu, tedavi maksadı ile ... Devlet Hastanesine götürmesi ve burada KBB uzmanının kesin teşhis koyamayarak sadece bir akrep serumu reçetesi verip çocuğu doğumevi hastanesine sevk ettiği, doğumevi hastanesinde nöbetçi doktorun banyoda bulunması dolayısıyla hastabakıcı tarafından arandığı halde bulunamaması sebebiyle çocuğun fenalaştığını gören davacının çocuğu özel doktorluk yapan çocuk uzmanına götürdüğü doktorun çocuğa

<sup>124</sup> Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s.289.

<sup>125</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24.4.2001 tarih ve E. 1998/7215, K. 2001/1531 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.313-314.

akrep serumu tatbik ettiği halde durumunun iyiye gitmediğini görünce yeniden doğumevine gitmesini önerdiği, davacının doğumevine ikinci defa gelişinde daha evvel arandığı halde bulunamayan nöbetçi doktor tarafından yılan zehirlenmesi teşhisi ile yılan serumu ile gerekli diğer tedavilerin tatbik edilmesi rağmen çocuğun öldüğü<sup>126</sup> olayda, zehirlenen çocuğa zamanında ve gerekli serumu veremeyen idarenin hizmeti hiç işlememiş midir? Yoksa geç mi işlemiştir?

Hizmetin geç işlemesi söz konusu olduğunda denilebilir ki geç işleyen hizmet, esasen kötü işlemiştir. Ancak bazı gecikmeler, idarenin dikkatli ve titiz olmasının bir sonucu ile kusur teşkil etmeyebilir. Öyleyse, her geç işleme, mutlaka kötü işleme değildir<sup>127</sup>.

#### 4. Tıbbi Hizmetlerde “Hizmet Kusuru”nun Derecesi

Hizmet kusuru esaslarına göre idarenin sorumluluğu konusunda zıt iki menfaat çatışma halindedir. Zarar gören hastaların veya yakınlarının menfaati, idarenin örgüt ve faaliyetinde gözlemlenen her türlü eksiklik ve kusurun, sorumluluğa esas teşkil eden bir hizmet kusuru kabul edilmesini istediği halde, kamu menfaati, düzenli bir şekilde yürümesini gözetlediği tıbbi faaliyetlerin, tazminat tehditleri altında sık sık aksamaması için sorumluluğu belirli ölçülere göre sınırlamak çabasındadır<sup>128</sup>.

Doktrine göre, mahkeme kararlarını göz önüne almak suretiyle hizmet kusurunun t derece arz edilebileceğini söylemek mümkündür. Bunlar sırasıyla; hafif kusur, ağır kusur ve fevkalade ağır kusurdur. **Hafif (alelade, basit) kusur** iyi bir idarenin işlemeyeceği kusurdur<sup>129</sup>. **Ağır ve vahim kusur** bağışlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır. Böyle bir şeyin kesinlikle meydana gelmemesi gerekmektedir. Ağır kusur, vasat bir idarenin işlemeyeceği bir kusurdur. Başka bir tanımla ağır kusur, aynı zamanda ve aynı koşullarda her makul ve mantıklı insanın gösterebileceği en basit dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Örneğin Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi 14.03.1983 tarih ve E.7/7283, K.1983/1783 sayılı kararında “hastanın karnında iki metre gazlı bez unutulmasını” ağır kusur olarak

<sup>126</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 24.10.1966 tarih ve E. 1965/21, K. 1966/2928 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s.79-80.

<sup>127</sup> Yayla, *op.cit.*, s.150.

<sup>128</sup> zdemir, *op.cit.*, s.98.

<sup>129</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, *op. cit.*, s. 866.

değerlendirmiştir. Çünkü bunun unutulmaması için en basit özenin gösterilmesi yeterli olacaktır<sup>130</sup>. **Fevkalade ağır kusur** ise belirgin derecede ağır ve vahim bir kusur olup; ancak kötü bir idarenin yapabileceği kusurdur<sup>131</sup>.

Hizmet kusuru teorisine dayanan sorumluluğun temeli kusur prensibi olmakla beraber, bu teoride, tıbbi hizmete, tıbbi personele veya hizmete tahsis edilen mallara yüklenmesi mümkün, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki her türlü bozukluk ve aksaklık mutlak olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmez<sup>132</sup>. İdare hukukunda “hizmet kusuru vardır” diyebilmek ve bundan dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için – hizmetin mahiyet ve bünyesine, nevi ve cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve verilere göre – olayda belli bir ağırlık ve vahamet derecesine ulaşılmış bir kusur aranır<sup>133</sup>.

İdarenin tıbbi hizmetler karşısındaki sorumluluğu üç yönden incelenmelidir: hastane hizmetinin kötü teşkilatlandırılması, hastalara zarar veren bakım ve faaliyetler ve hastalara zarar veren tıbbi faaliyetler.

Hastane hizmetlerinin kötü işleyişi ya da kusurlu kuruluşu dolayısıyla meydana gelen zararlardan, idare, kusurunun varlığı tespit edilir edilmez sorumlu olmaktadır<sup>134</sup>. Örneğin acil olarak hastaneye yatırılan hastanın uzun süre hiç muayene edilmeden bırakılması ve hastanın ölmesi, düzenli radyolojik muayeneye gelen hastaya bazı şüpheli belirtilerin bildirilmemesi gibi durumlardan ileri gelen zararlarda idari sorumluluk söz konusudur<sup>135</sup>.

Hastaların tıbbi bakımı dolayısıyla meydana gelen zararlardan idare, kusurunun derecesi ne olursa olsun sorumlu tutulmaktadır. Tıbbi bakımdan kusurlar, doktrinde, hastanın gözetimindeki ve tedavi tarzının maddi uygulamasındaki kusurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan hastanın gözetimindeki kusurlar da maddi gözetim kusurları (hastanın hastanede bulunmasını sağlayıcı tedbirleri almamak) ve tıbbi gözetim

<sup>130</sup> M.Süalp Bengial - et.al., “Acil Servislerde Hekimin Adli Sorumluluğu”, *Sted Dergisi*, Cilt 10, Sayı 8, s.303. <http://www.tbb.org.tr/STED/sted0502/tbb.pdf>, 4.02.2004.

<sup>131</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, op. cit., s. 867.

<sup>132</sup> Özdemir, op.cit., s.47.

<sup>133</sup> Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, op. cit., s. 862.

<sup>134</sup> Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 37.

<sup>135</sup> Ayşegül Demirhan Erdemir, *Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri*, Bursa, Uludağ Üniversitesi Basımevi, 1994, s.174.

kusurları (ameliyattan sonra, lastik borunun yerinden düşmesi ve geç takılması dolayısıyla hastanın sıhhi durumunun kötüye gitmesinde kazanın servis şefine söylenmemesi gibi) şeklinde belirlemektedir. Tedavi tarzının maddi uygulamasında ortaya çıkan kusurlar da ikiye ayrılabilir. Bunlar, bakımın kusurlu idaresi (tıpkı hastabakıcının yanlış ilaç vermesi, tecrübesiz bir bakıcının küçük bir çocuk üzerinde sıcak bezle pansuman yaparak yanıkların meydana gelmesine sebep olması gibi) ve tıp araçlarının kötü şekilde hizmete arz edilmesidir (kusurlu radyoskopik aletin hizmete sokulması)<sup>136</sup>.

Gerek doktrin ve içtihatlarda gerek yargı kararlarında belirtildiği üzere, “tıbbi fiillerden, hekimlerin operasyon, tedavi gibi faaliyetlerinden doğan zararlardan idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmaktadır”<sup>137</sup>.

Tıbbi faaliyetler alanında idarenin sorumlu tutulabilmesi için niçin ağır kusur aranır? Bunun nedeni, “tıbbi faaliyetin yürütülmesindeki zorluk” kavramıyla açıklanabilir. Bir kere tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi esnasında işlenen basit kusurlar mazur görülebilen kusurlardır. Bu tür kusurların tazminata mahkumiyet sonucunu doğurmaması hakkaniyete uygundur. İkinci olarak tıbbi faaliyetler alanında basit kusur sorumluluğunun doğumu için yeterli olarak görülürse, kusurun teşhisi konusunda sıklıkla tereddütler ortaya çıkar. Nihayet tıbbi faaliyetler alanında idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusur yeterli sayılırsa, idare çekingen davranabilir ve hareket etmektense, daha sonra tazminat ödeme korkusuyla hareket etmeme yolunu tercih edebilir ki, bunda kamu yararı değil, zararı vardır. Özellikle acil tıbbi müdahaleler alanında, idarenin hata yapmamak için temkinli davranması, uzun boylu düşünmesi, kamu yararı düşüncesiyle bağdaşmaz<sup>138</sup>. Gerçekten, tıbbi hizmetlerde gözlemlenen her türlü kusurdan dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedildiği takdirde, her an için doğması muhtemel zararlardan ötürü ödeme istekleri karşısında kalan idare, altından kalkamayacağı ölçüde ağır bir mali yük altında normal çalışma sistemini de kaybedip tıbbi hizmeti felce uğratar.

Tıbbi hizmetler alanında kusurun yoğunluğu sorununu Fransa ve Türkiye’den örneklerle açıklamaya çalışalım:

---

<sup>136</sup> Bayraktar, *op.cit.*, s.38.

<sup>137</sup> Onar, *op.cit.*, c.III, s.1741.

<sup>138</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1002-1003.



### a. Fransız Danıştayının Basit Kusur - Ağır Kusur Anlayışı

Tıbbi hizmetler alanı Fransa'da çok dikkat çekici bir gelişmeye konu olmuştur. 1992 yılı öncesinde karşı karşıya kalınan tıbbi ve cerrahi etkinliklere ilişkin tıbbi hizmetlerin örgütlenmesi ile işleminin birbirinden ayırt edilmesi gerekli idi. Eğer bu hizmetlerin örgütlenmesi ve işleminine bağlanabilecek herhangi bir zorluk söz konusu değilse (hekimin bulunmadığı durumlarda uygulanmakta olan günlük tedaviler, hastanın bilgilendirilmemesi, tıbbi anlamda personel yetersizliği v.b.), basit kusur kavramına dayalı sorumluluk söz konusu olmaktadır. Tıbbi anlamda diğer bütün uygulamalarda (muayene, teşhis, reçete, cerrahi operasyon) ağır hizmet kusurunun varlığı aranmaktaydı. Hastanede bulunma sebebiyle ilişkisi bulunmayan bir zarara uğranılma halinde bir hizmet kusurunun varlığı söz konusu edilmekteydi<sup>139</sup>.

Ancak, Fransız Danıştay, 1992 yılındaki içtihat değişikliği ile, tıbbi işlemler dolayısıyla sorumlulukta da "ağır kusur"un varlığını aramaktan vazgeçip, "basit kusur"u yeterli saymaya başlamıştır. Bu gelişme günümüz idare hukukunda idare edilenlerin çıkarlarının daha iyi korunması endişesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>140</sup>.

Üstelik, son yıllarda kan nakilleri sırasında AIDS virüsünün yarattığı ölümcül tehlikeler yargı organlarının içtihatlarını da etkilemiş görünmektedir. Zira, bir yandan idarenin kan nakilleri konusundaki düzenlemelerinden dolayı sorumluluğunu basit kusurun varlığı halinde kabul ederken; AIDS ve HEPATİT C gibi bulaşıcı tehlike içeren kan ürünleri kusursuz sorumluluğun kaynağı olarak görülmeye başlanmıştır. Bu tür kan ürünleri kullanan bir kamu hastanesinde, örneğin kalça ameliyatı olan kişinin AIDS hastalığına yakalanarak hastaneden çıkması durumunda da idarenin kusurlu olduğu varsayılmaktadır<sup>141</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, tıbbi işlemler için ve hizmetin işleminin ile örgütlenmesi şartlarında 10 Nisan 1992 tarihli Epoux V. kararından bu yana basit kusurun varlığı sorumluluk için yeterlidir.

Bu karara konu teşkil eden olayda "Madame V., 9 Mayıs 1979 günü doğum yapmak için bir doğum kliniğine yatmıştır. Doğumun kısmî anestezi altında sezaryan usûlüyle yapılmasına karar verilmiştir. Operasyon esnasında hastanın birçok defa

<sup>139</sup> Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.33.

<sup>140</sup> Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.II, s.656.

<sup>141</sup> *Ibid.*, s.658.



tansiyonu düşmüş ve neticede kalbi durmuştur. Hasta kurtarılmasından sonra başka bir hastaneye yatırılmış ancak doğum esnasında tansiyon düşüklüğü ve kalp durması neticesinde beyni hasar görmüş ve neticede kalıcı nitelikte fizik ve nörolojik sakatlıklarla hastaneden çıkabilmiştir. Bilirkişi incelemesi sonucunda bu operasyonda şu hataların yapıldığı gözlenmiştir: Hastanın durumuna göre hastaya kısmî anestezi yapılmasının tansiyon düşüklüğüne yol açma riski taşıdığı bilindiği, buna rağmen bölgesel anestezi yapıldığı, üstelik anestezi uzmanının gereğinden fazla dozda ilaç zerk ettiği, dahası doğum sonrası kanamaya maruz kalan hastaya, yeterince ısıtılmamış soğuk kan verildiği tespit edilmiştir.

Zarar gören V. Çifti, uğradıkları zarar ve ziyanın tazmini için idare mahkemesinde dava açmışlar; idare mahkemesi ise, Danıştayın o zaman kadarki içtihadını izleyerek, bu hataların hiçbirinin ağır kusur teşkil etmediğini gözlemlemiş ve idarenin tıbbi işlemler nedeniyle ancak ağır kusuru varsa sorumlu olacağını belirterek zarar gören karı-kocanın açtıkları tazminat davasını reddetmiştir. Ret kararının temyiz incelemesinde, Fransız Danıştayı hiçbir şekilde “ağır kusur” kavramını kullanmaksızın yukarıdaki hataların “hastanenin sorumluluğuna yol açacak nitelikte tıbbi kusur oluşturduğuna” karar vermiş ve idareyi zarar gören karı ve kocaya tazminat ödemeye mahkum etmiştir”. Bununla birlikte, dikkat edileceği üzere kararda geçen “tıbbi kusur” ifadesinin ancak çok belirgin hallerde tanınabilen ve hizmet kusuru gibi kolaylıkla teşhis edilebilen bir kusur olmadığından dolayı bu değişikliğin önemini abartılmaması gerektiği kanısında olan yazarlar da mevcuttur”<sup>142</sup>.

### **b. Türk Danıştayının Ağır Kusur Anlayışı**

Danıştayımızın hastane hizmetleri diye bilinen, hastanelerin kuruluş ve işleyişine ilişkin işlerde, sorumluluk için zararlar hizmet arasındaki nedensellik bağının varlığı yeterli sayılırken; hastalara uygulanan hekimlik tedbirleri (operasyon, tedavi, enjeksiyon vb.) konusunda, ağır hizmet kusuru olmadıkça tazminata hükmetmediği görülmektedir<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1004-1005.

<sup>143</sup> Esin, *op.cit.*, s.54.

Danıştayın idareyi tazminata mahkum ederken “kusur”u yeterli saydığı kararlarına<sup>144</sup> az da olsa rastlamakla beraber, tıbbi hizmetlerin yürütülmesi sırasında verilen zararlardan, idarenin sorumluluğuna hükmederken, “ağır hizmet kusuru” koşulunu aradığını gösteren kararları çoğunluktadır. Örneğin, zehirli böceklerin (haşaratin) bol bulunduğu bir yerde, böcek sokması nedeniyle zehirleme olaylarının sık olacağı düşünülerek, tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her an hastanelerde hazır bulundurulması gerekirken, bu ödevin yapılmaması sonucu davacının çocuğunun ölümü,<sup>145</sup> .... tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Kliniğindeki ameliyat sırasında, hastaya oksijen gazı yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu hastanın ölümü,<sup>146</sup> hastanın Devlet Hastanesinde doğum yapması sırasında nisaiye doktorunun dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu ölümü,<sup>147</sup> hastanın üniversite hastanesi psikiyatri kliniğinde elektrokonvülsit tedavisi sırasında kolu kırılmasına rağmen gerekli tedavisinin yapılmayarak kolunun sakat kalmasına yol açılması,<sup>148</sup> ... Hastanesinin süt çocuk servisinde tedavi gören çocuğun boynuna ip dolanarak ölmesi<sup>149</sup> olaylarında, idareyi ağır hizmet kusuru esasına göre sorumlu bularak tazminata hükmetmiştir.

Ağır kusurun arandığı durumlarda, idarenin basit kusuru idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için yeterli olmamaktadır. Davada, idarenin ağır kusurunun varlığı ispatlanamamış ise, idare sorumluluktan kurtulmaktadır. Örneğin, Danıştay, “ ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde 28/57 oranındaki işitme kaybının yanlış teşhis ve tedavi uygulanarak 43/92’ye ulaşması böylece bir kulağının tamamen, diğerinin de işitme cihazı kullanılmasını gerektirir ölçüde duyu kaybına uğrayan davacıya manevi tazminat

<sup>144</sup> “Ayağının kırılması üzerine hastaneye yaptırılan davacının sağ koluna hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılan olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olup; davacının olay nedeniyle uğradığı zararların, hizmeti kusurlu işleten idarece tazmini gerekir.” Danıştay Onuncu Dairesi, 16.1.1985 tarih ve E.1982/2908, K.1985/26 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 60-61, s.460.

<sup>145</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 24.10.1966 tarih ve E.1965/21, K.1966/2928 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s.79-80.

<sup>146</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 3.5.1995 tarih ve E.1994/3258, K.1995/2379 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 91, s. 1118-1119.

<sup>147</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 16.03.1988 tarih ve E.1987/1414, K.1988/431 sayılı karar. Yayımlanmamıştır. Bu karar için bakınız. Armağan, *op.cit.*, s.54-55.

<sup>148</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9.10.1995 tarih ve E.1994/2110, K.1995/4455 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1019.

<sup>149</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 12.4.2001 tarih ve E.1999/1315, K.2001/1315 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.314-315.

ödenmesine karar veren idare mahkemesinin kararını, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda, Castelloni solüsyonunun yaygın olarak kullanılan ve en az yan etkiye sahip ilaçlardan biri olduğu, yan etkisinin olup olmayacağına ancak ilacın uygulanması ile ortaya çıkabileceği, davacının şikayetleri üzerine yeterli ve gerekli müdahalenin zamanında yapıldığı sonucuna varıldığı anlaşılmış, bu durumda Castelloni solüsyonunun mantar tedavisi için uygulandığı, tıbbi hizmetlerin riskli bir nitelik taşıdığı ve davacının hizmetten yararlanan konumunda olduğu ve yukarıda aktarılan bilirkişi raporu dikkate alındığında meydana geldiği ileri sürülen zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu oluştuğu sonucuna varılmamış olduğundan<sup>150</sup>, “ ... Devlet Hastanesi acil servisinde yanlışlıkla tifo teşhisi konulan iki gün sonra Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde “Miyalit Transfer” (Akut Omurilik İltihabı) teşhisi konulan davacı tedavide gecikme ve sakat kalınmasına yol açıldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini için açılan davayı, olayda isteme esas olan zararın davalı idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte ağır hizmet kusuru bulunmadığından<sup>151</sup> tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir.

Danıştay Onuncu Dairesinin muhtelif zamanlarda vermiş olduğu kararlarda kullanmış olduğu “İdare Hukukunun ilkeleri ve Türk Danıştayının 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.”<sup>152</sup> hükmünden anlaşılacağı üzere Türk Danıştayını hala tıbbi eylemler dolayısıyla idarenin sorumluluğunda klasik anlamdaki sorumluluk anlayışına bağlılığını sürdürmektedir.

<sup>150</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 4.6.2001 tarih ve E. 1999/4912, K.2001/2042 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.315-317.

<sup>151</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 17.1.2001 tarih ve E. 1998/2968, K.2001/91 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.318-319.

<sup>152</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 27.03.2002 tarih ve E. 2000/1010, K. 2002/852 sayılı karar; Danıştay Onuncu Dairesi, 3.4.2001 tarih ve E. 2000/227, K. 2001/1241 sayılı karar; Danıştay Onuncu Dairesi, 16.4.2001 tarih ve E. 1998/7339, K. 2001/1386 sayılı karar; Danıştay Onuncu Dairesi, 24.4.2001 tarih ve E. 1998/7215, K. 2001/1531 sayılı karar ile vb. kararlar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.306-376.

Danıştay kararlarında dikkat edileceği üzere idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için ağır kusur şartı aranmaktadır. Danıştay bunu “zarar gören kişinin ‘hizmetten yararlanan’ durumunda olmasına” ve “tıbbi hizmetlerin riskli bir nitelik taşıması” gerekçelerine dayandırmaktadır.

### **(1) “Zarar gören kişinin ‘hizmetten yararlanan’ durumunda olması”**

Bu uygulamanın Fransız Danıştayının içtihatlarından etkilendiği göze çarpmaktadır: Çünkü, Fransız Hukukunda “zarar görenin, kamu hizmetinden yararlanan, onu kullanan kimse mi, yoksa üçüncü bir kimse mi? olduğu önemlidir. Eğer zarar gören kamu hizmetine yabancı olan kimse ise zararı, daha kolayca tazmin olunmalıdır”<sup>153</sup> anlayışı hakimdir. Düzenli olarak idarenin faaliyetlerinden yararlanan bireylerin bazı külfetlere de katlanması gerektiği düşüncesiyle, bireylerin idareden sağladıkları yararlarla karşılık bazı külfetlere katlanmak zorunda oldukları savunulmuş ve ancak belli şartların varlığı halinde idarenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>154</sup>. Bir başka deyişle, devlet, idareyi ve tıbbi hizmetleri yürütürken, bu hizmetten kamu yararlanmaktadır. Hizmet yürütme sırasında kişi ya da kişilere vermiş olduğu zararı, salt zarar görene değil, kamuya pay etmek zorundadır. Bu durum “nimet-külfet” kuralının zorunlu sonucudur. İşlevden yarar gören, o işlevin zararlarına da katlanmak zorundadır<sup>155</sup>.

### **(2) “Tıbbi Hizmetlerin Riskli Bir Nitelik Taşınması”**

Bilindiği gibi, Danıştayın tıbbi hizmetlerin bünyesinde ve niteliğinde taşıdığı risklerden dolayı, özellikle “tedavi ve cerrahi müdahalelerde meydana gelen komplikasyonlarda hizmet kusurunun tespit edilmesinin güç olduğu” yolundaki içtihadı nedeni ile tazminata hükmetmediği göze çarpmaktadır.

Örneğin, “... Devlet Hastanesinde safra kesesi ameliyatı olan davacılarından M.M.’nin ameliyat sırasında safra kesesi ile karaciğeri arasındaki kanalın doktor tarafından hatalı olarak alındığı ve bu nedenle hayati tehlike atlattığından bahisle açılan

<sup>153</sup> Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 76.

<sup>154</sup> Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, 345.

<sup>155</sup> Durdu, *op.cit.*, s.90.

dava; Anayasanın 125. maddesine göre idarenin kendi faaliyet alanıyla ilgili olarak verdikleri zararların tazmininden sorumlu oldukları, tıbbi hizmetlerin bünyesinde risk taşıdığı, tedavi ve cerrahi müdahalelerde meydana gelen komplikasyonlarda hizmet kusurunun tespit edilmesinin güç olduğu, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda safra kesesi taşına bağlı olarak gelişen patolojilerin bazen cerrahın safra kanalını ayırt etme olasılığını ortadan kaldırdığı ve safra kanallarının yaralanmasının kaçınılmaz bir hal aldığından ameliyatı yapan cerrahın hata oranını tespit etmenin mümkün olmadığı bildirildiği, bu durumda ameliyat sonrası meydana gelen rahatsızlıklardan dolayı hekim hatasından doğan hizmet kusurundan söz edilemeyeceği, meydana gelen sağlık sorunlarının ise hizmetin taşıdığı risklerden kaynaklandığının anlaşıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir”<sup>156</sup>.

Danıştay Onuncu Dairesinin 3.5.1995 tarih ve E. 1994/3258, K. 1995/2379 sayılı kararında belirtilen “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur” hükmünde de belirtildiği gibi Danıştayımızın ağır kusur kavramına yer verdiği kararlarda zaten idarenin her halükarda kusurlu olduğu ve tazminata mahkum edileceği anlaşılmaktadır.

Kemal Gözler’in belirttiği gibi “Türk Danıştayının kullandığı ağır kusur kavramı ceza hukukundaki ‘ağırlaştırıcı sebeplere’ benzemektedir. Nasıl ceza hukukundaki ağırlaştırıcı sebepler suçun unsuru değilse, Türk Danıştayının kullandığı ağır kusur kavramı da idarenin sorumluluğunun bir şartı değildir”<sup>157</sup>. Dolayısıyla eğer idare, herhangi bir kusurdan dolayı sorumlu tutulacaksa, bunun ağır kusur olarak nitelendirilmesinin hiçbir anlam ve gereği yoktur. Bu açıdan, Danıştayın yukarıda bahsedilen kararlarının hem hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı hem de Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğunu savunulabilir. Kanaatimiz de, kusurun ağırlığının sadece manevi tazminat ve takdiren hükmedilen maddi tazminat miktarını

<sup>156</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 19.2.2001 tarih ve E. 1998/4750, K.2001/622 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.323-324.

<sup>157</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1021.



etkileyen bir unsur olarak ele alınıp, hizmet kusurunun belli ağırlıkta olması şartından uzaklaşılması yönündedir.

Nitekim, Şeref Gözübüyük'ün belirttiği gibi, “Ağır kusur, idarenin sorumsuzluğundan, idarenin sorumluluğu ilkesine geçilirken, idarenin sorumluluğunu belli ölçülerde kısıtlamak için başvuru bir yol olarak düşünülebilir. Günümüzde, büyük ölçüde kusursuz sorumluluğa gidildiği bir dönemde, idarenin sorumlu tutulabilmesi için, kusurun ağır olması koşulunu arama, sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir”<sup>158</sup>.

## 5. Tıbbi Hizmet Kusurunun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi

İdarenin kusurlu sorumluluğu ancak ispatlanmış bir kusurun varlığı halinde söz konusu olur. Dolayısıyla zarara uğrayan kişi, idarenin kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Yani özel hukukta geçerli olan “iddia eden iddiasını ispat etmekle yükümlüdür” kuralı idare hukukunda da geçerlidir. Davacı, idarenin kusurunu kanıtlayamazsa, idari yargı yeri davayı reddeder.

Kusur karinesi ise ispat yükünü tersine çevirmeye yarar. Kusur karinesinin kabul edildiği hallerde, idare gereken önlemleri aldığını, kusurun bulunmadığını kanıtlamakla yükümlü sayılmaktadır. Fransa’da kamu hastanelerinde tedavi gören kişilerin normal tedavi hizmetleri nedeniyle uğradıkları zararlarda idarenin kusurlu olduğu yolunda karine vardır. Fransız Danıştay 1958’den bu yana, tedavi hizmetlerindeki beklenmedik, anormal sonuçların ortaya çıkmasını, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk ile açıklamaktadır<sup>159</sup>. Örneğin sıradan bir enjeksiyon sonucu bir organın felce uğraması, hastanede tedavi sırasında hastaya hepatit B virüsünün bulaştırılması, bronkoskopi sırasında kalp krizi sonucunda hastanın ölümünde hastanenin kusurlu olduğu karine yoluyla kabul edilmiştir<sup>160</sup>. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında kusur karinesi esaslarına yer verilen herhangi bir içtihadı rastlanmamaktadır. Danıştayımız kusur karinesine başvurulamakta, kusursuz sorumluluğa gitme eğilimi göstermektedir<sup>161</sup>. Danıştayın bu tutumundan hareketle tıbbi hizmetlerde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi göz önüne

<sup>158</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, *op.cit.*, s.286-287.

<sup>159</sup> Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.II, s.669.

<sup>160</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1000.

<sup>161</sup> Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.687.

alındığında tıbbi faaliyetler alanında kusur karinesinden söz edilemeyeceğini söyleyebiliriz.

## B. TIBBİ HİZMETLERDE HİZMET KUSURU - KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

Tıbbi hizmetleri görmekle yükümlü bulunan idare tüzel kişiliği tıbbi faaliyetleri kendi adına hareket eden ve birer gerçek kişi olan tıbbi personel eliyle yürütür. Hizmet kusuru adını verdiğimiz idare tüzel kişiliğine yüklenen eylemler de, yine gerçek bir kişi olan tıbbi personel tarafından işlenir. Tıbbi personel tarafından tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi sırasında veya tıbbi hizmetlerle ilgili olarak işlenen fiillerin ne zaman idare tüzel kişiliğine yükleneceği veya doğrudan doğruya bu fiilleri işleyen tıbbi personelin şahsına atıf ve izafe edileceğini tespit etmek gerekir. Özellikle sorumluluk yönünden, tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi dolayısıyla idare adına hareket eden herhangi bir tıbbi personelin, tıbbi hizmetin kural ve gereklerine aykırı olarak işlediği kusurlu fiillerin, hangi hallerde idareye, hangi hallerde şahsına yöneltileceğini tespit etmek zorunludur<sup>162</sup>. Bu sorun bizi, kişisel kusurla hizmet kusuru ayırımına götürür.

Tıbbi hizmet kusurunu “tıbbi personelin görevinden ayrılamaz nitelikte olan kusurları” olarak tanımlamış ve tıbbi personelin hizmet kusuru teşkil eden eylemlerinden dolayı tıbbi personele karşı özel hukuk hükümlerine dayanılarak adliye mahkemelerinde tazminat davası açılmayacağını, bu durumda sadece idareye karşı hizmet kusurundan dolayı idari yargıda tam yargı davasının açılabileceğini belirtmiştik.

Tıbbi hizmetlerde kişisel kusur, “tıbbi personelin görevinin ifasından ayrılabilir nitelikte olan kusurları”dır<sup>163</sup>. Ancak şunu hemen belirtelim ki, buradaki kişisel kusur Anayasanın 129. maddesinin dışında kalan salt kişisel kusurdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu 30.4.1986 tarih ve E.1985/4309, K.1986/466 sayılı kararında salt kişisel kusuru, “idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin, idareye atıf ve izafe olunacak yerde isnat doğrudan doğruya kendi şahsına olunan ve şahsi sorumluluğuna yol açan yolsuz eylem” olarak tanımlamıştır<sup>164</sup>. Anayasa Mahkemesine göre ise kişisel kusur “kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek

<sup>162</sup> Özdemir, *op.cit.*, s.127.

<sup>163</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s. 1026.

<sup>164</sup> Şerif Erayman, “İdarenin Hizmet Kusuru”, *Beklenen Mahalli İdareler Dergisi*, Sayı 70, Mart 2000, s.22.



veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan eylem ve işlemlerle, bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur... Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık veya kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır...” şeklinde ifade edilmektedir<sup>165</sup>.

## 1. Salt Kişisel Kusur Halleri

Ülkemizdeki yargı içtihatlarına göre ikili bir ayırım söz konusudur:

### a. Tıbbi Hizmet Dışı İşlenen Kusur

Tıbbi personelin, hizmet dışında ve hizmetle herhangi bir ilişkisi bulunmayan bir davranışından zarar doğmuş ise, görevlinin kusurlu tutum ve davranışı kişisel kusuru oluşturur. Bundan dolayı açılacak davalara adli yargıda bakılır ve özel hukuk kuralları uygulanır. Nitekim, Ragıp Sarıca'ya göre de “kişisel kusur idare hukuku çerçevesine giren bir olay olmayıp idare hukukunun dışında kalan ve özel hukuku ilgilendiren bir olaydır”<sup>166</sup>. Örneğin, bir sağlık memurunun kendi araç ve gereçleriyle mesai saatleri dışında iğne veya sünnet yapması halinde yol açacağı zararlardan tek sorumlu kendisidir, çünkü bu kişi “tamamen” özel ve kişisel kapasitesi içinde hareket etmektedir. Hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimliğiyle doğrudan ya da dolaylı hiçbir ilgi ve bağlantısı yoktur. Dolayısıyla bundan kaynaklanan kişisel kusurun tek aktörü, tek muhatabı ve sonuçta tek sorumlusu, *kamu görevlisi sıfat ve kimliğinin en ufak bir rol oynamadığı* kamu görevlisinin kendisidir<sup>167</sup>. Tıbbi personelin kişisel kusur ve fiilleri bir idare adamı sıfatıyla işlemiş olduğu bir takım kusurlar olmayıp; bir insan, yani alelâde bir şahıs, bir fert olarak işlediği kusurlardır<sup>168</sup>.

Tahsin Bekir Balta'ya göre “Türk Hukukunun genel eğilimine göre, işlem, memuriyet dışında meydana gelmekte ve ayrıca Devletin herhangi bir gözetim ve

<sup>165</sup> Anayasa Mahkemesi, 25.3.1975 tarih ve E.1974/42, K. 1975/62 sayılı karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, 1976/13, s.380-383.

<sup>166</sup> Ragıp Sarıca, “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XV, Sayı 1, 1949, s.34-35.

<sup>167</sup> Sait Güran, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s.188.

<sup>168</sup> Sarıca, “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, *op.cit.*, s.35.

denetleme görevi bahse konu bulunmamakta ise bu, Devlet adına hareket eden şahsın Devlete izafe edilmeyen bir hizmet dışı işlemidir<sup>169</sup>. Konuyla ilgili aynı görüşte olan Metin Günday'a göre ise "tıbbi personelin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlu tutum ve davranışları sayılır. Bu tür kusurlu tutum ve davranışlar, tıbbi personelin herhangi bir kimse olarak kusurlu tutum ve davranışları olup, hukuk düzeninin herkese yüklediği yapma ya da yapmama ödevlerine aykırı hareketleridir. Örneğin devlet hastanesinde görevli bir hekimin mesai saatleri dışında yaptığı muayene sırasında bir başkasına zarar vermesinde olduğu gibi"<sup>170</sup>.

## **b. Tıbbi Hizmet İçinde veya Tıbbi Hizmetle İlgili Kusur**

Tıbbi hizmetin yerine getirilmesi vesilesiyle başkalarının zarara uğratılmasıdır. Şu üç durumda kabul edilmektedir:

### **(1) Tıbbi Personelin Suç Niteliğindeki Davranışları**

Tıbbi personelin - taksirli ya da kasıtlı olsun – hizmet içindeki davranışı suç niteliği taşıyor ise, bu takdirde kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilmektedir. Zira suç ile hizmet birbirleri ile bağdaşmayan iki ayrı kavram olup, bir davranış suç niteliği taşıyor ise artık onun hizmet ile ilişkisi kesilmiş demektir<sup>171</sup>. Mesela, nöbetçi hekimin hastalardan birine tecavüz etmesi; ruh hastası bir hemşirenin hastaları öldürmesi gibi durumlarda kamu görevinin ifası vesilesiyle gerçekleştirilen zarar verici davranışlar vardır<sup>172</sup>.

Kasıtlı suçlarda kişi eyleminden doğacak sonucu isteyerek suçu işler. Kasti eylemlerde tıbbi personelin korunması söz konusu olamayacağı gibi ne idareye ne de tıbbi personele böyle davranma yetkisi verilmemiştir. Bu gibi eylemler idarenin görev ve yetkileri ile bağdaşmaz<sup>173</sup>.

Taksirli suçlarda ise kişi eyleminden doğacak sonucu öngörmekte (tahmin etmekte), sonucu istememekte ama gerekli önlemini almamaktadır. Doktorun taksirden sorumlu olabilmesi için, fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması,

<sup>169</sup> Balta, *op.cit.*, s.105-106.

<sup>170</sup> Günday, *op.cit.*, s.338.

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

<sup>172</sup> Ayan, *op.cit.*, s.180.

<sup>173</sup> İ.Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2002, s.152.

hareket ile sonuç arasında illiyet bağının olması ve sonucun iradi olmaması ancak öngörülebilir nitelikte olması gerekir<sup>174</sup>. Taksirli suçlar “tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, emir,nizam ve talimatlara uymama nedeniyle yaralamaya (TCK. mad. 459) ya da ölüme (TCK. mad. 455) sebep olmak” şeklinde tanımlanır.

Uyuşmazlık Mahkemesi “kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, *suç biçimine* dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal korumanın dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan doğruya kişisel kusur gerektiren hukuk alanı içindedir”<sup>175</sup> diyerek bu gibi durumlarda kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilceğini kabul etmektedir.

Aynı doğrultuda Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin “Anayasanın 129/5. maddesinin nitelikçe kapsamı; memur ve kamu görevlilerinin ‘yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarla’ sınırlıdır. Bu nedenle memur güvencesi için öncelikle idareye izafe edilecek bir idari işlem veya eylemin bulunması zorunludur... Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari işleme yabancı ise, çoğu kez *suç teşkil eden* bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurundan dolayı sorumlu olacaktır”<sup>176</sup> şeklindeki kararından hareketle “idari işleme yabancı” olan “suç teşkil eden davranışlar” nedeniyle tıbbi personelin kişisel kusurundan dolayı sorumlu olduğunu söyleyebiliriz.

Tıbbi personelin suç teşkil eden davranışlarının kişisel kusur teşkil edip etmeyeceğine her somut olayın özelliğine göre karar vermek ve tıbbi hizmetle, başka bir deyişle tıbbi personelin görevi ile doğrudan zarar arasında en zayıf bir bağ bulunması hali de dahil olmak üzere hizmet kusuru bulunduğu ve idarenin doğan zararı tazmin etmesinin gerektiği kanaati yaygındır<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> Pınar Öz, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, s.709.

<sup>175</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.5.1992 tarih ve E.1992/15, K.1992/18 sayılı karar. RG; 18.7.1992, Sayı: 21288, s.20. Bu karar için bakınız. Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.668.

<sup>176</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 13.5.1986 tarih ve E.1986/1995, K.1986/4064 sayılı karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 9, s.1290. Bu karar için bakınız. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1055.

<sup>177</sup> Hakan Gündüz, “Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Vermiş Oldukları Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 17, Kitap 1, s.186.

## (2) Tıbbi Personelin Kötü Niyetli Davranışları

Tıbbi personelin görevini yürütürken düşmanlık, siyasal kin ve rekabet, kişisel ihtiras ya da kişisel menfaat temini gibi nedenlerle başkalarına zarar verici eylemlerde bulunmaları da kişisel kusur sayılmaktadır<sup>178</sup>.

Bu niteliğe haiz fiil ve davranışlar, tıbbi personel sıfatıyla, tıbbi hizmet amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, olayda tıbbi personelin bu tür fiil ve davranışının tespiti halinde, başka bir kritere gitmeye gerek kalmaksızın “salt kişisel kusur”a hükmedilmektedir. Ancak tıbbi personelin “ruh hallerini ve gizli amaçlarını” ortaya koyma son derece güçtür. Bu nedenle böylesine içten olayların her zaman geçerli bir kriter olabileceği düşünülemez. Bu kriter tıbbi personelin niyetini dışa vurduğu, bazı belirtilerin böyle bir niyeti gösterdiği durumlarda geçerli olabilecek bir kriterdir<sup>179</sup>.

## (3) Ağır Kusur

Tıbbi personelin hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi kişisel kusur sayılmaktadır. Oldukça kapalı bir kavram olan “ağır kusur”u kriter olarak almak, içinden çıkılmaz bir çok problemleri beraberinde getirir. Zaten çoğu zaman tıbbi personelin kastını tespit edebilmenin güçlüğü bir yana, her ağır kusur mutlaka “salt kişisel kusur” teşkil etmeyebilir<sup>180</sup>.

İdare hukuku esaslarına ve mahkeme içtihatlarına göre ağır kusur kriterinin hizmet kusuru ile kişisel kusuru ayırmak hususunda hemen hemen hiç rol oynamadığını belirten Necdet Özdemir’e göre, “kişisel kusur ve hizmet kusuru arasında bir derece farkı değil bir mahiyet farkı vardır. Bu bakımdan ağır kusur kriteri bu farkı tespit etmeye yeterli değildir.”<sup>181</sup>

Bu üç durumda, görev kusurundan farklı olarak, kamu görevinin ifasıyla zarar verici davranış arasında amaç bağı (fonksiyonel bağ) mevcut değildir. İşte, hangi şekilde olursa olsun, tıbbi personelin bir kişisel kusuru sonucunda zarar ortaya çıkmışsa, personelin tek başına bütün zarara katlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>182</sup>.

<sup>178</sup> Mehmet İmer, “İdare Hukukunda ‘Hizmet Kusuru’ Kavramı”, *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl 18, Sayı 70, s.88.

<sup>179</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.126-127.

<sup>180</sup> *Ibid.*, s.127.

<sup>181</sup> Özdemir, *op.cit.*, s.135.

<sup>182</sup> Ayan, *op.cit.*, s.180.

“Yargı kararları ve öğretilerdeki görüşlerden hareketle kötü niyet ve amaçla başkasına zarar vermek, kamu yararı dışında özel yarar sağlamak üzere kasten eylem ve işlem yapmak veya “suç niteliği taşıyan kusur”, “ağır kusur” ve “kasıtlı kusur” halleri, hizmet kusuru ile kaynaşmış “görevsel kusur” olmaktan çıkıp, kamu görevlisinin “salt kişisel kusuru” olduğunu vurgulayan görüşlere rağmen, son yıllarda yargı kararlarında “görevsel kusur”u “salt kişisel kusur” hallerini de kapsayacak biçimde genişletme eğilimi olduğu söylenebilir<sup>183</sup>.

## 2. Tıbbi Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun İçice Olması

Hizmet içinde kişisel kusur olarak kabul edilen durumların varlığı idarenin hizmet kusurunu ve dolayısıyla sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. Zira idare kişisel kusur işleyen tıbbi personeli kendisi seçmiştir. Ayrıca tıbbi personel üzerinde denetim ve gözetim görevi vardır ve nihayetinde idare personelini eğitmek zorundadır. Dolayısıyla tıbbi personelin hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları, idarenin söz konusu görevlerini yeteri kadar yerine getirmediğini gösterir. Bu nedenle tıbbi personelin kişisel kusuruna rağmen idarenin de sorumluluğu cihetine gidilebilir. Bir başka anlatımla, hizmet kusuru ile kişisel kusur içice olabilir<sup>184</sup>.

Danıştay içtihadına göre de, kişisel kusurun bulunması, çoğu kez, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim, Danıştay bir kararında bu durumu açıkça belirtmiştir.

Tıbbi hizmetlerden zarar gören bir kimsenin açtığı dava dolayısıyla Danıştay:

“Hastane personelinin şahsi bir kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, kamu hizmetinin kötü işlemeden meydana gelen zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önlemeyeceğine” karar vermiş ve bu nedenle idareyi tazminata mahkum etmiştir<sup>185</sup>.

Bundan dolayı Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasının kapsamı dışında kalan kişisel kusurlardan dolayı tıbbi personelin kişisel kusuru ile idarenin hizmet kusuru birleşir. Bu durumda Türk öğretisinde de kabul edilen görüşle<sup>186</sup> hem tıbbi personel hem de idare doğrudan doğruya ve birinci derecede müteselsilen sorumlu olup,

<sup>183</sup> Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s. 669.

<sup>184</sup> Günday, *op.cit.*, s.340.

<sup>185</sup> Danıştay Sekizinci Dairesi, 8.11.1960 tarih ve E.1960/1568, K. 1960/2394 sayılı karar, *Danıştay Sekizinci Daire Kararları*, 1960-1963, s.182.

<sup>186</sup> Onar, *op.cit.*, c.III, s.1724; Özgüldür, *op.cit.*, s.113; Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1057.

zarar gören kişi isterse kişisel kusurundan dolayı tıbbi personele karşı adli yargıda tazminat davası, isterse idareye karşı hizmet kusurundan dolayı tam yargı davası açabilir<sup>187</sup>. Bunlar arasında seçim yapma yetkisi zarar gören kişiye aittir<sup>188</sup>.

Zarar gören kişinin kendisine zarar veren tıbbi personele karşı değil, idareye karşı dava açmasında da bir haksızlık yoktur. Zira kişisel kusur, salt kişisel kusur halleri hariç, aslında hizmetten tamamen kopuk değildir. Tıbbi personel görevinin içinde veya görevi sayesinde bu kusuru işleyebilmektedir. İdare bu kişiye bu görevi veya araç gereçleri vermeseydi bu kusur ortaya çıkmayacaktı. Dolayısıyla kişisel kusur, tamamıyla idarenin sağladığı ortam ve olanaklarla işlenmiştir. O halde bu tür bir kusurdan idarenin de sorumlu olması gerekir<sup>189</sup>.

“Davacıların murisinin ... Atatürk Eğitim Hastanesi Kalp Damar Cerrahisi Kliniğinde yapılan ameliyat sonrası enfeksiyon nedeniyle ölümü karşısında uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılıp idarenin hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varılıp reddedilen davanın temyizinde; bu klinikte 1997 yılı Eylül ayında yapılan ameliyatlardan sonrasında toplam 6 hastanın öldüğü, şikayetler ve yayınlar üzerine yapılan soruşturmalar neticesinde klinik şefi hakkında kamu davası açılarak yargılanması gerektiği sonucuna varılarak “dikkatsizlik ve tedbirsizlik meslek ve sanatta acemilik sonucunda ölüme sebebiyet vermek” suçundan yargılanmakta olduğu İzmir 1. Asliye Ceza Mahkemesince, Yüksek Sağlık Şurasından, klinik şefinin enfeksiyon sebebiyle ölüm olayında kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda rapor istenildiği, Yüksek Sağlık Şurasının 25-26 Kasım 1999 tarih ve 10089 sayılı raporunda, dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde, söz konusu klinikte baş gösteren enfeksiyon sebebiyle klinik şefinin tedbirsizlik meslek ve sanatta acemilik sebebiyle olayda 2/8 (sekizde iki) kusurlu olduğu, zararlı neticenin doğmasına sebebiyet veren ve geriye kalan 6/8 (sekizde altı) oranındaki sebeplerin ise *sağlık personelinin şahsi kusur ve ihmaline izafe edilemeyecek olan ve hizmetin işleyişi dışında*

---

<sup>187</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s.142.

<sup>188</sup> Ancak Uyuşmazlık Mahkemesinin aksi yönde kararları da mevcuttur. Bu kararlar ve eleştirileri için bakınız. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1062-1065.

<sup>189</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1057-1058.



*kalan faktörlere bağlı olduğu sonucuna varıldığı anlaşıldığından* Danıştay idare mahkemesinin kararında hukuki isabet görmeyerek kararı bozmuştur.”<sup>190</sup>

Bu konuda üzerinde durulması gereken konulardan biri de, kamu personeli olmayan (serbest faaliyet gösteren) hekimlerin kamu hastanelerinde yaptıkları tıbbi müdahalelerdir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde bu durum, biri “dışarıdan hekim çağırma” ve diğeri “serbest çalışan bir hekimin hastaneye müracaat etmesi” olmak üzere iki ayrı şekilde gerçekleşebilmektedir.

Dışarıdan hekim çağırma, ya hastanenin ya da hastanın talebi üzerine gerçekleşir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 64. maddesine göre “Görevli uzman tabip herhangi bir nedenle kurumda geçici olarak bulunmadığı takdirde, o mahalde aynı dalda başka bir resmi uzman tabip de yoksa, yatan hastaların hayati tehlike arz etmeleri halinde, baştabip tarafından ilgili serbest uzmanlardan bir veya birkaçı kuruma davet edilir.” Kanaatimizce, böyle bir durumda, çağrılan hekimin kusurlu ve zarar verici tıbbi müdahalesinden dolayı idare, aynen kamu personeli statüsündeki bir hekim için olduğu gibi sorumlu tutulabilmelidir. Zira çağrılan hekim, söz konusu faaliyeti bakımından bir kamu hizmetinin ifasına iştirak eden kişi durumundadır<sup>191</sup>.

Hastanın talebi üzerine hekim çağırma, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 65. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Yataklı tedavi kurumunda yatan ve tedavi gören hasta veya ailesinden birisi, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istediği takdirde müdavi tabibin muvafakati, baştabibin müsaadesiyle ücretleri hasta veya sahipleri tarafından ödenmek şartıyla, istenen uzmanların hastayı görmesine müsaade edilir.” Bu halde öncekinden farklı olarak, çağrılan hekimin kusuru sonucu meydana gelen zarar için hekim aleyhine Asliye Mahkemesinin önünde dava ikame edilmelidir ve idare sorumlu tutulmamalıdır<sup>192</sup>.

Serbest faaliyet icra etmekte olan bir hekimin kamu hastanesine hastasını yatırmak için başvurması, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 63. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre “Özel hastane bulunmayan yerlerde yataklı tedavi kurumları dışındaki uzman tabipler, acil müdahaleyi gerektiren

<sup>190</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 26.4.2002 tarih ve E. 2000/5068, K. 2002/1257 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s. 307-309.

<sup>191</sup> Ayan, *op.cit.*, s.176.

<sup>192</sup> Atabek, *op.cit.*, s.641.



vakalarda kurumun o şubede uzmanı olmadığı takdirde, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak kaydıyla özel hastalarını yatırabilirler. Baştabiplikçe serbest uzmanların bu gibi istekleri incelenerek kesin gereklilik ve sorumluluk gördüğü takdirde hasta kabul edilir. Bu takdirde teşhis ve tedaviye ait bütün sorumluluklar hastayı yatıran tabibe aittir.” Bu durumda son cümledeki hükümden anlaşılacağı üzere hekimin tek başına uyguladığı tıbbi müdahalelerden kendisi bizzat sorumlu dur. Ancak hekim bütün tıbbi müdahaleleri tek başına yapamaz, idarenin yardımcı sağlık personelleri de bu tıbbi faaliyetlere katılabilirler. Bu takdirde, yardımcı tıbbi personelin kusurlu eylemlerinden idare sorumlu tutulmalıdır<sup>193</sup>. Ancak tıbbi müdahalelerden hem hekim, hem de idare kusurlu ise bu durumda her ikisi zararın tazmini ile yükümlüdür. Nitekim, Reşat Atabek’e göre “böyle bir durumda Borçlar Kanununun 141. ve müteakip maddelerinde bahis konusu olan müşterek borçluluk ile ilgili hükümler uygulanamaz. Kusur oranında gerek hekim, gerekse idare sorumlu tutulmak üzere idare aleyhine idare mahkemesinde ve hekim aleyhine adli yargı organları önünde dava açılmalıdır”<sup>194</sup>.

### C. TIBBİ HİZMETLERDE GÖREV KUSURU

Tıbbi personelin göreviyle ilgili yetkisini kullanırken ve resmi sıfatının bir gereği olarak yaptığı eylem ve işlemler sonucu oluşan zararın kaynağı görev kusurudur. İdare, tıbbi personelin hizmete bağlı olan kusurlu davranışının sebep olduğu zararlardan da sorumludur. İdarenin sorumlu tutulmasının nedeni, söz konusu davranışın hizmetle olan yakın ilişkisidir. Bu yakın ilişki nedeni ile kusur, artık anonim olmaktan çıkmakta ve belli bir kimseye ait, kınanabilen bir davranış olarak kendini göstermektedir<sup>195</sup>. Bu nedenle, görev kusuru, anonim nitelikte hizmet kusurunun ferdileşmiş ve tek bir kişi ya da belli kişilere atfedilebilen halidir. Bu bağlamda, hizmet kusurunun idareye atfedilmesine karşın görevsel kusur kavramı tıbbi personel için kullanılmaktadır. Bu tür davranışlar tıbbi personelin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>193</sup> Ayan, *op.cit.*, s.178.

<sup>194</sup> Atabek, *op.cit.*, s.641.

<sup>195</sup> Gürsoy, *op.cit.*, s. 76.

Hizmet kusuru yargı kararlarının yarattığı bir kusur çeşidi olmasına karşın, “görevsel kusur” 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ile Anayasamızın 129/5 hükmünün ürünüdür.

14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine göre:

“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. ... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

1982 Anayasasının 129. maddesinin beşinci fıkrası ise şöyle demektedir:

“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.”

## **1. Sorumluluğun Şartları**

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ile Anayasanın 129/5 hükmünü göz önüne alarak görevsel kusurdan söz edebilmek için gerekli unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

### **a. Zarara memur veya diğer kamu görevlisinin sebebiyet vermiş olması**

Görevsel kusurun varlığından söz edebilmek için her şeyden önce zarara memur veya diğer kamu görevlisinin sebebiyet vermiş olması gerekir. Devlet Memurları Kanununun 13.maddesi zararın faili olarak “personel” kavramına yer verirken, temelde aynı ilkeyi benimsemiş olan Anayasanın 129/5. maddesi şahısları genişleten “memur ve diğer kamu görevlileri” deyimini kullanmıştır. Kamu hastanelerinde vatandaşlara sunulan hizmetin uygulayıcısı olan hekim, anestezi uzmanı, hemşire, hasta bakıcı gibi çalışanlar “kamu personeli” statüsündedir. Bu açıdan, kamu kurumlarına ait hastaneler ile diğer sağlık birimlerinde çalışan her türlü tıbbi personel bu deyim içinde değerlendirilebilir. Ancak şunu belirtelim ki, “intörn ya da Aile Hekim Adayı diye adlandırılan son sınıf öğrencileri doktor olarak kabul edilmemektedir. Onların kusurlu

hareketlerinden idare (üniversite) idare hukuku kurallarına, intörn de özel hukuk kurallarına (BK. mad. 41) göre sorumludur”<sup>196</sup>.

### **b. Zarar, tıbbi personelin “yetkilerini kullanırken” veya “görevlerini yerine getirirken” meydana gelmiş olmalıdır**

Anayasanın 129/5 maddesinde geçen “yetkilerini kullanırken” deyiimi “görevlerini yerine getirirken” anlamını ifade eder. İdare hukukunda “yetki” ve “görev” kavramları birbirine bitişik ve hatta birbirleriyle eşanlamda kullanılmaktadır<sup>197</sup>. İdarenin yetkileri, görevlerinin öbür yanı veya değişik görünüşüdür. Çünkü görev olan yerde mutlaka yetki de vardır; yetki ile donanmamış bir görev yerine getirilemeyeceği gibi; görevsiz salt bir yetki de bulunamaz. Bu bakımdan Siyamlı kardeşlere benzeyen görev ile yetki, çoğu kez eşanlamda kullanılmakta ve birinin ötekini içerdiği kabul edilmektedir<sup>198</sup>.

Zarar verici eylem “görev sırasında” ve “görev gereği” yapılmış olmalıdır. Bunu sağlayacak ölçüt de tıbbi personelin zarar verici davranışı ile görevinin ifası arasında, “gaye ilişkisinin” bulunmasıdır. Bu nedenle tıbbi personel zarar verici davranışta, “kamusal görevini yerine getirdiği sırada” değil de, bu görevin yerine getirilmesi “vesilesiyle” bulunmuşsa artık “görevsel kusur” değil, “kişisel kusur” söz konusu olur<sup>199</sup>.

### **c. Kusurlu fiil ve davranışın tıbbi hizmete - göreve ilişkin olması**

Kişinin uğradığı zararlar, tıbbi personelin yürüttüğü görev arasında herhangi bir noktadan ilişki kurulabiliyorsa ortada görevle ilgili bir durum var demektir<sup>200</sup>.

Lütfi Duran’a göre “görev kusuru” personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır. Personelin görev kusuru, geniş anlamda “kişisel kusur” sayılabilirse de aslında idarenin hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurdur. İdarenin sorumluluğunu gerektiren “hizmet kusuru” görünüşte anonim nitelikte olmasına rağmen, gerçekte bir veya bir kaç personelin yaptığı hizmetin

<sup>196</sup> Hancı, *op.cit.*, s.153.

<sup>197</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Basım Yayım, Güncelleştirilmiş Sekizinci Baskı, 2003, s.591.

<sup>198</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.379.

<sup>199</sup> Düren, *op.cit.*, s.295.

<sup>200</sup> Semahattin Devrim, “Devlet Memurlarının Kişilere Vermiş Oldukları Zararlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 42, Sayı 1985/I, s.43.

ve ödevin kural ve gereklerine uyma yükümüne riayetsizliği biçiminde ortaya çıkar. Ancak, personelin bu konudaki aykırı tutum ve davranışları mutlaka “hizmet kusuru” olmadığı gibi; hizmet kusuru kabul edilenlerin de “görev kusuru” sayılması zorunlu değildir. Genellikle orta yetenek ve yeterlikte bir personelin yapmayacağı veya yapmaması gereken eylemler “görev kusuru” niteliğini taşır. Bunun dışındakiler, salt “hizmet kusuru” telakki edilmek gerekir<sup>201</sup>.

İdarenin kamu görevlisinin görev kusurunun varlığından söz edebilmek için öncelikle kamu hukukuna tabi bir görevin olması sonra da kamu görevlisinin zarar doğurucu tutumunun bu görev sırasında ve görevin gereği olarak işlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görevine yabancı olmaması ya da bir suç düzeyine ulaşmaması gerekir.

Danıştay kararlarından “görevsel kusur” ile ilgili birkaç örnek vermek gerekirse;

“... Hastanesinde doğum yapan davacıya doğum sırasında gerekli müdahale yapılmayarak çocuğunun ömür boyu özürlü kalabilecek şekilde sakatlanmasına sebebiyet verildiğinden dolayı açılan davada, idarenin hizmetini kusurlu işlemediğinden bahisle davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görmeyen Danıştay, doğum yaptıran her iki doktorun olayda 4/8 ve 4/8 olmak üzere toplam 8/8 kusurlu oldukları en yüksek tıbbi kurul olan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile tespit edilmesine ve Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu eksik ve çelişkili olmasına rağmen, uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın hizmet kusuru nedeniyle tazminine karar vermiştir.”<sup>202</sup>

“Davacıların yakınının, myeloğrafi sırasında Ultravist 300 isimli preparatın verilmesi üzerine oluşan kontras madde alerjisine bağlı kardio pulmoner arresten öldüğünde kuşku bulunmayan davada, yaptırılan bilirkişi incelemesinde özetle; “Ultravisit ampulü çoğu zaman hafif ve orta derecede geçici ve alerjik reaksiyonlar oluşturabileceği ama zaman zaman ağır ve hayatı tehdit eden reaksiyonlar, prefabrik vazodilatasyon, hipotansiyon, taşikardi, nefes darlığı, ... nöroloji komplikasyonları ölümle sonuçlanabilecek bir tablo oluşturabileceği, ... prospektusta gerekli uyarının

<sup>201</sup> Lütfi Duran, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s.56-57.

<sup>202</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 15.2.2001 tarih ve E. 1998/5580, K.2001/582 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.325-326.

bulunduğu, ... ultravist isimli preparatın osmolaritesinin BOS'ta kullanılmaya elverişli olmadığı, bu preparatın myelografik tetkikte kullanılmasının tıbbi hata olduğu, olayda her iki hekimin de 6/8 oranında kusurlu oldukları ... dile getirilmiştir"<sup>203</sup>. Mevcut bilgi ve belgelerle davacıların yakınlarının, idarenin ajanlarının hizmeti iyi kuramamaları ve gerekli testler yapılmadan hastaya verdikleri preparatın oluşturduğu kontras madde alerjisine bağlı kardio pulmoner arresten öldüğu kanıtlanmıştır. Bu durumda ajanların hizmet sırasında, kusurları yüzünden ölüme neden oldukları anlaşılmalı, davacıların yakınlarını kaybetmelerinden dolayı uğradıkları zararların idarece karşılanması gerekir"<sup>204</sup>.

## **2. Tıbbi Personelin ve İdarenin Sorumluluklarının Birleşmemesi : Kişisel Kusurdan Dolayı Tıbbi Personele Dava Açılmayacağı Kuralı (AY, mad.129/5 ve DMK, mad.13)<sup>205</sup>**

Eğer böyle bir durum söz konusu ise, zarara uğrayan kişi zararın tazminini kimden isteyecektir? Kişisel kusura dayanarak tıbbi personelden mi, yoksa hizmet kusuruna istinaden idareden mi?

Tıbbi personelin kişisel kusuru varsa, 1982 Anayasasının 129/5 maddesi ile DMK'nın 13.maddesi uyarınca kural olarak, zarar gören kişi, tıbbi personele karşı adli yargıda tazminat davası açamaz; idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açması gerekir.

Eğer adli yargı yeri fiil ve davranışın bir "görev kusuru" ya da "hizmet kusuru" teşkil ettiği sonucuna varırsa, davayı görev yönünden reddetmesi gerekir. Adli yargı yerinin bu konudaki tavsifiyle idari yargı yerinin tavsifi arasında bir ihtilaf çıkarsa bu takdirde sorunun çözümü Uyuşmazlık Mahkemesine düşmektedir. Nitekim, devlet memuru statüsünde bulunan doktorun, kist zannederek davacının tek böbreğini ameliyatla almasından doğan tazminat uyuşmazlığında, Uyuşmazlık Mahkemesi davanın idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir"<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> İ.Hamit Hancı ve Hakan Özdemir, "Hekim Hataları ve Yüksek Sağlık Şurası", *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl 17, Sayı 65, s. 80-81.

<sup>204</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 25.12.1996 tarih ve E.1995/597, K.1996/1146 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 12, s.1045.

<sup>205</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1048.

<sup>206</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.10.1991 tarih ve E.1991/28, K.1991/28 sayılı karar (RG.26.11.1991, S.21063) Bu karar için bakınız. Özgüldür, *op.cit.*, s.125.

Türkiye’de tıbbi personelin kişisel kusurundan dolayı, zarar gören kişiye karşı tıbbi personel değil, idare sorumludur. Dolayısıyla Türkiye’de kişisel kusur halinde tıbbi personelin ve idarenin sorumluluklarının birleşmesinden bahsetmek kural olarak mümkün değildir; çünkü bu durumda zarar gören kişi açısından tek bir sorumluluk vardır; o da idarenin sorumluluğudur<sup>207</sup>.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında şöyle demiştir:

“Devlet memurlarının görev ve yetkilerini kullanırken kişilere verdikleri zararlardan idarenin hizmet kusuru ile memurun şahsi kusuru birlikte bulunabilir. Bu gibi durumlarda, zarar görenlerin memur aleyhine tazminat davası açma olanağı bulunmamaktadır (DMK. mad.13; Anayasa, mad.129)<sup>208</sup>.

### **3. Kurumun Tıbbi Personele Rücu Hakkı**

Gerek Anayasanın 40. ve 129. maddelerinin ilk ve son fıkrası gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi karşısında, idarenin tıbbi personelin tutum ve davranışlarından kaynaklanan zararlar nedeni ile ödediği tazminat için kusurlu personele rücu hakkının bulunduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Ancak, rücu işleminin bir zorunluluk mu yoksa bir takdir hakkının kullanılması mı olduğu sorunu ile rücu işleminin ne şekilde yapılması gerektiği ve görevli yargı yerinin adli yargı mı idari yargı mı olduğu sorunu tartışılması gereken hususlar olarak karşımızda durmaktadır.

#### **a. DMK mad. 13 ve Anayasa mad. 125’in Amacı ve Kapsamı**

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi “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.” hükmünü getirdiğini belirtmiştik. Maddenin gerekçesinde de “hem memur, hem de idare edilenler lehine

<sup>207</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s. 1049.

<sup>208</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 14 Aralık 1985 tarih ve E.1985/7369, K.1985/9399 sayılı karar, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 12, Sayı 4, s.509-513 Bu karar için bakınız. Cüneyt Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990, Birinci Kitap: İdari Yargı*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1991, s.76.



teminat getiren bu hüküm esas itibariyle, Alman sisteminden ilham almaktadır”<sup>209</sup> denilmekte ve böylece “kanuni teminat sistemi”<sup>210</sup> açıkça benimsenmiş olmaktadır.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi de 4.4.1979 tarih ve E.7/399, K.1979/4578 sayılı kararında, hükmün kamu görevlisi personeli koruma amacı şu şekilde dile getirilmiştir: “ ... kamu hizmeti görevlisinin görevini yaptığı sırada kişilerin uğrayacakları görevle ilgili zarardan ötürü hakkında tazminat davası açılacağı korkusu altında bırakılarak, gayret ve gücünün kırılmaması gerekir”<sup>211</sup>.

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin amacı, sadece tıbbi personeli değil, idarenin faaliyetinden zarar gören üçüncü kişileri (hasta veya yakınlarını) de korumaktır. Tıbbi faaliyetler sonucunda zarar gören üçüncü şahıs eğer kendisine zarar veren personelden, hele tazminat önemli bir meblağa varıyorsa bunu tazmin etmesi pek mümkün olamayacak ya lehine hükmedilen tazminatı yıllarca sürecek icra takipleriyle güç bela alabilecek yahut hiç alamayacaktır. Burada devlet araya girmekte ve üçüncü şahsa ödeme işini ön finansman gibi üzerine almaktadır.

Devlet Memurları Kanununun 12. maddesi ile bu maddede belirtilen zararların nevi ve miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları, yapılacak işlemlerle ilgili usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlanan yönetmeliğin<sup>212</sup> 11. maddesindeki “Memurların görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararları, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanır. Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı saklıdır.” hükmünden hareketle Lütfi Duran’a göre, 13. maddenin birinci fıkrası, kamu personelinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin hükmü aynen bıraktığı halde; yürütme organı, değişikliklerle eklenen ikinci fıkraya dayanarak çıkardığı yönetmelikte, sadece devlet memurlarının doğrudan idareye karşı sorumluluklarını düzenleyen 12. maddenin ikinci fıkrasındaki

<sup>209</sup> Düren, *op.cit.*, s.300.

<sup>210</sup> Bu sisteme göre “bir kimse kendisine verilmiş kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı üzerine düşen ödevi ihmal ederse, esas itibariyle sorumluluk hizmetinde bulunduğu kamu kurumuna aittir” Düren, *op.cit.*, s.298-299.

<sup>211</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 4.4.1979 tarih ve E.7/399, K.1979/4578 sayılı karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cilt V, Sayı 7, s.968. Bu karar için bakınız. Selim Kaneti, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yetkilerini Kullanırken İşledikleri Kusurlardan Doğan Tazminat Davaları”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, Cilt XXXVI, Sayı 3, s.99.

<sup>212</sup> “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik”, Resmi Gazete, 13 Ağustos 1983, Sayı: 18134, s.7-10.

“kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizlik sonucu” nitelermelerini, dolaylı sorumluluk hallerine de yayarak devlet memurlarının dokunulmazlıklarını genişletmeye ve güçlendirmeye yönelmiş görünmektedir<sup>213</sup>.

Gerek Anayasanın 40. maddesinde, gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde “rücu hakkı saklıdır” ifadesinden idarenin, ödediği tazminat için personele rücu edip etmeme hususunda takdir yetkisinin bulunduğu düşünülebilir. Ancak Anayasanın 129/5. maddesindeki “ ... kendilerine rücu edilmek kaydıyla ...” şeklindeki açık hüküm karşısında Türk hukukunda idarenin rücuu bir takdir yetkisi değil, “bağlı yetki” haline gelmiştir<sup>214</sup>.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi’nin 14.11.1985 tarih ve E.7/7369, K.1985/9399 sayılı kararına göre; “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129. maddesinde getirilen hükümlerle, memurun sorumluluğu kaldırılmamış, kamu görevlisi olan memurun tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu diğer sorumlu olan devlete kanalize edilmiştir. Devlet, bu düzenlemeyle, memurun kişiye olan tazmin borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır”<sup>215</sup>.

Cüneyt Ozansoy’a göre, “gerek Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi, gerek Anayasanın anılan hükümleri; görevlinin devlete “kanalize” edildiği ileri sürülen zarar verici davranışının, yine de idarilik niteliğini yitirmediği yaklaşımıyla yorumlanmalıdır. Devlet, şayet görevlinin belirtilen nitelikteki zarar verici davranışının sonuçlarını karşılamayı kabul etmişse; bunun nedeni, “görevle ilgili” olduğu sürece “kendisiyle de ilgili” olduğu gerçeğini gördüğündendir. Yoksa, görevlinin güvencesi, hukuk dışılığına prim veren ve her türlü haksız davranışı devletin üstlendiği bir sistemle sağlanmış olur ki, böyle bir yorumun ne vatandaş güvencesiyle ne de hukuk devletiyle bir ilgisi olamaz”<sup>216</sup>.

İlgili kurum zarar gören kişiye tazminat ödedikten veya ödemeye mahkum olduktan sonra genel hükümler gereğince, bu zarara yol açan personele rücu edebilecektir. İdarenin zarara yol açan personele rücu hakkı, Danıştay kararı ile ödediği

<sup>213</sup> Lütfi Duran, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, Haziran 1984, s.11.

<sup>214</sup> Özgüldür, *op. cit.*, s. 135.

<sup>215</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 14.11.1985 tarih ve E.7/7369, K.1985/9399 sayılı karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cilt XII, Sayı 4, s.509. Bu karar için bakınız. Kaneti, *op.cit.*, s.101.

<sup>216</sup> Ozansoy, *op.cit.*, s.80-81.

tazminat miktarını aşamayacağı gibi personelin işlediği kusur oranı ile sınırlıdır. Personelin kusur oranının saptanmasında yetkili yerin adli yargı olduğu kabul edilmektedir<sup>217</sup>.

İdarenin, ödediği tazminatı, asıl sorumlu olan tıbbi personele rücu etmesinin birçok mantıklı nedeni vardır. Birincisi, rücu hakkına başvurulmamasında, yani bu zararın idarenin üzerinde kalmasında kamu yararı yoktur. Kamu yararı olmayan bir işlemde idarenin takdir yetkisi olabileceğini düşünmek zordur. İkinci olarak, idarenin kusurlu tıbbi personele rücu etmesi bizatihi hak ve adalet gereğidir. Zira adaletin özünde herkesin verdiği zararı ödemesi ilkesi yatar. Bir kişinin kendi verdiği zararı başkalarına ödetirmesi haksız ve adaletsiz bir uygulamadır. Nihayet idarenin kusurlu tıbbi personele rücu etmesi, tıbbi personeli daha dikkatli olmaya, hukuka uygun davranmaya sevk eder<sup>218</sup>.

### **b. 13. Maddenin Yolladığı “Genel Hükümler” Özel mi, Kamusal mı?**

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesindeki düzenleme “kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” şeklinde yapılmış olup, burada sözü edilen genel hükümlerden ne anlaşılacaktır?

Tıbbi personelin dikkat ve itina ile yerine getirmesi gereken görevini ihlal ettiği takdirde, Devlet memuru olması nedeniyle, idareye verdiği zarardan ötürü idarenin memura rücusu kamu hukuku ilkelerine göre değil, özel hukuk hükümlerine göre olur. Dolayısıyla “genel hükümler”den kastın Borçlar Kanunu hükümleri olduğu kanaati yaygın olup, sorunun haksız fiile esaslarına göre çözümleneceği görüşünün geniş kabul gördüğü söylenebilir<sup>219</sup>. İlgili kurum zarar gören kişiye tazminat ödedikten veya ödemeye mahkum olduktan sonra, genel hükümler uyarınca, bu zarara yol açan personele rücu davası açarak onun sorumluluğu oranında payına düşen tazminatı Borçlar Kanununun 55. maddesinin son fıkrası delaletiyle 41. ve müteakip maddelerine göre isteyecektir. Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 14 Aralık 1985 tarih ve E.1985/7369, K.1985/9399 sayılı kararı da “ ... Memurun kaldırılmayan ancak geçici

<sup>217</sup> Semahattin Devrim, “Kurumun Personele Rücu Hakkı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 10, Sayı 38-39, s.20.

<sup>218</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1066.

<sup>219</sup> Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.671; Durdu, *op.cit.*, s.88; Tandoğan, *op.cit.*, s.107.

olarak Devlete kanalize edilen kişilere karşı sorumluluğunun kaynağı Borçlar Kanunudur (m.41)<sup>220</sup> hükmüyle bu yöndedir.

Dolayısıyla idare, ödediği tazminatı cebri icra yetkisine dayanarak tıbbi personelden tahsil etmeye (örneğin tıbbi personelin maaşından kesinti yapmaya) kalkışamaz. İdarenin tıbbi personele karşı özel hukuk hükümlerine göre adliye mahkemelerinde rücu davası açması gerekir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararından örnek vermek gerekirse; “Davalı doktorun, hastasına röntgen ışınları uygulayarak cilt ve adale bozukluklarına sebebiyet verdiği olayda, tedavinin yanlış uygulandığı ve yüzde iz bıraktığı gerekçesiyle hizmet kusurundan dolayı Danıştaya dava açılmış ve Danıştay ilgili Bakanlığı manevi tazminata mahkum etmiştir. İlgili Bakanlık personele rücu etmiş ve Yargıtay, doktorun, hastasının ışınlara karşı aşırı duyarlılığını bilmeli ve uygulamayı ona göre yapmalıdır. Mesleki bilgisinin gerektirdiği bütün gerekleri yerine getirdiğini ispatla mükelleftir, olayda açık ve belirli kişisel kusur vardır, mesleki kazancı yönünden uygun ve yeterlidir diyerek ... liralık mahkumiyet kararını onamıştır”<sup>221</sup>.

Yargıtay bu kararında doktorun hizmetten ayrılamayan geniş manada kişisel kusurdan (görev kusurundan) açıkça bahsetmeyip olayda açık ve belirli kişisel kusuru vardır diyerek yetinmiştir. Kanaatimize göre Yargıtay olayda doktorun hizmetten ayrılamayan göreviyle ilgili yüzde yüz görev kusuru kabul ederek tazminata hükmetmiştir.

Ancak, doktrinde bu konuya muhalif görüşlere de rastlamaktayız. Örneğin Lütfi Duran, 13.maddedeki “genel hükümlerden” Borçlar Kanununun “haksız fiil” esaslarının anlaşılmasında, aksine “İdare Hukukunun genel esaslarının” anlaşılması gerektiği kanısındadır. Adli mahkemelerin personele rücu davasında personelin hizmet ve görev kurallarına uyup uymadığını araştırırken bu husustaki idari işlem ve ameliyeleri kritik bir incelemeye tabi tutmasının sakıncalı olacağını ve Türk İdare Rejimi ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir. Ayrıca Borçlar Kanununun 41. ve devamında düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna göre tıbbi personel yalnız kasıt veya ağır

<sup>220</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 14.12.1985 tarih ve E.1985/7369, K.1985/9399 sayılı karar, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 12, Sayı 4, s.509-513. Bu karar için bakınız. Ozansoy, *op.cit.*, s.76.

<sup>221</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 17.12.1976 tarih ve E.1976/692, K.1976/11046 sayılı karar, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 4, s.544-545. Bu karar için bakınız. Devrim, *op.cit.*, s.20; Tandoğan, *op.cit.*, s.107-108.

kusurundan ötürü değil, en hafif ihmallerinden dolayı da sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla Gerekçe’de ortaya atılan rücuun ağır kusura hasredilmesi yolundaki temenninin ancak takdir yetkisine sahip idari yargı yerince kullanılabilmesi görüşündedir<sup>222</sup>. Bu konuda Akın Düren de “her ne kadar 13. maddenin gerekçesinde ... Alman Devlet Memurları Kanununun da ‘ağır kusur, esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye’deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayandır’ denmekte ise de, gerekçedeki bu temenni, Borçlar Kanununun 41. maddesi karşısında gerçekleşmeyecektir”<sup>223</sup> diyerek Lütfi Duran’ı destekler şekilde görüş belirtmiştir.

Ayrıca Lütfi Duran idare ile tıbbi personelin birlikte sorumluluğunu gerektiren durumlarda, Borçlar Kanununun 51. maddesinin uygulanacağını yani önce kusurlu olan tıbbi personelin sorumlu tutulacağını, idarenin en sonra zararı karşılamak durumunda kalacağını, oysa 13. maddenin en önce ilgili kurumun dava edilmesini kabul ettiğini, o nedenle genel hükümlerin her halde ve mutlaka Borçlar Kanununun 51 ve 55. maddeleri olmadığını, İdare Hukuku ilke ve kuralları olabileceğini savunmaktadır. Çünkü bu durumda, İdare ile tıbbi personel arasındaki ilişki, müteselsil sorumluluklarını da etkileyerek, Borçlar Kanununun 51 ve 55. maddelerinden farklı olan İdare Hukuku esaslarının uygulanmasını zorunlu kılar<sup>224</sup>. Ancak bu fikre katılmak pek mümkün değildir; çünkü Haluk Tandoğan’ın da belirttiği gibi, Borçlar Kanununun 55. maddesindeki sorumluluk sırası Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinden farklı değildir: önce adam çalıştıran sorumlu tutulacak, o da adamına rücu edecektir. Borçlar Kanununun 51. maddesindeki sıraya gelince iç ilişkide sorumluluğun nihai olarak kusurlu eylem failine yükletilmesi söz konusudur ki, bu da, Devlet Memurları Kanununun 13. maddesindeki sıradan farklı değildir; dış ilişkide davanın kime yöneltileceği hususu ise bir sıraya tabi tutulmamıştır; zarar gören dış ilişkide davasını sadece mali durumu daha iyi olan kusursuz sorumluya yöneltebilir ve o da iç ilişkide kusurlu sorumluya rücu edebilir<sup>225</sup>.

<sup>222</sup> Duran, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.16-17.

<sup>223</sup> Düren, *op.cit.*, s.305.

<sup>224</sup> Duran, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.47-48.

<sup>225</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, *op.cit.*, s.110.

### **c. Rücu Davasında Görevli Yargı Kolu**

Türkiye’de rücu davasında görevli yargı kolu, adli yargıdır. Kemal Gözler’e göre Türk hukukundaki bu çözüm yerindedir. Çünkü, bir kere rücu davasında davalı “idare” değil, bir “gerçek kişi”dir. Gerçek kişilere karşı açılacak davalarda da genel görevli yargı kolu adli yargıdır. Diğer yandan, idare tıbbi personele bir hizmet kusurundan dolayı değil, bir “kişisel kusur”dan dolayı rücu etmektedir. Kişisel kusur ise mahiyeti gereği özel hukuka tabidir<sup>226</sup>.

Uyuşmazlık Mahkemesi de “devlet memurunun sebebiyet verdiği kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi” gerektiğine karar vermiştir<sup>227</sup>.

### **D. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURUN TESPİTİ**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırabileceği, 281. maddesinde ise bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususların, inceleme konusu yapılan maddi olayların gerekçe ve sonucunun bilirkişi raporunda gösterileceği kuralı yer almıştır.

Tıbbi hizmetlerde kusurlu davranışların belirlenmesinde Yüksek Sağlık Şurasının, Adli Tıp Kurumu İhtisas Komisyonları ile Yüksek Öğretim Kurumları ve birimlerinin bilirkişilik görevi vardır.

#### **1. Yüksek Sağlık Şurası**

Tıbbi personelin kusur oranları (kusurlulukları) Yüksek Sağlık Şurasınca tespit edilir. Yüksek Sağlık Şurası, tabiplerin mesleğe ilişkin kusur ve durumlarını belirlemeye yetkilidir. Bu kurul sağlıkla ilgili sorunlar hakkında oyunu ve düşüncesini bildirmek, sağlıkla ilgili yasal düzenlemelerde görüş bildirmek, hekimlik mesleği ve şubeleri ile ilgili uğraşlar sırasında işlenen hatalar ve adli sorunlar hakkında bilirkişilik görevi ile yükümlü bir danışma kuruludur<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s. 1069.

<sup>227</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.6.2000 tarih ve E.2000/14, K.2000/20 sayılı karar. Resmi Gazete, 24.7.2000, Sayı 24119, s.43 Bu karar için bakınız. Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.672.

<sup>228</sup> Hancı, *op.cit.*, s.20.



Yüksek Sağlık Şurası, Sağlık Bakanlığının sürekli kuruludur. Yüksek Sağlık Şurası, 1219 sayılı yasa, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ilgili hükümlerine göre faaliyet göstermektedir<sup>229</sup>.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 10. maddesinde “tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtibar vazifeleriyle mükellef olmak üzere bir yüksek sıhhat şurası teşkil olunmuştur” şeklinde yasal bir düzenlemeye gidilmiştir. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 31. maddesinde ise “Bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere (11) üyeli bir yüksek sağlık şurası kurulmuştur” hükmü yer almaktadır.

Yüksek Sağlık Şurasına gelen davalarda, ilgili tıbbi personelin olayda oluşan zarar yönünden kusurlu olup olmadığı veya ihmalinin bulunup bulunmadığı sorularına cevap aranır. Bu nedenle mahkeme aşamasında alınan ifadeler ve Şurada alınan kararlar genellikle tıbbi uygulamalar sonucu zarar oluşup oluşmadığı, oluşan zararlarla tıbbi personelin eylemi arasında nedensellik bağı olup olmadığı ve bu zararın tıbbi personelin eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik unsurları içerir.

Ceza mahkemeleri dışında kalan hukuk mahkemeleri ile idari yargı mahkemelerinin Şura’dan görüş almak zorunlulukları yoktur<sup>230</sup>. Nitekim bilirkişi olarak seçilse dahi Yüksek Sağlık Şurasının kararlarının mahkemeleri bağlamayacağı kuşkusuzdur<sup>231</sup>.

## 2. Adli Tıp Kurumu

Adli olaylarda kesin ve doğru sonuca varmak, davaları daha kısa sürede sonuçlandırmak, hataları azaltmak, bedeni zararlarda eşdeğer bir ağırlık derecesini belirterek ceza adaleti sağlamak gerekir. İşte bu amaçlarla adalete hizmet veren Adli Tıp Kurumu kurulmuştur.

<sup>229</sup> Hancı ve Özdemir, *op.cit.*, s.78.

<sup>230</sup> Hancı, *op.cit.*, s.23.

<sup>231</sup> Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu -Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, (Ankara, 12-13 Mart 1982), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.16.

2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 1. maddesinde adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumunun kurulduğu, 2. maddesinde Adli Tıp Kurumunun, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Davacılar murisinin yapılan ameliyatta ve ameliyat sonrası bakım ve gözetiminde gerekli özen gösterilmeyerek öldüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın; Adli Tıp Kurumundan alınacak görüşe göre tazmin edilmesi gerektiği,<sup>232</sup> davacının yapılan enjeksiyon sonucu felç olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın; Adli Tıp Kurumundan alınacak görüşe göre tazmin edilmesi gerektiği,<sup>233</sup> şeklindeki Danıştay kararlarında görüldüğü üzere idarenin hizmet kusurunun varlığı açısından bir araştırma yapılabilmesi için, Adli Tıp Kurumu Başkanlığından dava konusu olaylarla ilgili olarak görüş alınması gerekmektedir.

### 3. Yüksek Öğretim Kurumları ve Birimleri

Adli Tıp Kurumu Kanununun 31. maddesine göre, “Yüksek Öğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır.”

Ayrıca Yüksek Öğretim Kanununun 37. maddesinde, “Yüksek Öğretim Kurumları dışındaki kuruluş veya kişilerce, üniversite içinde veya hizmetin gerektirdiği yerde üniversiteler veya birimlerinden istenecek bilimsel görüş, proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile üniversitede veya üniversiteye bağlı kurumlarda, hasta muayene ve tedavisi ve bunlarla ilgili tahliller ve araştırmalar yapılabilir” demek suretiyle yüksek öğretim kurumlarından mahkemelerin görüş sorabilecekleri sonucu çıkartılabilir. Zaten aynı kanunun 38/2. maddesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “Yüksek Öğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yüksek öğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talepleri ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak

<sup>232</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 16.4.2001 tarih ve E. 1998/7339, K. 2001/1386 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.312-313.

<sup>233</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 25.1.2001 tarih ve E. 1998/3624, K. 2001/246 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.321-322.

görevlendirilebilirler.” Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 66/4. maddesine göre, “bilirkişinin, adli tabip yoksa mütehassıs bir hekim olması şarttır”.

## II. TIBBİ HİZMETLERDE KUSURSUZ SORUMLULUK

Kamu hukukuna giren alandaki uygulama, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin temel ilke olarak hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutuldukları yönündedir<sup>234</sup>. Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğu alanında prensip değil, istisnayı teşkil eder. İdarenin sorumluluğu konusunda prensip hala idarenin kusurlu sorumluluğudur. Bir zarar kusurlu sorumluluk esasına göre tazmin edilebiliyorsa veya sosyal güvenlik sistemi gibi bir başka usûlde karşılanıyorsa idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz.

### A. Kusursuz Sorumluluğun Tanımı ve Özellikleri

Kusursuz sorumluluk, idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğüdür. Kusursuz sorumluluk, “risk ilkesi” ve “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi” olmak üzere iki ilkeye dayanır.

“Risk ilkesi”ne göre, idare hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

“Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi” veya “kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliği ilkesi” ise idarenin kamu yararı düşüncesi ile giriştiği bir faaliyet belli bazı kişileri zarara uğrattır ise, bu zararın, herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarece tazmin edilmesini öngörmektedir<sup>235</sup>.

Bu sorumluluk kavramına dayalı olarak açılan davalarda hizmet kusurundan farklı olarak idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasındaki nedensellik bağının kanıtlanması yeterlidir. Ayrıca idarenin davranışının kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, idarenin sorumlu tutulabilmesi için idarenin tutum ve davranışının hukuka aykırı olması gerekli değildir<sup>236</sup>.

<sup>234</sup> Atilla İnan, “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 11, Sayı 42-43, s.32.

<sup>235</sup> Günday, *op.cit.*, s.345.

<sup>236</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.240.

Kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için kusurlu sorumlulukta aranmayan zararın özelliği ve anormalliği şartları aranmaktadır. Bu şartlar olmadan idarenin sorumluluğuna hükmedilebiliyorsa, bu şartların arandığı sorumluluk türünün işletilmesinin bir anlamı ve gereği yoktur. Bu husus Fransız idare hukukunda “kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluktan önce gelir” özdeyişi ile ifade edilmektedir<sup>237</sup>.

Danıştay Onuncu Dairesi de 29 Aralık 1999 tarih ve E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı kararıyla bir olayda hizmet kusuru araştırılmadan, sorumluluğun kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırılmayacağına karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Guatr ameliyatı sırasında, paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması nedeni ile zarara uğrayan davacının, maddi ve manevi tazminat istemli davasında, idare mahkemesince, olayda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla, Osmangazi Üniversitesi doktorlarına yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; tiroit cerrahisinde belirli bir yüzdesi olan bu komplikasyonun mesleki bir hata veya teknik yetersizlik olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varıldığı, davacının Adli Tıp Kurumundan rapor alınması isteği ile itiraz ettiği, itirazın mahkemece yerinde görülmeyerek reddedildiği ve kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak manevi tazminata hükmedildiği anlaşılmış olup, maddi ve manevi tazminat davasının, ameliyat sürecinde ve tedavisinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının, 2569 sayılı Yasa hükümleri uyarınca esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla saptandıktan sonra çözümlenmesi gerekirken, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir”<sup>238</sup>.

## **B. Tıbbi Hizmetlerde Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu**

Fransa’da hastanelerde uygulanan “fevkalâde tehlikeli tıbbi yöntemler”den doğan zararların tazmininde risk sorumluluğu kabul edilmiştir. Burada risk sorumluluğuna yol açan tıbbi yöntemlerin, sonuçlarının önceden bilinmeyen yöntemler olması ve hastayı yaşatmak için son bir şans olarak denenen bir yöntem olması ve de tıbbi yöntemin

<sup>237</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1071-1072.

<sup>238</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 29.12.1999 tarih ve E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.378-380.

sonucunda ortaya çıkan zararın anormal şekilde ağır olması gerekir<sup>239</sup>. Yine Fransa'da 1 Temmuz 1964 tarihli Kanun uyarınca zorunlu aşı uygulamalarında meydana gelen zararlar yüzünden devletin kusursuz sorumluluğu vardır. Aşının hastanede, bir kurumda veya evde yapılmasının önemi yoktur. Ancak zorunlu olmayan aşılarından kaynaklanan zararlar bakımından devletin sorumluluğu kusur şartına bağlıdır<sup>240</sup>. Tedavide uygulanan metodun bilinen ancak istisnai olan bir riske neden olması halinde bu metodun uygulanmasının hastanın durumunda çok ciddi ağırlaşmaya sebebiyet vermesinde (09.04.1993 tarihli Bianchi Kararı); genel anesteziye bağlı olan kazalarda (03.11.1997 tarihli Hôpital Joseph Imbert d'Arles Kararı); biotıbbi araştırmaları kabul eden kişilerin doğrudan çıkarlarının dikkate alınmadığı uygulamalarda (20.12.1998 tarihli yasa); hastanenin akıl hastalarına uyguladığı tedavi metodlarından örneğin dışarı çıkmasına izin verilmesi halinde hastanın üçüncü kişilere zarar vermesi halinde (13.12.1967 tarihli Departement de la Moselle Kararı); kamu kan nakil merkezlerinden yapılan kan nakillerinde HIV virüsüne hastanın yakalanması (26.05.1995 tarihli Consorts N.G. Kararı) halinde kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare sorumlu tutulmaktadır<sup>241</sup>.

Türk Danıştayının ise, saptayabildiğimiz kadarıyla, idareyi ve/veya tıbbi personeli "kusursuz" olduğu bir olayda, objektif sorumluluk esasından giderek mahkum ettiğini göremedik.

"... Hastanesinde yapılan böbrek ameliyatından ve yapılan iğneden dolayı sağ ayağında % 40 oranında sakatlık meydana geldiği iddiası ile açılmış olan maddi ve manevi tazminat davasında; idare mahkemesi davacının ayağında meydana gelen % 40 oranındaki sakatlığın, yapılan böbrek ameliyatından kaynaklandığının anlaşıldığını, ancak meydana gelen zararda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenemediğini; bununla birlikte, ameliyat sonucu oluşan zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerektiği gerekçesi ile maddi ve manevi tazminatın tahsiline karar vermiştir.

Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür.

<sup>239</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1096.

<sup>240</sup> *Ibid.*, s.1098.

<sup>241</sup> Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.91-92.

Söz konusu kararın temyizi sonucu Danıştay, davacının sağ ayağında oluşan sakatlığın yapılan böbrek ameliyatından kaynaklanıp kaynaklanmadığının veya yapılan ameliyatın kusurlu olup olmadığına ilişkin bilirkişi incelemesi yapılmadan, *riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesine göre* davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararda hukuki isabet görmemiştir”<sup>242</sup>.

Yukarıdaki Danıştay Onuncu Dairesinin kararlarında açık olarak görüldüğü üzere, tıbbi kötü uygulamalarda ya da tıbbi müdahalelerden doğan zararlarının olayda idarenin hizmet kusuru ya da ağır hizmet kusuru olmadığı gerekçesi ile ödenmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu uygulamayı, adı geçen Danıştay kararları “zarar gören kişinin ‘hizmetten yararlanan’ durumunda olmasına” ve “tıbbi hizmetlerin riskli bir nitelik taşıması” gerekçelerine dayandırmaktadır.

Bu uygulamanın Fransız Danıştayının içtihatlarından etkilendiği göze çarpmaktadır: Önemli olan zarar görenin durumudur. Zarar gören, kamu hizmetinden yararlanan, onu kullanan kimse mi, yoksa üçüncü bir kimse midir? Zarar görenin üçüncü bir kimse, yani, hizmete yabancı olan bir kimse olması halinde, uğradığı zarar, kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin olunmalıdır. Bu içtihadın nedeni, kamu hizmetine yabancı olan kimselerin zararı, daha kolayca tazmin olunmalıdır<sup>243</sup>.

Cemal Öztürkler bu konuda şu görüşlere yer vermektedir: “Tıbbi hizmetlerinin bünyesinde ve niteliğinde risk taşıması niteliği ve gerçeği idarenin, bu tür zarar verici tıbbi mesleki zarar verici olaylarda tazminat ödemesini önleyici bir sebep olmaması gerekmektedir.

Kamu yönetiminin kurduğu ve işlettiği sağlık kurum ve kuruluşlarında, her türlü tıbbi bakım, tedavi ve işlemler idarenin birer ajanı konumunda olan tıp meslek adamları tarafından ifa edilmektedir. İdare söz konusu tıbbi hizmetlerin kurulmasını, işletilmesini ve gözetimini yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Ancak, idarenin görüşüne göre, tıbbi mesleğin niteliğinde taşıdığı teknik ve bilimsel uygulamaları ve tıp bilimine gelen yeni yöntem ve teknolojileri idarenin gözetlemesi ya da denetlemesi mümkün

<sup>242</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.10.2000 tarih ve E. 1999/3878, K. 2000/5131 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.376-377.

<sup>243</sup> Gürsoy, *op.cit.*, s. 76.



olmadığından, idarenin tıbbi faaliyetleri kusursuz sorumluluk dışında tutulmaya çalışılmaktadır. Bu görüşte haklılık payı bulunmakla birlikte, hastanın zararını sahipsiz bırakmak, özellikle hastanın güvenlik duygusuna dayalı olan hekim-hasta ilişkilerini tedavide ya da tıbbi cerrahi bir müdahalede veya çoğu kez olaylarda görüldüğü gibi anestezi cihazlarının ya da ışın tedavilerinin getirdiği zararların idare tarafından sahipsiz bırakılması hakkaniyet ve adalet duygularını tatmin etmemektedir”<sup>244</sup>.

Sait Güran’a göre de “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 ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır”<sup>245</sup>.

Bu konuda Haluk Tandoğan ise şu öneriyi getirmektedir: “Gerçek anlamda bir kusur olmayan “idari kusur” kavramından vazgeçmek ve bunun yerine idarenin kamu hizmetlerinin örgütlendirilmesinde ve yürütülmesindeki objektif özen eksikliği dolayısıyla kusursuz sorumluluğunu kabul etmek, kavram karışıklığını önlemek bakımından yerinde olacaktır. Böylece objektif özen eksikliği yüzünden kusursuz sorumluluğu kabul edilen idarenin bu sorumluluğuna çoğu zaman personelin görev kusurları yol açacaktır; ama bu özen eksikliğinin bazen belli personelin görev kusurlarından ileri geldiği kanıtlanamasa bile idare yine sorumlu olacaktır. İdari kusura dayanan sorumluluğun yerini “idarenin kusursuz sorumluluğu” alacak, ancak idari personel aleyhine kişisel sorumluluğu için adli yargı yerinde tazminat davası açmak gerekip gerekmediği saptanırken görev kusuru - kişisel kusur ayırımı önem taşıyacak, görev kusurundan ayrı bir hizmet kusuru veya idari kusur kavramına gerek kalmayacaktır; tabiiyle kamu hizmetinin örgütlenmesindeki ve yürütülmesindeki objektif özen eksikliği saptanırken, varsa personelin görev kusurları da göz önüne alınacaktır; bu görev kusurları aynı zamanda idarenin personele rücu etmesi bakımından hesaba katılacaktır”<sup>246</sup>.

<sup>244</sup> Öztürkler, *op.cit.*, s.304.

<sup>245</sup> Güran, “*Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu*”, *op.cit.*, s.86.

<sup>246</sup> Tandoğan, *op.cit.*, s.94-95.

### III. TIBBİ HİZMETLERDE İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

#### A. Bir Zararın Varlığı

Tıbbi hizmetten kaynaklanan ve idare edilenin uğramış olduğu zararın tazminini güvence altına alma işlevine sahip idarenin sorumluluğu rejiminde zarar ilk olarak bir kamu tüzel kişinin sorumluluğunun şartını oluşturur. İdarenin sorumluluğundan söz edilmesi için, gerçekleştirilen tıbbi müdahale veya diğer tıbbi hizmetler neticesinde bir zarar meydana gelmelidir. Zarar “bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen eksilme” olarak tanımlanmaktadır<sup>247</sup>. Bu özelliğiyle zararın varlığı, idarenin sorumlu tutulmasına yönelik açılacak bütün davalarda aranan zorunlu bir şarttır. Yani zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da yoktur.

Zararın iddia sahibince yani davacı tarafından ispatlanması gerekir<sup>248</sup>. Sorumlulukta mali tazminatta ödenecek miktarın uğranılan zararlarla orantılı olması gerekir. Tazmin sonunda zarara uğrayan ne fakirleşmiş ne de zenginleşmiş olmalıdır. Eğer zarar idarece bazı yasal düzenlemelerle dayanılarak karşılanmışsa idarenin tazminat borcundan söz edilemez. Ancak ödenilen tazminat uğranılan zararı karşılayacak seviyede değilse, aradaki farkın ödenmesi için dava açılabilir ve idarede bu tazminatı ödemeye mahkum edilir<sup>249</sup>.

#### 1. Zararın Varlığına İlişkin Şartlar ve Taşınması Gereken Özellikler<sup>250</sup>

a. Zarar “gerçek ve kesin” olmalıdır. Bu şartın yerine getirilmiş sayılması zararın doğmuş ve aktüel (güncel) olmasına bağlıdır. Ortada mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün bir zarar bulunmalıdır, “doğmuş zarar” bulunmalıdır; çünkü “ihtimale müstenit zararlar tazminat davasına konu olmaz”, “ihtimal, davacıya idarece tazminat ödenmesi için yeterli bir hukuki sebep teşkil edemez”<sup>251</sup>. Bunun bir nedeni de İdare

<sup>247</sup> Eren, *op.cit.*, s.691.

<sup>248</sup> “...Hizmetin sebep ve tesiriyle rahatsızlığını, hatta çalışmaz durumda ölümcül hasta olduğunu iddia eden tarafın bunu kanıtlaması gerekir. Aksi takdirde tüm iddiaları mesnetsiz ve soyut kalmaktadır. Bu itibarla davacının rahatsızlığı dolayısıyla zararı iddialarını herhangi bir belge ile kanıtlayamayan davacı vekilinin soyut iddialarına kurulumuzca itibar edilmemiş, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.”(Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 19.10.2000 tarih ve E.2000/16, K.2000/856 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, s.871).

<sup>249</sup> Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.150-151.

<sup>250</sup> Gözler, *op. cit.*, c.II, s.1176-1185 ; Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.151-156.

<sup>251</sup> Saif Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.155.

Hukukunda sorumluluk “müeyyidelendirici” değil, “tazmin edici” bir sorumluluktur. Yani idari sorumluluğun amacı, idareyi cezalandırmak değil, ortaya çıkan zararı gidermektir<sup>252</sup>. Sıddık Sami Onar’a göre de, tazmin borcunun doğması için sadece zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi yeterli değildir. Olası ve rastlantısal bir zarar tazmin borcu doğurmaz, zararın mevcut, malum ve belli olması, mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması lazımdır<sup>253</sup>.

Zararın kesin olması demek zararın illaki bilfiil gerçekleşmiş olması, “güncel” olması demek değildir. Gelecekte oluşacak zararın kesin olması hali, bu ilk şarta getirilen tek istisnadır. “Gelecekteki zararlar” da kesinlik şartını yerine getirebilir. Mühim olan şey, söz konusu zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkması vakıasıdır. Örneğin, devlet hastanesinin fiili sonucu bir çocuk sakat doğmuş ise, bu sakatlık henüz o çocuğa bir zarar vermese de, söz konusu sakatlık gelecekte büyüyen çocuğun mesleki kapasitesinde bir azalmaya yol açacağı biliniyorsa, kesinlik şartı gerçekleşmiş demektir<sup>254</sup>.

Aynı şekilde mahrum kalınan kar, eğer kesin bir nitelik arz ediyorsa tazmin edilmelidir.

Şu hale göre zararın mevcut addedilebilmesi için, vuku bulmuş veya vukusu kesin olmak ve para ile takdiri kabil olmakla beraber miktarı belli olmayan zararlar mevcut sayılır ve tazmin borcu doğurur: ancak olası ve rastlantısal zararlar tahakkuk etmedikçe tazmin borcu doğurmazlar<sup>255</sup>.

“Davacının rahatsızlığı nedeniyle başvurduğu ... Üniversitesi Tıp Fakültesi ve ... Hastanesi tarafından hastalığına yanlış teşhis konulduğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açtığı dava, davacının henüz gerçekleşmiş bir maddi zararının bulunmadığı, istemin gerçekleşmesi olası zarar niteliğinde olduğu<sup>256</sup> yine “... Hastanesinde sağ gözüne katarakt ameliyatı yapılması sonucu görme kabiliyetini kaybettiğinden bahisle açılan dava da davacının gözünde meydana gelen zararlar idarenin yürüttüğü sağlık hizmeti arasında illiyet bağı

<sup>252</sup> Gözler, *op. cit.*, c.II, s.1179.

<sup>253</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1716.

<sup>254</sup> Gözler, *op. cit.*, c.II, s.1180.

<sup>255</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1716.

<sup>256</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 15.1.2001 tarih ve E. 1998/2222, K.2001/37 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.320-321.

bulunmadığı, ayrıca talep edilen maddi tazminat miktarının gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi kesin bir zarar niteliğinde olmadığı, olasılığa dayandığı ve zararın kesin miktarının davacı tarafından belgelerle kanıtlanamadığı”<sup>257</sup> gerekçesiyle reddedilmiştir.

Muhtemel zararlar değil, ama “şans kaybı” eğer bu şans ciddi bir şans ise kesin bir zarar oluşturur ve idarenin sorumluluğuna yol açar. Örneğin Fransız Danıştay devlet hastanesinde teşhis hatası nedeniyle bir sakatlıktan kaçınma şansının kaybedilmesi durumunda da zararın kesinliği şartının gerçekleştiğine hükmetmiş ve idarenin sorumluluğuna karar vermiştir<sup>258</sup>.

b. Zararın direkt yani, tıbbi hizmet ile doğrudan doğruya ve kesin nitelikte bir ilişkisi olmalıdır.

c. Zarar özel niteliği haiz olmalıdır. Bu ise zarara belli bir veya birden fazla kişinin uğraması halini, yani bir topluluğun üyelerinin tamamına ortak nitelikteki zararı şeklinde yorumun kabul edilmeyeceği anlamına gelir.

İdare Hukuku yönünden, zarar özel bir nitelik taşımadıkça sorumluluktan söz etme olanağı yoktur. Herkesi içine alan, bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan ötürü idare tüzel kişiliği sorumlu tutulamaz. Bundan dolayı zararın mevcudiyetinin bir şartı da bunun belli bir kişiye veya sınırlı kişilere yüklenmesi, kamu külfeti teşkil etmeyerek özel bir zarar ve sorumluluk niteliği sunmasıdır<sup>259</sup>.

d. Zarar “hukuken korunan bir menfaate” yönelik olmalıdır. Tazminat hakkının doğumu için idarenin verdiği zararın, zarar gören kişinin “hukuken korunan menfaatine” ilişkin bir zarar olması yani tazminat isteyen kişi ile meşru bir ilişkisinin olması gerekmektedir.

e. Zarar “parayla ölçülebilir” nitelikte olmalıdır. Bunun temelinde “eşdeğeriyle tazmin ilkesi” yatar.

<sup>257</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 16.6.1997 tarih ve E. 1996/3003, K.1997/2398 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.348-349.

<sup>258</sup> Gözler, *op. cit.*, c.II, s.1182.

<sup>259</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1718.

## 2. Zararın Niteliği

Tıbbi hizmetlerden doğan zararlar maddi veya manevi nitelikte olabilir.

### a. Maddi Zararlar (Ekonomik Nitelikli Zararlar)

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığının uğradığı kayıptır. Örneğin hatalı yapılan bir ameliyatın hastayı ikinci bir ameliyat olmak zorunda bırakması ve bunun beraberinde getirdiği maddi kayıplar gibi. Tıbbi hizmetler sonucunda kişilerin fiziksel bütünlüklerine yönelik zararlar önemli bir yer tutmaktadır. Cismani zararlar olarak adlandırılabilir bu zararların birçok sonucu söz konusu edilebilir. Malvarlığının çoğalmasına engel olan “mahrum kalınan kar” da maddi zarardır ki buna örnek olarak hatalı bir müdahale ile parmağı kesilen piyanistin uğradığı zarar gösterilebilir<sup>260</sup>. Bu tür zararlar ve çeşitlerine üçüncü bölümde “Maddi Tazminat” başlığı altında ayrıntıları ile değinilecektir.

### b. Manevi Zarar

Manevi zararlar ise haysiyete, vücut bütünlüğüne ve yakınlarına yapılan saldırılar yüzünden duyulan bedeni ve ruhsal acı ve üzüntülerdir. Örneğin, Danıştaya göre manevi tazminata hükmedilmesi için “... kişinin fiziki yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi veya idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir”<sup>261</sup>.

Bu tür zarar içerisinde, şan, şeref ve kişilik haklarına verilen zararlar, estetik zararlar (Yüzde kalan bir iz, bir kolun diğerine göre kısalması gibi)<sup>262</sup>, fiziksel acılar, manevi acılar girer. Hemen belirtelim ki, manevi acılar “duygusal zarar” niteliğindedir. Manevi acılarda, bu acıyı çeken kişi, fiziki bir acı değil, ruhi bir acı çeker<sup>263</sup>. Bu tür zararlar ve çeşitlerine detayları ile üçüncü bölümde “Manevi Tazminat” başlığı altında değinilecektir.

<sup>260</sup> Murat B. Alkanat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sted Dergisi*, Cilt 11, Sayı 5, s.179. <http://www.tbb.org.tr/STED/sted0502/tbb.pdf>. 4.10.2003.

<sup>261</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 4.03.1998 tarih ve E. 1997/3453, K. 1998/1003 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.160, dipnot 33.

<sup>262</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1194.

<sup>263</sup> *Ibid.*, s.1196.

### **c. Zarar Verici Yaşam Sorunu**

Zarar verici yaşam sorunu özellikle ağır sakatlıkları olan çocukların doğumu ve doğum öncesi muayenelerde işlenen tıbbi hataları müteakiben dünyaya gelen çocuklar hususunda kendini göstermektedir. Fransa'da 4 Mart 2002 tarih ve 2002/303 sayılı Hasta Hakları ve Sağlık Sistemi Kalitesine İlişkin Yasa aşağıdaki ilkeyi öngörmüştür: "Hiç kimse sadece doğum sebebiyle uğranılan bir zarardan yararlanabilmeden mahrum bırakılamaz." Bu ilkeye göre tıbbi bir hataya bağlı olarak sakat doğan bir çocuğun, hatalı işlemin doğrudan sakatlığa sebebiyet vermesi durumunda uğramış olduğu zararın tazminini elde etme yasal hakkı vardır. Üstelik pratisyen hekimin ve kurumun nitelikli bir kusurun sonucu hamilelikte görülmeyen bir sakatlıkla doğan çocuğun ebeveynlerine karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu yasanın 1/3. maddesine göre ise "Ebeveynler sadece kendilerinin zararlarının tazminini talep hakları vardır." Dolayısıyla, bundan böyle bahse konu bir durumun varlığı halinde, nitelikli bir kusur gereklidir. Diğer yandan, ebeveynler çocuğun bütün yaşamı boyunca sakatlıktan kaynaklanan özel yükümlülüklerinin tazmini söz konusu değildir. Ancak değinilen bu formüllerin ciddi nitelikli sorunlar doğurabileceği belirtilmektedir<sup>264</sup>.

### **B. Zarara Yol açan Tıbbi Eylemin İdareye Yüklenebilir Nitelikte Bulunması**

İdarenin sorumlu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir idari davranış olmalıdır ve bu idari davranışın yani fiilin kusurlu olması gerekir. Zarar doğuran tutum ve davranış, idare adına veya idare tarafından yapılmış olmalıdır. Sorumluluğun şartı olan fiilin idareden çıkmış veya idareye isnat edilebilir bir fiil olması gerekir<sup>265</sup>. Bunun sonucu, doğrudan doğruya dış etkenlerden doğan zararlar idareye tazmin ettirilemez. Böyle olmakla birlikte, tıbbi hizmete gönüllü olarak da olsa katılanların verdikleri zararlar, idareye bağlanabilir. Tıbbi hizmet, imtiyaz yolu ile, özel hukuk kişilerince yürütülüyorsa, bunların verdikleri zararlar da idareye, kural olarak bağlanamaz. Fakat, imtiyaz sahibinin "aczi" halinde, idare sorumlu tutulabilir<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.163-164.

<sup>265</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1174; Esin, *op.cit.*, s.212.

<sup>266</sup> Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op.cit.*, s.325.



### C. Zarar ile Tıbbi Eylem Arasında İlliyet Bağı

İdarenin sunduğu tıbbi hizmet ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yani zararın o fiil sebebiyle meydana gelmiş olması, fiilin zararın illetini teşkil etmesi gerekir<sup>267</sup>. Bu bağın yokluğu idareyi sorumluluktan kurtarır. Burada illiyet bağından kastedilen ise bir zarar ile bu zararın sebebi olan olay arasındaki “neden-sonuç” ilişkisidir<sup>268</sup>.

Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı olup olmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilir. İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı saptanmalıdır<sup>269</sup>.

Zararla tıbbi eylem arasında nedensellik bağının olmaması, zararın o tıbbi eylemden doğmadığını gösterir. Nedensellik bağından söz edebilmek için zararlar tıbbi eylem arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin bulunması gerektir. Zarar, idarenin eylemi nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Ancak zararın doğumunda tıbbi eylemle birlikte başka etkenlerin de payı bulunması, nedensellik bağına büsbütün ortadan kaldırmaz. Bu durum, yerine göre ya sorumluluğun hafiflemesine ya da sorumlulukta idareye ortak bir sujenin belirmesine yol açar. Dolayısıyla nedensellik bağının kesilmiş sayılabilmesi için, zararın tümüyle tıbbi hizmete ve idare tüzel kişiliğine yabancı unsurlardan doğması gerektir<sup>270</sup>.

“Sol gözde tali glokom (göz tansiyonu) teşhisi ile müşahade altına alınan hasta, yatırıldığı hastanede yapılan siklodializ ameliyatı sırasında yanlış enjeksiyon yapılması sonucu gözünün alınmasına sebebiyet verildiğini ileri sürerek idarenin sorumlu tutulması amacıyla açtığı davada, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda teşhis edilen hastalığa göre yapılan ameliyatın bütün dünyada uygulanan bir ameliyat şekli olduğu, iddia edildiği gibi yanlış bir enjeksiyonun yapılmadığı veya yapılmış olsa dahi bunun göze hiçbir tesiri bulunmadığı ayrıca glokomun dünyada en çok körlük yapan üç hastalıklardan biri olduğu belirtildiğinden Danıştay, uygulanan ameliyat ve yapılan

<sup>267</sup> Armağan, *op. cit.*, s. 196.

<sup>268</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1213.

<sup>269</sup> Günday, *op. cit.*, s. 348.

<sup>270</sup> Esin, *op.cit.*, s.245-246.

enjeksiyonla gözün alınması arasında bir bağlantı kurmaya olanak bulunmadığını belirterek, olayda idarenin hizmet kusurunun olmadığına karar vermiştir<sup>271</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de “... tıbbi bilirkişi heyetinin düzenlediği raporda, davacıların desteğinin ölümünün bünyesel kaynaklı akciğer tüberkülozu rahatsızlığına bağlı olduğu belirtildiğinden<sup>272</sup>, davacının Askeri Hastanede hatalı ameliyat edildiği ve tıbbi tedavi ile müdahalenin eksik ve yetersiz olması nedeniyle sakat kaldığı iddiası, tıbbi bilirkişi raporu ile teyit edilmediğinden ve ortada doğal bir lomber disk cerrahisi ameliyatının komplikasyonu bulunduğu anlaşıldığından<sup>273</sup>, sağlık nedeniyle askeri öğrencilikten çıkarılan davacıda mevcut epilepsi rahatsızlığının bünyesel olduğunun bilirkişi raporu ile ortaya konması dolayısıyla<sup>274</sup>; zararla eylem arasındaki illiyet bağının yokluğu karşısında açılan tam yargı davalarını hukuki haklılık bulunmadığından reddetmiştir.

#### **IV. TIBBİ HİZMETLERDE İDARENİN SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER**

##### **A. Tazmini Gereken Zarar Bulunmaması**

Tazmin sorumluluğunun ilk şartı, ortada maddi ya da manevi bir zararın bulunmasıdır. Tazmini gereken bir zarar yoksa, sorumluluk iddiasının reddedilmesi gerekir. Tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için hangi şartların aranılacağına yukarıda değinilmişti. Dolayısıyla bu şartları taşıyan bir zararın bulunmaması idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırır.

##### **B. Zararın, Zarar Gören Kişinin (Hastanın) Kendi Eyleminden Doğması**

Zarar, zarar görenin kusuru ile meydana gelmişse idarenin sorumluluğu ortadan kalkar. Zira zarar görenin kusuru, idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağı

<sup>271</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 26.1.1967 tarih ve E. 1965/3277, K. 1967/77 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s. 248-249.

<sup>272</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 12.5.1999 tarih ve E.1998/19, K.1999/333 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 14., s.871. Bu karar için bakınız. Gündüz, *op.cit.*, s.189.

<sup>273</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 12.3.2003 tarih ve E.2001/165, K.2003/205 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 18, Kitap 2, s.796-799.

<sup>274</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 29.1.2003 tarih ve E.2002/509, K.2003/100 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 18, Kitap 2, s.861-863.

kesmiş olur. Buna karşılık, zarar, zarar görenin kusurlu davranışı sonucu artmış ise, idare kısmen sorumlu olur. İdarenin sorumluluğundaki azalma, zarar görenin kusuru oranındadır<sup>275</sup>.

Burada kusur, zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özeni veya çabayı göstermemesi veya tamamen aksi yönde hareket etmesidir. Öyleyse kendi yararları açısından tedbirsiz kişinin, bu zararın bir kısmını ya da tümünü çekmesi adalete uymaktadır<sup>276</sup>. Örneğin “davacının askerlik hizmetini yapan oğlunun fitişinin çıkması sebebiyle acilen ambulansla Askeri Hastaneye nakledilmesi üzerine hastanede gerekli müdahalenin yapıldığı, teşhis konduğu ve geceyi kontrol altında geçirdiği, kendisine su içmemesi bildirilmesine ve yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizli surette 3 sürahiye yakın su içmesi ve kendi kusurlu hareketi yüzünden kurtarılamayarak vefat etmesi nedeniyle idareye atfı mümkün ve idarenin tazminat ödemesini gerekli kılan bir hizmet kusuru ve diğer hukuki bir neden bulunmadığı anlaşıldığından, Danıştayca maddi ve manevi tazminat davasının reddine karar verilmiştir”<sup>277</sup>.

### **C. Zararın Üçüncü Kişilerin Eyleminden Doğması**

Zarar, idare ile hiçbir hukuki ilişkisi, bağlantısı bulunmayan bir kişi yani konumuz yönünden üçüncü bir kişinin kusuru ile meydana gelmiş ise, idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz<sup>278</sup>. Örneğin, hekimin reçetesine yazdığı ilaçtan farklı etkide bir ilacın eczacı tarafından hastaya verilmesi.

Üçüncü kişinin kusuru zararın artmasına yol açmış ise, idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalır<sup>279</sup>.

### **D. Zararın Beklenmeyen (Umulmayan) Hallerden İleri Gelmesi**

Beklenmeyen hal, “önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, idarenin faaliyetleri içinde bulunan olaylardır”<sup>280</sup>. Bu kavramla, “zarara sebep olan tesadüfi olaylar” anlatılmak istenir<sup>281</sup>. Beklenmeyen durumu açıklayan en iyi örnek,

<sup>275</sup> Günay, *op. cit.*, s. 349; Esin, *op.cit.*, s.220.

<sup>276</sup> Düren, *op.cit.*, s.333.

<sup>277</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 22.12.1969 tarih ve E. 1968/626, K. 1969/2312 sayılı karar, Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s. 524-525.

<sup>278</sup> Esin, *op.cit.*, s.233.

<sup>279</sup> Günay, *op. cit.*, s. 349.

<sup>280</sup> Gözler, *op. cit.*, c.II, s.1228.

<sup>281</sup> Hüseyin Çelikkol, “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 4, Sayı 3, 1985, s.18.

kişinin kusuru olmadan meydana gelen teknik arızalardır<sup>282</sup>. Örneğin, ambulansın lastiğinin patlaması sonucu oluşan kazada hastanın ölmesi halinde veya hastanenin elektrik kontağından çıkan yangın sonucunda bazı hastaların yaralanması olayında idarenin kusurlu sorumluluğu ortadan kalkar, fakat koşulları varsa bu idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemez.

### **E. Zararın Mücbir Sebeplerden (Zorlayıcı Nedenlerden) İleri Gelmesi**

Mücbir sebep, “yer sarsıntısı, fezeyan, ihtilal gibi, önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylar”dır. Bu tanımın başlıca unsurları; kusursuzluk, sezilemezlik, karşı konulmazlık ve gerçeklik şeklinde ifade edilmektedir<sup>283</sup>. Mücbir sebep, idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırır. Bunun nedeni gayet basittir: Mücbir sebep idarenin dışındaki bir sebeptir. Kökeni doğal, toplumsal ya da hukuki olan bütün bu olayların idare tüzel kişiliğinin ve hizmetin dışında olduğu ortadadır. Örneğin, hastanın hastanede yapılan tedavisi sırasında oluşan deprem sonucu ölmesi gibi.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, mücbir sebep nispi bir kavramdır. Bir olay meydana geldiği yerin, koşulların ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep niteliğini alabilir veya almayabilir. Örneğin bir deprem bölgesinde, deprem olayı çok kez mücbir sebep sayılmayacaktır<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op.cit.*, s. 327.

<sup>283</sup> Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 47.

<sup>284</sup> Düren, *op.cit.*, s.332.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İDARİ SORUMLULUĞUN YAPTIRIMI : TIBBİ HİZMETLERDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

Tıbbi hizmetlerden kaynaklanan tam yargı davaları; tıbbi hizmetlerden ötürü hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Tam yargı davası, esas itibariyle bir tazminat davasıdır. Tam yargı davalarında bir hakkın tamiri esastır. Diğer bir deyimle tam yargı davasının konusunu ihlal edilmiş bir hak ve bu hakkın yerine getirilmesi teşkil eder<sup>285</sup>.

İdari dava türlerinden birisi olan tam yargı davaları ilgililerin subjektif durumlarını etkileyen zararları telafi ve tatmin etmeyi amaçlayan davalardır. Kısacası bu tür davalar idarenin mali sorumluluğuna dayanan davalardır<sup>286</sup>. Tıbbi hizmetlerde hukuki sorumluluğun yaptırımı olan tam yargı davasının amacı, tıbbi faaliyetler yüzünden bozulmuş olan mali dengenin düzeltilmesidir.

#### I. TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI

Esas itibariyle tazmin, herhangi bir işlem ve eylemden meydana gelen zararlı bir sonucun bu eyleme maruz kalarak zarara uğrayan ve bu suretle fiilen malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse yerine bu zararlı sonucun hukuken failinin malvarlığına yükletilmesi demektir<sup>287</sup>.

Tazmin borcu, ilgililerin hukukça korunan maddi ve manevi değerlerinde zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan durumla önceki durum arasında görülen farka karşılık gelir<sup>288</sup>. Tazmin borcu deyimi, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk süjesine yargı organınca yüklenen ödevi anlatır. Bir başka deyişle tazmin borcu, hukuki sorumluluğun doğal sonucu, onun yaptırım gücüdür<sup>289</sup>. Uğranılan zararın karşılanması, verilen zararın niteliğine göre, bazen eski durumun geri getirilmesi, bir şeyin aynen ifası ya da bir miktar paranın ödenmesi biçiminde olabilirken idare hukuku alanında verilen zarar

<sup>285</sup> Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku*, Ankara, Işın Yayıncılık, Dördüncü Baskı, 1984, s.430-431.

<sup>286</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.230.

<sup>287</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1714.

<sup>288</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.254.

<sup>289</sup> Esin, *op.cit.*, s.441.

genel olarak para ile karşılanır. Danıştayımız, Fransız Danıştay gibi, paranın dışında diğer tazmin yollarına, kural olarak gitmemektedir<sup>290</sup>.

Zararı karşılama sorumluluğunun olabilmesi için ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekir. Zararın söz konusu olmadığı yerde hukuki sorumluluk da yoktur. İdarenin tutum ve davranışı bir etkinlik biçiminde kendini gösterebileceği gibi, hareketsiz kalma biçiminde de kendisini gösterebilir. Kusura dayanan sorumlulukta, davranışın hukuka aykırı olması gerekir.

Tazmin borcunun kapsamına maddi ve manevi zararlar girmektedir.

## A. MADDİ TAZMİNAT

### 1. Maddi Tazminatın Kapsamı ve Niteliği

Maddi tazminat, idarenin belli bir eylem ve işleminden dolayı kişilerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi önlemeye yöneliktir.

Tıbbi faaliyetler alanında maddi zarar, “yükümlülükler uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile, yürütülen tedavinin gerçek sonucu arasındaki farkta ve şüphesiz bu farkın zarar gören kişinin mal varlığına yansımaları şeklinde kendini gösterir”<sup>291</sup>. Bir başka ifadeyle, tıbbi hizmetlerde maddi zarar iki türde gerçekleşebilir. Bunlar, tıbbi hizmet nedeniyle malvarlığının aktifinde meydana gelen eksilme veya pasifinde meydana gelen çoğalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan kardan yoksun kalmadır<sup>292</sup>. Burada zarar görenin mal varlığı, tıbbi personelin kusurlu eylem ve işlemi ile gelirinde, kazancında, beden gücünde meydana gelen azalmalar ya da giderlerindeki artışlar olarak özetlenebilir.

İdare hukuku yönünden maddi tazmin borcunun hangi zarar unsurlarını kapsayacağı ve bunun para olarak karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda kanunlarımızda bir hüküm yoktur. Uygulamada Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden yararlanıldığı görülmektedir<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, op. cit.*, s. 327.

<sup>291</sup> Öztürkler, *op.cit.*, s.102.

<sup>292</sup> Onar, *op. cit.*, c.III, s. 1754.

<sup>293</sup> Esin, *op.cit.*, s.441.



## 2. Maddi Tazminat Türleri

### a. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat

Bir insanın ölmesi yakınları için sadece bir elem ve ızdırıp meselesi olmaz, çoğu zaman çeşitli maddi zararların meydana gelmesine sebep olur.

Borçlar Kanununun 45. maddesinden hareketle, ölüm nedeniyle maddi tazminat; ölüm hemen vuku bulmamış ise “ölümden önceki tedavi giderleri” ile “cenaze ve defin giderlerini” ve “ölenin yardımından (desteğinden) yoksunluk” unsurlarını içerir<sup>294</sup>.

Borçlar Kanununun 45. maddesinin kapsamı dışındaki, özellikle ölen çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi için yapılmış giderler, ölüm yüzünden ümit edilen bir mirasın alınamaması ya da bir taşınmazın düşük fiyatla satılması nedeniyle sinir krizlerinden ötürü yapılan iyileştirme giderleri, bu madde hükmü gereğince tazminata konu olmayacağı belirtilmektedir<sup>295</sup>. Danıştay Onuncu Dairesinin 13.2.2001 tarih ve E.7/5075, K2001/476 sayılı kararına göre de, çocuğun bakım giderleri tazminata konu yapılamaz<sup>296</sup>.

#### (1) Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekir. Gerçekten, durumu ne denli umutsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez. Bu giderler kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır<sup>297</sup>. Bu takdirde ödenecek tazminat, her şeyden önce ölümün gerçekleştiği ana kadar yapılan tedavi giderleri ile ölüncüye kadar çalışmamaktan doğan gelir kayıplarını kapsar. İyileştirme için yapılan doktor, hastahane, ilaç, bakım gibi bütün giderler “cismani zarara” uğrayan ya da mirasçıları

<sup>294</sup> Esin, *op.cit.*, s.442.

<sup>295</sup> Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat*, İstanbul, Beta Basım, Altıncı Baskı, 2001, s.278.

<sup>296</sup> “Tedavi amacıyla Doktor ... Çocuk Hastanesine götürülen davacıların çocuğunun ihmal neticesi ölümüne sebebiyet verildiği ileri sürülerek ... manevi, çocuğun yetiştirilmesi için harcadığı belirtilen ... maddi ve destekten yoksun kalma tazminatının yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada; Danıştay, 743 sayılı Medeni Kanununun 261. maddesinde; “Çocuğun iâşe ve terbiyesine muktazi masraflar, kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre, ana babaya terettüp eder...” hükmü gereğince, çocuğun yetiştirilmesi için yapılan masraflardan dolayı anne-babanın tazminat hakkına sahip olmasına olanak bulunmamaktadır” şeklinde karar vermiştir. Danıştay Onuncu Dairesi, 13.2.2001 tarih ve E.7/5075, K.2001/476 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.218-219.

<sup>297</sup> Esin, *op.cit.*, s.442.

tarafından yapılmış ise, mirasçılar idareye karşı ödetme istemini ileri sürebilirler<sup>298</sup>. Örneğin, Danıştay davacıların çocuğunun yapılan bademcik ameliyatı sırasında yanlış serum verilmesi sonucu ölümü nedeniyle açılan davada, ameliyat ve hasta girişi için ödenen 5.360.000 lira maddi kaybın davalı idarece davacılara ödenmesine karar vermiştir<sup>299</sup>.

## (2) Cenaze ve Defin Giderleri

Cenaze ve defin giderleri, ölümle doğrudan doğruya ilgisi bulunan ve ölenin dini ile sosyal ve ekonomik durumuna uygun giderleri kapsar. Bunlar, ölenin taşınması, yıkılması, gömülmesi, mezarlık ücreti, mezartaşı, ilan giderleri, sadakalar ve din adamlarına verilen paralar ile otopsi için yapılan giderlerdir. Bu giderler, gerçekten yapılmalı ve yerel göreneklere (mahalli adetlere) uygun düşmelidir<sup>300</sup>. Bilindiği üzere, cenaze ve defin giderlerinin terekeden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir<sup>301</sup>.

Doğum için başvurulmuş hastanede doktor bulunmaması, acil durumdaki hastanın doğum olur zannıyla uzun süre bekletilmesi ve buradan sevk edildiği ambulansın yolda arızalanması, ayrıca hastaya zamanında serum verilmemesi nedeniyle ölümün gerçekleşmesi olayında davacıya yapmış olduğu hastane nakil ve defin masraflarına karşılık maddi tazminat verilmesine Danıştay tarafından karar verilmiştir<sup>302</sup>.

## (3) Ölenin Yardımından (Destekten) Yoksunluk

Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı, maddi desteği durumunda idiyse, ölüm nedeniyle bu kimseler ayrıca bir zarara uğramış olurlar. Onun gibi, ölenin ileride maddi yönden yardım edeceği, bakıp gözüteceği kimseler de ölüm yüzünden aynı şekilde zarar görmüş sayılır<sup>303</sup>.

<sup>298</sup> Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (İki Cilt Birarada)*, Ankara, Sevinç Matbaası, Birinci Baskı, 1981, s.861.

<sup>299</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13.11.1996 tarih ve E. 1996/1091, K.1996/7530 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *op.cit.*, s.358-359.

<sup>300</sup> Karahasan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op. cit.*, s.279.

<sup>301</sup> Esin, *op.cit.*, s.442.

<sup>302</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 18.11.1968 tarih ve E. 1967/2767, K. 1968/2118 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Esin, *op.cit.*, s. 80-81.

<sup>303</sup> Esin, *op.cit.*, s.442-443.

Ölüm nedeni ile Borçlar Kanununun 45. maddesine dayanan destekten yoksun kalma tazminatı; yoksun kalanlarla ölenin yaşayabilecekleri muhtemel süre içinde, ölenin çalışıp kazanabileceği süredeki kazancı tutarından davacılara ayırıp ileride yapabileceği yardımın tutarının peşin ve toptan ödetilmesinden ibarettir<sup>304</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre, destekten yoksun kalma tazminatının amacı, “desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesidir”<sup>305</sup>. Aynı şekilde Danıştaya göre de, “destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.”<sup>306</sup>

Destekten yoksun kalma tazminatı, üçüncü kişilere tanınmış bir haktır. Bu hak, ölenden geçen bir hak olmayıp, doğrudan doğruya desteğini yitirenlerin kişiliklerinde doğar<sup>307</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır. Tazminat talebinin bu niteliğinden şu sonuç çıkmaktadır: Zarar verenin borcu bir nafaka borcu olmayıp, sadece bir tazminat borcudur ve de tazminat talebi üçüncü kişilere devredilebilir, rehnedilebilir, mirasçılara geçebilir<sup>308</sup>.

Görülüyor ki, Borçlar Kanununun 45. maddesinde geçen destek kavramı, hukuksal bir ilişkiyi değil, fiili bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de kanunun nafakaya ilişkin hükümlerine dayanamaz. Bu terim ile, “bir başkasının veya başkalarının geçimini kısmen veya tamamen karşılayan veya ileride ona bakması kuvvetle muhtemel olan kişi ifade edilmektedir”<sup>309</sup>. O halde, destek sayılabilmek için bakımın fiili olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir.

<sup>304</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 30.5.1965 tarih ve E.7/11420, K.1965/488 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Karahaslan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.281.

<sup>305</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 28.12.1988 tarih ve E.1988/290, K.1988/290 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Özgüldür, *op.cit.*, s.339.

<sup>306</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 17.1.2001 tarih ve E.7/1504, K.2001/78 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.226.

<sup>307</sup> Karahaslan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.282.

<sup>308</sup> Eren, *op.cit.*, s.720-721.

<sup>309</sup> Sema Güleç (Uçakhan), *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Dördüncü Baskı, 2002, s.407.

## (a) Destek Türleri

Destek tanımından anlaşılacağı gibi iki tür destek söz konusudur:

### i) Fiili (Gerçek) Destek

Ölümü anında diğer kimselerin bakımını (kısmen veya tamamen) fiilen üzerine almış olan ve ileride de bu durumu devam ettirecek olan desteğe fiili destek denir<sup>310</sup>. Bakma, fiili ve düzenli olarak kendisine bakılan kimsenin geçimini kısmen ya da tamamen sağlama, onu zaruretten koruma amacına yönelir. Böyle olunca da, devamlı olarak bakma amacını taşımayan, değişik nedenlerle yapılan bağışlar, geçici yardımlar, verilen hediyeler destek sayılmayı gerektirmez<sup>311</sup>.

Aşağıdaki kişiler gerçek destek kavramına girerler:

### Baba ve Ananın Çocuklara Destek Olması

Baba ve ananın çocuklara karşı bakma ödevi, yasa hükmüne dayanır. Medeni Kanunun 152. maddesine göre, erkek aile birliğinin başkanıdır, çocuklara uygun biçimde bakma ödevi altındadır. Böyle olunca baba, çocuklar için bir destektir. Ananın da, kendi malvarlığı, çalışıp sağladığı gelirler ile ailenin geçimine yardım etmesinin yanında çoğu kez gördüğü hizmetler de önemli bir yer tutar. Ölen annelerinin yardımlarından, hizmetlerinden yoksun kalan çocuklar da tazminat isteyebilirler<sup>312</sup>.

### Eşlerin Birbirlerine Destek Olmaları

Medeni Kanunun 152. maddesi uyarınca, koca, karısını uygun biçimde geçindirmek, ona bakmak ödevi altındadır. Koca, kadın için bir destektir. Kural olarak kocanın bakma yükümü boşanma ile ortadan kalkar. Bununla beraber, Medeni Kanunun 144. maddesi gereğince hakim boşanma sonunda yoksulluğa düşecek olan eş lehine yoksulluk nafakası hükmetmiş ise yardımın devam edeceği süre içinde boşanmaya rağmen koca destek olmaya devam eder<sup>313</sup>. Kadın açısından da durum koca gibidir. Ya ailenin geçimine yaptığı yardımlar veya hizmetler ile yahut her ikisiyle birlikte destektir.

<sup>310</sup> Güleç (Uçakhan), *op.cit.*, s.411.

<sup>311</sup> Karahasan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.287-288.

<sup>312</sup> *Ibid.*, s.288-289.

<sup>313</sup> Metin Gürbüz, *Beden Tamliğinin İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2001, s.54.

### **Çocukların Ana Babaya Destek Olmaları**

Çocukların ana babalarına destek olmaları, başka bir deyişle ileri yaşta ve mali durumu yerinde olsa dahi bakma yükümü ancak zaruret şartına bağlı olarak mevcuttur. Yani ancak zaruret içerisinde olan ana babalarına bakmakla yükümlüdürler<sup>314</sup>.

### **Kardeşlerin Birbirlerine Destek Olmaları**

Kardeşlerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için ölen kişinin “hali refah” içinde bulunması ve ölmeden önce kardeşine düzenli ve devamlı bir şekilde yardım ettiğinin kanıtlanması gerekmektedir<sup>315</sup>.

### **Evlilik Dışı İlişki Yaşayanların Birbirlerine Destek Olmaları**

Yargısal içtihatlarda özellikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında ölen kişinin (desteğın) sağlığında kendisine destek verdiği imam nikahlı eş gibi değişik kişilerin de destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği kabul edilmektedir.

### **ii) Varsayımlı (Farazi) Destek**

Ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi destek denir. Bir başka ifade ile ölümü anında ve daha önce diğer kimselerin kısmen veya tamamen bakımını karşılamadığı halde, ileride üzerine almasına kesin gözüyle bakılan kimsedir<sup>316</sup>.

Farazi destek arasında ilk yeri küçük çocuklar alır. Örneğın, Danıştay Onuncu Dairesinin 17.1.2001 tarih ve E.2/1504, K.2001/78 sayılı kararında belirtildiği gibi, “Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğının ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşına kadar anne-babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları, çalışma ve eğitim öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı

<sup>314</sup> Güleç (Uçakhan), *op.cit.*, s.418.

<sup>315</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1202.

<sup>316</sup> Gürbüz, *op.cit.*, s.51-52.

muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir”<sup>317</sup>.

Damadın da, kayınbaba ve anne için farazi destek olma ihtimali her zaman vardır. Nişanlılar da farazi destek sayılabilir<sup>318</sup>.

### **(b) Destekten Yoksunluk Şartları**

Ölüm ile desteğini yitiren kimsenin tazminat isteyebilmesi için; desteğin bakım gücüne sahip ve kendisinin de bakım ihtiyacı içinde bulunması, fiili ve düzenli olarak yardımın yapılması ya da ölüm meydana gelmemiş olsaydı, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelecekte bakma ilişkisinin kurulabilmesinin beklenir (umulur) bulunması gerekir<sup>319</sup>.

#### **i) Bakım Gücü**

Destekten yoksun kalma tazminatında, fiili ve düzenli olarak yardım etme önem taşır. Desteğin yardımı ise bakma olarak belirir, bu nedenle bakım gücünün ne mahiyette olması gerektiğini belirtmeden önce bakma nedir, bu konu üzerinde durmanın yararlı olacağı kanısındayız. Bakmanın belli bir ölçüsü veya şekli söz konusu değildir. Kısmen veya tamamen bir kimsenin gereksinmesini karşılamak şeklinde olabileceği gibi, para, erzak veya elbise, öğrenim olanağı sağlamak, iş temin etmek, işyerinin kira bedellerini karşılamak, sürekli olarak hizmetinde bulunmak vb. şekillerde olabilir. Ancak bakma, ihtiyaç içinde bulunan bir kimsenin bu ihtiyacını fiilen ve düzenli olarak karşılama amacına dayanmalı ve devamlılık arz etmelidir. Ölüm anında süregelen bir yardımın ileride de devam edeceği hususunun kuvvetli bir olasılık içinde bulunması gerekir<sup>320</sup>.

Bakım gücüne gelince; bakan kişinin yani desteğin, bu yardımı sağlayabilecek maddi ve fiziki olanaklara ve kaynaklara sahip olması anlamını taşır. Burada önemli olan bu bakım gücünün gayri meşru kaynaklara dayanmamış olmasıdır<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 17.1.2001 tarih ve E.7/1504, K.2001/78 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.227.

<sup>318</sup> Eren, *op.cit.*, s.724.

<sup>319</sup> Karahasan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.298.

<sup>320</sup> Güleç (Uçakhan), *op.cit.*, s.412.

<sup>321</sup> *Ibid.*, s.413.



## ii) Bakım İhtiyacı

Destekten yoksun kalmış sayılabilmek için o kişinin desteğin bakma niteliğindeki yardımına muhtaç olması gerekir. Bu husus destekten yoksun kalma tazminatının ikinci manevi unsurunu teşkil eder. Nasıl bakmanın amacı yardım ise, bir diğer amaç da yardıma muhtaç olmaktır<sup>322</sup>. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer, ölenin fiili olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunmak koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, davacının ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir<sup>323</sup>. Hiç kimsenin maddi yardımına ihtiyacı olmayan bir kimseye yapılan yardımlar ne kadar sürekli, düzenli ve de karşılıksız olursa olsun bu, yardıma bakmak niteliğini vermez.

## (c) Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi

Destekten yoksunluk zararının belli edilmesi, ölenin gelir ve kaynaklarının, kazançlarının, bakılana sağladığı ya da sağlayacağı yardımların, bakım gücü ve bakım ihtiyacının devam süresinin, zarar tutarından yapılması gereken indirimlerin ne olduğunun saptanmasını zorunlu kılar.

## i) Desteğin Geliri ve Gelirin Paylaştırılması

Zarar tutarının belirlenmesinde desteğin gelirini saptamak gerçekten önemli bir yer tutar. Ölenin, yardımının devam etmesi varsayılan sürede ekonomik kaynakları ve bunlardan sağlanan gelirler, kazançlardan süreklilik arz edenler göz önünde tutulur.

Destekten yoksun kalma zararının hesaplanması, niteliği itibariyle ölen kişinin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin aktüelleştirilmesi esasına dayandığından, kişinin geçimini sağlayabilmesi için gerekli gelirin asgari haddi olan brüt asgari ücretin baz olarak alınması hak ve nesafet gereğidir<sup>324</sup>. Ancak ölenin çalıştığı iş belirli iken soyut asgari ücret ile gelir belirlenemez.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> Karahaslan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.300.

<sup>324</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 23.10.1996 tarih ve E.7/5056, K.1996/6395 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.238.

Yardım tutarının belli edilebilmesi için de, saptanmış (tespit edilmiş) olan gelirin netleştirilmesi gerekir. Böyle bir gelirin zorunlu kıldığı giderler, harcamalar, desteğin ödemekle yükümlü olduğu her çeşit vergiler, resim ve harçlar, ödediği ya da ödemesi gereken nafaka ve yardımlar net olmayan gelirden düşülür. Gelir netleştirildikten sonra desteğin yapacağı yardımın ne olması gerektiği yeter kanıtlarla ortaya konmalıdır<sup>325</sup>.

Çoğu kez, ölüm meydana gelince birden çok kişilerin destekten yoksun kaldıkları gözlenir; bu durumda yardım tutarı ya da oranı, yaşam görgülerinin öğrettikleri ile belirlenmeye çalışılır, kesin bir tarifenin varlığından söz edilemez. Desteğini yitiren kimse, kendisine ne yardım yapılması gerekiyorsa, yalnızca o tutarı isteyebilir<sup>326</sup>. Hemen şunu da belirtelim ki, destekten yoksun kalma tazminatının karşıladığı zarar, desteğini yitirene yardım tutarının toplamı olup miras payı ile bir ilgisi yoktur.

## ii) Bakımın (Yardımanın) Devam Süresi

Destekten yoksunluk zararının hesabında bakım gücü ile bakım ihtiyacının beklenir devam süresinin ne olması gerekeceği sorusuna bir cevap bulma zorunluluğu vardır.

Bakım gücünün devam süresi konusunda, insan ömür uzunluğu ile çalışma çağının birbirinden ayrı olması önem kazanır. Bu tazminatta, ömür değil, ölenin çalışma gücü, yani faal çalışma gücü süresi esas alınmaktadır. Destekten yoksunluk zararının belirlenmesinde, insan ömrü ve yaşama tablolarından yararlanmak zorunlu bir ihtiyaçtır. Oysa, ülkemizde 506 sayılı yasanın dışında çok geniş bir alana ilişkin olarak yapılmış bir yaşama tablosu yoktur. Yalnızca 506 sayılı yasa ile P.M.F. işaretli Fransız kaynaklı yaşama tablosu benimsenmiştir. Genellikle yargısal inançlar, ülkemizde insanın ortalama ömrünün 65 yıl olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Üstelik çoğunlukla çalışma çağı ile normal yaşama süresi ayırımı da yapılmış değildir. Oysa ki, bakım gücünün ekonomik uğraşların devamı ile sınırlı olması gerekir. Yaşam görgüleri, çalışma çağının normal yaşam süresinden önce sona erdiğini ortaya koymaktadır<sup>327</sup>.

Bakım ihtiyacının devam süresi ise, her olayın özellikleri ile durum ve koşullar göz önüne alınarak değerlendirilir. Örneğin, desteğini yitiren dul ya da nişanlı kadın,

<sup>325</sup> Karahasan, *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.305-307.

<sup>326</sup> *Ibid.*, s.308.

<sup>327</sup> Örneğin Yargıtay, iş kazaları ile ilgili verdiği kararlarda, ülkemizdeki koşullara göre bir insanın iş görübilirlik çağının 60 yaş olduğunu belirtmiştir. *Ibid.*, s.311-312.

sonradan evlenmekle ya da iş tutup desteğinin sağladığı yardım tutarını elde etmiş olursa bakım ihtiyacından kurtulmuş olur. Ancak, ikinci evlilik kadına, ölen kocasının zamanındaki ekonomik durumu sağlamalıdır, eğer arada hissedilir ölçüde fark olursa bu tazminat olarak saptanır. Kadının evlenme şansı olup olmaması, aile bağlarına ve sosyal ve ekonomik durumuna, çocuk sayısına, sağlığına ve fiziksel yapısına, yaşına, çekiciliğine, yaşadığı ortama bakılarak belirlenir ve bir oranda zarar tutarından indirim nedeni yapılabilir. Desteğini yitiren küçük çocuklar için bakım ihtiyacının devam süresi ise, kendi yaşama olanaklarını elde edebilecekleri çağ ile sınırlıdır<sup>328</sup>.

### iii) Nafaka ile Yükümlü Başka Kimselerin Varlığı

Desteğini yitirene öleden başka kimselerin de bakmakla yükümlü olmaları ya da ölene değin nafaka yükümünün, ölümle birlikte mirasçılara geçmesi durumunda, destekten yoksunluk zararından söz edilip edilmeyeceği düşünölmeye değer bir sorundur. Denilebilir ki, desteğini yitiren, bu yüzden kendisine karşı bazı nafaka yükümü doğsa bile, bunu bir yana bırakıp, doğrudan doğruya haksız eylemi işleyenden yoksunluk giderimi isteyebilir<sup>329</sup>.

### b. Bedensel (Cismani) Zarar Nedeniyle Maddi Tazminat

Beden tamlığı, kişinin tüm yaşam koşullarına uyabilecek şekilde tam ve normal bir insan yapısına sahip olması mana ve içeriğini taşır. Bu yapıda meydana gelen bir noksanlık, beden tamlığının zedelenmesi yahut ortadan kalkması sonucunu doğurur<sup>330</sup>. Zarar görenin beden ve ruh bütünlüğünün maddi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, vücut bütünlüğünün ihlali denir. İşte maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de kişinin beden tamlığının (vücut bütünlüğünün) bozulmasıdır.

Beden tamlığı yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavram değildir. Ruhsal yapı ve fiziksel görünüş de buraya girer. Dolayısıyla beden tamlığının bozulması denilince; bir organın kırılması, kopması, yaralanması veya herhangi bir şekilde yararsız kalması kadar, korku nedeniyle erken veya eksik doğum, korkuya bağlı kalp hastalığı, sinir bozukluğu, çirkinleşme gibi bozuklukları da anlamak gerekir<sup>331</sup>.

<sup>328</sup> *Ibid.*, s.315-321.

<sup>329</sup> *Ibid.*, s.324.

<sup>330</sup> Güleç (Uçakhan), *op.cit.*, s.225.

<sup>331</sup> Esin, *op.cit.*, s.447.

Borçlar Kanununun 46. maddesinden hareketle, bedensel zarar nedeniyle maddi tazminat; “tedavi giderleri”, “çalışma gücünün azalması veya yok olması” ve “ekonomik geleceğin sarsılması” sebebiyle uğranılan zarar unsurlarını kapsar.

### (1) Tedavi Giderleri

Bedensel zarara uğrayan kimsenin sağlığına kavuşması ve bütünüyle iyileşip yeniden çalışabilecek güce erişmesi için yapılan her türlü harcamalardır<sup>332</sup>. Bu tanım içerisine “zarar gören kişinin sağlık durumunun düzelmesi ve iyileşmesi için gerekli muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ambulans veya diğer taşıma giderleriyle, gerektiği takdirde ameliyat, hastane, ilaç, tekerlekli iskemle, bakım, fizik tedavi, kaplıca, korse vs. giderleri girer. Zarar görenin evinde tedavi gördüğü süre içinde hastabakıcı veya hemşire tutması halinde, bunlara ödediği paralarda da durum aynıdır. Zarar gören kişi, herhangi bir organını kaybetmiş ve bunun yerine kendisine takma bir organ veya protez gibi şeyler yapılmış veya verilmişse, bunlar için ödenen paralar da tedavi giderleri arasında yer alır<sup>333</sup>.

Tedavi giderleri, zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır. Zarar gören, bu giderleri bizzat yapmak zorunda olsaydı, nasıl bir hekim, hastane seçecek idiyse, bu halde de kendisine aynı imkan tanınmalıdır<sup>334</sup>.

Doğumevi Hastanesinde doğan bebeğin normal hararet düzeyine çıkarılması için servis hemşirelerinden birisi tarafından termofor tatbik edilirken sıcaklığın iyi ayarlanmaması ve sık sık kontrol edilmemesi sonucunda anüste ve gluteal bölgede yanık meydana gelmiştir. Danıştay, bebeğin tedavisi sırasında ilaç ve yol giderleri olarak davacılar tarafından belgelenmiş masrafların maddi tazminat olarak davacılara verilmesine karar vermiştir<sup>335</sup>.

<sup>332</sup> Gürbüz, *op.cit.*, s.21.

<sup>333</sup> Eren, *op.cit.*, s.712.

<sup>334</sup> *Ibid.*, s.713.

<sup>335</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 6.10.1982 tarih ve E. 1982/2613, K. 1982/1959 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Armağan, *op.cit.*,s. 227-228.

## **(2) Çalışma Gücünün Tamamen veya Kısmen Yok Olması (Efor Tazminatı)**

Çalışma gücünden amaç, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel yetilerine (kabiliyetlerine) bağlı olan ekonomik verimlilik<sup>336</sup>. Vücut bütünlüğünün bozulması yani bedensel zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler. Böylece çalışma gücü azalan veya yok olan kişi, olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütme olanağı bulamayacağından; malvarlığında bir eksilmeye daha doğrusu bir kazanç kaybına uğramış olur<sup>337</sup>. Zarar görenin çalışma gücünden yoksun kalışı, geçici ya da devamlı, kısmen ya da tam olabilir. Burada önemli nokta, çalışma gücünün yarar getirici biçimde kullanılabilmesinin sağlanmasıdır<sup>338</sup>.

Ancak, beden gücü kaybına rağmen kişinin gelirinde (mal varlığında) bir eksilme olmaması halinde bile tazminatın gerekeceği kabul edilmekte ve bu, efor kaybı tazminatı diye adlandırılmaktadır<sup>339</sup>. Yani beden tamlığı ihlal edilen kişi, maddi açıdan hiçbir kayba uğramamış olsa dahi meydana gelen maluliyetinden dolayı eski işini yaparken daha fazla güç harcayacağı bu durumun kişinin yıpranmasına, daha erken yaşta enerjisini yitirmesine neden olduğu gözetilerek maluliyet oranında tazminat tayini yoluna gidilmesi gerekli görülmektedir<sup>340</sup>.

Raşitizm hastalığı nedeniyle ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yatarak tedavi görmekte iken davacıların çocuğunun idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle sağ el dört parmağının kesilmesi sonucunda; idare, çocuğun işgücü kaybından dolayı uğradığı öne sürülen maddi ve manevi zararı ödemeye mahkum edilmiştir<sup>341</sup>.

### **(a) Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı**

Bedensel zararın etkisi belirli bir devreye ilişkinse yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa; zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Bu zarar niteliği itibarıyla fiilen yoksun kalınan kar olup; geçmişe

<sup>336</sup> Eren, *op.cit.*, s.713.

<sup>337</sup> Esin, *op.cit.*, s.448.

<sup>338</sup> Karahasan, , *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.163.

<sup>339</sup> Durdu, *op.cit.*, s.19.

<sup>340</sup> Güleç (Uçakhan), *op.cit.*, s.273.

<sup>341</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 14.6.2001 tarih ve E. 1999/2948, K. 2001/2375 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut *op.cit.*, s.330-331.

ilişkindir<sup>342</sup>. Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı oluşturur ve bu oranda tazminata hükmedilmesi gerekir<sup>343</sup>.

### **(b) Çalışma Gücünün Sürekli Olarak Kaybı**

Zarar görenin çalışma gücü sürekli olarak azalmış ya da kaybolmuşsa, zarar, geleceğe ilişkin farazi bir zarar olarak hesaplanır. Göz, kol, ayak, el gibi organların veya zihni yeteneklerin sürekli olarak kaybı veya fonksiyonsuz hale gelmesi, çalışma gücünün sürekli olarak kaybı sonucunu doğuran sebeplerdir<sup>344</sup>.

Çalışma gücünün sürekli kaybı, tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir. Ancak kısmi iş göremezlik ile yukarıda bahsi geçen geçici iş göremezlik karıştırılmamalıdır. Geçici iş göremezlik halinde artık mağdur tam şifa bulmuş, bir başka ifade ile zarar süresi, iyileşme süresi ile sınırlıdır<sup>345</sup>.

Çalışma gücünün sürekli olarak kaybindan doğan zararın hesabında, şu unsurlar göz önünde tutulur:

#### **i) Çalışma gücündeki kaybın veya azalmanın oranı (derecesi)**

Beden tamlığının ihlali sonucu, zarar görenin çalışma gücünü hangi oranda kaybettiği zararın hesaplanmasında önemli bir unsurdur. Kayıp oranı, ihlal edilen organ veya vücut kısmının türü göz önünde tutularak, belirli tıbbi kurallara göre tespit olunur.

Bu konuda ülkemizde 22 Haziran 1972 gün ve 142231 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü var olup, bu Tüzük Danıştayca da incelenmiş ve Türk Sakatlık Derecesi olarak kabul edilmiştir<sup>346</sup>. Şayet zarar gören işçi ise, bu Tüzük hükümleri nazara alınır. İşçi değilse, belirli devlet hastanelerinde uzman hekimlerce düzenlenecek tıbbi bir raporda çalışma gücündeki gerçek kayıp oranı tespit edilir. Çalışma gücünün gerçek kaybı veya iş göremezlik

<sup>342</sup> Eren, *op.cit.*, s.713.

<sup>343</sup> Esin, *op.cit.*, s.448.

<sup>344</sup> Eren, *op.cit.*, s.713-714.

<sup>345</sup> Gündüz, *op.cit.*, s.30.

<sup>346</sup> Tüzükte, vücutta ihlal edilen organ veya kısmın türüne göre, çalışma gücündeki kayıp ve azalmalar gösterilmiş olup, ayrıntılı bilgi için bakınız. Durdu, *op.cit.*, s.101-181.



derecesi yüzde olarak gösterilir. Bu yüzde, ihlale uğrayan organa göre, %100 olabileceği gibi, %70, %50, %10, %5 vs. de olabilir<sup>347</sup>.

Konuyla ilgili birkaç Danıştay kararından örnek vermek gerekirse;

Hatalı iğne sonucu kolunda %56 fonksiyon kaybı olan davacıya bilirkişi tarafından saptanan miktarda maddi tazminat verilmesine karar verilmiştir<sup>348</sup>. Yanlış enjekte edilen ilaç sonucu kangren olan sol el 4. parmağının kesilmesi nedeniyle % 3 işgücü kaybına uğrayan davacının çocuğuna ... lira maddi tazminat verilmiştir<sup>349</sup>. Fare zehiri içtiği şüphesiyle kaldırıldığı ... Devlet Hastanesinde yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamlığını yitirmesinden dolayı uğradığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonunda, maddi tazminat istemine ilişkin olarak yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda, Adli Tıp Kurumunca belirlenen % 25 oranında meslekte kazanma gücündeki kayıp dikkate alınarak uğranılan maddi zararın tazminine karar verilmiştir<sup>350</sup>.

## ii) Zarar görenin gelir durumu

Zararın tayininde zarar görenin elde ettiği gelir de önemli bir rol oynar. Zararın tayininde esas alınacak gelir, zarar verici olayın (fiilin) vuku bulduğu andaki gelirdir. Ancak, bu gelire zarar görenin daha ileriki yıllarda elde edeceği terfileri, ücret ve maaş yükselmeleri ve gelir artışları da eklenmelidir<sup>351</sup>.

## iii) Çalışma süresi ve bunun başlangıç anı

Eğer zarar gören çocuk ise, muhtemel sanat ya da mesleğine göre çalışmaya başlayacağı gün göz önüne alınarak çalışma gücünden yoksun kalmış olmasından ötürü uğrayacağı zarar hesaplanır; yaş ilerledikçe artan bir gelir hesaba katılmalıdır. Öte yandan zararın belirlenmesinde kişinin muhtemel yaşama süresi ile çalışma süresi göz önünde bulundurulur<sup>352</sup>.

<sup>347</sup> Eren, *op.cit.*, s.714.

<sup>348</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 16.1.1985 tarih ve E. 1982/2908, K. 1985/26 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 60-61, s. 461.

<sup>349</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 8.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, s. 611-612.

<sup>350</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13.10.1999 tarih ve E. 1997/2731, K. 1999/4835 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut *op.cit.*, s.340-341.

<sup>351</sup> Eren, *op.cit.*, s.715.

<sup>352</sup> Karahasan, , *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, op.cit.*, s.171.

“Davacının ... tarihinde Aliğa Güzelhisar Köyü Sağlık Ocağında yaptırdığı enjeksiyon nedeniyle oluşan travma sonucu sakat kalması dolayısıyla uğradığı ... maddi ve manevi zararın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda İdare Mahkemesince davacının %40 oranında sakat kalması sonucunu doğuran olayda, olaya neden olan görevli ebenin adli yargıda tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermekten yargılanarak 8/8 oranında kusurlu bulunduğu ve cezalandırıldığı, bu nedenle hizmet kusuru ilkesine göre oluşan zararın idarece karşılanması gerektiği ancak yaptırılan bilirkişi incelemesine göre *davacının aktif ekonomik ömrünü tamamlamasından dolayı maddi zararının bulunmadığının belirlendiği* gerekçesiyle maddi tazminat istemi reddedilmiştir.”<sup>353</sup>

Yukarıdaki Danıştay kararında, tazminatın hesaplanmasında ortalama çalışma süresinin (aktif ekonomik ömrün) 65 yaş olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu kabulü haklı kılan hukuki bir dayanak yoktur. Kanaatimizce, bilirkişilerin çoğu kez hangi hukuki temele dayandırdıkları anlaşılamayan raporları ile yetinilerek hüküm verilmiş olması doğru değildir. Dolayısıyla, her sanatın ya da meslek grubunun özelliklerine göre çalışılabilir olan sürenin ayrı ayrı belirlenerek, bu konuda hazırlanacak cetvellerin uygulamaya konulmasının zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

#### **iv) Ameliyat veya devamlı tedavi**

Zararın tayininde, zarar görenin çalışma gücünde uğramış olduğu kaybı azaltacak bir ameliyat veya özel tedaviye rıza göstermiş olup olmaması da dikkate alınır. Ancak, ameliyat tehlikeli veya çok ızdırap verici olmamalı, ameliyat sonunda zarar görenin durumunda bir iyileşme olacağı ihtimali yüksek bulunmalıdır. Ayrıca, zarar veren ameliyat giderlerini önceden vermelidir. Tedavi veya ameliyata rıza göstermeme, zarar gören için kusur olarak değerlendirilirse, tazminattan bir miktar indirim yapılır<sup>354</sup>.

### **(3) Ekonomik Geleceğin Sarsılması**

Beden tamlığının ihlali bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamakla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir. Gerçekten, vücut bütünlüğü ihlal edilen

<sup>353</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 14.6.2001 tarih ve E.2/4209, K.2001/2319 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.228.

<sup>354</sup> Eren, *op.cit.*, s.716-717.

bir kişi, çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyahasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta gtlk çekebilir ya da aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok g (emek) sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir. Hatta içinden çıkartılarak işsiz kalabilir<sup>355</sup>. Özellikle halkla teması fazla olan mesleklerde durum bu merkezdedir. Örneğin, zarar verici eylem sonucu televizyonda spikerlik yapan birinin konuşma gücünü kaybetmesi veya bir tiyatro oyuncusunun yüzünde sabit bir iz kalması sonucu izleyici karşısına çıkamaması nedeniyle işlerini kaybetmeleri durumunda olduğu gibi<sup>356</sup>.

## B. MANEVİ TAZMİNAT

Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrasında “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ...” hükmü getirilmiş, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında sağlık “yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali” olarak tarif edilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere pozitif hukukumuzda sağlık, beden ve ruh sağlığı olarak iki bölümde fakat ayrılmaz bir bütün olarak ele alınmaktadır.

Kişinin beden sağlığına bir zarar verilmesi halinde meydana gelen zararın bu zarara neden olanlar tarafından ödenmesi yukarıda ifade edildiği gibi “maddi tazminat” kavramı içinde değerlendirilirken, kişinin ruh sağlığına verilen ve fakat somut olarak psikolojik tedavi görmesine neden olmayacak zararlar ise “manevi tazminat” kavramı içinde mütalaa edilmektedir.

Danıştay Onuncu Dairesinin 12.10.1999 tarih ve E. 1997/3244, K. 1999/4801 sayılı kararında belirtildiği gibi “Kişinin ruh sağlığı üzerinde sonuç meydana getiren ruhsal travmaların verdiği zararlardan kişiyi korumak, kişinin topluma, yargıya ve devlete olan güvenini yeniden kurmak zet olarak kişinin sosyal eserlendirilmesini sağlamak için yargının elindeki tek araç manevi tazminattır. Esasen ağdaş uygarlığın gerektirdiği bu husus uygar ülkelerin hukuk sisteminde gittikçe bir önem kazanırken

---

<sup>355</sup> Eren, *op.cit.*, s.717.

<sup>356</sup> Durdu, *op.cit.*, s.22.

maddi tazminat davaları olağan bir uygulama alanı içinde kalmakta manevi tazminat davaları ise adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanmaktadır<sup>357</sup>.

Manevi tazminatta ne uğranılan zararı telafi için ifa edilen bir tazminat edimi ne de bir ceza söz konusudur. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği gibi, kusurlu olana hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük de değildir; aksine zarara uğrayanda bir huzursuzluk duygusu doğurmakta, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzeyen bir fonksiyon ifade etmektedir<sup>358</sup>.

Manevi tazminatın esası ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkan dairesinde yeniden elde edilmesini temin gayesiyle bir para ödenmesidir<sup>359</sup>. Manevi tazminat malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi bir tatmin aracıdır<sup>360</sup>. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini, ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde saptanması zorunludur<sup>361</sup>.

Aynı şekilde doktrindeki hakim görüş de manevi tazminatın, malvarlığında meydana gelen eksilmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi bir tatmin aracı olduğu yönündedir. Bu görüşe göre “zarar görene, manevi tazminat adıyla bir miktar para ödendiği takdirde, onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu yaratılmış olur”<sup>362</sup>.

İdarenin tazmin borcu yalnızca maddi varlıktaki eksilme sonucu doğmaz; manevi varlıktaki sarsıntı ve dengesizlik nedeniyle de doğabilir. Tıbbi hizmet sonunda ortaya

<sup>357</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 12.10.1999 tarih ve E. 1997/3244, K. 1999/4801 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 103, s. 881-883.

<sup>358</sup> Şeref Ertuş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti”, *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1990, s.79-80.

<sup>359</sup> Lütfü Dalamanlı, *Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tatbikatı*, Ankara, İş Matbaacılık, 1973, s.158.

<sup>360</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 3.2.2001 tarih ve E. 1998/3789, K. 2001/487 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *op.cit.*, s.322-323.

<sup>361</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10.4.1992 tarih ve E.7/3954, K.1992/1362 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.261.

<sup>362</sup> Eren, *op.cit.*, s.749.

çıkan zarar para ile ölçülemiyorsa ve daha çok kişinin manevi kişisel değerlerine yönelikse, bu durumda maddi değil, manevi tazminat istenir.

Manevi zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevi acı, ızdırıp, hayat zevkinde azalmaz. Böylece tıbbi müdahale sebebiyle, zarar gören hastanın hayat zevkinde ve sevincinde bir azalma olması durumunda manevi bir zarar söz konusu olur. Manevi tazminatın amacı bu zararı gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya iç olmaz ise azaltacak bir tatmin sağlamaktır<sup>363</sup>.

İşlem veya eylemin ağırlık derecesi, ihlal edilen hak ya da menfaatin niteliği, duyulan acı ve ızdırabın boyutu ve kişinin sosyal durumu hükmedilecek manevi tazminat tutarına tesir eder. Kişinin birel, öznel durumunda, ruhsal yaşamında gerçek zararını saptamak ne kadar olanaksız ise, tazminatla gidermek de aynı derecede olanaksızdır. Bu gerçeği gözönünde tutan Danıştay'a göre; davacı veya davacıların zaman itibariyle hem "çektığı, katlandığı, duyduğu", hem de ileride "çekeceği, katlanacağı ve duyacağı" manevi zararlar tazmin edilecektir. Yine Danıştay'a göre; hükmolunan tazminat, meydana gelen manevi zararı bütünüyle karşılayıcı değildir ve olamaz da; başka bir deyişle, manevi tazminat çekilen elem ve üzüntünün "silinmesi imkansız" olmakla beraber, uğranılan ızdırabı "kısmen olsun telafi etmek" üzere mağdur davacıya yapılan ödemedir<sup>364</sup>.

Manevi tazminat, maddi tazminatın bir uzantısı bile değildir. Maddi tazminat istenmeden de manevi tazminat istenebilir. Maddi ve manevi zararlar bağımsız nitelik taşırlar<sup>365</sup>.

## 1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

Borçlar Kanununun 47. maddesine göre "Hakim hususî halleri nâzara alarak ... adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namiyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir." Görüldüğü gibi bu madde, bir kimsenin ölümü neticesinde acı ve üzüntü duyan, ruhsal sarsıntıya uğrayan aile bireyelerine manevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak, aileden sayılabilecek her kişiye tazminat

<sup>363</sup> Öztürkler, *op.cit.*, s.115.

<sup>364</sup> Güran, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *op. cit.*, s. 156-157.

<sup>365</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, op. cit.*, s. 321.

verilmesinin doğru olmayacağı ortadadır. Çünkü “aile” deyimine ölen kimse ile ilişkisi bulunmayan veya bu ilişkisini çoktan kesmiş uzak hısımlar da girer. Bunların ölüm nedeniyle manevi tazminatı gerektirecek ölçüde bir acı duymaları söz konusu olamaz<sup>366</sup>. Burada manevi tazminat isteyebilecek olanlar, gerçek bir sevgiyle ölene bağlı olup da ölüm olayından dolayı ağır bir elem ve ızdıraba maruz kalmış olan yakınlarıdır<sup>367</sup>. Bir kimsenin ölenin yakını olabilmesi için ölen ile kan bağıının olması şart değildir. Bu yakınlık fiili hısımlığa yönelik olmayıp duygusaldır. Bu duygusal yakınlık yok ise hısımlık olsa dahi manevi tazminata hükümlenemeyecektir. Diğer taraftan ölenle kan bağı olduğu halde hiçbir ruhi uyuşmanın, sevgi birliğinin gerçekleşmediği durumlar söz konusu olabilir<sup>368</sup>.

Davacılar... tedavi amacıyla yatırıldığı ... Göğüs Hastalıkları Hastanesinde yapılan “Streptomisine” enjeksiyonundan kısa bir süre sonra şoka girerek ölmesi olayında idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddialarıyla uğranılan zarar karşılığı olarak toplam ... lira manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada, Danıştay davacıların yakınlarına yapılan streptomisine enjeksiyonundan sonra, enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığını ileri sürerek meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varmış ve manevi tazminata hükmetmiştir<sup>369</sup>.

#### **a. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat İsteyebilecek Kişiler**

Ölüm nedeniyle manevi tazminat isteyebilmek açısından hareket noktası “aile ve sevgi bağlarının oluşturduğu ruhsal bütünlüğün bozulması” olmaktadır. Bu nedenle ölüm nedeniyle manevi tazminat isteyebilecek olanların başında ana ve babanın geleceği kuşkusuzdur<sup>370</sup>. Herhangi bir hayati tehlike olmadığı teşhisiyle evine gönderilen yaralının bir gün sonra tekrar hastaneye getirilmesi ve iç kanama nedeniyle

<sup>366</sup> Esin, *op.cit.*, s.451.

<sup>367</sup> Dalamanlı, *op.cit.*, s.159.

<sup>368</sup> Ergun Orhunöz, *Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s.27.

<sup>369</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 01.6.1994 tarih ve E. 1993/363, K. 1994/2502 sayılı karar, *Danıştay*

*Dergisi*, Sayı 90, s. 1088-1091.

<sup>370</sup> Hancı, *op.cit.*, s.120.



ölmesi olayında Danıştay, ölenin babasına ölüm nedeniyle duyduğu acı ve elemenden dolayı manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir<sup>371</sup>.

Ölen evladın kız ya da erkek olması, yaşının küçüklüğü manevi tazminatın takdirinde önemli değildir. Keza evlat sayısı başka bir anlatımla davacı ana babanın sağ olan başkaca evlatlarının oluşu manevi tazminatın miktarının tayininde önemli değildir. Ana baba yönünden ölen her evladın acısı aynıdır<sup>372</sup>.

Aynı şekilde ölenle fiili olarak aile ve sevgi bağları bulunan eş, çocuklar ve kardeşler ile sevgi bağları kanıtlandığı takdirde nişanlı, ölenle nikahsız olarak karı-koca hayatı yaşayanlar, üvey baba, üvey anne hatta arkadaş gibi kişilerle birlikte ölenin amcası, dayısı, halası, kayınvalidesi, kayınpederi bile manevi tazminat isteyebilir.

Manevi tazminat isteyen kardeşlerin küçük oluşu, mümeyyiz bulunmayışı hiçbir şekilde manevi tazminat istemine engel değildir<sup>373</sup>. Burada şu soru akla gelebilir: Cenin için manevi tazminat istenebilir mi? Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında böyle bir hükme rastlayamadık. Bu konuda Yargıtay ise, önceleri 1965 yılındaki bir kararında ( E.1965/8782 ve K.1965/3326), “acı ve elemi idrak ve hissedebilecek” kimselere manevi tazminat hükmedilmesi gerektiğini karar altına almakta ise de, daha sonraları bu karardan şu gerekçe ile vazgeçmiş bulunmaktadır: “Manevi tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğmak kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş olan çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekir”<sup>374</sup>.

## 2. Bedensel (Cismani) Zarar Nedeniyle Manevi Tazminat

Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere uğrayacağına kuşku yoktur. Kişinin yüzündeki yara izleri, bir organın başka bir biçim alması, ciltte çirkin renklerin, kabukların meydana gelmesi, yanlış tedavi sonucu kaş ve kirpiklerin dökülmesi, yüzün çirkinleşmesi, bir kemiğin kırılması beden ve ruh tamlığının ihlalidir ki, bunlar, kişide derin acılar yaratır ve ruhsal dengeyi ise kökünden

<sup>371</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.5.1983 tarih ve E. 1982/2483, K. 1983/1106 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 52-53, s.494.

<sup>372</sup> Orhunöz, *op.cit.*, s.32.

<sup>373</sup> *Ibid.*, s.38.

<sup>374</sup> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 12.10.1983 tarih ve E.1983/7784, K.1983/8331 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1983/12, s.1750. Bu karar için bakınız. Öztürkler, *op.cit.*, 121.

sarsar<sup>375</sup>. Onun manevi varlığındaki bu eksikliği karşılamak, hiç değilse bir ölçüde gidermek için manevi tazminat verilmesi gerekir.

### **a. Cismani Zarara Uğrayanın Yakınlarının Manevi Tazminat İsteme Koşulları**

Zarar görenlerin yakınları olan özellikle anne ve babası ya da eşler arasında karı ya da kocanın, evlatlarla ilgili olarak onların çocuklarının, zarar gören ile birlikte manevi tazminat isteyebilmeleri uygulamada birçok şarta tabi tutulmuş bulunmaktadır.

Bunlar şu şekilde özetlenebilir:<sup>376</sup>

(1) Zarar gören ile birlikte manevi zarar isteyenlerin ana, baba, kardeş, büyükanne ya da büyükbaba gibi en yakınları olmaları gerekmektedir.

(2) Olay sonucu zarar görenin yaralanmasının veya cismani zarar miktarının ağır olması gerekir.

(3) Zarar görenin bedeni ve ruhi arızasının, söz konusu yakınlarında, “ruh bütünlüğünü sarsan, sinir sisteminde uzun sürede iyileşmeyecek olan veya kalıcı sakatlıklara neden olabilecek derece etkin olan” ruhi ve bedeni sakatlıklara neden olması

(4) Zarar görenin yaşının çok küçük olması ( 6 aylık gibi) nedeni ile, yapılan tedavinin ve ameliyatların uzaması, tedavi süresinde yakınların maddi olarak büyük harcamalar yapması ya da yapılacak olan tedavi ve ameliyat giderlerinin finansmanının yapamayacak durumda olmaları

(5) Görme, konuşma, duyma, hissetme, ruh bütünlüğünü meydana getiren akli melekelerinde zarar görenin noksanlık olması halinde yakınlarının da onun duymuş bulunduğu ağır acı ve elemle tam iştirak halinde aynı duyguları yaşamış bulunması

(6) Özellikle eşlerden birisinin cinsi organlarında meydana gelen, organ eksikliği ya da fonksiyon bozukluğu nedeni ile, diğerinin sosyal yaşamında ve hayattan zevk almasında eksiklerin meydana gelmesi halinde, zarar gören ile birlikte eşin de manevi zarar isteyebileceği kabul görmektedir.

<sup>375</sup> Karahaslan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (İki Cilt Bir arada)*, *op.cit.*, s.1145.

<sup>376</sup> Öztürkler, *op.cit.*, s.354-355; Orhunöz, *op.cit.*, s.41-44.

### 3. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları deyimi pek çok manevi değeri içine alır. Özgürlük, namus, onur, anı gibi değerlerle, kişinin özel yaşamına veya aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alanda sayılabilir. Bunlardan birine yapılan saldırı nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan, ruhsal sarsıntı geçiren kişiye, bir tatmin aracı olarak manevi tazminat vermek gerekir<sup>377</sup>. Bu tür haklara yönelen bir tecavüzden ötürü tam yargı davasını ancak, o hakkın sahibi olan kişi açabilecektir. Nitekim, Borçlar Kanununun 49. maddesinde “şahsi menfaatleri haleldar olan kimsenin tazminat isteyebileceği” kuralına yer verilmiştir<sup>378</sup>.

Bir hasta ya da yaralının başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır sayılır. Toplumun ayıplamasını, tiksintmesini, hastanın ekonomik durumunu ve geleceğini etkileyen hastalık, yasal olmayan kürtaj, evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili olaylar sırdır<sup>379</sup>.

Kişilik haklarına saldırı konusunu düzenleyen Borçlar Kanununun 49. maddesi, manevi tazminat için açıkça zarar verenin kusurlu olması şartını aramaktadır. Kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken hizmet kusurunun ağırlık derecesi, zarar görenin sosyal ve ekonomik durumu, saldırının niteliği ve doğurduğu sonuçlar, birlikte (müterafik) kusur gibi etkenlerin göz önünde bulundurulması zorunludur<sup>380</sup>.

Aşçı olan davacının geçirdiği trafik kazasına bağlı rahatsızlıkları nedeniyle ... Devlet hastanesine yatırıldığı, tıbbi tedavi sırasında yapılan rutin Elisa testinin pozitif çıkması üzerine henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin İzmir ... Gazetesi muhabirlerince hastanesindeki odasında fotoğraflarının çekilerek her türlü bilgilerinin basında yayınlandığı daha sonra doğrulama testlerinin menfi olduğu yani davacının AIDS’li olmadığından bu olay nedeniyle işsiz kalması sonucu uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; kişilik haklarına saldırı

<sup>377</sup> Esin, *op.cit.*, s.453.

<sup>378</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.89.

<sup>379</sup> Hancı, *op.cit.*, s.93.

<sup>380</sup> *Ibid.*

nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken hizmet kusurunun ağırlık derecesi, saldırıya uğrayanın sosyal ve ekonomik durumu, saldırının niteliği ve doğurduğu sonuçları ile birlikte kusur gibi etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği, olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletilmişinin açıkça belirtilmesi, yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açık olup, dava konusu olayın bu açıdan değerlendirmesi yapıldığında, duyduğu elem, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle davacıya manevi tazminat olarak ... lira ödenmesine Danıştay tarafından hükmedilmiştir<sup>381</sup>.

Hekimin hastayı tedavi edebilmesi, onun sır niteliğindeki bilgileri açıklamasını gerektirse de hekim bu sırrı saklamakla yükümlüdür. Hekimin sır saklama yükümlülüğü, ettiği hipokrat yemininde yer aldığı gibi, Medeni Kanununun 24 ve 25. maddeleri ile Ceza Kanununun 198. maddesi gereğidir. Bir kişinin sırrı, kişilik haklarının bir bölümünü oluşturur. Bu sırrın açıklanması manevi tazminat talebine yol açar<sup>382</sup>. Örneğin induksiyon sırasında hastanın bilinç dışı söylediği bazı sırrların kamuoyuna aktarılması halinde hastanın duyacağı elem ve ızdırap nedeniyle uğradığı manevi zararın giderilmesi gerekir.

Ayrıca bu durum bazı yasal ve etik düzenlemelerle sağlanmak istenmiştir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü ve hasta hakkındaki bilgilerin gizliliği ilkesine, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20 ve 23. maddeleri ile Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinde yer verilmiştir.

## **II. ZARARIN İDAREDEN İSTENMESİ VE TAZMİNAT DAVASININ AÇILMASI**

Bir idari eylemden dolayı zarara uğrayan kişi, doğrudan doğruya tam yargı davası açamaz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinden hareketle dava açmada gerekli olan şartları inceleyelim:

<sup>381</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 31.1.1996 tarih ve E. 1994/5314, K. 1996/294 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, *op.cit.*, s.351-353.

<sup>382</sup> Reisoğlu, *op.cit.*, s.14.

## A. Başvurulacak İdare

İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi “ilgili idareye” başvurulacağını belirtmektedir. Eylemi hangi idare yapmışsa ilgilinin ondan istemde bulunması gerekmektedir. Başvurulacak idare, zararın giderilmesi konusundaki istemi nihai ve kesin olarak inceleyip o konudaki istemi kabul veya reddedebilecek konumdaki idari makamdır. İlgili kanundaki “idare” deyimini, idari yargıda davalı olabilme yeteneğine sahip bağımsız idari örgütleri (Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini) ifade etmektedir<sup>383</sup>.

Kamu hastaneleri açısından başvurulacak idareler şu şekilde belirtilebilir: Devlet hastaneleri açısından tıbbi hizmetleri sunmakla görevli olan Sağlık Bakanlığına, SSK hastaneleri bakımından 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 8. maddesine göre kurumu temsil yeteneğine SSK Genel Müdürü sahip olduğundan SSK Genel Müdürlüğüne, Üniversite hastaneleri bakımından 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 13. maddesine göre üniversite tüzel kişiliğini rektör temsil ettiğine göre üniversite rektörlüğüne, Askeri hastaneler açısından Mili Savunma Bakanlığına, Belediye hastaneleri açısından belediye başkanlığına başvurulması gerekmektedir.

## B. İdareye Başvurma

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak hakkının yerine getirilmesini (zararların giderilmesini) istemeleri gerekmektedir. Süresi içinde idareye başvuru yapılmaması halinde dava hakkı ortadan kalkar. Üstelik bu sürenin herhangi bir şekilde durması ve kesilmesi söz konusu olamaz<sup>384</sup>.

Guatr nedeniyle 15.7.1994 tarihinde “Blateral Subtotal Tiroidektomi” ameliyatı yapılan, daha sonra sesinin düzelmesi amacıyla aynı hastanede 12.5.1995 tarihinde ikinci kez ameliyatı yapılan davacının İstanbul ve Samsun Tıp Fakültelerinde yapılan tetkikler neticesinde sesinin düzelmeyeceğini öğrendiğinden bahisle davacının bu tarihten itibaren bir yıl içerisinde dava açması gerekirken, bu süre geçirilerek

<sup>383</sup> Yüksel Esin-Erol Dünder, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları Birinci Kitap: Usul*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971, s.295.

<sup>384</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.152.

27.3.1998 tarihinde davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine 24.4.1998 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğundan idare mahkemesinin kararı Danıştay'ca onanmıştır<sup>385</sup>.

İlgililerin belirli bir zarara uğradıklarını öğrendikleri tarih, gerek olayın niteliğinden, gerekse bazı olgu ve belirtilerden çıkarılabilir. Ölümle sonuçlanan olaylarda, tıbbi faaliyet ve zararlı sonuç (ölüm) genellikle aynı anda öğrenilmiş olur<sup>386</sup>. Davacıların miras bırakanının, doğum için yatırıldığı Sürmene Devlet Hastanesinde 21.11.1987 tarihinde aşırı kanama sonucu öldüğü, ilgili doktor hakkında verilen lüzumu muhakeme kararı sonucu yapılan ceza yargılamasında, yüksek sağlık şurası kararına dayanılarak, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan hüküm giyen doktorun olaydaki kusurunun, 28.12.1990 tarihli ceza mahkemesi kararıyla öğrenilmesi üzerine 10.9.1991 tarihinde görevsiz yargı yerinde açılan görevsiz yargı yerince verilen görev ret kararının 22.10.1993 tarihinde kesinleşmesi üzerine 19.11.1993 tarihinde idare mahkemesinde açılan ve tazminata hükmedilen davada; Danıştay davanın yasada aranılan bir yıllık dava zamanaşımı süresi içinde olmaması nedeniyle idare mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmamıştır<sup>387</sup>.

Tıbbi faaliyetlerin sebep olabileceği hastalık, sakatlık vb. bedensel zararlar ise, genellikle kesin sağlık raporunun alındığı tarihte öğrenilmiş sayılır. İlgilinin sağlık durumu bu tarihte belirlenmiş sayılacağından; daha önce zararın türü, derecesi ve miktarı kesinlikle tespit edilemez<sup>388</sup>.

Davacının 1981 ve 1982 yıllarında geçirdiği fitik ameliyatları sırasında hatalı olarak sperm kanallarının kesildiğinden bahisle hizmet kusuruna dayalı olarak ... maddi, ... manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda İdare Mahkemesince, davanın süre yönünden reddi yolunda verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir. Danıştay davacının 26.10.1998 tarihinde Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hastanesinde geçirdiği operasyonda sperm kanallarının daha önce kesilmiş olduğunu öğrendiğinden tazminat ödenmesi istemiyle 30.4.1999 tarihinde davalı

<sup>385</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 15.3.2001 tarih ve E. 1999/1145, K. 2001/887 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü*, *op.cit.*, s.222-223.

<sup>386</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.64.

<sup>387</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 25.11.1997 tarih ve E. 1996/1707, K. 1997/4884 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü*, *op.cit.*, s.242-243.

<sup>388</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.64-65.



idareye başvuruda bulunduğu ve zımnen reddi üzerine açılan davada İdare Mahkemesince zararlı eylemin 1981-1982 yıllarında gerçekleştirilen operasyonlar olduğu ve bu tarihler itibariyle bilindiğinin kabulü ile her halde beş yıl içinde ilgili idareye zararın tazmini için başvuruda bulunulmadığı dolayısıyla verilen karar Danıştay'ca bozulmuştur<sup>389</sup>.

Anılan yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı, yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idari eylemin tamamlandığı zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılamayacağı açıktır.

Davacılarından H...'nin 20.12.1987 tarihinde yapılan apandisit ameliyatı sonunda, apandisitinin alındığının belirtilmesine rağmen 14.1.1993 tarihinde ... Hastanesinde yapılan ameliyat sonucu apandisitinin alınmadığının anlaşılması üzerine maddi ve manevi zararının tazmini istemiyle açtığı davada; idare mahkemesinin süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararını Danıştay, "ilk ameliyatta apandisitinin alınmaması sonucu uğranıldığı ileri sürülüp tazmini istenilen zarar 14.1.1993 tarihinde ortaya çıkmış olduğundan, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin 14.1.1993 tarihinden itibaren başlaması gerekir" gerekçesiyle bozmuştur<sup>390</sup>.

### C. İdari Karar (Ön Karar) Alma

Tıbbi hizmetlerden zarar gören (hakları ihlal edilen) kişilerin, zararlarının giderilmesi amacıyla doğrudan doğruya tam yargı davası açabilmeleri, ancak idarenin o konuda aldığı bir "ön karar"ının varlığı halinde mümkündür. Bunun için de ilgililerin, uğramış oldukları zararın giderilmesi için o eylemi gerçekleştiren idareye önceden başvuruda bulunmuş olmaları gerekir. İdarenin ön kararı açık ya da zımni red şeklinde olabilir. Bu başvuru yapılmadan açılan davayı idari yargı yerleri "idari merci tecavüzü"

<sup>389</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.12.2001 tarih ve E. 2000/3767, K. 2001/4722 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü*, op.cit., s.225-226.

<sup>390</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 20.12.1994 tarih ve E. 1994/1657, K. 1994/6625 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü*, op.cit., s.255-256.

nedeniyle “dava dilekçesinin görevli merciine tevdiine” karar verir<sup>391</sup>. Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 12.11.2001 tarih ve E.2000/92, K.2001/3861 sayılı kararında, “davacıların çocuklarının sağlık ocağında yapılan enjeksiyon sonucu sakat kalmasından dolayı ileri sürdükleri maddi ve manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, idareye başvuru şartı gerçekleşmeden davanın açılması nedeniyle, idareye başvuru şartının gerçekleşmesi için merciine tevdiine”<sup>392</sup> karar verilmiştir.

#### D. Ön Karar Üzerine Dava Açma

Zararın giderilmesi istemiyle yapılan başvuruyu idare açıkça reddetmiş ise, bu halde red yazısının ilgiliye tebliğinden itibaren 60 gün içinde; eğer ki başvuruyu 60 gün içinde cevaplamayarak istemi zımnen reddetmiş ise, bu halde zımni red işleminden itibaren 60 gün içinde tam yargı davasının açılması gerekir<sup>393</sup>. İdareye tanınan 60 günlük cevap süresinin durması ve kesilmesi veya uzaması söz konusu değildir.

Ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye değinmek gerekirse, bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için;

1. Ortada bir tıbbi hizmetten kaynaklanan tam yargı uyuşmazlığının bulunması,
2. Bu uyuşmazlık nedeniyle 13. maddenin 1. fıkrasına göre; idareye başvurulmuş olması,
3. Uyuşmazlığa ilişkin davanın önce adli veya askeri yargı yerine açılmış bulunması,
4. Adli ve askeri yargı yerince davanın görev noktasından reddedilmiş olması,
5. Görevsizlik kararı üzerine idari yargıda dava açılmış olması gerekir.

Bu halde, tıbbi hizmetten kaynaklanan tazminat davasında ayrıca idareye başvurup ön karar alınması koşulu aranmayacaktır.

İdari Yargılama Usul Kanununun 36.maddesinin c) bendine göre, kamu hastaneleri ile diğer sağlık birimlerinde gerçekleşen zararlar nedeniyle idareye karşı

<sup>391</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.144.

<sup>392</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 12.11.2001 tarih ve E. 2000/92, K. 2001/3861 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü*, *op.cit.*, s.510.

<sup>393</sup> Cemil Alver, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Şafak Matbaacılık, Üçüncü Baskı, 1993, s.120-122.

açılacak tam yargı davaları, eylemin yapıldığı yer idare mahkemesine açılır. 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare mahkemesi Kanununun 20. maddesine göre, idari eylemden doğan tam yargı davasının Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanına girebilmesi için bu eylemin asker kişileri ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin olması gerekir. Dolayısıyla, asker kişilerin askeri hastane ile diğer hizmet birimlerinde tedavi sırasında uğradıkları zarar nedeniyle açılacak tazminat davalarında Askeri Yüksek İdare mahkemesi görevlidir.

### III. ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER

Zararın tazminine ilişkin şu genel ilkeler vardır:

#### A. Nakden Tazmin İkesi (İdare Aynen Tazmine Mahkum Edilemez)

Özel hukukta zarara uğrayan kişinin zararı, “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” olmak üzere iki değişik şekilde tazmin edilir. Aynen tazmin, tazminatın en ideal şekli olmakla beraber; idari yargıda özellikle de konumuz tıbbi hizmetler olunca hakim in idareyi, “aynen tazmin”e mahkum etmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla idare hukukunda hakim uğranılan zararın “nakden tazmin” edilmesine karar verir. “Nakden tazmin” de kendi arasında “sermaye şeklinde tazminat” ve “ırad şeklinde tazminat” olmak üzere ikiye ayrılır.

“Sermaye şeklinde tazminat”, belli bir paranın bir defada zarar gören kişiye ödenmesi demektir. “Gelir (ırad) şeklinde tazminat” ise zarar gören kişiye belli aralıklarla (aylık veya yıllık) belli bir miktarda paranın verilmesi demektir. Bu da “geçici ırad” veya “ömür boyu ırad” şeklinde olabilmektedir. Örneğin idarenin kusuru sonucu babası ölen çocuğa 18 yaşına kadar her ay belli bir para verilmesinde geçici ırad, sakat kalan kişiye ölünceye kadar her ay belli bir para verilmesi durumunda ömür boyu ırad vardır<sup>394</sup>. Manevi tazminat “maktuan” olmasına rağmen maddi tazminat, koşullara göre toptan ödeme ya da belli koşullar ve ölçütlere göre bilirkişilerce saptanan “ırad” şeklinde kararlaştırılabilir<sup>395</sup>. İrad şeklinde tazminat, özellikle çalışma gücünün yitirilmesi veya azalması ya da ölen kişinin desteğinden yoksun kalma hallerinde söz konusu olur. Destekten yoksun kalanlar, “destekleri yaşıyormuş gibi”, iş göremezliğe

<sup>394</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Birinci Baskı, 2002, s.659.

<sup>395</sup> Güran, “*Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarınının Saptanması*”, *op.cit.*, s.166.

düşenler, “malul kalmamışlar gibi” aynen gelir alacaklardır. Tazminatın temel işlevi, zarardan önceki durumu olabildiğince ihya etmektir.

Yasa koyucu, düzenlemede ve seçimde, sermayeye veya irada öncelik tanımamıştır. Hakim somut olayın niteliğine, çıkarlar durumuna, ulusal ekonominin genel dengesine ve etkili diğer ölçülere göre “sermaye veya irat şeklinde tazminattan” birine karar verebileceği gibi, tazminatın bir bölümünü sermaye olarak, bir bölümünü de irat olarak belirleyebilir<sup>396</sup>.

### **B. İdare Sorumlu Olduğundan Daha Fazlasına Mahkum Edilemez**

Bu ilkeye göre ortada bir zarar yoksa veya illiyet bağı mevcut değilse, kendisinden tazminat istenen kişi zarar veren kamu tüzel kişisi değil ise, mahkeme tazminata hükmedemez. Bu ilke kamu düzenine ilişkin bir ilkedir. Dolayısıyla hakim tarafından resen dikkate alınır<sup>397</sup>.

### **C. İstemle Bağlılık Kuralı**

Tam yargı davalarında davanın konusu bir zararın tazminine veya idareye yanlışlıkla ödenmiş bir paranın geri alınmasına yönelik olduğundan, zararın neden meydana gelmiş olduğu, olayın tarihi ve özellikle tazmini istenilen zararın miktarı önem arz etmektedir. Nitekim 2577 sayılı Kanununun 3. maddesi 2. fıkrasının (d) bendinde “... tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar...” gösterilir denilmektedir. Tam yargı davalarında idare, tazminata mahkum edilme veya bir yükümlülüğü yerine getirme durumunda kalabileceğinden uyuşmazlık konusu miktarın Türk lirası olarak belirtilmesi ve tek bir rakam olarak gösterilmesi gerekmektedir<sup>398</sup>. Ayrıca, zarara uğrayan kişi, uğradığı zararın tamamını istemelidir. Yani davacı “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak kaydıyla” zararının bir kısmı için önce bir tam yargı davası, saklı tuttuğu kısmı için daha sonra ikinci bir tam yargı davası açamaz. Bu kurala, “istenilen tazminat miktarının belirtilmesi kuralı”<sup>399</sup> denmektedir.

Nitekim Danıştay bir kararında davacının imtiyaz sözleşmesinin açık hükmüne karşı, yanlış uygulamadan kaynaklandığını ileri sürerek toplam 32.301.920 ABD doları

<sup>396</sup> Ahmet İyimaya, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*, Ankara, Afşaroğlu Matbaası, Birinci Baskı, 1990, s.310.

<sup>397</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1260.

<sup>398</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.128.

<sup>399</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1255.

tutarındaki zararın ödeme tarihindeki Türk Lirası karşılığının faizi ile birlikte tazmini istemiyle açtığı davada, Danıştay; davacının ödenmesine karar verilmesini istediği zararın Türk Lirası cinsinden gösterilmemesi nedeniyle dava dilekçesinin, reddine karar vermiştir<sup>400</sup>.

Danıştay tazminatı saptarken davacının isteğinin sınırları içinde kalmak zorundadır. Başka bir deyişle, yönetsel yargı yeri davacının isteği ile bağlıdır. Tespit edilen zarar miktarı istekten çok çıksa dahi, Danıştay istem kadar tazminata hükmeder<sup>401</sup>. Ancak, zarar gören kişinin uğradığı zarar dava süresince artmış (örneğin yaralanan kişinin durumu ağırlaşmış) ise veya yeni zararlar (örneğin yeni tedavi masrafları) ortaya çıkmış ise zarar gören kişi dava boyunca (temyiz aşaması dahil) istediği tazminat miktarını arttırabilir; mahkeme de yeni isteme göre karar verebilir<sup>402</sup>.

Türk Danıştay, görevsiz yargı (adli yargı) yerine başvurulurken dilekçede belirtilen tazminat miktarının görevsizlik kararından sonra görevli idari yargı yerine başvurulurken arttırılmayacağına karar vermekte<sup>403</sup> iken, Danıştay Onuncu Dairesinin 13.6.2002 tarih ve E.7/2350, K.2002/2194 sayılı kararında “adli yargıya açılan dava görev nedeniyle reddedilip, idare mahkemesinde açıldığında, talep edilen miktar ilk dilekçeden fazla olabilir”<sup>404</sup> hükmüyle içtihadını değiştirmiştir.

İstemle bağıllık kuralı, enflasyonun yüksek olması, kanuni faiz oranının düşük olması ve mahkemelerin ağır çalışma koşulları birleştiğinde fevkalade olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. İstemle bağıllık kuralının yumuşatılması, dava dilekçesinde belirtilen zarar miktarının enflasyon oranında güncelleştirilmesi gerektiği düşünülebilirse de, İdari Yargılama Usul Kanunu mad.3/d ‘de tam yargı davası dilekçelerinde istenen tazminat miktarının TL cinsinden rakam olarak belirtilmesi zorunlu olduğundan bunun gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca, gerek Danıştay gerekse Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları incelendiğinde görülmektedir ki, bazı davalarda davacılar uğradıkları zararın miktarı konusunda yanılıp, gerçekte uğradıkları zarardan çok daha düşük miktarda tazminat

<sup>400</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.3.2003 tarih ve E. 2003/605, K. 2003/781 sayılı kararı. Yayınlanmamıştır. Bu karar için bakınız. Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.128.

<sup>401</sup> Armağan, *op. cit.*, s.287.

<sup>402</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1261.

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13.6.2002 tarih ve E.7/2350, K.2002/2194 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.203.

istemektedirler. Mahkemelerin yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda davacıların uğradıkları zararlar, talep ettikleri tazminat miktarından çok daha fazla olduğu tespit edilmektedir. Bu durumda mahkemenin yapabileceği bir şey kalmamakta, istemle bağlılık kuralı nedeniyle, gerçek zarar çok daha fazla olsa bile davacının talep ettiği tazminata hükmedilmektedir. O nedenle, davacıların tam yargı davası dilekçelerinde uğradıkları zararı iyi değerlendirip belirtmeleri gerekir. Böyle durumda davacıların önce adli yargıya başvurarak bilirkişi marifetiyle zararlarını tespit ettirmeleri uygun olur<sup>405</sup>.

Davacıardan Zeynep Alpaslan'ın eşi Saliha ve Seren Alpaslan'ın babası, Saliha Alpaslan'ın oğlu olan Hüseyin Alpaslan'ın uygulanan yerli kuduz aşısından kaynaklanan komplikasyon sonucu ölümü nedeniyle uğranıldığı öne sürülen 240 milyon lira maddi, 80 milyon lira manevi zararın tazmini istemi ile açılan davada, davacıların yakınının ölüm nedeninin yerli kuduz aşısı sonrası geçirilen "Guillen Barre" olduğunun, ithal kuduz aşısı olan HDCV'nin en az komplikasyonu olan aşı olduğunun, bu aşıyla ilgili bildirilmiş bir ölüm olayının bulunmadığının belirtildiği, bu durum karşısında riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği, destekten yoksun kalma zararının saptanabilmesi için yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu eş Zeynep Alpaslan'ın 359.461.340 lira, çocuğu Saliha Alpaslan'ın 244.153.647 lira, Seren Alpaslan'ın ise 267.611.277 lira zararlarının oluştuğunun saptandığı, ancak davacıların bu miktarların altında kalan istemleriyle bağlı kalınmasının da zorunlu olduğu, öte yandan davacının her biri için de takdiren 20 milyon lira manevi tazminatın ödenmesi gerektiği sonucuna vardığı gerekçesiyle eş Zeynep Alpaslan için 200 milyon lira, çocuklar Saliha ve Seren Alpaslan'ın her biri için 20 milyon lira olmak üzere 240 milyon lira maddi, davacıların her biri için 20 milyon lira olmak üzere 80 milyon lira manevi zararın davalı idarece davacılara ödenmesine karar veren idare mahkemesinin kararı Danıştay'ca onanmıştır<sup>406</sup>.

<sup>405</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1264-1266.

<sup>406</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 14.11.1996 tarih ve E. 1995/7986, K.1996/7534 sayılı karar. Yayınlanmamıştır. Bu karar için bakınız. Armağan, *op.cit.*, s.60-62.



Danıştay Onuncu Dairesinin 10 Ekim 1996 tarih ve E.1995/943, K.1996/5933 sayılı kararına konu teşkil eden olayda sol kalçasının ameliyat edilmesi gerekirken sağ kalçası ameliyat edilen davacı 4 milyon lira maddi zararının tazmini istemiyle dava açmış; idare mahkemesi yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda davacının maddi zararının 4 milyon lira değil, 853.779.784 lira olarak saptanmasına karşın istemle bağlı kalınmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle davacı lehine 4 milyon lira maddi tazminat ödenmesine karar vermiş ve bu karar da Danıştay tarafından onanmıştır<sup>407</sup>. Görüldüğü gibi davacının belirttiği zarar miktarı ile mahkemenin hesapladığı zarar miktarı arasında 213 kat fark vardır!

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesinin 10 Ekim 2000 tarih ve E.1996/100, K.2000/635 sayılı kararına konu teşkil eden olayda yanlış apandisit ameliyatı yapılması sonucunda zarara uğrayan er, 1 milyar lira maddi zararın tazmini istemiyle dava açmış, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda uğranılan zararı 17 milyar 958 milyon lira olarak hesaplamıştır. İstemle bağlılık kuralı gereğince Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 17 milyara değil, 1 milyara hükmetmiştir<sup>408</sup>.

#### IV. TAZMİNATIN HESAPLANMASI

##### A. Zararın Hesaplanma Tarihi

Tazminat miktarını hesap ederken, zararın değerlendirme zamanı önem taşır. Zararın değerlendirmesi yapılırken, zararın verildiği tarih mi, yoksa davanın açıldığı veya davanın karara bağlandığı tarih mi esas alınacaktır?

Danıştayımız sürekli olmayan zararlarda kural olarak, olay tarihindeki değer üzerinden tazminata hükmetmektedir<sup>409</sup>.

Zararın doğduğu tarih ile davanın karara bağlanacağı tarih arasında uzunca bir zaman geçmesi ya da davacının zararını geç öğrenmesi ve bu arada anormal fiyat artışlarının olması tazminatı olumsuz yönde etkileyebilir. Zarara uğrayanın daha çok zarar görmemesi için, gecikme davacının kusurundan doğmamış ise, zararın doğduğu

<sup>407</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10.10.1996 tarih ve E.1995/943, K.1996/5933 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 93, s. 523-525.

<sup>408</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 10.10.2000 tarih ve E.1996/100, K.2000/635 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, s.989-992. Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1265.

<sup>409</sup> Armağan, *op. cit.*, s. 320.

andan dava sonuçlanıncaya kadar geçen süre içinde meydana gelen anormal fiyat artışları belli bir ölçüde dikkate alınmalıdır<sup>410</sup>. Örneğin, destekten yoksunluk zararının saptanmasında, hüküm tarihine kadar gelirlerde meydana gelen değişiklik dikkate alınmaktadır<sup>411</sup>.

Maddi zararların hesaplanma tarihi olarak hükmün verildiği günün esasa alınması yüksek enflasyonun olduğu ülkemiz için uygun olacağı düşünülebilir ancak bu pratikte çoğunlukla teknik sebeplerden dolayı mümkün değildir. Bir kere, davacı istediği maddi tazminatı zararın ortaya çıktığı güne veya dava dilekçesini düzenlediği güne göre hesaplamaktadır. Davacıdan ilerideki bir tarih olan hükmün verileceği tarihe göre zarar değerlendirmesi yapmasını istemek mümkün değildir. İkinci olarak, mahkemenin hüküm günü itibarıyla zararı hesaplaması teknik olarak da mümkün değildir. Mahkeme, maddi zararı kendi hesaplamaz, bilirkişiye hesaplatır. Bilirkişi raporu ise haliyle daima hüküm gününden öncedir<sup>412</sup>.

## **B. Zararın Hesaplanması Yöntemi**

Zarar gören kişinin uğradığı kayıpların hesaplanması yöntemini maddi ve manevi zararlar arasında ayırım yaparak incelemek gerekir:

### **1. Manevi Zararların Mahkeme Tarafından Takdir Edilmesi**

Zarar gören kişinin uğradığı manevi zararların miktarının parayla ölçülmesi, bu zararların mahiyeti gereği aslında mümkün değildir. O nedenle, gerçeklikte bu zararların “hesaplanması” değil; “takdir” edilmesi söz konusudur. Bu takdir de bilirkişiden yararlanmaksızın, münhasıran mahkeme tarafından yapılır. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin uygulaması da bu yoldadır<sup>413</sup>.

Davacıların çocuğunun acilen yapılması gereken ameliyatının geç yapılması ve patolojinin ağırlaşması nedeniyle ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; Danıştay, idarenin Yüksek Sağlık Şurasının

<sup>410</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, op. cit.*, s. 333.

<sup>411</sup> Gürbüz, *op.cit.*, s.73.

<sup>412</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1278-1279.

<sup>413</sup> *Ibid.*

raporuyla saptanan hizmet kusuruna dayalı olarak, *takdiren* 200 milyon lira manevi zararın tazminine hükmetmiştir<sup>414</sup>.

## 2. Maddi Zararların Hesaplanma Esasları ve Yöntemi

Maddi tazminat miktarlarının hesaplanmasında uygulanan esaslarla izlenen yöntem, belli bir çizgiye getirilmiş ve kesinlik verilmiştir<sup>415</sup>. Danıştay tazminata hükmederken, adliye mahkemeleri gibi, bazı esasları göz önünde bulundurur. Danıştay tazminatın biçimi ve hesaplanması konusunda uyguladığı esaslar adliye mahkemelerince uygulanan esaslara büyük ölçüde benzerlik göstermektedir<sup>416</sup>. Bunlar kısaca şu başlıklar altında incelenebilir:

### a. Objektif Ölçütlere Başvurulması

Tazminat davalarında idari yargı yeri objektif delillere göre değerlendirme yapar<sup>417</sup>. Örneğin, çalışma gücünde sakatlık nedeniyle meydana gelen kayıp yüzdesi, ölüm nedeniyle ileride mahrum kalınacak yardım, zararın miktarını saptarken önceki benzer durumlarla, rakamların dikkate alınması, rayiç ücretlere, aylıklara, fiyatlara itibar edilmesi gibi<sup>418</sup>.

### b. İnanırcı Belgelerle Maddi Zararın Belgelenmesi

Maddi zarara hükmedilebilmesi için, doğduğu ileri sürülen maddi zararın kabule şayan biçimde yani gerçek zararı “tayine yeterli” “inancırcı belgelerle” belgelenmesi gerekir. Zararın ve olayın konusuna göre bunlar örneğin resmi hastane sağlık kurulu raporları, tedavi giderleri makbuzları olabilmektedir<sup>419</sup>. Özellikle bedensel zararın oluşumu genellikle sağlık raporları ile kanıtlanmaktadır. Bu raporların gerek düzenlenmesi gerekse içeriği bakımından kanaat verici nitelikte olması gerekmektedir<sup>420</sup>.

<sup>414</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24.2.1998 tarih ve E. 1996/2967, K. 1998/808 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *op.cit.*, s.345-346.

<sup>415</sup> Güran, “*Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması*”, *op. cit.*, s. 160.

<sup>416</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, *op. cit.*, s. 327.

<sup>417</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.256.

<sup>418</sup> Güran, “*Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması*”, *op. cit.*, s. 160.

<sup>419</sup> *Ibid.*, s. 161.

<sup>420</sup> Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.89.

Davacının Sağlık Bakanlığı ... Kadın Hastanesinde geçirdiği ameliyat sonucunda ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması nedeniyle uğranıldığı iddia edilen ... lira maddi ve ... lira manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda; davacıya, gazlı bezin çıkarılması nedeniyle yaptığı masrafları kanıtlanamamasından dolayı maddi tazminat ödenmemesine karar verilmiştir<sup>421</sup>.

### c. Bilirkişi İncelemesi

Zararın miktarının belirlenmesinde, özellikle ölüm nedeniyle desteklenen yoksun kalma davalarında, geniş ölçüde başvuru olan bir hesaplama yöntemi de “bilirkişi incelemesi”dir. İdari yargı yerleri maddi ve manevi tazminat miktarını kendisi “maktuen ve takdiren” tespit etme yoluna gitmekle beraber, gerek olayın üzerinden fazla zaman geçmesi gerekse konuya ilişkin saptamaların yetersiz görülmesi üzerine gerçek zarar tutarını belirleyememe endişesi ile adli yargı mercileri kanalıyla bilirkişi incelemeleri yaptırmaktadır<sup>422</sup>. Danıştay, bu çok yerinde tutumuna rağmen gene çok doğru olarak, bilirkişi raporlarını önce tartışmakta ve gerek görürse dikkate almamakta tereddüt etmemektedir<sup>423</sup>.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesi uyarınca bilirkişi konusunda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundaki hükümler uygulanır. Ancak bilirkişi idare mahkemesi tarafından re’sen seçilir. Bilirkişinin hesapladığı tazminat miktarı hakimi bağlamaz. Hakim, davacının istemini aşmamak kaydıyla, bilirkişinin hesapladığı miktarın altında veya üstünde bir tazminata hükmedebilir. Nitekim, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bilirkişilerin hesapladığı tazminatları yüksek bulduğu durumlarda “felaketin özlenir hale getirilmemesi” gerektiğinden bahsederek indirmektedir<sup>424</sup>.

Maddi tazminatın hesaplanmasında, ilke ve kriterlerin önceden hakim tarafından belirlenerek, bilirkişiye ne şekilde hesaplama yapılacağı hususunda direktif vermesi gerekir. Ne var ki, bu hususta sadece Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, gelişen toplum yaşamına uygun olarak değişebilen bir takım ilke ve kriterler belirlemiş ve son olarak 1992 yılında yeniden ele alarak “Tazminat Hesaplarında Göz önünde Bulundurulması

<sup>421</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 19.10.1999 tarih ve E. 1997/3565, K. 1999/5224 sayılı karar (*Kazancı Danıştay Kararları CD’si*).

<sup>422</sup> Armağan, *op. cit.*, s. 289.

<sup>423</sup> Güran, “*Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması*”, *op. cit.*, s. 162.

<sup>424</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1281.

Gereken Hususlar” başlığı altındaki bu verileri, 11 sahifelik bir liste halinde bilirkişilere vererek, tüm destekten yoksunluk tazminatı ya da diğer maddi tazminat hesaplamalarının buna göre yapılması yolunda belirleyici iradesini ortaya koymuştur<sup>425</sup>.

Bilirkişiler tarafından maddi zararın hesaplama yöntemi ile ilgili olarak, Türk Hukuk uygulamasında çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Bu yöntemler uygulamada şu başlıklar altında özetlenebilir:

### **(1) Baliğ Yöntemi**

Bu yöntem, zarar görenin ya da ölenin bilinen en son gelirinin, usulüne göre tespiti yapıldıktan sonra, kişinin yaşama şansı dikkate alınarak, bilinmeyen dönem için (gelecek dönem) gelirin her yıl %10 artırılması ve yine her yıl %10 indirilmesi esasına dayanır. Baliğ yönteminde hesaplama ya katsayı ile veya açık hesap tablosu şeklinde yapılmaktadır. Bu formül; belli bir miktar kapitali (örneğin zarar görenin ya da ölenin yıllık net gelirinin) bir bankaya konularak, hiç çekmeden örneğin 20 yıl beklenmesi sonucu, ulaşacağı miktarın hesaplanması ve sonunda elde edilen yıllık gelirlerin, yine aynı %10 faiz oranına göre indirim tabi tutularak, toplanmasından ibarettir<sup>426</sup>.

### **(2) Tam Artış, Tam İskonto Yöntemi**

Bu yöntemle hesap tarzı, zarar gören ya da ölenin hak sahiplerinin, maddi zararlarına karşılık, 20 yıl sonunda hesaplanan toplam kümülatif geliri, 20 yıl önceden aldığı, buna göre de tam iskonto yapılması ya da uygulanması lazım geldiği görüşüdür<sup>427</sup>.

### **(3) Peşin Sermaye Yöntemi**

Bu tür zarar hesabı; ekonomisi güçlü ve istikrar bulmuş ülkelerde, özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde ve Avrupa ülkelerinde gelirin her yıl %3-5 artacağına ya da %3-5 indirimine göre yapılmaktadır. Bu nedenle, bu ülkeler için Peşin Sermaye Formülü geçerli, kolay, basit ve uygulanan bir yöntemdir<sup>428</sup>. Ülkemizde bu formül uygulanmamaktadır.

---

<sup>425</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.440-441.

<sup>426</sup> Öztürkler, *op.cit.*, s.327.

<sup>427</sup> *Ibid.*, s.329.

<sup>428</sup> *Ibid.*, s.325.

#### (4) Aritmetik Ortalama Yöntemi

Bu yöntemde, zarar gören ya da ölenin aktif dönem ve pasif dönemdeki yıllık gelirleri, tam artış yöntemi ile her yıl %10 artırıma tabi tutulmaktadır. Süre sonunda, elde edilen kümülatif ya da rantlaşmış değer toplam geliri meydana getirmektedir<sup>429</sup>.

Bu tarz toplam gelirin hesaplanması aşamasında, zarar gören ya da ölenin tüm kazançları, diğer bir deyimle her yıl kazandığı geliri artış işlemine tabi tutulmaktadır. Bunun anlamı, ilk yılın geliri %10 artışı olarak hesaplandıktan sonra bu miktara ilk yılın artışı geliri eklenerek elde edilen miktar tekrar %10 artırılmaktadır. Bu işleme artış yılları boyunca devam edilmektedir. Bu usul ile zarar gören ya da ölenin her yıl elde ettiği gelir miktarı, %10 üzerinden nemalanmaktadır yani rantlaştırılmaktadır<sup>430</sup>.

Esasen bu tür hesap şekli, Yargıtayın da kararları ile istemekte olduğu bir husustur. Çünkü Yargıtay, gelirin her yıl aynı miktarda kalmamasını, yani sabit gelirler olmaması gerektiğini, ayrıca zarar görenin tüm kazancının hesaplanması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır.

#### d. Zarardan Yapılabilecek İndirimler

Zarar verici olayın, zarara uğrayanlara sağladığı yararların da zarar tutarından indirilmesi, Borçlar Kanununun 42 ve 43. maddeleri hükümlerinin bir gereğidir. Aksi halde mağdur zenginleştirilmiş olacaktır. Bu bakımdan zarar miktarı belirlenirken ortaya çıkan zarar ve mağdurların sağladığı yararların denkleştirilmesi suretiyle maddi zarar miktarının saptanması gerekir.

Ancak böyle bir denkleştirme yapılabilmesi için de, ilgilinin uğradığı zarar gibi, sağladığı yararı da, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olayın uygun ve normal bir sonucu olması zararla yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran olayla uygun nedensellik bağı olmadan başka bir nedenle ilgililerin malvarlığında bir artış olmuşsa, meydana gelen bu artışın, maddi zarar miktarından düşülmesi kabul edilemez<sup>431</sup>.

<sup>429</sup> *Ibid.*, s.331.

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.3.1998 tarih ve E.7/7047, K.1998/1122 sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesi, 6.2.1997 tarih ve E.7/206, K.1997/279 sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesi, 7.5.1998 tarih ve E.7/1643, K.1998/1943 sayılı kararı. Bu kararlar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.242-245.



## (1) Elde Edilen Yararların İndirilmesi

Bu konuda Danıştay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin içtihatlarını ayrı ayrı incelemek gerekmektedir:

### (a) Danıştayın İçtihadı

i) **SSK Ödemeleri** : Ölenin sigortalı olarak çalışıyor olması nedeniyle destekten yoksun kalanlara 506 sayılı yasaya göre bağlanan aylık ölenin prim ödemek suretiyle kapsamında bulunduğu sosyal sigorta sisteminin sağladığı bir yararadır. Söz konusu aylıkların idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olaydan dolayı ilgililere sağlanan yarar olarak kabulüne, idarece ödenmesi gereken tazminattan düşülmesine olanak bulunmamaktadır<sup>432</sup>.

ii) **Bağ-kur Ödemeleri** : Ölenin Bağ-kur iştirakçisi olması nedeniyle prim ödenmek suretiyle kapsamında bulunduğu sosyal sigorta sisteminde yasa gereği ödenmesi zorunlu olan aylıkların idarenin faaliyet alanına ilişkin olarak doğan zararı karşılamak amacı bulunmamaktadır<sup>433</sup>.

iii) **Emekli Sandığına Yapılan Ödemeler** : Danıştay, 8 Haziran 1949 tarih ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu uyarınca ödenen ikramiyeler ve bağlanan mâlul, dul ve yetim aylıklarının tazminattan düşürülmesini kabul etmemektedir. Çünkü, Danıştaya göre, zarar görene veya zarar görenin yakınlarına yapılan ödemeler, zarar doğuran olayda kusuru bulunan idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran idari eylemin sonucu değil, zarar görenin çalışması nedeniyle ve çalıştığı süreyle sınırlı olarak tanınan sosyal güvenlik hakkının doğal bir sonucudur<sup>434</sup>.

Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesi 24 Ocak 2000 tarih ve E.7/7045, K.2000/179 sayılı kararında şöyle demiştir: “Prim ödemek suretiyle kapsamında buldukları sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olaylar nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmamaktadır.

<sup>432</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.3.1998 tarih ve E.7/7047, K.1998/1122 sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesi, 6.2.1997 tarih ve E.7/206, K.1997/279 sayılı kararı. Bu kararlar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.243-244.

<sup>433</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 7.5.1998 tarih ve E.7/1643, K.1998/1943 sayılı kararı. Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.244-245.

<sup>434</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1272.

Bu nedenle 5434 sayılı Yasada öngörülen koşulların varlığı halinde bağlanan aylıkların idarece ödenmesi gereken tazminat tutarından indirilmemesi gerekmektedir<sup>435</sup>.

**iv) Nakdi Tazminat Kanunu Gereği Yapılan Ödemeler :** 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun “Nakdi tazminat ve aylığın etkisi” başlıklı 6. maddesinde bu kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığının uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığı olduğu, yargı yerlerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminatın ve bağlanan aylıkların göz önünde tutulacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme uyarınca, mahkeme tazminat miktarını belirlerken ödenen nakdi tazminat ve bağlanan aylıkları tazminat miktarından düşürür<sup>436</sup>.

**v) Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Yardımları :** Amacı, sosyal adaleti sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek olan 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca zarar görene ya da zarar görenin yakınlarına yapılan, olayla uygun nedensellik bağı kurulamayan “sosyal içerikli” ve “insani” yardım niteliğindeki ödemelerin uğranılan maddi zarardan düşülmesine olanak görülmemektedir<sup>437</sup>.

**vi) Afet Fonu Ödemeleri :** 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun gereğince yapılan yardımların uğranılan zararlardan düşülmesi suretiyle tazminatın hesap edilmesi gerekmektedir.

### **(b) Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İçtihadı**

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, maddi tazminatın hesaplanmasında bazı kalemleri yarar olarak kabul edip tazminattan düşürmekte, bazı kalemleri ise yarar olarak kabul etmeyip tazminattan düşürmemektedir.

<sup>435</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24.1.2000 tarih ve E.7/7045, K.2000/179 sayılı karar, Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.248.

<sup>436</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 26.10.1995 tarih ve E.1995/3321, K.1995/4995 sayılı karar, Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.252.

<sup>437</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 6.11.1996 tarih ve E.7/5380, K.1996/7121 sayılı karar, Bu karar için bakınız. Atay, Odabaşı, Gökcan, *op.cit.*, s.254.

### **i) Tazminattan Düşürülenler**

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, zarara uğrayan personele veya yakınlarına Emekli Sandığına yapılan ödemeleri, Nakdi Tazminat Kanunu gereği yapılan ödemeleri, Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun uyarınca ödenen tazminatları, Terörle Mücadele Kanunu uyarınca verilen tazminatlar, Maluller ile Şehit Dul ve Yetimlerine Tütün ve Alkol Ürünlerinin Satış Bedellerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca verilen “tütün ikramiyeleri”ni “yarar” olarak kabul etmekte ve bunları tazminattan indirmektedir<sup>438</sup>.

### **ii) Tazminattan Düşürülmeyenler**

OYAK tarafından yapılan ölüm, emeklilik ve maluliyet yardımları, Emekli Sandığına yapılan ölüm yardımları, Kuvvet Komutanlıkları Yardımlaşma Sandıklarınca yapılan yardımlar, Türk Hava Kurumunca yapılan yardımlar, yardım kampanyaları sonucu toplanan bağış ve yardımlar, Mehmetçik Vakfınca yapılan yardımlar, özel sigortaların ödediği tazminatlar, ülkelerarası bir anlaşmaya dayanmayan bir başka devletçe bir atıfet, bir yardım olarak yapılan ödemeleri, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından maddi tazminat hesaplamalarında “yarar” olarak kabul edilmemektedir. Hemen hemen tamamı “sosyal içerikli” ve “insani” olan bu yardımlar nedeniyle, hesaplamalarda mahsup işlemi yapılmamaktadır<sup>439</sup>.

## **(2) Ölenin Kusuruna Dayalı İndirim**

Maddi tazminat hesaplanırken, öncelikle gerçek zararın belirlenmesi, bu zarardan ilgilinin kusuru oranında indirim yapıldıktan sonra istem dikkate alınarak tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Ancak manevi tazminatta müterafik kusur nedeniyle indirim yapılmaz<sup>440</sup>.

<sup>438</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1274.

<sup>439</sup> Özgüldür, *op.cit.*, s.458-459.

<sup>440</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1271.

### C. Faiz

Zarar görenin, kendisine ödenmesi gereken meblağın faizini de isteme hakkı vardır. Burada zararın bir ögesi söz konusudur<sup>441</sup>. Çünkü faiz yan edim olup, hukuki niteliği itibarıyla asıl alacağı genişleten fer'i bir haktır<sup>442</sup>.

İdare mahkemeleri faize hükmetmek zorunda değildirler. Mahkemelerin hükmettikleri tazminata faiz yürütmedikleri durumda, karar da "maktuen" şu kadar tazminata hükmettiği belirtilir. Bu şu anlama gelir ki, mahkeme hüküm tarihi itibarıyla hükmettiği bu tazminat miktarının davacının zararını tamamıyla karşıladığını düşünmekte bunu ayrıca faiz yürütülmesine gerek görmemektedir<sup>443</sup>. Örneğin, Danıştay zarar tutarını saptarken, sorumluluğunu doğuran işlem ya da eylemin gerçekleştiği andan geçerli olarak yürütülecek faizi de dikkate alır. Bunun için de davacının açıkça zararın oluştuğu andan itibaren faize hükmedilmesini de istemesi gerekir. Eğer dava dilekçesinde faiz istenmemişse yönetsel yargı yeri kendiliğinden faize hükmedemez<sup>444</sup>. Keza, davacı ilk davada faiz istemesini unutmuş ise ikinci bir dava açarak faiz isteyemez. Aynı şekilde mahkeme, yine istemle bağılılık kuralı gereğince, kanuni faiz oranı davacının istediği faiz oranından yüksek olsa bile, istenen orandan daha fazla oranda tazminata da hükmedemez<sup>445</sup>.

Danıştay tarafından; olay tarihi, görevli olmayan yargı merciine davanın açıldığı tarih, idari yargı yerinde davanın açılma tarihi, davalı idareye başvurma tarihi ve tazminat istemiyle yapılan başvurunun reddedilme tarihi (temerrüt tarihi) faizin yürütülmesine kıstas alındığı gibi aksi yoldaki değerlendirmeler bozma sebebi sayılırken, bazen de faizin hangi günden itibaren yürütüleceği belirtilmeksizin hüküm kurulduğu gözlenmektedir.

<sup>441</sup> Armağan, *op.cit.*, s.310.

<sup>442</sup> Eren, *op.cit.*, s.939.

<sup>443</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1287.

<sup>444</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, op.cit.*, s.332.

<sup>445</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1290.

## 1. Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu

Danıştayın faize hükmederken maddi zarar ile manevi zarar arasında ayırım yaptığı, manevi zararlar için faiz hükmetmeye gerek olmadığı yolunda kararları vardır. Öğretide manevi tazminata faiz işletilmesi gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur<sup>446</sup>.

Danıştay, manevi tazminatın bir “tazmin aracı” değil, bir manevi tatmin aracı olduğundan bahisle manevi tazminata faiz yürütülemeyeceğine karar vermektedir. Örneğin, davacılar murisine hastanede zamanında müdahale edilmediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay “belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacını taşıyan manevi tazminata, özelliği nedeniyle faiz yürütülmesine olanak yoktur” hükmüyle idare mahkemesinin kararının manevi tazminata faiz yürütülmesine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir<sup>447</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihadı ise manevi tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi yönündedir<sup>448</sup>. Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulunun manevi tazminata olay tarihinden değil, karar tarihinden itibaren kanuni faiz yürütülmesi gerektiği yolunda kararları da vardır<sup>449</sup>.

## 2. Faizin Başlangıç Tarihi

Uygulamada Danıştay kararlarına baktığımızda hükmedilen tazminata hangi tarihten itibaren faiz yürütüleceği konusunda bir tutarlılık olmadığı gözükmektedir. Danıştay bazı kararlarında faizin başlangıç tarihi olarak olay tarihini, bazı kararlarında idareye başvurma tarihini, başka kararlarında idarenin ret tarihini, diğer bazı kararlarında ise dava tarihini esas almaktadır.

Kemal Gözler’e göre, “faiz olay anından itibaren yürütülmelidir. Çünkü faiz uğranılan zararın bir unsurudur. Zarar gören kişi, tazminat alacağına zararın doğduğu an hak kazanmış olur. Tam tazmin ilkesi gereğince, zarar, zararın doğduğu an derhal

<sup>446</sup> Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, *op.cit.*, s.333.

<sup>447</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13.2.2001 tarih ve E. 1998/3789, K. 2001/487 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Karabulut, Şahin, *op.cit.*, s.322-323.

<sup>448</sup> Örneğin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 7.6.2000 tarih ve E.1998/892, K.2000/371 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, s.986-988; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 17.2.1999 tarih ve E.1998/23, K.1999/88 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 14, s.941-944.

<sup>449</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1290.

karşılınsaydı, zarar gören kişi hangi ekonomik durumda olacak idiyse, zararın sonradan tazmin edilmesi durumunda da o ekonomik durumda olmalıdır. Bu ise hem tazminata faiz yürütülmesini hem de faizin zararın meydana geldiği günden itibaren başlatılmasını gerektirir”<sup>450</sup>. Özellikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin olay tarihinden itibaren faiz yürüttüğü gözlemlenmektedir. Örneğin, “Askerliğini yaparken bir kedinin ısırması nedeniyle kendisine kuduz iğnesi yapılan, ancak bu iğnenin yan etkisiyle sakatlanarak askerliğe elverişsiz hale gelen davacı erin bu nedenle uğradığı manevi zarara karşılık hükmedilen manevi tazminat miktarına olay tarihi olan 11.11.1995 tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine” karar verilmiştir<sup>451</sup>.

Danıştay pek çok kararında ise “maddi tazminata idarenin tazminat istemini reddederek temerrüde düştüğü tarihten itibaren yasal faiz yürütüleceğine” karar vermektedir. Örneğin, Danıştay 28.2.1994 tarihinde davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan “Mercaine” isimli ilaç yerine “İl 33” isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu kangren olan parmağın kesilmesi nedeniyle uğranılan maddi zararın, tazminat isteğinin idarece reddedildiği 15.8.1994 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine karar vermiştir<sup>452</sup>.

Danıştay bazı kararlarında ise faizin tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren başlayacağına karar vermektedir. Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 27.03.2002 tarih ve E. 2000/1010, K. 2002/852 sayılı kararında, davacıların çocuğunun devlet hastanesinde uygulanan potasyum klorürün etkisiyle ölmesi nedeniyle hükmedilen maddi tazminata dava açma tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar verilmiştir<sup>453</sup>.

<sup>450</sup> *Ibid.*, s.1291.

<sup>451</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 7.6.2000 tarih ve E.1998/892, K.2000/371 sayılı karar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, s.986-988.

<sup>452</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 8.12.1997 tarih ve E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, s. 611-612. Aynı yönde kararlar için bakınız. Danıştay Onuncu Dairesi, 10.10.1996 tarih ve E. 1995/934, K.1996/5933 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 93, s. 523-525; Danıştay Onuncu Dairesi, 14.6.2001 tarih ve E. 1999/2948, K. 2001/2375 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut *op.cit.*, s.330-331; Danıştay Onuncu Dairesi, 9.11.1999 tarih ve E. 1997/4839, K.1999/5475 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 103, s. 883-884.

<sup>453</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 27.03.2002 tarih ve E. 2000/1010, K. 2002/852 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut, *op.cit.*, s.306-307. Aynı yönde kararlar için bakınız. Danıştay Onuncu Dairesi, 14.6.2001 tarih ve E. 1999/4088, K. 2001/2336 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin,



Danıştay'ın idari eylemlerden ortaya çıkan zararlar nedeniyle hükmedilen maddi tazminata idareye yapılan başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesini kabul eden pek çok kararı da mevcuttur. Örneğin "... Hastanesinde yapılan göz ameliyatı sonucunda davacının gözünün görmemesi üzerine uğradığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açtığı davada; tazminata idareye başvuru tarihi olan 31.10.1994 tarihinden itibaren yasal faiz hükmedilmesine" karar verilmiştir<sup>454</sup>.

### 3. Faizin Oranı (Kanuni Faiz)

Mahkemenin hükmedeceği faiz "kanuni faiz" denilen faizdir. Kanuni faiz, 4 Aralık 1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 15 Aralık 1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunla değişik 1.maddesiyle belirlenmiştir. Bu madde şöyledir:

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur"<sup>455</sup>.

24 Aralık 2003 kabul tarihli, 28 Aralık 2003 tarih ve 25330 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5027 sayılı 2004 mali yılı Bütçe Kanununun 49.maddesinin (o) bendi gereğince, ilgili Kanunda düzenleme yapıncaya kadar, 4 Aralık 1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1 Ocak 2004 tarihinden itibaren aylık %1,25 olarak uygulanır<sup>456</sup>.

Ayrıca, şunu da belirtelim ki, 4 Aralık 1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 3. maddesine göre kanuni faiz hesaplanırken "mürekkep faiz" yürütülemez.

---

Karabulut, *op.cit.*, s.331-332; Danıştay Onuncu Dairesi, 13.10.1999 tarih ve E. 1997/2731, K. 1999/4835 sayılı karar. Bu karar için bakınız. Bal, Şahin, Karabulut *op.cit.*, s.340-341.

<sup>454</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 22.11.1999 tarih ve E.1998/190, K.1999/6198 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 103, s. 879-880.

<sup>455</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1294.

<sup>456</sup> <http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum>, 9.5.2004.

#### 4. Yabancı Para Cinsinden Tazminat İstenemez

Zarara uğrayan kişilerin korunması için istenilen tazminatın döviz cinsinden belirtilmesi de mümkün değildir. Danıştay asıl zararın yabancı para ile oluştuğu durumlarda bile tazminatın yabancı para üzerinden hükmedilmesini veya yabancı paranın hüküm tarihindeki değerine göre hükmedilmesini kabul etmemektedir<sup>457</sup>. Nitekim Danıştay bir kararında davacının imtiyaz sözleşmesinin açık hükmüne karşı, yanlış uygulamadan kaynaklandığını ileri sürerek toplam 32.301.920 ABD doları tutarındaki zararın ödeme tarihindeki Türk Lirası karşılığının faizi ile birlikte tazmini istemiyle açtığı davada, Danıştay; zararın Türk Lirası cinsinden gösterilmemesi nedeniyle isteği reddetmiştir<sup>458</sup>.

Ayrıca zarara uğrayan kişiler, istedikleri tazminata enflasyon oranına göre faiz yürütülmesi de isteyemezler.

---

<sup>457</sup> Gözler, *op.cit.*, c.II, s.1297.

<sup>458</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 11.3.2003 tarih ve E. 2003/605, K. 2003/781 sayılı kararı. Yayınlanmamıştır. Bu karar için bakınız. Bereket Baş ve Demirkol, *op.cit.*, s.128.

## SONUÇ

Tıbbi hizmetler kamu hukuku rejimine tabidir. Tıbbi kamu hizmetleri merkezi idare teşkilatı içinde yer alan Sağlık Bakanlığı kurum ve kuruluşları, belediye ve il özel idarelerine ait sağlık birimleri tarafından halka sunulur. Tıbbi kamu hizmetleri ile bu hizmetlerden yararlananlar arasındaki ilişki de daima kamu hukukuna tabidir ve bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır. Doktrinde tartışmalara yol açan husus ise Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanelerinin hukuki durumudur. 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda, bu kurumun özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyet göstereceğini belirtilmiş olmakla birlikte, Kuruma bağlı hastaneleri de özel hukuk hükümlerine tabi tutmuş olup olmadığı hususu gerek öğretide gerek yargısal içtihatlarda farklı yaklaşımlara neden olmuştur. Örneğin, Yargıtay SSK hastanelerini özel hastane kabul edip, açılan davalarda hem Borçlar Kanununun 55. maddesini hem de Anayasanın 129. maddesini aynı anda uygulamaktadır. Danıştay ise Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk hallerinde uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Gerek kuruluş ve işlevleri, gerek tıbbi personelinin istihdam tarzı ve gerekse sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında, bu Kuruma bağlı sağlık kuruluşları ile bunlardan yararlananlar arasındaki ilişkinin de kamu hukuku ilişkisi olduğunu kabul etmenin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Kamuya ait sağlık birimleri ile hastanelerin amaçları, Anayasanın 56. maddesinin devlete yüklemiş bulunduğu vatandaşlara tıbbi hizmet sunma ödevinin gerçekleştirilmesidir. Bu kurumlarda vatandaşlara sunulan hizmet idare hukuku anlamında idari eylemden başka bir şey değildir. Tıbbi hizmetleri sunan idarenin bu faaliyetlerde esas sorumluluğu, herhangi bir tıbbi kötü uygulamaya izin verilmemesidir. Ancak bu tıbbi hizmetlerin yürütülmesi sırasında idarenin veya ajanlarının bazen kusurlu hareket ederek, kusurlu tıbbi faaliyetleriyle yol açtığı zararı tazmin yükümlülüğü altına girdiğini görmekteyiz. Bu açıdan idarenin esas sorumluluğunu ise hizmet kusuru oluşturmaktadır. Tıbbi hizmetin kuruluş ve işleyişinden doğan nesnel nitelikli sorumluluk hallerinde idare tek başına sorumludur. Bu hallerde Türk Danıştay, sorumluluğa hükmederken “ağır hizmet kusuru” şartını aramaktadır. Oysaki, Fransız Danıştay, 1992 yılındaki içtihat değişikliği ile, tıbbi işlemler dolayısıyla sorumlulukta

da “ağır kusur”un varlığını aramaktan vazgeçip, “basit kusur”u yeterli saymaya başlamışken, Türk Danıştayının zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için “ağır kusur” şartını araması ve bu kavrama bağlılığını sürdürmesi eleştiriye açıktır. Kanaatimiz de, kusurun ağırlığının sadece manevi tazminat ve takdiren hükmedilen maddi tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak ele alınıp, hizmet kusurunun belli ağırlıkta olması şartından uzaklaşılması yönündedir.

Belli bir takım doğal riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı tıbbi faaliyetlerde sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına özellikle de “risk/sosyal risk” ilkesine kaydırılması artık kaçınılmaz hale gelmiştir. Ancak Danıştayımız tıbbi hizmetlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı yönünde karar vermektedir. Ancak, uğranılan olağanüstü zararlar nedeniyle hastanın zararını sahipsiz bırakmak, özellikle de hastanın güvenlik duygusuna dayalı olan hekim-hasta ilişkilerini tedavide ya da tıbbi cerrahi bir müdahalede veya çoğu kez olaylarda görüldüğü gibi anestezi cihazlarının ya da ışın tedavilerinin getirdiği zararların idare tarafından sahipsiz bırakılması hakkaniyet ve adalet duygularını tatmin etmemektedir. Bu nedenle, idarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimin gereklerini yerine getirmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı ve muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerin de illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur şartını aramak yerine kusursuz sorumluluk ilkesine başvurmanın doğru olacağını düşünmekteyiz.

Tıbbi hizmetlerde görev kusurunun tespiti de önem arz etmektedir; tıbbi personelin kusurlarının tespitinde Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Öğrenim Kurumları ile birimleri görevlidir. Görev kusurunun tespiti halinde ise, o hizmeti gören idare zararı tazmin etmek zorunda kalacak, daha sonra Anayasanın 129/V. maddesi ile Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine dayanarak genel hükümlere göre kusurlu tıbbi personele rücu edecektir. Tıbbi personelin salt kişisel kusurundan dolayı ise kendisine karşı adli yargıda doğrudan doğruya dava açılabilecektir.

## BİBLİYOGRAFYA

ALKANAT (Murat B.), “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sted Dergisi*, Cilt 11, Sayı 5, 2002, <http://www.tbb.org.tr/STED/sted0502/tbbi.pdf>. 4.10.2003.

ALVER (Cemil), *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Şafak Matbaacılık, Üçüncü Baskı, 1993.

ARMAĞAN (Tuncay), *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Kitabevi, Birinci Baskı, 1997.

ATABEK (Reşat), “Hastanelerin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 60, 1986, Sayı 10-11-12, s.628-650.

ATAY (Ethem), ODABAŞI (Hasan), GÖKCAN (H.Tahsin), *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

AYAN (Mehmet), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

AZRAK (Ali Ülkü), “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.135-150.

BAL (Yakup), ŞAHİN (Yahya), KARABULUT (Mustafa), *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

BAL (Yakup), ŞAHİN (Yahya), KARABULUT (Mustafa), *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

BALKAR (Kemal Galip), “Hizmet Kusuru”, *Adalet Dergisi*, Yıl 46, Sayı 2, Şubat 1955, s. 95-100.

BALTA (Tahsin Bekir), “Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu”, çev. Kazım Yenice, *Danıştay Dergisi*, Yıl 4, Sayı 12-13, 1974, s.100-120.

BAŞ (Zuhal Bereket) ve DEMİRKOL (Selami), *(Teori ve Pratikte) İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, İstanbul, Beta Yayınevi, Üçüncü Baskı, 2004.

BAYRAKTAR (Köksal), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

BENGİDAL (M.Süalp) – KESKİNKILIÇ (Bekir) -et.al., “Acil Servislerde Hekimin Adli Sorumluluğu”, *Sted Dergisi*, Cilt 10, Sayı 8, 2001, <http://www.tbb.org.tr/STED/sted0502/tbbi.pdf>. 4.2.2004.

BİLGİN (Pertev), *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996.

- ÇELİKKOL (Hüseyin), “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 4, Sayı 3, Temmuz 1985, s.16-26.
- DALAMANLI (Lütfü), *Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tatbikatı*, Ankara, İş Matbaacılık, 1973.
- DERBİL (Süheyp), *İdare Hukuku*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, Beşinci Baskı, 1959.
- DESCHENAUX (Henri) ve TERCİER (Pierre), *Sorumluluk Hukuku*, çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara, Kadioğlu Matbaası, Birinci Baskı, 1983.
- DEVİRİM (Semahattin), “Devlet Memurlarının Kişilere Vermiş Oldukları Zararlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 42, 1985, Sayı 1, s.42-47.
- DEVİRİM (Semahattin), “Kurumun Personele Rücu Hakkı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 10, Sayı 38-39, 1980, s.17-22.
- DURAN (Lütfi), *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- DURAN (Lütfi), *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.
- DURAN (Lütfi), “Türkiye İdaresinin Sorumluluğu”, Ankara, TODAİE Yayınları, 1974.
- DURAN (Lütfi), “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 1984, s.3-20.
- DURDU (Hüseyin), *Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk*, İzmir, 1986.
- DÜREN (Akın), *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- ERAYMAN (Şerif), “İdarenin Hizmet Kusuru”, *Beklenen Mahalli İdareler Dergisi*, Sayı 70, Mart 2000, s.22-26.
- ERDEMİR (Ayşegül Demirhan), *Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri*, Bursa, Uludağ Üniversitesi Basımevi, 1994.
- EREN (Fikret), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Basım Yayım, Sekizinci Baskı, 2003.
- EREN (Nevzat), *İl, İlçe ve Köylerde Sağlık Yönetimi ve Mevzuatı*, İstanbul, Beta Basım, 1984.
- EREN (Nevzat) ve UYER (Gülten), *Sağlık Meslek Tarihi ve Ahlakı*, Ankara, Hatiboğlu Yayınevi, Üçüncü Baskı, 1989.
- EROĞLU (Hamza), *İdare Hukuku*, Ankara, Işın Yayıncılık, Dördüncü Baskı, 1984.
- ERTAŞ (Şeref), “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti”, *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1990, s.65-107.
- ESİN (Yüksel) ve DÜNDAR (Erol), *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları Birinci Kitap: Usul*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971.



ESİN (Yüksel) *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Güven Matbaası, İkinci Baskı, 1976.

GÖZÜBÜYÜK (A.Şeref) ve TAN (Turgut), *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, 2001 (Cilt I: Genel Esaslar) (Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s." şeklinde kısaltılmıştır).

GÖZÜBÜYÜK (A.Şeref) ve TAN (Turgut), *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, 2003 (Cilt II: İdari Yargılama Hukuku) (Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.II, s." şeklinde kısaltılmıştır).

GÖZÜBÜYÜK (A.Şeref), *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Ondokuzuncu Baskı, 2003.

GÖZÜBÜYÜK (A.Şeref), *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Onüçüncü Baskı, 1999.

GÖZLER (Kemal), *İdare Hukuku Cilt II*, Bursa, Ekin Kitabevi, Birinci Baskı, 2003.

GÜNDAY (Metin), *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, Güncelleştirilmiş Sekizinci Baskı, 2003.

GÜNDÜZ (Hakan), "Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Vermiş Oldukları Zararlardan Devletin Sorumluluğu", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 17, Kitap 1, s.165-205.

GÜRAN (Sait), "Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s.193-212.

GÜRAN (Sait), "Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mart 1982), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.77-87.

GÜRAN (Sait), "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.

GÜRAN (Sait), "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.151-170.

GÜRSOY (Kemal Tahir), "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.71-133.

HANCI (İ.Hamit), *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2002.

HANCI (İ.Hamit) ve ÖZDEMİR (Hakan), "Hekim Hataları ve Yüksek Sağlık Şurası", *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl 17, Sayı 65, 1998, s. 77-83.

İMER (Mehmet), "İdare Hukukunda 'Hizmet Kusuru' Kavramı", *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl 18, Sayı 70, 1999, s.84-89.

İNAN (Atilla), “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 11, Sayı 42-43, s.18-38.

İYİMAYA (Ahmet), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*, Ankara, Afşaroğlu Matbaası, Birinci Baskı, 1990.

KANETİ (Selim), “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yetkilerini Kullanırken İşledikleri Kusurlardan Doğan Tazminat Davaları”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, Cilt XXXVI, Sayı 3, 1989, s.99-103.

KAPLAN (Gürsel), “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, [http://www.akader.org/khuka/2003\\_eylül/idareninsaglik.htm](http://www.akader.org/khuka/2003_eylül/idareninsaglik.htm), 11.05.2004.

KARAHASAN (Mustafa Reşit), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (İki Cilt Birarada)*, Ankara, Sevinç Matbaası, Birinci Baskı, 1981.

KARAHASAN (Mustafa Reşit), *Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat*, İstanbul, Beta Basım, Altıncı Baskı, 2001.

KARAVELİOĞLU (Celal), *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, C.I, Ankara, Beşinci Baskı, 2001.

KIRATLI (Metin), *Koruyucu İdari Hizmetler*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

KÖPRÜLÜ (Ömer), “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 58, Sayı 10-11-12., 1984, s.589-613.

ONAR (Sıddık Sami), *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, Üçüncü Baskı, 1966.

ORHUNÖZ (Ergun), *Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.

OZANSOY (Cüneyt), “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi* (1-4 Mayıs 1990), (Birinci Kitap: İdari Yargı), Ankara, Danıştay Yayınları, 1991, s.73-87.

ÖZ (Pınar), “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, 1984, s.706-719.

ÖZAY (İl Han), *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996.

ÖZDEMİR (Necdet), *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1963.

ÖZGÜLDÜR (Serdar), *AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, 1996.

ÖZTÜRKLER (Cemal), *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2003.

REİSOĞLU (Seza), “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mart 1982), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.1-18.

SARICA (Ragıp), “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XV, Sayı 1, 1949, s.34-54.

SARICA (Ragıp), “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XV, Sayı 4, 1949, s.858-895.

TANDOĞAN (Haluk), *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 1981.

TANDOĞAN (Haluk), *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

GÜLEÇ (Sema), *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Dördüncü Baskı, 2002.

GÜRBÜZ (Metin), *Beden Tamliğinin İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2001.

YAMAN (Murat), “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 18, Kitap 1, 2003, s.71-94.

YAYLA (Yıldızhan), “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.45-59.

YAYLA (Yıldızhan), *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990.

## **Özgeçmişim,**

1978 yılında Trabzon'un Maçka ilçesinde doğdum. İlk ve orta öğrenimimi burada tamamladım. 1996 yılında Trabzon Atatürk Sağlık Meslek Lisesinden, 2001 yılında ise Uludağ Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümünden mezun oldum.

Eylül 2002'de Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi yüksek lisans programına, Eylül 2003'te ise Doç.Dr. Kemal Gözler'in danışmanlığında "İdarenin Tıbbi Hizmetlerin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu" konulu tez çalışmasına başladım.

2000 yılından itibaren de Bursa İl Sağlık Müdürlüğü, 112 Şube Müdürlüğünde çalışmaktayım.

Aziz KÜÇÜK