

Prof. Dr. Onur KARAHANOGULLARI

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi – Mülkiye, İdare Hukuku

SAĞLIK HİZMETİNDE HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKSAL KAVRANIŐI (NEDEN VE KUSURLARIN ÇOKLUĞU)

Hekimlik bir meslektir. Hekimlik mesleğinin tek kişi tarafından yerine getirilmesi neredeyse olanaksızdır. Hekimlerin büyük çoğunluğu, kamu veya özel, bir sağlık kuruluşu içinde çalışmaktadır. Hekimin anlık ve arızı olarak gerçekleŐtirdiĐi müdahaleler dışında tek başına çalıŐması sınırlıdır. Muayenehanelerinde tek başına sağlık hizmeti veren hekim az sayıdadır. Bu durumda dahi hekimlik mesleği hemŐirelik, tahlil, görüntüleme vb. yan sağlık hizmetlerin katılımı ile gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle hekimin sorumluluğu değerlendirilirken hukuk öznesi olarak *hekim kiŐiyi* ele almak eksik kalacak ve hatalı sonuçlara yol açacaktır. Hekim büyük çoğunlukla bir sağlık hizmeti örgütlenmesi içinde faaliyette bulunmaktadır. Hekimin tek bir kişi olarak eylemleri, örgüt içinde yer alan diğer hukuk öznelerinin eylemleri ve daha önemlisi kiŐileri aşan nesnel örgütlenmenin gerekleri/zorlamaları tarafından belirlenmektedir. Sorumluluk türü olanak tanıdığı oranda, fiilleri kavranması gereken tek başına hekim değil *sağlık örgütü* olmalıdır. *Sağlık örgütü* kimi zaman tüzelkiŐilik sahibidir veya eylemleri bir tüzelkiŐiliĐe atfedilebilir. Gerçeekte burada araŐtırılan, sorumluluğun atfedilebileceği ve tazminatı ödeyebilecek bir malvarlığıdır. Gerçek veya tüzelkiŐiyi bulmak bu açıdan önemlidir. Sağlık örgütünü hukuk öznesi olarak değerlendirme önerisi, kiŐiden vazgeçme önerisi değil zarar doğuran davranıŐtaki çoklu nedenselliği/kusurluluğu kavrama gereğini vurgulama çabasıdır. Tüm hizmet sektöründe, özellikle de sağlık hizmetlerinde, üretim örgütlenmesi içindeki öznelerin davranıŐları ve onları bağlayan/aşan yönetim/örgütlenme faaliyeti görülmeden yapılacak değerlendirme, sorumluluğun önemli bir bölümünün sonuca yol açmamıŐ veya kusuru bulunmayan kişinin üzerinde kalmasına yol açar.

Sorumluluk ilke olarak kiŐiseldir. Hekimin ve sağlık hizmetinin sorumluluğu incelenirken sağlık örgütünü özne olarak almak kişisel sorumluluğu ortadan kaldırmaz, tersine kişiye kendi eyleminin sonucu olmayan zararların sorumluluğunu yüklememek için çözümlene olanağı sağlar. Kusur ve nedensellik koşullarının değerlendirilmesinde, hekimin etkinliğinin bir örgütlenme içinde gerçekleŐtiĐini bilmek, sonucu doğuran, örgütten ve örgüt içi öznelerden kaynaklı tüm *uygun nedenleri* araŐtırmaya ve bu nedenleri ortaya çıkaran kusurları saptamaya olanak tanır. Ceza ve tazmin sorumluluğuna ilişkin yargıla-

malarda kullanılan kusurun sekiz üzerinden oranlanması yöntemi, çoklu nedenselliği ve sorumluluğu kavramak için yeterli bir araç değildir. Nedensellik ve kusur, sorumluluk hukukun maddi ve manevi unsurlarına ait, ayrılmaz iki kavramdır. Kusurun sekiz üzerinden oranlanması dışında çoklu iliŐkideki nedensellik ve kusuru kavrayacak bir değerlendirme yapılmalıdır. Sağlık hizmeti örgütlenmesi içinde gerçekteşen suç ve zararlarda genellikle hekimin eylemiyle birlikte, nedenlerin çokluğu kavramıyla değerlendirebileceğimiz başka iradeler veya örgütlenmeden kaynaklanan nesnel belirlemeler bulunur. Bunlar değerlendirmeye alınmadan kurulacak sorumluluk hatalı olacaktır. Adli, idari ve askeri yargı düzenleri arasındaki görev dağılımının yarattığı sorunlar, davacı vekillerinin uygulamalı amacının ödeme gücüne sahip bir davalı bulma ve yargı düzeni uyumsuzluklarına takılmadan sonuç alma olması nedenlerin çokluğunu değerlendirme olanağını, sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların değerlendirilmesinde hekimi değil sağlık örgütünü özne olarak alan bir değerlendirme olanağını zayıflatmaktadır. Bununla birlikte, aŐaĐıdaki göreceğimiz gibi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarında bu yönde bir eğilim veya potansiyel bulunmaktadır.

Tek başına hekimin eyleminden veya bir sağlık örgütü içindeki hekimin eyleminden kaynaklanan suç veya zarardan sorumluluk kavranırken hekimliğin bir meslek olduğu da veri alınmalıdır. Hekim mesleğe ilişkin bilgi ve becerinin aktarıldığı uzun ve özel bir eğitim sonucunda elde edilen bir yetki ile faaliyette bulunur. Faaliyetinde meslek etiğine ve mesleğe ilişkin özel kurallara uymak yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimlik mesleği, kişilerin sağlık hakkını karşılayacak hizmetlerin üretiminde yetkilidir. Bu yetkiye sahip olmayanların sağlık hizmeti üretmesi suçtur. Üretimine katıldığı sağlık hizmetinin özelliği (örneğin yoğun dıŐsalıklar taşıması) ve lisans, uzmanlık ve ileri düzey eğitimleri sayesinde elde etmiş olduğu bilgi hekimlere diğer mesleklerden daha ağır yükümlükler ve yetkiler getirmiŐtir. Tıbbi karara bağlı olan veya tıbbi kararlar gerçekteşirilebilen ağır ve önemli toplumsal/siyasal sonuçlar bulunmaktadır. Bunun nedeni, hizmetle karşılanan gereksinimin niteliği ve hizmetin nesnel olduğu varsayılan bilimsel kurallarla gerçekteşirildiği kabulüdür.

Anayasada (ve insan hakları sözleşmelerinde) temel hak ve özgürlükler düzenlenirken tıbbi zorunluluk ve sağlık, hakların sınırlanması neden ve araçları olarak kabul edilmiştir. Bu konuların hekimlerin değerlendirmesine bağlı olacağı açıktır. Hekimliğin sağlık hakkının gerçekteşmesinin yanısıra kişi özgürlüğünün sınırlanmasıyla da bağlantısı vardır. Hekimlik mesleğinin en önemli niteliği, hekime bedene müdahale yetkisi vermesidir. Bunun dışında sağlık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması için temel gerekeğdir.

Anayasanın negatif statü haklarını düzenleyen kişinin hakları ve ödevleri bölümünün “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabilecek haller arasında tıbbi

zorunluluklar bulunmaktadır (“Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir./ Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”) Hekim veya sağlık hizmeti üreten örgüt, tıbbi zorunluluğa karar verecek öznedir. Tıbbi zorunluluğun varlığı vücut bütünlüğüne dokunmanın, en temel hak olan yaşama ve vücut bütünlüğüne sahip olma hakkının hukuka uygun sınırlamasının nedeni olmaktadır. Bunun dışında Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen pek çok maddesinde sağlık ve genel sağlık hakların sınırlama nedenleri arasında bulunmaktadır. Örneğin özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m. 21), haberleşme hürriyeti (m.22), dernek kurma hürriyeti (m. 33), sendika kurma hakkı (m.51), yargı denetimi (m.125), hakimlik ve savcılık teminatı (m.139) genel sağlık veya sağlık nedeniyle sınırlanabilmektedir.

Hekimlik ve onun ürettiği veya üretimine katıldığı hizmetin karşıladığı toplumsal ihtiyaç olan sağlık temel hak ve özgürlüklerle köklü biçimde bağlantılıdır. Bu nedenle de sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturan kamu düzeni içindedir.

Hekimin veya sağlık örgütünün üretimini gerçekleştirdiği hizmetin karşıladığı ihtiyaç olan sağlık anayasada bir hak olarak düzenlenmiştir. (“Madde 56: Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir./ Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir./ Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler./ Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir./ Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.)

Maddenin ilk fıkrasına göre “herkes sağlıklı yaşama hakkına sahiptir.”

Maddede sağlık hakkının karşılayacak hizmetlerinin “sağlık kuruluşları” eliyle karşılanacağı öngörülmektedir. Sağlık kuruluşlarının çalışmasında girişim özgürlüğü sınırlanmıştır zira “devlet, ... sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Bu planlama ve düzenlemenin, girişim ve mübadele özgürlüğüne getireceği sınırlamaların özel girişimi kamu hizmetine dönüştürecek yoğunlukta olup olmayacağı ayrı bir değerlendirme konusu olmakla birlikte maddede sağlık hizmeti için kamu hizmeti örgütlenmesi kurulacağı da açıkça öngörülmüştür: “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” Devletin kamu hizmeti örgütlenmesi ile sağlık hizmeti sunacağı düzenlenmiş olduğu gibi özel girişime yönelik olarak da denetlemeyi aşan bir ilişkiyi gerektirecek olan “yararlanma” öngörülmüştür.

Bu durumda sağlık gereksinimi karŐılamak üzere örgütlenmiş olan kamu örgütlenmelerinde ve devletin görevini yerine getirmek üzere yararlanmakta olduğu özel sağlık girişimlerinde üretilen sağlık hizmetlerinden yararlanmak bir kamu hakkından yararlanmaktır. Kurumsal ve kişisel özel girişim olarak sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanma ilişkisi ise devletçe planlanmasının, hizmetin düzenlenmesinin ve denetlenmesinin yoğunluğuna göre yalın bir sözleşme kurma ehliyeti ve özgürlüğünden çok bir hakkın kullanımudur.

Kamu hizmeti olarak yararlanılan sağlık hizmeti kullanıcı iliŐkisinin sözleşme hukuki biçimi ile karŐılanması olanaklı değildir. Kullanıcı hakkını talep ederken sunucu olan kamu yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Kamu sağlık örgütlenmesinde bu durum belirgindir.

Bireysel ve kurumsal özel giriŐimcilerce sunulan sağlık hizmetinden yararlanma ancak mali yönü sözleşme biçimi kazanabilecek olan hak iliŐkisidir. Kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı sözleşme konusu yapılamaz, sağlık girişimcisi de sağlık hizmetinin hukuk veya meslek kurallarına dönüşmüş veya tıp biliminin gerekleri olarak kendini dayatan konularını sözleşme konusu yapamaz. Nitekim sağlık hizmetlerinin sunumu ve hekimlik mesleğinin icrası devlet ve meslek odaları tarafından ayrıntılı emredici kurallara bağlandığı gibi hastaların hizmetten yararlanmadaki seçim olanakları da mevzuatta bir hak olarak tanınmaktadır.

Anayasanın “ÇalıŐma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesine göre “Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir.” Sözleşme özgürlüğü içeriksizdir, soyut bir yapabilme gücü, ehliettir. Somut emeğe değil, soyut emek gücüne; kullanım değerine değil deėiŐim değerine benzer. Sözleşme özgürlüğü, kapitalist toplumsal formasyonda hakların soyut olanağıdır. Tüm haklar sözleşme kurma özgürlüğüne indirgenebilir. Bu genel ilke, bozulmalara/istisnalara uğrar, devletin kamu hizmeti örgütlemesi bu istisnalardan/bozulmalardandır. Devletin sağlık hizmetini, piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda baėıŐık kılarak üstlenmiş olduğu durumlarda yararlanma sözleşme biçimini alamaz. Bir temel hakkı karŐılamak üzere vergilerle, kamu gücü ve yükümlülükleriyle örgütlenmiş idare sözleşme kurma özgürlüğünün taşıyıcısı olmadığı gibi hizmetten yararlanmak isteyen kişi de soyut bir sözleşme kurma özgürlüğünün kullanıcısı değil sağlık hakkından, yani bir kullanım değerinden, yararlanmak isteyen kiŐidir. Devletin üstlenmiş olduğu ve doğrudan doğruya üreterek sunduğu sağlık hizmetinden yararlanma sözleşme biçimi alamaz, öyleymiŐ gibi görüldüğü, bu biçim verilmeye çalıŐıldıėı durumlarda da sözleşme tüm ilişkiyi kavrayamaz. Bir hakkın kullanımını istemi sözleşme için icap veya icaba davet değildir. Devletin (idarenin) piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda baėıŐık kılarak (-ki sağlık alanında piyasanın temel işleyiş ilkelerinin devrediiŐ bırakılma derecesi son derece yüksektir. Genel sağlık sigortası, kamu gelirlerinden karŐılanma derecesi, sosyalleŐtirme, hekimlerin çalıŐma hakkına ilişkin sınır-

lamalar, özel girişime getirilmiş olan izin sınırlamaları vb. ilk akla gelenlerdir.) üstlenmiş olduğu hizmetin üretimini, doğrudan doğruya kendi personel, araç gereç ve örgütüyle gerçekleştirmediği piyasa ile ilişkiye geçerek hizmetin tamamını veya temel parçalarını özel girişimciye yaptırdığı durumlarda da, artıdeğerin veya bunun ikincil bölüŐümünün önemli bir bölümü özel girişimciye aktarılmakta olsa da, kullanıcı ile hizmet sunan arasındaki ilişkinin niteliği ve hukuki biçimi değişmemektedir. Kamu sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen kişi bu isteğini bildirmekte ve idare de doğrudan veya aracıyla hizmet sunmaktadır.

Anayasanın “ÇalıŐma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesine göre “Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir.” Temel hak ve özgürlüklerin niteliğini düzenleyen 12. maddeye göre ise “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Temel hak ve özgürlüklerin bu nitelikleri ve kullanılma rejimi sözleşme özgürlüğünün de sınırınıdır. Sözleşme özgürlüğü örneğin bir temel haktan vazgeçmeyi, yararlanmayı konu edinen edimi kapsamaz. Temel hakları düzenleyen maddelerdeki hukuki rejim de sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirler. Sağlık hakkını düzenleyen 56. maddeye göre devletin sağlık hizmetlerini tek elden planlaması, özel girişimden yararlanması, özel kesimi denetlemesi kuralları, 12. maddedeki kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez olma nitelikleriyle birlikte sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır. Anayasadaki bu yapının somutlaŐtıĐı yasal çerçevedeki emredici kurallar ve sağlık bilimi ile hekimlik mesleğine ilişkin bilimsel/teknik kurallar sözleşme konusu edilemeyecek niteliktedir. Borçlar Kanunu’nun “Sözleşme Özgürlüğü” başlıklı 26. maddesine göre “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” Kanununun “Kesin hükümsüzlük” başlıklı 27. maddesine göre ise “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Sağlık hakkının Anayasadaki düzenlemesi, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kuruluşlarını kabul etmekte, devlete sağlık hakkını doğrudan kamu kuruluşlarında üretmek ve özel girişimlerden yararlanarak gerçekleştirme görevi vermektedir. Bunun dışında özel sağlık girişimlerini planlama ve denetleme görevi bulunmaktadır. Bireysel ve kurumsal özel girişimler, devletin planlaması ve denetimi içinde sağlık hizmetleri üretebilir ve satabilirler. Kişiler, bireysel veya kurumsal özel girişimlerden sağlık hizmeti satın alabilirler. Bu durumda ortaya çıkan ilişki sözleşme biçimini alabilecektir. Hekim ile hekime başvuran kişi arasındaki ilişki *vekalet sözleşmesi*; özel sağlık kuruluşuna başvuran kişi ile ilişki de *hastaneye kabul sözleşmesi* olarak nitelendirilmektedir. Hekimin veya sağlık kuruluşunun sağlık hizmetinden kaynaklanan sorumluluğu da sözleşme hükümlerini ihlal kavramıyla değerlendirilmektedir. Bu kavramlaştırma kısmen doğrudur. Serbest hekim (bireysel girişimci) veya özel sağlık kuruluşu ile başvuran kişi arasında *sağlık hizmetinin içeriğine* ilişkin sözleşme kurulamaz.

Özel girişimci ile başvuran kişi arasındaki ilişkinin sözleşme konusu olabilecek yönleri ilişkinin emredici hukuk kurallarıyla (-ki büyük çoğunluğu sağlık hizmetini tarafların iradesinden bağımsız biçimde düzenleyen kamu hukuku kuralları ile hekimlik mesleğine ilişkin kurallardır) düzenlenmemiş bölümleridir. Sağlık hizmetlerinin otelcilik yönüne, hizmetten yararlanmanın zamanına, sağlık ekibi seçmeye, ödenecek paraya (fiyata) ilişkin konular ilk akla gelenlerdir. Bunlarda da sözleşme kurma özgürlüğü üzerinde kamu hukuku sınırlandırmaları vardır. Buna karşılık tıp biliminin, hekimlik mesleğinin, devletin planlama ve düzenleme görevinin, sağlığın bir temel hak ve hakların sınırı olarak düzenlenmiş olmasının getirmiŐ olduğu emredici hukuk kurallarının düzenlediği konular sözleşme kurma özgürlüğünün alanında değildir, bunlar sözleşme konusu yapılmıŐsa, sözleşmeler veya ilgili hükümler hükümsüzdür (Borçlar Kanunu'nun "Kesin hükümsüzlük" başlıklı 27. maddesine göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür./ Sözleşmenin içerdiki hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."). Örneğin tıbbi müdahaleden önce hastanın aydınlatılmış onamının alınması sözleşme konusu yapılamayacak bir kamu hukuku yükümlülüğüdür. Buna ilişkin bir sözleşme hükmü kesin olarak hükümsüzdür.

Burada devletin doğrudan veya özel girişimci aracılığıyla sunduğu sağlık hizmetlerinden değil de bireysel ve kurumsal özel girişimcilerin sunduğu/sattığı sağlık hizmetlerini ele almayı sürdürdüğümüzü anımsatalım. Sözleşme kapsamı dışında kalan veya mevcut sözleşmenin kurallarının hükümsüzlüğü nedeniyle sözleşme dışı kalan ilişki, idarenin denetim sorumluluğu bir yana, haksız fiil kurumuyla değerlendirilmelidir.

İlişkiye ilk bakıŐta görünen, piyasada girişimcilerin sağlık hizmeti üreterek satıŐa sunması ve bundan yararlanmak isteyen kişilerin de talepte bulunmasıdır. Bir mübadele ilişkisi kurulmaktadır, özgür alım satım sözkonusudur. Hak ve kamu hizmeti kavramına yabancı, piyasada gerçekleştiği varsayılan üretim ve mübadelenin vergilendirme ve devlet örgütlenmesi ile iç içe geçmiş olduğunu hiç görmeyen bir değerlendirmenin burada özgür mübadele iliŐkisinin hukuki biçimi olan sözleşmeyi kullanması olağan bir yanıŐtır. Bu yaklaşımda kurulan ilişkinin çok katmanlı/yönlü olduğunu görmek gereksizdir; hatta yargı düzeni, husumet, süre, ispat yükü, tazminat hesaplamaları, tahsilat vb yarattığı sorunları biraz daha artırma tehlikesi taŐımaktadır.

Bireysel ve kurumsal özel girişimcilerin sunduğu/sattığı sağlık hizmetlerinde sözleşme özgürlüğü fiyat, otelcilik hizmetleri ve benzeri, sağlık hizmetinin içeriğiyle doğrudan bağlantılı olmayan konularda sözkonusudur. Bu konulara ilişkin sözleşmelerin Borçlar Kanunu'ndaki hangi sözleşme tipine göre değer-

lendirileceği ayrı bir inceleme konusudur. Bireysel ve kurumsal özel girişimci-
lere başvuranlar genellikle yazılı bir sözleşme yapmazlar. Başvuran kişi hekimle
veya özel sağlık kuruluşuyla arasında bir sözleşme kurulduğunu veya kurula-
bileceğini düşünmez bile. Kurulan ilişki hukukçular tarafından nitelendirilerek
sözleşmeye dönüőtürülür. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme olarak
kavranması genel kabul görmekte; hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesinin
sağlık hizmeti/tıp bilimi ile uyumsuzluğu nedeniyle ve Borçlar Kanunu'nun
"vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düőtükleri ölçüde, bu Kanu-
nunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır (m.502/II)." hükmüne
dayanılarak vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Vekalet,
vekalet verenin hukuken kendisinin yapabileceği bir işini veya işlemini bir baş-
kasına yaptırmasıdır. Kişi bir davada, davacı veya davalı mevkiinde bulunabilir.
Fiilen bu beceriye sahip olmaması biryana bu ehliyetle hukuken sahiptir. Bir
kişinin kendi bedenine de olsa yasal hekimlik belgeleri olmadan, kimi durum-
larda yasal olarak belirlenmiş yerler dışında tıbbi müdahalede bulunma yet-
kisi, tedavi yöntemleri belirleme, ilaç yazma vb. yetkileri yoktur. Fiilen buna
olanak da yoktur. Bunların vekalet sözleşmesine konu olabilmesi de olanaklı
değildir. Bir kişi kendini boşanma davasında vekaleten temsil ettirebilir, ancak
bir hastanede vekaleten ameliyat olamaz.

Serbest hekimle (bireysel girişimci) veya özel sağlık kuruluşu ile başvuran
kişi arasında sağlık hizmetinin içeriğine ilişkin sözleşme kurulamaz. Özel giri-
şimci ile başvuran kişi arasındaki ilişkinin sözleşme konusu olabilecek yönle-
ri ilişkinin emredici hukuk kurallarıyla (-ki büyük çoğunluğu sağlık hizmetini
tarafın iradesinden bağımsız biçimde düzenleyen kamu hukuku kuralları
ile hekimlik mesleğine ilişkin kurallardır) düzenlenmemiş bölümleridir. Bu-
nun dışında bireysel ve kurumsal özel girişimcilerinin sunduğu/sattığı sağlık
hizmetlerinin sözleşme konusu yapılamayacak konularından kaynaklanan zar-
arların, devletin denetleyici olarak sorumluluğunun bulunabileceği gözardı
edilmeden, haksız fiil kurumuyla kavranması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 49.
maddesine göre "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu
zararı gidermekle yükümlüdür."

Tarafların sözleşme edimlerini yerine getiren faaliyetleri değil, bir hizmet
örgütlenmesi, örgütlenme içinde (icrai ve ihmali) fiillerin çokluğu sözkonusu-
dur. Nedenlerin çokluğu, sağlık hizmetinin örgütlenmesinden kaynaklanan
zararların değerlendirilmesinde genel ilkedir. Bu nedenler içinde *uygun ne-
densellik* bağını kurmak, birden fazla uygun nedeninin biraraya gelmiş olup
olamayacağını, *ortak nedenselliği* araőtırmak haksız fiil kavramlaőtırmasıyla
olanaklı hale gelir. Sağlık hizmetinin yalnızca hekimin eli ürünü olan bir ey-
lemlerle ortaya çıkması enderdir. Tıbbi müdahale ile sağlık hizmeti ayırımı yapıl-
masının güç olduğu durumlarda *yalın ortak nedensellik* veya *kusurlu ortak
nedensellik* durumları ortaya çıkabilir. Özellikle kurumsal özel girişimcilerin
sunduğu/sattığı sağlık hizmetlerinde sağlık personelinin kişisel kusurlarından

farklı olarak, sorumluluğu girişimciye atfedilebilecek nesnel bir örgütlenme kusuru bulunabilir ki bu da idarenin sunduğu sağlık hizmetleri için kullanılan hizmet kusuruna benzetilebilir.

Sağlık hizmetleri, yasalarla ve yasa altı kuralkoyucu işlemlerle yoğun biçimde düzenlenmiştir. Mevzuat, büyük oranda tıp biliminin teknik kurallarının hukuk kurallarına çevrilmesinden oluşmaktadır. Bunun dışında mesleki kurallar da bulunmaktadır. Sağlık hizmetinde zarar doğuran eylemi kusurlu hale getiren faaliyeti düzenleyen bu ayrıntılı teknik ve hukuki kurallara uyulmamasıdır. Bunun dışında elbette eylemi gerçekleştiren kişinin iradesindeki bozukluk, suç işleme kastı gibi, hizmete yabancılaşmış nitelikte de olabilir. Bu durum ise sağlık hizmetine özgü, özel olarak değerlendirilmesi gerektiren özellikler gösterir nitelikte değildir.

Özel girişimcinin verdiği sağlık hizmetinden kaynaklanan zararın haksız fiil olarak kavranması durumunda, haksız fiillerde ispat yükünün zarar görene ait olması (BK. m.50/1) hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu hüküm, sağlık hizmetinden yararlanırken kurulan ilişkinin tüm teknik bilgisinin ve verilerinin özel girişimcide olduğu olgusu gözetilerek değerlendirilmelidir. Sağlık girişimcisi için bu bilgilere sahip olmak, düzenli olarak kayıt tutmak, bunları saklamak kişi tarafından özgür iradelerinden, sözleşmeden kaynaklı bir edim değil, yasal yükümlülüktür. Bu yükümlülükle uyumlu olarak Hasta Hakları Yönetmeliği kişi ere kendileri ilgili bilgi ve belgelerin örneğini alma hakkı verilmiştir. Bu kapsamda yer almayan veriler için veya sağlık girişimcisinin istenilmesine rağmen verileri sunmadığı durumlarda zarar görenin, karşı tarafın yasal yükümlülük gereği elinde tuttuğu verilere erişmesi ancak mahkeme kararı ile olanaklı olacaktır. Bu nedenle bu konulara ilişkin kanıt yükünün zarar görenin üstünde olması hukuka aykırıdır.

Kamu sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların giderimi *hizmet kusuru ilkesi* kurumuyla ve bireysel veya kurumsal özel girişimden alınan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların giderimi de *haksız fiil* kurumuyla kavranır. Sözleşme hukuki biçimi, temelini hekimlik mesleğinin ve tıbbi faaliyetlerin oluşturduğu sağlık hizmetine yabancıdır.

Kamu sağlık kuruluşlarında yani idari birimlerde verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda hekim sağlık hizmetinin unsurlarından biridir, zarar doğuran eylem salt onun elinden çıkmamaktadır. Çoklu ilişki sözkonusudur. Hekim hizmet örgütlenmesinin parçasıdır, kusurlu eylemin bu örgütlenmeye tamamen yabancılaşması durumunda hekimin tek başına sorumluluğundan söz edilebilir. Ancak bu durum kamu hizmeti örgütlenmesinde enderdir. Suç niteliği taşıyan kişisel kusurların hizmete yabancılaştığı kabul edilir. Burada özellikle vurgulanması gereken suçlar arasında ayırım yapılması gerektirir. Görev suçları zaten hizmet kusuruyla bağlantılıdır, görevin kötüye kullanılması bir suçtur ancak kamu görevlisinin kusurunu hizmete yabancılaştırmaz zira

hizmetteki kusuru zaten kötüye kullanma oluşturmaktadır. Daha önemlisi, kasıtlı iŐlenen suçlarla taksirli suçlar arasında ayırım yapılmasıdır. Kamu görevlisinin taksirli suçları hizmete yabancılaŐmaz. Hizmet kusuru kamu görevlisinin taksirli eylemi nedeniyle ortaya çıkmıŐtır. Eylemin taksirli suç oluŐturması, idarenin ödeyeceği tazminatta kamu görevlisinden geri alacağı (ona rücu edeceği) oranı belirleyecektir. Hizmete yabancılaŐan kişisel kusur tiplerinden suç kasıtlı suçlarla sınırlamak özellikle hekimin sorumluluğu için büyük önem taŐımaktadır. Hekimlerin zarar doğuran eylemleri, yaşama ve beden bütünlüğüne yönelik sonuç doğurduğu için yargılanma, ender kasıt halleri dışında, taksirli suçlardan olmaktadır. Hemen her tazmin sorumluluğuna ceza sorumluluğu da eŐlik etmektedir. Hekimin zarar doğuran eyleminin taksirli suçtan yargılmasına yol açmıŐ olması, kusurunun hizmete yabancılaşmış olduğu ve tazminat davasının hekime karşı açılması sonucunu doğurmaz. Taksirli suçlarda da kusurun hizmete yabancılaŐıp yabancılaŐmadıĐı zaman, mekan, konu, hizmet aracı vb. ölçütlerle ayrıca değerlendirilmelidir.

Devletin kamu hizmeti olarak üstlenmiş olduğu mal ve hizmet üretimini kendi örgütü, personeli, araç gereci ile bizzat üretmeyip imtiyaz, yap-iŐlet-devret, lisans vb yöntemlerle özel girişimcilere kamu hizmeti alanına girme olanağı taniyarak ürettirdiği veya özel girişimden hizmet satın aldığı durumlar ile kamu hizmeti olarak üretilmeyen mal ve hizmetlere ilişkin devletin tüm üretim ve mübadele sürecini dıştan denetlediği (kolluk faaliyeti) durumlar sağlık hizmetlerinde zarar doğuran eylemin ve sorumluluğun saptamasında özellik gösterir.

Sağlık kamu hizmetinin özel girişimciye imtiyaz veya hizmet satın alma gibi yöntemlerle yaptırıldığı durumlarda hizmetin asıl sahibi idare olduğu ve idarenin faaliyetin tüm niteliklerini girişim içinden (içten) denetleme yetkileri bulunduğu için idarenin özel girişimci ile birlikte sorumluluğu sürecek, hekim ile örgütün ilişkisinde özel girişimci ile birlikte idare de değerlendirilecektir. Tekel, müşteri ve ödeme güvencesi, resmi belge ve ruhsat düzenleme yetkileri, vergi ve benzeri teŐvikler, iŐgücü üzerindeki kamu yükümlölükleri gibi piyasanın işleyiş kurallarından farklılaŐma özellikleri dikkate alındığında kurumsal özel sağlık girişimlerinin piyasada yalnızca zabıta (ve diğer kolluk) denetimine tabi herhangi bir ticari girişim olmadığı bunların kamu hizmeti alanına girdiği görülmektedir. Kamu hizmeti alanında faaliyette bulunan ticari girişimlerin değerlendirilmesinde ilk bakıŐta yanıltıcı olan yön kâr amaçlı faaliyette bulunmalarıdır. Burada girişimcinin gelirini birincil bölüŐümde el koyduğu artıdeğerden çok kamu gelirlerinden yapılan ödemeler yani ikincil bölüŐümde siyasal/idari kararlarla dağıtılan pay oluşturmaktadır.

Devletin kamu düzenini sağlamak için girişim özgürlüğünü bildirim, izin ve denetim gibi yöntemlerle sınırlaması ise düzenlenen üretim ve mübadeleyi piyasanın *temel* işleyiş kurallarından farklılaŐtırmadıĐı için kamu hizmeti ya-

ratmaz, dıŐtan denetimi anlatan kolluk faaliyetidir. Bireysel ve kurumsal özel sağlık giriŐimleri üzerinde de idari birimlerinin kolluk denetimi vardır. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararın doğumuna yol ačan nedenler arasında devletin bu kolluk denetimini yapmamıŐ veya hatalı yapmıŐ olması da bulunabilir. Denetim kusuru zararı tek baŐına doğurabilir veya zarar doğuran nedenlerden biri olarak ortaya çıkabilir.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan zararda, hekimin, sağlık personelinin, idari personelin, örgütlenmenin, iŐletmenin ve hizmet sahibi olan devletin eylemlerinin yanısıra devletin denetim eyleminin katkısı da nedensellik ve kusur ilkeleriyle araştırılmalıdır. Bu araŐtırmayı zorlaŐtıran özellik sağlık hizmetinin toplumsal örgütlenme biçimidir. Sağlık hizmetinin karşıladığı ihtiyacın yoğun dıŐsallık taşıyan özelliği, insan yaŐamı ve onuruyla bağlantısı, ekonomik büyüklüğü, kamu kaynaklarından karŐılanma derecesi, sermaye ile iŐçi sınıfı arasındaki siyasal/iktisadi ilişkinin devletçe düzenlenme biçiminin (genel kamu sigortası gibi) özelliği, kişinin hekim olma ve çalıŐma hakkı, kişilerin hekim seçme hakları ve benzeri nedenler sağlıkta özel girişim ile kamu örgütlenmesini içiğe geçirmiŐtir. Devlet bizzat hizmet üreten, hizmet satın alan, imtiyaz veren ve sigorta örgütleyen olarak hizmet sunucusu ve planlayıcısıdır. Özel kurumsal girişimler saf ticari faaliyetten çok devlete hizmet satarak gelir elde etmektedirler. Kör eden promosyon örneğini düşünelim. Bir kurumsal özel sağlık girişimi, katarakt ameliyatı yaparak para kazanmaktadır. Müşteri bulmak amacıyla minibüsle köyleri, kasabaları dolaŐmakta, ücretsiz muayene yapmakta ulaŐım ve yemek promosyonu ile bedava katarakt ameliyatı olacak müŐteriler toplanmaktadır. Kampanyalı, promosyonlu katarakt ameliyatı sonrası yedi köylü gözünü kaybetmiştir. Devletin gezici göz taraması ve müşteri toplama faaliyetini, sağlık tesisinin hijyen ve teknik koŐullarını denetleme görevi kolluk kapsamında değerlendirilebilir. Zarar görenler, hekim ve sağlık iŐletmesinin yanısıra bu yönleri de incelemelidir. Bunun dışında, hizmetin ve tıbbi müdahalenin ücreti sosyal güvenlik kuruluşlarından ödenmekteyse ortaya kolluk denetimini aşan bir olasılık çıkmaktadır. Sosyal güvenlik kuruluşlarının yaptıkları ödeme basit bir sigortacı ödemesi değildir, hizmet standartlarına ilişkin bir kamu denetimini de gerektirir. Bu denetim ise güvenlik, sağlık, dirlik/esenlik unsurlarından oluşan kamu düzenini korumayı amaçlayan kolluk denetimi değil örgütlenmiş olan bir kamu hizmetinin, yasal ve teknik kurallarına uygun üretilip üretilmediğinin denetimidir. Sağlık hizmetinin toplumsal örgütlenmesinde devlet – özel girişim ilişkisi, piyasada kamu aracılığıyla risksiz ve güvenceli kâr eden özel giriŐimlere ve buna aracı olan idareye kamu sorumluluğunu dayatacak biçimde kavramlaŐtırılmalıdır.

Sağlık hizmetlerinde hekimin sorumluluğu hizmet örgütlenmesi içinde, onunla birlikte değerlendirilir. Zarar doğuran eylem doğrudan doğruya hekimin olsa ve hekimin kusuru bulunsa dahi nedenlerin ve kusurların çokluğu olasılığı da bulunmaktadır. İdarenin sağlık hizmeti sunduğu birimlerde de bireysel

ve kurumsal özel girişimlerde de aynı özellik sözkonusudur. Örgütlenmenin enazda olduğu bireysel özel girişimde (muayenehanede tek başına çalışan hekim için) nedenlerin ve kusurların çokluğu olasılığı düşüktür. Buna karşılık kurumsal özel girişimlerde ve özellikle kamu sağlık kuruluşlarında hekim ileri düzey ve yoğun bir örgütlenme için çok sayıda aktörle birlikte ve örgütlenmenin gerekleriyle sınırlanmış olarak faaliyette bulunmaktadır. Hekimin eyleminin/kusurunun örgütlenme ile bağlantısını ortaya koyan yargı kararlarını inceleyeceğimiz bu bölümde kamu sağlık kuruluşları ile sınırlı inceleme yaptık. Kurumsal özel sağlık girişimlerinde hekim – örgüt ilişkisi Yargıtay kararlarının ayrıca incelenmesini, ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir.

Kamu sağlık kuruluşlarının verdiği sağlık hizmetlerinde hekimin sorumluluğunun örgütlenme ile ilişkisini ortaya koyan kararlar Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlığına ilişkin kararları, Danıştay ve Yargıtay'ın yargı düzeni itibariyle yetki ve husumete (davalı sıfatına) ilişkin kararlarıdır. İdarenin kamu hizmeti yürütürken verdiği zararlardan doğan uyuşmazlıklar ilke olarak idare aleyhine idari yargı düzeninde açılacak davalarla çözülür. İdari yargıda ancak idare davalı olabilir. Kişi aleyhine dava açılmaz. İstisnai de olsa hizmetin yürütölüş biçiminin piyasanın işleyiş kurallarından farklılaşmadığı durumlarda kamu hizmeti örgütlenmesinden kaynaklanan zararların adli yargıda açılan davalara konu olması da olanaklıdır. Ayrıca kamu hizmeti sırasında doğan zararın, hizmeti sunan kamu görevlisinin, kendisine verilmiş olan görev ve yetkilere tamamen yabancılaştığı durumlarda, zarar doğuran eylem artık idareye atfedilmemekte, eylem ve dolayısıyla sorumluluk kamu görevlisi kişinin olmakta, dava da adli yargıda kişi aleyhine açılmaktadır. Bu hukuki yapıdan idari ve adli yargı düzenleri arasında görev uyuşmazlıkları ve kimin dava edileceği (husumet) sorunları doğmaktadır. Bu sorunları çözen Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarının incelenmesi kamu sağlık kuruluşlarının sunduğu sağlık hizmetlerinde hekimin sorumluluğu ile örgüt ilişkisini de belirlemektedir.

Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale veya genel olarak tıbbi etkinlik ile sağlık kamu hizmeti ayrılmamaktadır. Sağlık kamu hizmeti hekimin tıbbi etkinliği temel olan çok aktörlü çok verili bir hizmet örgütlenmesidir. Örneğin doğum yaptırma hekimin eylemi olsa da sağlık kamu hizmetinin içindedir ve idareye atfedilir.

“... dava Sağlık Bakanlığı aleyhine sürdürölmüştür. Hatalı doğum yaptırılıp yaptırılmadığı hizmete ilişkin hususlardan olup hizmet kusuru olup olmadığı idari yargıda araştırılacaktır (Y4HD, E. 2007/11301, K. 2007/16309, 25.12.2007).”

Hizmet ile hekimin/sağlık görevlisinin eylemi arasındaki bağlantının değerlendirilmesine olanak sağlayan kararlar, usul hukukunun yargı düzeni itibariyle yetki (görev) ve husumet kurumlarına ilişkindir. Yargıtay kişisel eylem/kusur

ile hizmet bağlantısına ilişkin değerlendirmelerinde görevi de husumeti de kullanılabilmektedir. Örnek olayda kişiler, küçük çocuklarını muayene eden hekim ile iğne yapan hemşirenin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kalıcı sakatlığa yol açtığı gerekçesiyle adli yargı yerinde hem idare hem de görevliler aleyhine tazminat davası açmıştır. Yargıtay kamu görevlileri için husumet değerlendirmesi yapmadan davalı idare için yargı düzeni değerlendirmesi yapıp görevden ret kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

“... zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğması nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının saptanması gerekmekte olup, bu hususların saptanmasının ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceği ... Yerel Mahkemece, davalı Sağlık Bakanlığı hakkındaki davanın idari yargı yerinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği göz önüne alınmadan, hatalı teşhis ve değerlendirme sonucu adli yargı yerinin görevli olduğu benimsenmek suretiyle işin esasının incelenmesi ve bu yönde direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (YHGK, E. 2011/4-504, K. 2011/606, 12.10.2011).” Aynı yönde: Y4HD, E. 2010/3415, K. 2010/4441, 15.4.2010

Hekimin kusuru, sağlık hizmeti örgütlenmesi içinde ortaya çıkması durumunda idarenin sorumluluğu ve hizmet kusuru olarak kavranır. Örnek olayda idarenin sağlık kuruluşundaki bir hekim, yumurtalıkta kist olduğu teşhisi koyarak hastayı ameliyat etmiş, ameliyat sırasında kanama durmayınca devlet hastanesinden çağrılan doktorlarla yapılan konsültasyon sonucu kist sanılarak alınan parçanın atipik bir böbrek olduğu anlaşılmıştır. Hasta kötüleşmesi üzerine Tıp Fakültesi Hastahanesine kaldırıldığında çekilen röntgende böbrek yerinde görülen karartının nedenini anlamak için ikinci ameliyat yapılmış bunun da önceki ameliyatta unutulmuş gazlı bez olduğu görülmüştür. Doğuştan tek böbrekli olduğu anlaşılan ve ameliyat sonucu böbreksiz kalan hasta annesinden böbrek nakli yapılarak kurtarılmıştır. Adli yargıda hekim aleyhine tazminat davası açılmış Asliye Hukuk Mahkemesi davalı doktoru tazminata mahkum etmiş, bu karar davanın idare aleyhine açılması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davada Antalya İdare Mahkemesi görevsizlik kararı vermiş, karar kesinleşmiştir. Bunun üzerine Bakanlık aleyhine açılan davada Asliye Hukuk Mahkemesi tazminata hükmetmiştir. Bu karar ise yargı düzeni yanlışlığı nedeniyle bozulmuştur. Görev uyuşmazlığı çıkması üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi kamu görevlisi aleyhine değil idare aleyhine idari yargıda dava açılması gerektiğine karar vermiştir.

“...[ilgili sağlık kuruluşunun] bir kamu kuruluşu; ameliyatı yapan doktorun da devlet memuru statüsünde çalışan bir görevli ol-

duğu, olayın görev sırasında meydana geldiği, dosya içeriğinden anlaşılma ve esasen bu konuda bir uyuŐmazlıkta bulunmaktadır. Bu durumda ... kamu hukukuna tabi bir görevle ilgili olarak uğranılan zarar sözkonusu olduğundan, uyuŐmazlıđın öncelikle görüm ve çözümünün idari yargıya ait olması gerekir. Bu itibarla, kamu hizmeti yürütmekle görevli kılınmış kamu kurumunun anılan hizmetin yürütülmesi sırasında kişiye verdiği zararın tazmini istemine ilişkin bulunan bu davanın incelenmesi ve kamu hizmetinin yöntemine göre yapıp yapılmadığının tespiti idari yargının görevine girmekle, idare mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir (UM-HB, E. 1991/28, K. 1991/28, 14.10.1991).”

Kamu sağlık hizmetlerinde hekimin eylem ve kusurunun örgütlenmenin içinde yer aldığı ve kamu hizmetinin kusurundan ayrı değerlendirilmeyeceği bir ilkedir. Hizmetten bağını koparan hekim kusuru istisnadır. Yargıtay hekimi kusurunun hizmet kusuru ile birlikte varolduğunu ilke olarak kabul etmekte, bunun tersi açıkça belirtilmediği durumlarda hizmet kusurunu temel alan değerlendirme yapmaktadır. Örneğin davanın hem hekime hem de kuruma karşı açılmış olması davacı aksini belirtmemiŐse, davanın hizmet kusuru iddiasına dayandığını göstermektedir.

“Davacılar, davalı Karadeniz Üniversitesi Rektörlüğü ve diğer davalı Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi doktoru aleyhine kusur ve ihmalleriyle ölüme sebebiyet verdikleri iddiası ile davalılardan maddi ve manevi tazminat isteminde bulunduğuna göre; istemin hizmet kusuruna dayandığı sonucuna varılmaktadır. ... yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düŐmediđinden kararın bozulması gerekmiştir (Y4HD, E. 2012/8396, K. 2012/11413, 28.6.2012).”

İdarenin sunduğu sağlık hizmetlerinde hekim kusuru nedeniyle oluşan zararların giderimi için dava idare aleyhine açılmalıdır. Davacılar, haklarını güvenceye alma saikiyle davalı mevkiine idare ile birlikte hekimleri de koymakta veya idari yargıda idare, adli yargıda hekim aleyhine davalar açabilmektedir. Uyuşmazlık mahkemesi idarenin örgütlediği sağlık hizmetlerinde hekim kusurundan kaynaklan davalarda dava idare ile birlikte görevli hekim aleyhine açılmış olsa bile idari yargıyı görevli görmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesinin hasım değiştirme yetkisi, idare mahkemesinin ise gerçek kişi hasma karşı dava görme yetkisi bulunmamaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargının görevli olduğuna karar verirken görevli yargı düzeninde öncelikle idarenin sorumluluğuna karar verileceğini belirterek sorunu çözmektedir. Bu durumda UyuŐmaz-

lık Mahkemesi kararından sonra görevli idari yargı merciince hekimin hasım mevkiinden çıkartılmasına karar vermeli ve davaya katılma hakkının bulunduğu hatırlatılmalıdır. Örnek olayda kişi üniversite hastanesi kadın doğum servisinde geçirdiği ameliyat sonrasında, iç kanama nedeniyle çocuk yapma şansının azaldığını ve cinsel yaşantısının etkilendiğini öne sürerek Rektörlük ile hekim aleyhine adli yargıda dava açmıştır. Uyuşmazlık mahkemesi ilişkinin niteliğini saptarken davalının yanlış gösterilmiş olmasını dikkate almamış, doğru yargı düzeni ile birlikte doğru hasmı da karara bağlamıştır. Bunu yaparken hasım değiştirmemiş ancak görevli yargı düzeninde öncelikle idarenin sorumluluğuna karar verileceğini belirterek bu sonuca varmıştır.

“Kamu tüzel kişiliğine sahip bir yükseköğretim kurumu olan Hacettepe Üniversitesinin Tıp Fakültesi Hastanesinde, ... sağlık hizmetinin, kamu hizmeti olarak yürütüldüğü kuşkusuzdur. ... Buna göre, Üniversitenin kamu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden ... tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir. ... **Üniversite ile birlikte öğretim üyesi tabip aleyhine de tazminat davası açılmış ise de**, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. bendinde yer alan “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.” kuralı ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesindeki, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun genel hükümlere göre personele rücu hakkının saklı olduğu **hükümü uyarınca, Üniversite aleyhine idari yargı yerinde açılması gereken tam yargı davasının öncelikle çözümlenmesi gerekeceği kuşkusuzdur** (UM-HB, E. 2005/65, K. 2005/114, 26.12.2005.); İdari örgütlenme içinde yer alan bir hastanede yapılan ameliyat sonucunda ayakta oluşan sinir zedelenmesi nedeniyle idare ile tıbbi müdahaleyi yapan hekim aleyhine adli yargı yerinde açılan dava dolayısıyla çıkan görev uyuşmazlığı için de aynı yönde karar vermiştir (UM-HB, E. 2003/16, K. 2003/23 28.4.2003); İdareye ait doğum hastanesinde doktorlarca sezeryanla doğum yapılmadığı, normal doğumda bebeğe zarar verildiği ileri sürülerek adli yargıda hem kurum hem de doktorlar aleyhine daha sonra

birleŐtirilen davalar açılmıştır. Uyuşmazlık mahkemesi örgütlenmeyi temel almıŐ hizmet kusurunu kullanmıŐ ve davalılar arasında kişiler bulunmasına rağmen idari yargıyı görevli saymıŐtır (UM-HB, E. 2006/251, K. 2006/271, 25.12.2006).”

Adli yargıda Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan dava varsa iki olasılık sözkonusu olabilir. Olayda hizmet kusuru bulunduğu saptanarak dava görevden reddedilebilir. Ya da olayda hizmetten ayrılan salt kişisel kusur olduğu saptanarak husumetten ret kararı verilebilir. İki sonuçtan herhangi birine varılabilmesi için de davacının istem gerekçesini aşan bir değerlendirme yapmak gerekir. Yargıtay davacının gösterdiği hasmı ve tazmin nedenlerini ölçü almaktadır. Zarar görenin açtığı davada idare davalı gösterilmiş ve sorumluluk nedeni olarak da hizmetin örgütlenmesine ilişkin iddialar ortaya konulmuŐsa Yargıtay davanın adli yargının görev alanında olmadığına karar vermektedir. Örnek olayda idareye bağlı bir hastanedeki yanlış tedavi nedeniyle kişinin kolu sakat kalmıŐtır. Yargıtay idare aleyhine ve hizmetin kusurlu olduğu iddiasıyla açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiŐtır.

“... Sağlık Bakanlığına yöneltilen husumet nedeniyle görülen eldeki davada, salt hizmet kusuruna dayanıldığı ve davanın bu hukuki neden üzerine kurulu olduğu açıktır./ ... görülmekte olan davada zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütölüp yürütölmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmekte olup, bu hususların saptanmasının ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceği ... idari yargı yerinde görülmesi gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır (YHGK, E. 2008/4-637, K. 2008/631, 15.10.2008).”

Hizmet kusuru nedeniyle idareye karşı açılması gereken dava kamu görevlisine karşı açılmışsa Yargıtay yargı düzeni itibariyle yetkiden (görevden) reddetmekte, davanın idare aleyhine açılması gerektiğini de belirtmektedir. Örnek olayda ayağına dikiŐ iğnesi batan kişiye devlet hastanesinde hekim tarafından yapılan müdahale sonucunda kişinin bacağı sakat kalmıŐtır. Dava hekim aleyhine adli yargıda açılmıştır. Yargıtay görev yönünden reddedilmesi gerektiğine karar verirken davalının da idare olması gerektiğini belirtmiŐtır.

“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalıŐmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy.K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) ... Davaya konu edilen olayda;

Gaziantep Devlet Hastanesi'nde uzman hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalının, görevini yerine getirmediği ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir (Y4HD, E. 2012/8855, K. 2012/14694, 9.10.2012)."

İdarenin örgütlediği sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar da adli yargı yerinde idare ve hekim davalı gösterilmesi durumunda, açıkça hekimin kişisel kusurlu olduğu iddiasında bulunulmamışsa Yargıtay davanın görev ve husumet yönünden reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir.

"Dava dilekçesinde, davalı bakanlığa ait hastanede, diğer davalı tarafından yapılan ameliyat sonucunda sakat kalındığı ileri sürülmüştür. Bu anlatım biçimi bakımından, gerçek kişi davalının açıkça kişisel kusuruna dayanılmış değildir. ... Tüm bu açıklamalar karşısında, davalı idare hakkındaki dava dilekçesinin, yargı yolu bakımından görevsizlik nedeniyle reddi; gerçek kişi davalıya yönelik davanın ise husumet yokluğu nedeniyle reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiştir (Y4HD, E. 2003/746, K. 2003/5852, 5.5.2003)."

Yargıtay'ın kişisel kusur ile kastettiğinin hizmetten ayrılabilir salt kişisel kusur olmalıdır. Nitekim bir başka kararında "salt kişisel kusur" kavramını kullanmıştır. Olayda, asistan doktorun yaptırdığı doğum sırasında fazla zorlama ve basınç nedeniyle doğan çocukta solunum sıkıntısı oluşmuştur. Dava hekim aleyhine, kişisel kusur iddiasıyla adli yargıda açılmıştır. Husumet nedeniyle dava reddedilmiş, Yargıtay husumet sorunu görmeyerek davanın hekim aleyhine yürütülmesi gerektiğine karar vermiştir.

"... dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların ise davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesine, böylece öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılması gerekme(-tedir) (YHGK, E. 2009/4-448, K. 2009/545, 18.11.2009; Aynı yönde: YHGK, E. 2007/4-800, K. 2007/797, 31.10.2007; YHGK, E. 2007/4-800, K. 2007/797, 31.10.2007)."

Bu durumda da hekimin davranışının hizmetle bağını neden ve nasıl kopartmış olduğu saptanmalıdır. Kararda bu nokta açık değildir, tersine hekimin kusuru, yapmakla yükümlü olduğu görevle bağlantılı görünmektedir. Hizmeti örgütlenmesi içinde tanımlı görevine yabancılaşmış, onunla ilgisi kurulamayacak nitelikte, hizmet gerekleriyle bağlantısını tümüyle kopartmış kusurlu iradenin sözkonusu olması gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında tıbbi müdahale yerine sağlık hizmeti kavramı kullanılmakta, hizmet örgütlenmesi içinde hekimin kusuru, idarenin hizmet kusuru içinde değerlendirilmektedir. Mahkeme sağlık hizmetini sunan

birimin idare olduğunu saptadıktan sonra örgüte özgü nesnel bir kavram olan hizmet kusuru kavramını kullanarak çözümlene yapmaktadır.

Kararları değerlendirirken Uyuşmazlık Mahkemesinin davalıyı düzeltme yetkisinin bulunmadığına özellikle dikkat edilmelidir. Görev uyuşmazlığı konu olan dava/davalar hem idare (örgüt) hem de hekim (kişi) aleyhine açılmışsa ve Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargının görevli olduğuna hükmediyorsa davalı tarafın yanlış gösterilmesi sorununu kararında “öncelikle idarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlık çözülecektir” saptamasıyla aşmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi yargı düzeni uyuşmazlığını çözerken davanın taraflarını değiştirme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle davacı idari nitelikte bir konuda tek hasım olarak kamu görevlisini göstermişse, istemini yalnızca onun kusuruna dayandırmışsa, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin incelediği dosyadaki veriler aksini gösterse de idari yargı düzeni görevli sayılamamaktadır. Örnek olayda kişiler Sağlık Bakanlığı hastanesinde dünyaya gelen çocuklarının, icap nöbeti olan doktorun haber verildiği halde hastaneye gelmemesi sonucu özürlü hale geldiği iddiasıyla doktor aleyhine adli yargı yerinde tazminat dava açmıştır. Görev uyuşmazlığı çözen Uyuşmazlık Mahkemesi davada idare hasım mevkiinde olmadığı için salt davacının olayı niteleyişini ve davalının özelliğini dikkate alarak görev uyuşmazlığını çözmüştür.

“... adli yargı yerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın davalı doktorun kişisel kusurundan doğduğu iddiasıyla doğrudan doğruya doktora karşı dava açıldığı, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği anlaşılmıştır. Dava idareye karşı açılmadığı nedeniyle idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına da olanak bulunmamaktadır. ... kişisel kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisinin aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır (UM-HB, E. 2006/26, K. 2006/75, 5.6.2006).”

Bu nedenle davalı hekim için husumet itirazı önemlidir.

Hizmetle bağlantılı kişisel kusur bulunduğu durumlarda hekime karşı açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir. Hekimin eylemi ve kusuru saptanabilmekte fakat eylem ve kusurun kamu hizmeti ile bağlantısı sürmektedir. Örnek olayda yanlış ve hatalı tedavi nedeniyle uğranılan zararın giderimi için sağlık bakanlığı ve hekimler aleyhine açılan davada mahkeme bakanlığın davalı olamayacağına karar vermiş ve hekimleri tazminata mahkum etmiştir. Yargıtay ise eylem ve kusurun kamu hizmeti ile bağıni koruduğunu saptayarak hekimlerin dava edilemeyeceğine karar vermiştir.

“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu

görevlilerinin aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir./... Davaya konu edilen olayda, davacı küçüğün süt yanığı sonucu kangren olan kolunun kesilmesinde hastaya müdahale eden davalı doktorlar H. G., Ő. O. ve A.E. A. hakkında yukarıda açıklanan bu yön gözetilerek husumetten reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru değildir (Y4HD, E. 2011/5994, K. 2011/11502, 1.11.2011).”

İdarenin sağlık hizmeti sunması sırasında hekimin eyleminden kaynaklanan zararların giderimi için adli yargıda yalnızca hekim aleyhine açılan davaların husumetten reddedilmesi gerekmektedir. Örnek kararda Yargıtay hizmet kusuru değerlendirilmesi yapılması gerektiğini saptamış kararı açıkça husumetten bozmuş ve doğru yargı düzeninin idari yargı olduğunu da saptamıştır.

“Davaya konu edilen olayda O... Üniversitesi’nde uzman hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalı M.A.’nın, görevini yerine getirmediği ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. ... davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalı M.A.’ya husumet yönetilemez. Bu davalı yönünden husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir (Y4HD, E. 2012/1980, K. 2012/3331, 5.3.2012).”

Hekimin husumet itirazını yargı düzeni itibariyle görev itirazı da tamamlayabilir. Hekim, zarar doğuran eylemin hizmet örgütlenmesi içinde yer aldığını bu nedenle idarenin de davalı mevkiinde bulunması gerektiğini ve kusurun da idari hizmet kusuru ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunarak görev itirazında bulunabilir. Nedensellik ve kusur oranı tartışması yapabilir. Örnek olayda Ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunun ameliyat edilmesi olayı ceza yargılamasına konu olmuş ameliyatı yapan hekim ceza mahkemesinde yargılanmış bilirkişi hekim 8/8 oranında kusurlu bulunmuştur. Tazminat istemine ilişkin idari yargıda idare aleyhine dava açılmıştır. Hekim idare mahkemesindeki davaya katılma isteminde bulunmuş istemi reddedilmiş, idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Danıştay hekime davaya katılma hakkı tanınmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

“ ... davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan ...’ın ... sağ yerine sol kolunu ameliyat eden doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı’nca doktor ...’a rücu edilecek olması karşısında; ... müdahale istemi kabul edilip, savunması alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır (D10D, E. 2007/4932, K. 2010/5301, 11.6.2010).”

Karar, kişisel kusur ile hizmet kusuru iliŐkisinin sağlık hizmetlerindeki 6zel-liğini ortaya koymaktadır. Tıbbi m6dahalede hekim tam kusurlu olsa da sağlık hizmetleri 6rg6tlenmesinde idarenin kusuru varlığını s6rd6recektir.

İdarenin sunduğu sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda zarar doğuran eylemin kimin eylemi olduğu saptanabilse de hizmet 6rg6tlenmesi ve iŐleyiŐine atfedilmektedir. 6rnek olayda yedi yaŐındaki 6ocuk, boğaz ağrısı ve iltihabi Őikayeti ile idarenin hastanesinde tedavi g6rd6Đu sırada hemşire tarafından adaleye uygulanması gereken ve 6zerinde “damara vurulmaz” a6ıklaması bulunan iğnenin damardan vurulması 6zerine sağ ayağında fel6 oluŐacak ve %28 oranda iş g6remeyecek bi6imde sakat kalmıŐtır. HemŐireye karşı dava a6ılmamıŐ, idareye karşı a6ılan davada Yargıtay, husumetten sorun g6rmeyeerek davayı g6revden reddetmiŐtir. Eylemi ve kusuru kişiye değil idarenin 6rg6tlenmesine atfetmektedir. Kararda hizmet kusurunun ne olduğuna ilişkin saptamalar da bulunmaktadır.

“Sağlık hizmetlerinin nasıl, hangi koŐullarda ve kimler tarafından yapılacağını saptamak, tedavi uygulayacak personelin alımı, eğitimi ve 6alıŐma usullerini belirlemek, sağlık hizmetlerinin iŐleyiŐini denetlemek Sağlık Bakanlığı’nın yasayla belirlenen g6revleri arasındadır. Bu g6revin hi6 veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle hizmet kusuru niteliğindeki idari iŐlem ya da eylemden doğan zararlardan dolayı ... idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası a6ılması gerekir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.06.2009 g6n ve 2008/12552 E., 2009/8319 K. Sayılı) ... (Onama: YHGK, E. 2011/4-64, K. 2011/200, 20.4.2011).”

Kamu g6revlisi hekimin kişisel eyleminin ve kişisel kusurunun a6ık6ca saptanmıŐ olduğu durumlarda da bunun hizmet 6rg6tlenmesi ile bağının s6rd6Đu kabul edilmekte, tersi i6in a6ık değerlendirme aranmaktadır. 6rnek olayda doğum sırasında kollum yırtığına bağlı kanamadan ileri gelmiş 6l6mde hastaya zamanında m6dahale etmeyen hekimin (4/8) oranında kusurlu olduğu Adli Tıp Kurumu raporlarıyla belirlenmiŐtir. Hekim aleyhine adli yargıda tazminat davası a6ılmıŐ Yargıtay hekimin kusurunun g6reve yabancılaŐan salt kişisel kusur olmadığı i6in davanın husumetten reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

“Davacı taraf, davalı doktorun g6revi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya m6dahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; b6ylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin 6l6m6ne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım g6stererek eldeki tazminat davasını a6mıŐlardır./ Davacıların bu iddiası, i6erik6ce davalı doktorun g6revi sırasında ve yetkisini kullanırken iŐlediĐi bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu g6revlisinin ihmeline dayanmaktadır./ ... davalının g6revi dışında kalan kişisel kusu-

runa dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. ... dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir (YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, 1.2.2012).”

Kamu hizmeti örgütlenmesi içinde sağlık hizmeti sunan hekimin kusuru genellikle hizmet kusuru ile birlikte bulunur. Örgütlenmedeki aksaklıklar ile hekimin eylemi, sonuç için uygun nedenleri oluştururlar. Hizmet örgütlenmesi içindeki hekimin eyleminin hizmete tamamen yabancılaşması ayrı bir durumdur. Özellikle adli yargıda tazminat davalarında görülen kusurun sekiz üzerinden oranlanması nesnel/örgütsel nitelikte olan sağlık hizmeti kusuru ile uyumlu değildir. Hizmet üretilmesinde/örgütlenmesinde hekimin kusuru 8/8 olsa da idarenin hizmet kusuru varlığını sürdürebilir. Örnek olayda hekimler ceza mahkemesinde yargılanması ve ceza yargılamasındaki bilirkişinin hekimlerin tam kusurlu olduğuna ilişkin saptamaları var. Danıştay bunları kabul ediyor, ancak idarenin sorumluluğuna da hükmediyor. Olayda idari örgütlenme içinde yer alan Tıp Fakültesi hastanesinde gerçekleştirilen doğumda bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü gerçekleşmiştir.

“... tıbbi müdahalede bulunan sağlık personeli hakkında ... açılan ceza davasında, sağlık personelinin kusur oranlarının tespitinin yaptırılması amacıyla konunun Yüksek Sağlık Şurası’na intikal ettirildiği, Yüksek Sağlık Şurası’nca da... **hekimlerin** 8/8 oranında kusurlu olduklarına, hastaneye başvuran hastanın antenatal kayıtlarını ve testlerini incelemeyen normal doğuma yönlendirerek kaçınılmaz olarak fetal sıkıntıya neden olan **doktorun** 4/8 oranında kusurlu olduğuna... hastada fetal kalp hızının çok düşmesine rağmen anestezi ekibi bulunamadığından, acil sezeryanın gecikmeli olarak gerçekleşmesine neden olduklarından **anestezi ekibi** ve **nöbetçi doktorun** 4/8 oranında kusurlu olduklarına, adli bir dosya olmasına rağmen önemli delillerin (NST grafleri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermediğinden **Kadın Doğum Bölümü’nün** kusurlu olduğuna, önemli delillerin (NST grafleri) kaybolmasını engelleme de gerekli özeni göstermeyen ve hasta ile acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan **hastane idaresinin kusurlu olduğuna** 30.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildiği anlaşılmaktadır./ Bu durumda... **davalı idare**ce yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır (D10D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, 19.9.2007).”

Olayın incelenmesinde zarar doğuran olayın çoklu ilişki içinde sağlık hizmetinin kusurlu örgütlenmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Sağlık hiz-

metnin örgütlenmesinden kaynaklanan zararların giderimi yargılanırken sonucun hangi eylemden kaynaklandığının yani nedensellik bağının saptanması için örgüt ile kişi bağlantısı kurulmalıdır. Danıştay kararında açıkça ele alınmamış olsa da ceza sorumluluğundan bağımsız değerlendirilmesi çoklu ilişkinin kavrandığını göstermektedir. Bir diğer örnek olayda sağlık ocağında hekimin bebeğe ağız yolu tablet vermeye çalıŐması ölüme neden olmuŐtur. Hekim ceza yargılanmasında 8/8 kişisel kusur bulunmuş, idari yargıda ağır hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine tazminata mahkum edilmiş; hekimin kusurunun yoğunluğu idarenin hizmet kusurunun ağır olarak nitelenmesine yol açmıştır.

“... doktor hakkında adli yargı yerinde açılan ceza davasında, iki aylık bebeğe uygulanan hap yutturma yönteminin genel tıbbi uygulama kurallarına aykırı olduğundan dolayı, yarım tablet hapi suya batırarak iki aylık bebeğin dilinin üstüne koymak suretiyle yutturmaya çalıŐırken bebeğin ölümüne sebep olan doktorun 8/8 oranında kusurlu bulunduğuna Yüksek Sağlık Őurasınca karar verildiği, bu nedenle, davacıların zararının ağır hizmet kusuru ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiği ... (D10D, E. 2007/8477, K. 2010/7191, 29.9.2010).”

Hekimin eylemi nedeniyle ceza yargılamasında mahkum olması idarenin sorumluluğuna engel sayılmamaktadır. Bu kararlar hizmete yabancılaŐan kişisel kusurun tek ölçüsünün eylemin suç niteliği taşıması olmadığının, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığının göstermektedir. Örnek olayda hekim, ameliyat öncesi tanısı konulan ve yapılan tetkikler sonucunda da ameliyat edilemez, cerrahi yolla çıkarılamaz tümör olduğu belirlenen bir vakaya ameliyat uygulaması nedeniyle mahkum edilmiştir. Aynı olay için idare ve hekim aleyhine adli yargı düzeninde tazminat davası açılmıştır. Yargıtay, hizmet kusurunun idari yargı yerinde yargılanacağı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

“SSK Hastanesi’nde, davalılardan D. ... tarafından ameliyat edildiği sırada damarlarının kesilmesi nedeniyle kanamanın durdurulamaması sonucu kaldırıldığı başka bir hastanede öldüğu belirtilerek uğranılan zararın ödetilmesini istemişlerdir. Dava dilekçesindeki bu anlatım biçimine göre davacının, davalı idarenin hizmet kusuruna dayanarak dava açtığı anlaşılmaktadır. ... idarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemleri nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir (Y4HD, E. 2008/5432, K. 2008/9410, 8.7.2008).”

Kamu görevlisinin hizmet içindeki kusurunun kast niteliğinde olması da, kusurun hizmete yabancılaŐtığına ilişkin başka veri bulunmadığı durumlarda, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Dava hekime karşı değil

idareye karşı açılır. Sağlık hizmetlerindeki kişisel kusurun niteliğinin kasıt veya taksir olması davanın idareye açılmasını engellemektedir.

“... kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri **kasıtlarından ve kusurlarından** dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ANCAK kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir. / Davaya konu edilen olayda davalı doktorun görevi sırasında gerekli tedaviyi uygulamadığı iddiasıyla tazminat istendiğine göre davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir (Y4HD, E. 2011/6214, K. 2011/7671, 30.6.2011).”

Sağlık hizmetinin içinde hekim, hemşire, diğer sağı personeli gibi görevler yürüten kişilerin eylemiyle zarar ortaya çıkar. Yukarıda görüldüğü üzere sağılık hizmeti içindeki görevlinin kusurunun oranı çoklu ilişkiyi ortadan kaldırmaz. Görevlinin kusuru 8/8 olduğunda idarenin kusuru ortadan kalkmadığı gibi görevlinin az kusurlu örneğın 2/8 kusurlu olması da hizmet kusurunun varlığına engel değildir. Örnek olayda devlet Hastanesinde yapılan tedavi ve enjeksiyonun hatalı olması nedeniyle kişinin sol bacağı kangren olmuş ve kesilmiştir. Ceza yargılamasında hemşirenin 2/8 kusurlu olduğuna karar verilmiştir. İdare aleyhine açılan tam yargı davasında tazminata hükmedilmiş, kararı onayan Danıştay sağılık görevlisi kusurunun düşüklüğünün hizmet kusurusu değerlendirmesine etki etmeyeceğine karar vermiştir. Nedensel bağının, yani maddi unsurun varlığı yeterlidir.

“Adli Tıp Kurumu ... kararında, enjeksiyondan sonra gelişen tablonun ve sonuçların, enjeksiyonun arter içine rastladığının kanıtları olduğu ve olayda hemşirenin 2/8 oranında kusurlu olduğu, geri kalan kusur oranının sağılık hizmetinin işleyişi dışındaki faktörlere bağılı olduğu belirtilmekte ise de olaya sebebiyet vermesi nedeniyle, tazminat hesabında bu kusur oranının dikkate alınamayacağı açıktır (D10D, E. 2006/4777, K. 2009/7341, 1.7.2009).”

Sağlık hizmeti, serbest hekimlerin tek başlarına muayenehanelerinde faaliyetinde bulunmaları durumu bir yana bırakılırsa gerek özel sektörde gerekse idarede örgütlenme içinde üretilen bir hizmettir. Sağılık hizmetinin örgütlenmesinde hekim teşhis, tedavi ve tıbbi müdahalelerde karar verici ve uygulamacı olmakla birlikte hizmetin üretilmesi yalnızca hekimin işi değildir. Sağılık hizmetinin kusurlu olması hekimin davranışından da sağılık personelinin ve hatta hastane yönetiminin eylemlerinden de kaynaklanmış olabilir. İdarenin tazmin sorumluluğu olduğunda hizmetin idareye bağlanabilir olması yeterlidir, hangi çalışandan kaynaklandığının saptanması ceza, disiplin ve rücu hukuğu bakımından gereklidir. Örnek olayda yoğun bakım ünitesindeki bir hasta sık sık solunum maskesini çıkartmaya çalışmaktadır, olay tarihinde de solunum

maskesini çıkartmış ve yaşamını kaybetmiştir. Danıştay sonucu doğuran eylemi “solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek mődahalelerde bulunmamak” biçiminde kavramıŐtır. Bu ihmalin hizmet örgütlenmesinde tek bir kişiye atfedilmesi olanaklı değildir, hastane örgütlenmesi bir bütőn olarak kusurludur. Bu nedenle de hizmet kusuru, nesnel kusur olarak nitelendirilir.

“... sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıŐtıĐı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği anlaŐıldıĐından, daha önce çeŐitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıŐtıĐı hastane personelince bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek mődahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulő zorunlu olup ... (D10D, E. 2005/3719, K. 2007/4316, 24.9.2007).”

Sağlık hizmeti üretmek, yalnızca hekime dőŐmeyen bir hizmet örgütlenmesidir. Örgütlenmeden kaynaklanan nesnel, doğrudan doğruya kişilere atfedilmesi olanaklı olmayan veya gerekmeyen bir kusur araŐtırılır. Örneğin, kayıt tutulması ve bunların saklanması hekimlerin de sorumluluk üstlendiği çok aktörlő bir iŐtir.

“... davacıya 3 kez tıbbi mődahale uygulanmasına karŐın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin iŐletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teŐkil ettiği ... (D10D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, 29.4.2008).”

Sağlık hizmetinin örgütlenmesinde hekimler, sağlık görevlileri ve örgüt yöneticileri birarada görev yaparlar. Hizmetten kaynaklanan zarar, tek bir görevliye bağlanamayacak biçimde kötü örgütlenmeden kaynaklanabilir. Sağlık kamu hizmetinin teknik (tıp bilimine ait) kuralları yalnızca hekimler için değil tüm idari birimler için de uyulması gereken kurallardır. Örneğin, hastanenin yönetimine ilişkin kararlar sağlık hizmetini aksatabilir. Olayda ameliyat esnasında hastaya oksijen sağlayan entőbasyon tőpő yerinden çıkmıŐ bu durumun geç farkedilmesi nedeniyle hasta uzun süre oksijensiz kalmıŐ, nefes alma dışındaki tüm yaŐamsal fonksiyonlarını yitirmiŐtir. Hastane yöneticilerin yargılanmasına karar verilmiştir.

“Pulse oksimetrenin, hastanın parmağına takılarak solunum durumunu tespit etmeye yarayan bir cihaz olduğu, anestezi uzmanına pratiklik, takip kolaylığı ve güven sağladığı, bu cihazın ameliyat esnasında olması baş ve boyun pozisyon deĐiŐikliklerinde entibasyon tőpőnőn yerinden çıkması halinde oksijen saturasyonunun dőŐmesini anında gösterek hastanın solunum

durumu hakkında bilgi verdiği, ameliyat tarihinde hastanede 4 adet pulse oksimetre cihazının bulunduğu, bir tanesinin de anestezi servisine tahsis edildiği, ancak söz konusu cihazların hasta ile bağlantısını sağlayan probu olmadığı için devre dışı olduğu, atıl olarak bekletildiği ve hiçbir ameliyatta kullanılmadığı, ayrıca olay tarihinden önce anestezi birimince ... 3 adet pulse oksimetre cihazının satın alınması için Hastane idaresine talepte bulunulduğu, Satın Alma Komisyonu Başkanı ... tarafından ... cihazların alımının bütçe imkanları doğrultusunda gerçekleştirilemeyeceğinin bildirildiği, ...'ın ameliyatından sonra ameliyathaneye yeni pulse oksimetre cihazlarının alındığı, ancak söz konusu ameliyatta, pulse oksimetre cihazının ve bu cihazın monitöre girişini sağlayan probunun olmamasından dolayı hastanın solunumunun anestezi ekibince gözle kontrol edildiği, bu nedenle oksijen seviyesinin anlık olarak takip edilemediği, tüpün soluk borusundan çıkıp yemek borusuna girdiğinin erken tespit edilemediği, gerekli müdahalenin geciktiği, oksijensizliğe bağlı olarak hastanın sakat kaldığı, hastanın bu duruma gelmesinde Hastane ameliyathanesinde hasta takibine yarayan ve komplikasyon karşı erken uyarı sağlayan gerekli teknik ve elektronik donanımı kurmayan hastane idaresinin sorumlu olduğu, bu nedenlerle ... ve ...'a isnat edilen eylemin haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu ... (D1D, E. 2011/74, K. 2011/300, 17.2.2011)."

Hekimin sorumluluğuna ilişkin literatürde kullanılan örneklerden olan tıbbi müdahale öncesi hastadan aydınlatılmış onam alma yükümlülüğü de tek başına hekimin sorumluluğunda olan bir iş değildir. Sağlık örgütlenmesi içinde hekimin bu yükümlülüğünü yerine getirmesine olanak sağlayacak yapılandırma gerçekleştirilmek zorundadır. Hekimin aydınlatılmış onam almadığı durumlarda hekimin hizmetten ayrılan ve idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran salt kişisel kusuru değil hizmet kusuru ortaya çıkacaktır. Örnek olayda idarenin dış sağlığı merkezinde hastanın onamı olmamasına rağmen diş çekimi yapılmıştır. Hekimin, hekimlik kurallarına uymadan tıbbi müdahalede bulunmasını ağır hizmet kusuru olarak kabul etmiştir. Zira hekimin hizmet üretimini düzenleyen kurallar aynı zamanda hizmet örgütlenmesinin kurallarıdır.

"'Hasta Hakları Sözleşmesi' ve 'Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ... belirtilen hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, dişhekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen

diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. Olay nedeniyle müdahaleyi yapan diş doktoruna uyarı cezası verilmiş olması da, idarece hizmetin kusurlu işletildiğinin kabul edildiğini göstermektedir. Bu sebeple davacının çekilen dişlerinin ağzının ön kısmında bulunduğu, davacının bundan rahatsızlık duyduğu, manen etkilendiği ve olaydaki hizmet kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır (D10D, E. 2007/6322, K. 2010/5981, 13.7.2010).”

Kamu sağlık hizmetleri örgütlenmesinde hekimlerin faaliyetleri idarenin hizmetini oluşturur. Hekimlerin kamu sağlık örgütleri içinde paralı muayene yaptıkları durumlarda da hizmet idarenindir. Örnek olayda paralı muayene sırasında hekim yapılan tıbbi müdahaleden kaynaklan zarar yargılanırken Danıştay hekimin eylemini “davalı idarece yapılan uygulama” olarak kavramaktadır.

“... iç kulak zarı delik olan davacıya iç kulağa, sirayet edeceği kesin ve giderilmesi mümkün olmayan yan etkilere sahip olan bir ilacın uygulandığı ve önceden aynı etkileri konusunda bilgi verilip onayının alınmadığının davacının samimi beyanlarından anlaşıldığı ve davalı idarenin de bunun aksini öne sürmediği, ... **davalı idarece yapılan uygulama** sonucunda davacının bir kulağının tamamen ve tedavisi mümkün olmayacak şekilde, diğer kulağının da ancak işitme cihazıyla duyabilecek ölçüde duyu kaybına uğradığı, başlangıçta bu riskin dikkate alınıp davacının bilgilendirilmediği, hatta kullanılan ilacın isminin dahi gizlendiği dikkate alındığında duyu kaybının hizmet kusuru sonucu olduğu ... davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanma hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gerekliliğinin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne ... (Onama: DİDDGK, E. 2002/716, K. 2003/91, 7.3.2003).”

Sorumluluk hukuku toplumsal düzeni, malvarlığını, hizmet düzenini, meslek düzenini koruyan kurullarla çelişen kusurlu iradenin yaptırımını düzenler. Ceza sorumluluğu, tazmin sorumluluğu, disiplin sorumluluğu, etik sorumluluk meslek icra eden kişinin özgür iradesiyle gerçekleştireceği düzen/değer ihlallerinin sonucudur. Hekimin tek bir eylemi tüm bu sorumluluk türlerini doğurabilir. Hangi sorumluluk dalı çalışılırsa çalışılsın hukuksal kavramlaştırma, hekim tarafından karşılanan ihtiyacın niteliği; bu ihtiyacı karşılayacak hizmetin, tek başına hekimin eylemini aşan gelişkin bir toplumsal örgütlenme içinde ger-

çekleştiriliyor oluşu; bireysel veya kurumsal sağlık girişimlerinde çok öznel bir üretim örgütlenmesinin bulunduğu; tıbbi faaliyetlerin birden fazla kişinin çok sayıda eylemiyle oluştuğu; yalnızca hukuk kuralları ile değil tıp biliminin, sağlık örgütlenmesinin ve mesleğin teknik/bilimsel kurallarıyla oluşmuş bir düzenin sözkonusu olduğu; hekimlerin, bilimsel ve teknik kuralların yanısıra, birincil veya daha çok ikincil bölüşümden büyük para kazanılan sağlık işletmelerinde ticari girişimin gerekleriyle de belirlendiği; sağlık hizmetinin piyasadan ziyada kamu hizmeti alanında gerçekleştiği gibi temel özellikleri gözetilerek sorumluluğun temeli olan kusur ve nedensellik kurumlarını hekimin davranışını sağlık örgütlenmesi içine yerleştirecek inceliğe kavuşturacak biçimde gerçekleştirilmelidir. Hukukun ve hukukçunun buna uygun araçları bulunmaktadır.

Dışhekim Erol TUNÇBİLEK: Hastam geldi. Anestezi yaptık. Şoka girdi. Bu arada hastama gerekli müdahale için acili aradım. Sedyeye gelmedi. Burada idarenin sorumluluğu nedir? Benim sorumluluğum nedir? Daha net olarak... Tabii şimdi çoklu ilişkiden söz ettik. Haksız fiil olarak kurduğumuz zaman bir defa sözleşmenin dar çerçevesinden çıkarız. Haksız fiilin devlete taşınmış hali hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluğudur haklı devletin fakat şunu belirtmemiz gerekir. Dıştan denetimin yaratmış olduğu nedensellik ilişkisi ile devletin doğrudan hizmet üretmesinde ortaya çıkan nedensellik ilişkisi farklıdır. Nedensellik kavramı bundan sonra anlatılacaklar için belki sorularınıza da yön verebilir. Çok önemlidir. Sorumluluk hukuku dediğiniz zaman kusur ve nedensellik, sözleşme hukuku dediğiniz zaman nedenselliği sadece tarafların iradesi için ararsınız. Üçüncü kişi her ne hikmetse hep o nedenselliği kesen adamlar olarak ortaya çıkarlar. Ama devletin taraf olduğu ilişkilerde kolluk ilişkisinde nedensellik zayıf olarak ortaya çıkar. Fakat bugünkü gazetelerde bir haber var. Çok güçlüsü ortaya çıktı. Uçağın uçmaması gerekiyormuş. Düşen Burdur'da mı, Isparta'da mı nerde düştü? Denetimlerde ortaya çıkıyor uçmaması gerekiyor. Devletin ruhsatı iptal etmesi gerekir. Kolluk denetimi oradaki. Etmiyor. Uçuyor uçak. Burada nedensellik ilişkisinde devletin ruhsatı iptal etmemesi zarar doğuran sonuçla bağlantılıdır. Nedensellik kuramlarında şart kuramı, uygun nedensellik kuramları var. Birazdan, açıklayamam. Sorularda belki açıklayabilirim. Kolluk da bu zor kurulur. Ama şunu düşünelim. Promosyon yaptık. Köy köy dolaşyoruz. Minibüs ile alıyoruz hastalarımızı kente götürüyoruz. Konaqlatıyoruz. Gazoz ikram ediyoruz. Katarakt ameliyatı yapıyoruz. Sonra köylerine götürüyoruz. Tek farkla ki kör olarak götürüyoruz köylerine. Kimiz biz? Bir şirket, sağlık işletmesi, püf noktası bu burada. Bu örnekte devletin o sağlık işletmesi ile olan ilişkisi bir fırınla bir kasapla ilişkisi mi yoksa kolluğu aşan hizmetin üretilmesine ilişkin bir idari hukuk işlemi tabiri içten bir ilişki mi? O zaten devletin hizmeti mi yoksa özel girişimcinin bir hizmeti mi? Orada ki püf noktası da yine lafi seçerek kullanmıştım. Devletin doğrudan hizmet üretmesiyle dolaylı hizmet satın alıyorsa. SGK gidip de: "Ben ödüyorum sen sadece

gazoz parasıyla, minibüs parasını bul. Bu adamları getir. Ben sana ödeyeceğim dese zaten, burada kamu hizmetinin asli sahibi olarak devlet doğrudan nedensellik ilişkisine girer. O nedenle bu ayrımı yaptım ve sanırım hala idarenin sorumluluğundayım. Yine şöyle bir ayrım yapmamız önemli olabilir. Hekimin sorumluluğuyla sağlık hizmetinden sorumluluk birbirinden ayrı olsa gerek. Hekimin sorumluluğu dediğiniz zaman, bir örgütün içinde çoklu ilişkinin içinde olan hekimin ki muayenehanesinde tek başına hizmet veren hekimin de dâhil olduğu çoklu ilişki kolluk denetimi ya da idarenin içten denetimi olabilir. Ama her halükarda muayenehanesinden çıkıp da bir özel hastanede ya da daha çok devlet hastanesinde bulunan hekim için artık çoklu ilişki, anesteziist, paramedikal hizmetler, hiç görmediğiniz ama pek çok işi kaldıran temizlik işçileri, ihale ile satın aldığımız bütün bunlar devrededir. Bunlar sağlık hizmetlerinin sorumluluğu ve hekimin sorumluluğu. Örneğin malpraktis çok geçecek burada. Konumuz alanımız devlet içerisindeyse malpraktis diye bir şey yok hizmet kusuru var. Çünkü malpraktis, sadece ve sadece doktorun üzerine bırakılma halini anlatmak üzere kullanılan malpraktis hizmet ile bağıni koparmış kusur halini anlatması gerekir. Yani sadece doktorun üzerine bırakıyorsanız, idarenin sorumluluğu yok. Doktor sorumludur diyorsanız kurama göre Yargıtay kararları da ortada, hizmete yabancılaşmış hizmetten ayrılmış, hizmetin gerekli ilgisini tamamen koparmış bir kusurun bulunması gerekir bu zaten malpraktis değildir. Malpraktisin tanımı meslek bilgisine ilişkin beceriksizlik. Tıbbın kötü uygulanması bir kusurdur ama kusurun idare içindeki kusurun görevliye bırakılabilmesi için o kusurun tamamen yabancılaşması gerekir. Tabi şöyle bir güzellik var başta söylediğim gibi kuramsal bir sunuş yapıyorum kavramlarla kavga ediyorum bu bir siyasi konudur, kavramlar kimin tarafından kullanılır, yeni kavramlar kimin tarafından icat edilirse onlar çeker birbirini bıçaklarlar, kavramlar silahlardır. Bir kurgu yapıyorum, bütün öğrendiklerim okuduklarım, bir sürü evde de var tamamen ters bir şeyden söz ediyorum. Fakat tuhaftır ki Yargıtay kararları ile uyumlu bir şeyden söz ediyorum, Yargıtay'ın Danıştay'ın kararları 2000'den itibaren kararları benim anlattıklarımı doğrular nitelikte sanırım şimdilik yeter teşekkür ederim.

Av. Ziyet ÖZÇELİK: Sayın KARAHANOGULLARI'na çok teşekkür ediyoruz, gerçekten bu alanda önemli bir tartışmanın kapısını provoke edici bir biçimde de araladı bizim için, sanıyorum salonda çok farklı mesleklerden insanlar olduğu için kavramlara da aynı anlamları verme konusunda aynı yerde olmadığımız için zaman zaman farklı algılamalar nedeniyle tartışmalar oluyor. Bunu önümüzdeki dönem zaten bizim aslında amaçladığımız bir tartışma zemininin başlangıcı demek, biz yine bu alana biraz daha farklı bir gözle bakan Doç. Dr. Murat CİVANER'den malpraktis yerine hizmet kaynaklı zarar konulu sunuşunu dinleyeceğiz, buyurun Sayın CİVANER.