

KAMU HASTANELERİNDE YAPILAN TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Av. Mustafa TOPALOĞLU, M.A.

I - KAMU HASTANESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ

A - Kamu Hastanesi Kavramı

Sağlık hizmeti kamu hizmetleri arasında yer alır. Devlet bu hizmeti yerine getirmek için birtakım etkinliklerde bulunmaktadır. Bunlardan birisi de kamu hastaneleri açmak ve işletmek suretiyle vatandaşlara doğrudan kamu hizmeti sunulmasıdır (1). Kamu hastaneleri, kamu yönetiminin içinde yer alan ve buna bağlı kuruluşlardır. Kamusal yani idari faaliyetlerin nihai amacı kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kamu yönetiminin içinde bulunan ve dolayısıyla idari bir teşekkül olan kamu hastaneleri de kamu yararının gerçekleşmesi için uğraş verirler. Bu nedenle özel hastanelerdeki kar elde etme amacı kamu hastanelerinde sözkonusu değildir.

Kamu hastanelerinde de sunulan sağlık hizmeti dolayısıyla bir para alınmaktadır. Fakat bu para, hizmetin tam karşılığını teşkil etmez ve dolayısıyla "ücret" olarak nitelendirilmez (2). Olsa olsa kamu hastanesinin genel masrafına bir katkı olarak düşünülebilir. Bu sebeple, kamu hastanesine yatan bir hastaya ödediği veya ödeyebileceği ücrete göre muamele yapılmamalıdır. Salt ücretini ödemedi diye tedavisi yarıda kesilip taburcu edilmemelidir.

Kamu hastanelerini belirlerken "kamu yararına hizmet etme" yeterli bir kistas değildir. Çünkü, toplum sağlığının korunmasına yaptıkları katkı bakımından özel hastanelerin bir noktaya kadar kamu yararına hizmet ettikleri söylenebilir. Bu sebeple, kamu hastanesi kavramını ortaya koyarken, kamu yararı yanında ilave kistaslarda kullanmak zorunludur. Bu ilave kistaslar "hastanenin kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi" olabilir (3). Gerçekten de kamu hastaneleri mutlaka devlet veya bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulur ve işletilir. Ayrıca kamu yönetiminin bir parçasını oluştururlar. Bu nedenle bunların kuruluşları, örgütlenişleri, işleyiş ve kapatılmaları kamu hukuku rejimine tabidir.

B - Kamu Hastanesi Türleri

Hangi hastanelerin kamu hastaneleri olduğu 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde örnek kabulünden gösterilmiştir. Buna göre, devletin resmi hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından kurulmuş hastaneler kamu hastaneleridir. Kanaatimce kamu hastaneleri sadece burada sayılanlardan ibaret değildir. Bunlara bazı hastaneleri ve sağlık kuruluşlarını da eklemek lazımdır. Kamu hastaneleri şu şekilde sıralanabilir:

I) **Devlet ve Numune Hastaneleri** : Bu hastaneler doğrudan merkezi idare içinde yer alırlar. Bunlar hem teşkilat ve hem de işleyiş bakımından Sağlık Bakanlığı'na bağlıdır.

II) **Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Hastaneleri** : Kamu İktisadi Teşebbüsleri merkezi idare içinde yer almamakla beraber idareye vesayet bağı ile bağlıdırlar. KİT'lerin kuruluş ve örgütlenişleri

kamu hukukuna, işleyişleri Türk Ticaret Kanunu'na tabidir. Ayrıca bunların personeli kamu görevlisi sayılmaktadır. Türkiye'de Sümerbank Hastanesi, Denizli Hastanesi, PTT Hastanesi gibi KİT'lere ait hastaneler bulunmaktadır. Kanaatimce bu hastaneler kamu hastanesi kavramına dahil olmalıdır.

III) Özel İdare ve Belediye Hastaneleri : Özel idareler ve belediyeler ademi merkeziyet (yerinden yönetim) teşekkülleridir. 2219 sayılı Kanun açıkça bu idarelere ait hastanelerin kamu hastaneleri olduğunu öngörmüştür.

IV) Üniversite İhtisas Hastaneleri : Üniversiteler, bir idari kamu kurumu niteliğindedirler. Merkezi idareden ayrı bir bütçeye ve tüzel kişiliğe sahiptirler. Üniversite ve üniversiteye ait tesis ve işletmelerde çalışanlar kamu görevlisi statüsündedirler. Bu nedenle bir kamu kurumu olan üniversiteler tarafından aslında eğitim amacıyla kurulup işletilen Üniversite İhtisas Hastanelerininin de kamu hastanelerinden olduğu şüphesizdir.

V) Askeri Hastaneler : Askeri hastaneler Genelkurmay Başkanlığı içerisinde teşekkül etmişlerdir ve kuvvet komutanlıklarına bağlıdırlar. Milli Savunma Bakanlığı uhdesinde merkezi idare teşkilatı içinde yer alırlar. Bu hastanelerde yalnızca asker ve asker aileleri tedavi edilmekte iken, yapılan kanun değişikliği ile Askeri Tıp Akademilerinde sivil hasta da kabul edilmektedir.

VI) Sosyal Sigortalar Hastaneleri : Sosyal Sigortalar Kurumu, aslında bir kamu kuruluşu olmakla birlikte faaliyetlerinde özel hukuk ve kamu hukukuna tabi ikili bir görünüm taşımaktadır. Bununla beraber kurumu tacir sayanlar olduğu gibi, bütünüyle kamu kurumu sayanlar da vardır (4). Yargıtay 4792 sayılı Kanunun düzenlenmesinden hareketle, sigorta hastanelerinin 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu anlamında özel hastanelerden sayılması gerektiğini belirterek, buralarda yapılan müdahalelerden doğan sorumluluk durumlarını özel hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmeye çalışmıştır (5). Bu hastanelerin kuruluş ve işleyişleri, gerek sağlık personelinin istihdam tarzı ve gerekse sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında, sigorta hastanelerinin kamu hastanelerinde olduğu kabulü uygun olur (6).

VII) Sağlık Ocakları : Sağlık ocakları 5.1.1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun uyarınca kurulmuşlardır. Sağlık ocakları Sağlık Bakanlığı'na bağlıdır ve kural olarak tedavi ücreti alınmaz. Bu yerlerdeki acil vakalarda, önce sağlık ocağına başvurulur. Sağlık ocaklarında, belki devlet hastanelerindeki nitelik ve nicelikte olmamakla beraber, kendi çapında tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Dolayısıyla kamu hastanesi kavramına sağlık ocaklarının da dahil olacağı kanaatindeyiz.

II. - HASTA İLE KAMU HASTANESİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu hastaneleri, devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş bulunan sağlık teşekkülleridir. Bunlar kamu yönetiminin içinde yer almaktadırlar ve gerek kuruluş gerekse çalışma ve sona eriş bakımından kamu hukukuna tabidirler (7). Bu hastaneler, Anayasanın 56. maddesinde devletin bir ödevi olarak ifade olunan sağlık hizmetini yerine getirerek kamu yararını gerçekleştirmeye uğraş verirlir. Anayasanın belirtilen 56. maddesinin beşinci ve altıncı fıkrası bu şekildedir: "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırmak; işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel

kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." İdare kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğunu kendi idari personeli yani kamu görevlilerini kullanarak yerine getirir. Yani, "kamu hastanelerinde vatandaşa sunulan kamu hizmetlerinin yaratıcısı hekim, anestezi, hemşire, hasta bakıcı gibi çalışanlar kamu personeli statüsündedirler" (8). 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin üçüncü fıkrasında sağlık hizmeti ve yardımcı sağlık hizmetine dahil olanlar tadadi bir şekilde sayılmıştır. Buna göre "sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memur ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknoloğu, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyeti, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı (fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, evre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyenleri dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personeli..." sağlık hizmeti ve yardımcı sağlık hizmetine dahil personel sayılır.

Bu nedendir ki, kamu hastanesine tedavi amacıyla başvuran hasta ile kamu hastanesi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Aynı sebepten kamu personeli ile kamu hastanesinde tedavi amacıyla gelen hasta arasında da bir sözleşme ilişkisi doğmaz. Kamu hastanesi ve hasta, özel hastanelerde olduğu gibi hastaneye kabul sözleşmesinin karşı tarafını oluşturmazlar (9). Bundan dolayı kamu hastanesinin tıbbi müdahaleden zarar gören hastaya karşı akdi sorumluluğu söz konusu olamaz. Olay, özel hukuk alanında bulunmadığından kamu hastanesinin Borçlar Hukuku anlamında bir akit dişı sorumluluğu da mevcut değildir. Hasta ile kamu hastanesi arasında ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir (10). Kamu hastaneleri kamu yararı amacıyla bir kamu hizmeti sunan idare mercii; hasta da bu hizmetten yararlanan vatandaş statüsündedir. Bu nedenle o, hastane dahilinde kendisine yapılan tıbbi müdahale (sağlık hizmeti dolayısı ile) bir zarara uğrarsa, devlet veya ilgili kamu tüzel kişisinin aleyhine idare hukuku sorumluluk dizgesine göre dava açmak zorundadır. Bu konuyla ilgili Anayasa md. 129 şu hükmü ihtiva etmektedir: "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."

III - DEVLETİN VEYA İLGİLİ KAMU KURULUŐUNUN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Kamu hastanelerinde yapılan tabbi müdahalelerden doğan sorumluluğun şartları, idari davranış, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere 5 tanedir (11).

A - İdari Davranış

İdarenin sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için, herşeyden önce, zarar doğurucu bir idari eylem veya işlem yani idari davranış sözkonusu olmalıdır (12). Bu zarar doğurucu davranışın "idare tarafından" bir kamu görevlisi vasıtasıyla ya da özel bir kişi tarafından "idare adına" işlenmesi gerekir.

Kamu hastanelerinde istihdam edilen kişiler, kural olarak memur ve işçi statüsünde de olsalar, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Zaten bu kişiler bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetini gerçekleştirmek için faaliyette bulunmaktadırlar. Yalnız kamu hastanelerinde Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde dişarıdan çağrılan hekimlerle, serbest

çalışan bir hekimin hastasını kamu hastanesine yatırması durumunu idari davranış yönünden irdelemek gerekir.

Dışarıdan hekim çağırma için ya hastanın ya da hastanenin talebi gereklidir. Yataklı Tedavi Kurumları İşlete 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 arzermeleri halinde, baştabip tarafından ilgili uzmanlardan bir veya birkaçı kuruma davet edilebilir. Bunların ücreti mahalli tabip odası rayicine göre ücretsiz hastalar için bütçenin ilgili harcama kaleminden, ücretli hastalar için döner sermayeden ödenir." Böyle bir durumda özel kişi durumunda olan dışarıdan çağrılan serbest hekim, idare adına tedavi eyleminde bulunduğundan idari davranışta bulunmuş sayılmalıdır (13). Dolayısıyla sözkonusu hekimin sorumluluğu, ilgili kamu hastanesinde görevli hekimin sorumluluğuyla ilgili hükümlere tabi olmalıdır (Anayasa, m.40/129/V).

Dışarıdan hekim çağırma, hastanın talebi üzerine gerçekleşebilmektedir. Bu durumu düzenleyen Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 65. maddesine göre, "Yataklı tedavi kurumlarında yatan ve tedavi gören bir hasta ailesinden birisi, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istediği takdirde müdavi tabibin muvafakatı baştabibin müsaadesiyle ücretleri hasta veya sahipleri tarafından ödenmek şartıyla, istenilen uzmanların hastayı görmesine müsaade edilir (m.65/17). Müdavi tabibin konsültasyona muhalefeti halinde, gereğine baştabip karar verir. Yapılan konsültasyon neticesi müşahade kağıdına etrafıca yazılarak altı muayene eden tabipler tarafından imza edilir (m.65/II). Kurumun görevli tabibi, konsültasyon kararı çoğunluk ile de olsa, kendi özel görüş ve fenni kanaatine aykırı tedavi ve ameliyata zorlanamaz. Bu takdirde tedavi ve müdahale hasta veya sahibinin muvafakatı ile konsültasyona katılan uzman tabip tarafından yapılır (m.65/III)". Burada, çağrılı hekim herhangi bir tıbbi zorunluluk olmaksızın hasta tarafından getirilmektedir. Sadece tedavi ameliyesinin kamu kurumunda icra edilmiş olması hekimin faaliyetini idari davranış olarak nitelendirmeye imkan vermez. Bu durumda, "çağrılı hekim ile hasta arasında özel hukuk alanında bir tedavi sözleşmesi bulunmuş sayılmalı ve hekim, hastaya karşı öncelikle sözleşmenin ihlali esasına göre (BK. m. 96) sorumlu tutulmalıdır." (14). Şartları gerekiyorsa BK 41 uyarınca haksız fiil davası açmaya da herhangi bir engel yoktur (15). Ameliyatta hekime yardımcı olan hasta personeli de ifa yardımcısı konumundadırlar ve bunlar aleyhine BK. m. 100'e göre dava açmak mümkündür.

Serbest olarak çalışan hekimlerin kendi hastalarını kamu hastanelerinde tedavi etmesi halinde durum daha değişikdir. Bu hususta yönetmeliğin 63. maddesinde özel düzenleme getirilmiştir. Buna göre "özel hastane bulunmayan yerlerde yataklı tedavi kurumları dışındaki uzman tabipler, acil müdahaleyi gerektiren vak'alarda kurumun o şubede uzmanı olmadığı takdirde, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak kaydıyla özel hastalarını yatırabilirler (63/I). Baştabiplikçe serbest uzmanların bu gibi istekleri incelenerek, kesin gereklilik ve sorumluluk görüldüğü takdirde hasta kabul edilir (m. 63/II, c.1). Bünyesinde hiçbir tabip bulunmayan kurumlarda bu hususlardaki kararları varsa o yerin en büyük sağlık amiri yoksa en büyük mülki amiri verir (63/IV). Acil hallerde izin sonradan alınır (63/V) Bu şekilde yatırılacak hastaya yapılacak işlemler ve hasta ücretleri bu yönetmelik ve yataklı tedavi kurumlarının diğer ilgili mevzuatına tabidir. Aynı şekilde hastaya bakacak serbest tabip de kurumun nizam ve usullerine uymak zorundadır (m. 63/III)".

Burada, hastasını yatıran serbest hekim hastane yönetimi ile herhangi bir sözleşme yapmamaktadır. Yalnız, sözleşme ilişkisi hekimle hasta arasında önceden kurulmuş bulunmakta, hastaneye yatma esnasında da devam etmektedir. Bu yüzden hekimin müdahaleleri sonucu bir zarar doğmuş ise, aktin kusurlu imkansızlığı (BK 96) hükümlerine göre sorumluluğu doğabilir. Zarar doğrudan böylesine bir tıbbi müdahale, haksız fiil niteliğini taşıyorsa BK 41 vd. maddelerine göre tazminat davası açma imkanı da vardır (16). Kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleye hastane personeli, yardımcı şahıs olarak katılmışlarsa, hekimin BK m.100 hükümlerine göre sorumluluğu sözkonusu olabilir (17). Böyle bir durumda serbest hekimin müdahalesi nedeniyle devletin veya ilgili kamu tüzel kişisinin sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 63. maddesinin ikinci fıkrasına göre teşhis ve tedaviye ait sorumluluk hastayı yatıran tabibe ait olmaktadır. Yalnız, bu hüküm operasyona katılan kamu hastanesi yardımcı personeline uygulanmalıdır. Zira bunlar, aslında bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesine kamu görevlisi sıfatıyla yardımcı olmaktadır (18).

B - Hukuka Aykırılık

Devletin sağlık hizmetlerine yönelik idari davranışının hukuka aykırı olması halinde sorumluluğu sözkonusu olabilir (19). AY 40/II'de "kişinin,, resmi görevliler tarafından vaki işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre Devletçe tazmin edilir." hükmü yer almaktadır. Buradaki "haksız" kelimesi "hukuka aykırı" anlamına gelmektedir (20).

Hukuka aykırılık, genel olarak kabul gören anlayışa göre geniş anlamda, hukuk düzeninin emredici bir normuna aykırılıktır (21). Bu açıdan doğrudan doğruya kamu görevlisine hitap eden idari normlarla, kamu görevlisi de olsa tıp mesleğinin bir mensubu olan hekimlere yönelik Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi düzenlemeler arasında fark bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kişilerin subjektif değerlerini koruma amacına yönelik genel normların ihlali de davranışın hukuka aykırılığı sonucunu doğurur (22). Zaten olayların büyük çoğunluğunda, bunlardan birinin çiğnenmesi diğer normların da çiğnenmesine yol açar. Şu halde, kamu hastanesinde çalışan hekim de, tıpkı serbest çalışan hekimin uyacağı kural ve düzenlemelere tabi olmalıdır (23). Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde öngörülen meslek ilkelerine uymalı, hastayı aydınlatarak rızasını almalı, hastane kayıtlarının muntazam tutulmasını sağlamalı ve meslek sırrını saklama borcunu yerine getirmelidir (24).

C - Kusur

Kamu görevlilerinin sebep oldukları zarardan devletin sorumlu tutulabilmesi için AY m. 129/V'e göre kusurlu olmaları gerekir. Bu bakımdan kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler nedeniyle Devletin tazmin yükümlülüğü, ancak kusurun bulunması halinde sözkonusu olur (25).

İdare hukuku öğretisi ve uygulamasında kusur, hizmet veya görev kusuru şeklinde algılanmaktaydı. Hizmet kusuru en genel anlamda, idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan aksamayı ifade eder (26). Görev kusuru ise, kamu personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden zarara yol açmasıdır (27). Geniş anlamda ele alınan bir hizmet kusuru kavramının görev kusurunu da kapsayacağı ileri sürülmüştür (28).

Fakat AY 40/II ve 129/V hükümleri karşısında görev veya hizmet kusuru ayırımına gitmeye gerek yoktur (29). AY 129/V'de "kusur" kavramı bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Bu sebeple, kastedilenin "görev kusuru" olduğu söylenemez. Zira, aksi düşünülmüş olsa, anayasa koyucu açıkca görev kusuru veya hizmet kusuru deyimlerini kullanırdı (30).

AY 129/V'deki kusur, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken, görevlerini yerine getirirken işlediği kusurdur. Yani görev kusuru, doğrudan görevle ilgili iken 129/V'de bahsedilen kusur yetkilerin kullanılması, görevin yerine getirilmesiyle ilgili bir kusurdur. Bu bakımdan kamu görevlisinin kusuru, salt şahsi kusur niteliğinde olsa dahi yetkilerini kullanırken, görevlerini yerine getirirken vuku bulmuşsa, 129. maddenin kapsamı içinde telakki edilmelidir (31).

Kusur kast şeklinde belirebileceği gibi, ihmal şeklinde de belirebilir. Zira, kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kast, hukuka aykırı sonucu bilmek istemektir (32). O halde kamu görevlisi sayılan bir hekim bir kamu hastanesinde kendisine ait yetkiyi kullanırken, isteyerek bir hastaya zarar verirse, tazminat sorumlusu yine devlet ve ilgili kamu kurumu olacaktır.

Ihmal ise borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir (33). Başka bir ifadeyle, "ihmal" aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özenin gösterilmemesi, kısaca özen eksikliğidir." (34).

Bugün hakim olan görüşe göre, ihmalin ölçüsü objektiftir (35). Buna göre ihmal, orta seviyede, akli başında, normal, makul bir kişinin, somut olayda durumun özellik ve gereklerine göre olması gerekli tedbirler, göstereceği ihtimam ve sarfedeceği çaba gözönüne alınarak belirlenir (36). Dolayısıyla hekimin veya diğer sağlık görevlilerinin subjektif özellikleri göz önüne alınmaz. Ancak, örnek (ortalama) davranış tipi belirlenirken, somut olayın özellikleri de göz önünde tutulur (37). Buna göre, aynı şartlar altında bulunan, makul her insanın alması gerekli en basit tedbirlerin alınmamış olmasına "ağır ihmal" adı verilir (38). Ağır ihmal derecesine ulaşmayan ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olması ise "hafif ihmal"i oluşturmaktadır. Özellikle Fransız Danıştay'ı sağlık hizmetlerinde sorumluluğun doğması için kusurun ağır olması şartını getirmektedir (39).

D - Zarar

İdarenin aleyhine doğrudan tazminat davası açılabilmesi için kamu hastanelerinde yapılan sağlık hizmetleri sonucunda üçüncü şahısların zarara uğramış olmaları da gereklidir (40). Uğranılan zarar maddi veya manevi olabilir (41). Maddi zarar, bir şahsın mal varlığında iradesi hilafına husule gelen bir eksilmedir (42). Meydana gelen zarar, fiili zarar (müsbet zarar) olabileceği gibi mahrum kalınan kar (tucram cessano) de olabilir (43). Fiili zarar, malvarlığının mevcut, net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiili azalmadır. Mahrum kalınan kar ise, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmadır (44).

İdarenin tazmin yükümlülüğünün kapsamına, üçüncü şahısların uğradığı manevi zararlar da girmektedir. Manevi zarar ise, mağdurun şahsiyetine yapılmış bir saldırı sonucu duyduğu fizik ve psişik ızdıraplardır (45). Başka bir ifadeyle, kusurlu ve hukuka aykırı tıbbi müdahale yüzünden hastanın uğradığı acı ve ızdıraplarla, sevincinin azalması gibi şahısvarlığında objektif nitelikte

eksilme ve kayıplardır (46).

E - İlliyet Bağı

Anayasanın 40/II ve 129/IV maddelerine göre idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için bir diğer şart da kamu görevlisinin kusurlu davranışı ile üçüncü şahsın gördüğü zarar arasında illiyet bağının bulunması zorunluluğudur. Yani, idari davranışla üçüncü şahsın uğramış olduğu zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuş bulunmalıdır (47). Uygun illiyet bağı teorisine göre, olay veya davranış, niteliği itibarı ile, olayların mutad akışına hayat tecrübelerine ve objektif ihtimala göre, meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli ise, o olay veya davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı var demektir (48).

İlliyet bağını kesen sebeplerden birinin olayda bulunması halinde idare sorumluluktan kurtulur (49). İlliyet bağını kesen sebepler ise, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü şahsın kusurudur (50). Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru, illiyet bağını kesecek yoğunlukta olmamakla beraber, zararın oluşumuna katkıda bulunmuşsa idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Fakat idarenin sorumluluğunu azaltıcı rol oynarlar (51).

IV - SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler ve diğer bakım hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun olağan sonucu da hastanın maruz kaldığı zararların karşılanmasıdır. İdare hastanın kusurlu ve hukuka aykırı idari eylemi (tıbbi müdahale) yüzünden uğramış olduğu bütün zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu açıdan maddi ve manevi zarar açısından fark yoktur (52). Yani idareden somut olayın özelliklerine göre hem maddi hem manevi tazminat istenebilir (53).

Tazminata hükümlenabilmesi için ortada mutlak ve kesin hesabı mümkün bir zarar bulunmalıdır (54). Tazminat amacıyla açılan tam yargı davalarında, davacının talebiyle sınırlılı (İYYK m.3) ilkesi geçerlidir (55). İdari yargıda maddi ve manevi zarar ancak para ile karşılandığından talep sadece para olmak zorundadır (56).

Tazminat davalarında; davacının doğduğunu ileri sürdüğü zararını ve miktarını kabul edilebilir ve inandırıcı belgelerle belgelendirmesi gereklidir. Çünkü idari yargı mercileri objektif deliller göre işlem yapar (57). Maddi tazminat davalarında, zarar miktarının belirlenmesinde özellikle ölüm sebebi ile destekten yoksun kalma taleplerinde bilirkişiden büyük ölçüde yararlanılmaktadır (58). Objektif esaslara göre tesbit edilen zarar ve tazminat miktarında mağdurun durumu ve olayın öz şartları gözönünde bulundurulur indirim yapılabilir. Bu hususta denkleştirme esası uygulanır. Yani zarar miktarı, ortaya çıkan zarar ve yararların denkleştirilmesi suretiyle tesbit edilir (59).

V - KUSURLU SAĞLIK PERSONELİNE RÜCU

A - Rücunun Esası

Özel hukukta, rücu davası, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin, bu borcu karşılığının, borcun asıl sahibinden tazminat olarak alınması davasıdır (60). İdarenin de kusur kamu görevlisine rücuu da esas olarak özel hukuktaki gibidir. Yalnız burada, rücu, idare atfedilen kusurlu davranış nedeniyle, bu davranışın doğumunda kusurlu davranan kamu görevlisinin sorumluluğunun devam etmesi bakımından başka bir özellik taşımaktadır. Böyle

zarar görenin zararı idarece bir an önce tazmin edilmekte rücu kurumu ile de zarara sebep olanın zarardan sorumlu olması ilkesi gerçekleştirilmiş olmaktadır (61).

AY m. 129 idareyi rücu konusunda kayıtlamış ve rücu yetkisinden çıkararak bağlı yetki olarak düzenlemiştir. Buna göre, idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu edip etmeme konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İdare, kusurlu kamu görevlisine rücu etmek mecburiyetindedir (62).

Rücu davasında idare hukuku ilkeleri mi yoksa haksız fiille ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı konusunda görüş birliği yoktur. Bu konuda genel eğilim rücu davasının BK 41 vd. hükümlerine tabi olacağı yolundadır (63). Buna karşılık kamu görevlisinin rücu konu olan davranışı sonucu idare, idare hukuku ilkelerine göre zararı tazmin etmek zorunda kaldığı, bu nedenle kamu görevlisine karşı idarenin açacağı rücu davasının da idare hukuku ilkelerinin uygulanması savunulmuştur (64). Danıştay'ın da bir kararında belirtildiği gibi, idare ile kamu görevlisi arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir (65). Ayrıca idare, rücu davasında zarar görenin halefi olarak değil, kendi nam ve hesabına hareket etmektedir.

Rücu konusunda önem taşıyan bir husus da kamu görevlisinin kusur oranıdır (66). Bu husus Devlet Memurları Kanunu m.13 döneminde de tartışılmış ve rücuun yargı içtihatları ile sadece ağır kusur hallerine münhasır tutulması görüşü ortaya atılmıştır. Ne varki, yüksek yargı yerleri bu görüşe itibar etmeyerek, her türlü kusurun rücu yeterli olduğunu içtihat etmişlerdir (67). Kamu görevlisi yetkisini kullanırken, sebep olduğu zararlardan birinci ve asli sorumlunun devlet olması bakımından, kamu görevlisinin hafif ihtimalinin rücuya yeterli olmaması gerekir. Özellikle her tıbbi müdahale bünyesinde bir risk faktörü de taşıdığından, kamu görevlisi hekimi veya diğer sağlık personelini de en ufak ihmalden bile sorumlu tutmak haksızlık olur (68). Bu sebeple bizde de Alman Hukuku'ndaki hafif kusur halinde kamu görevlisine rücu edilemeyeceği kuralının uygulanması yerinde olur (69).

B - Rücu Usulü

Rücu hususunda Devlet Memurları Kanunu m.13'e göre gelişen uygulama rücu hususunda adli yargı mercilerinin görevli olduğudur (70). Fakat idare hukuku doktrininde kamu görevlisine rücu bakımından idari yargı mercilerinin görevli olduğu görüşü hakimdir. Gerçekten de, idare ile kamu görevlisi arasındaki ilişki, bir özel hukuk ilişkisi olmadığı sürece, kamu görevlisinin idareye hem doğrudan, hem dolaylı olarak verdiği zararlar sebebiyle idari yargı yerlerinin görevli olduğunun kabul edilmesi daha yerindedir (71).

İdari yargı yerleri açılan bu sorumluluk davasında, hem idarenin hem de kamu görevlisinin şahsi sorumluluğunu tek tek tesbit eder ve idareyi tazminat ödemeye mahkum ederken, kamu görevlisinin de bu tazminat miktarından ne kadar sorumlu olduğunu gösterir (72). Bu sistem, rücu işlerlik kazandırması ve idari yargılamada basitlik ve sürati getirmesi bakımından faydalıdır.

Buna karşılık, idare, kamu görevlisinin mali haklarından yargı kararı olmaksızın kesinti yapamayacağından, alacağı tek yönlü bir karar ile rücu meselesini çözümlemesi mümkün değildir (73).

DİPNOTLAR

- (1) Mehmet AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 171.
- (2) Reşat ATABEK, Hastanelerin Sorumluluğu, İBD, s.2, 1994, s.637, Yazar bu ücretin "vergi" olmadığını da söylemektedir.
- (3) Ayan, s.171.
- (4) Can TUNCAY, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s.82.
- (5) Ayan, s.172.
- (6) Ayan, s.172; Atabek, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastanelerin özel hukuka tabi olduğunu, ancak hasta ile hastane arasındaki sözleşme ilişkisi doğmadığını ileri sürerek bir çelişkiye düşmektedir, s.642 - 643.
- (7) Ayan, s.172.
- (8) Ayan, s.172 - 173.
- (9) Ayan, s.173.
- (10) Erzan ERZURUMLUOĞLU, Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, AİTİAD, C. VIII, s.1, 1976, s.197.
- (11) Akın DÜREN, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1976, s.330.
- (12) Düren, s.331.
- (13) Aynı görüş için bkz. Ayan, s.176; Atabek, s.641.
- (14) Ayan, s.177.
- (15) Ayan, s.177.
- (16) Ayan, s.178.
- (17) Ayan, s.179.
- (18) Ayan, s.179; Atbek, s.641.
- (19) Düren, s.330; Kökset EREN, Borçlar Hukuku, C.II, Ankara 1991, s.175.
- (20) Eren, s.176; Ayan, s.174.
- (21) Alman Hukukunda Devletin sorumlu olabilmesi için, zarar verici idari davranışın Bonn Anayasası 34. maddesine göre, BGB'nin 839. maddesi anlamında bir haksız fiil olması gereklidir. Bkz., Eren, s.176.
- (22) Ayan, s.174.
- (23) Ayan, s.174.
- (24) Atabek, s.637 ve 638.
- (25) Ayan, s.174.
- (26) Düren, s. 287.
- (27) Düren, s.293.
- (28) Ayan, s.176.
- (29) Bahtiyar AKYILMAZ, İdarenin Mali Sorumluluğu, Konya 1991, s.425 (Basılmamış Doktora Tezi)
- (30) Akyılmaz, s.426; Eren, s.175.
- (31) Akyılmaz, s.426 - 427.
- (32) Eren, s.174.
- (33) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ATOP, Tekinay Borçlar Hukuku C.I, İstanbul 1985, s.667

- (34) Eren, s.115.
- (35) Eren, s.115-116; Ayan, s.102; Akyılmaz, s.430.
- (36) Akyılmaz, s.430; Ayan, s.102.
- (37) Ayan, s.102.
- (38) Eren, s.119; Ayan, s.103.
- (39) Delcros / Delcros (Çev. Candan), s.24.
- (40) Ayan, s.178; Akyılmaz, s.433.
- (41) Düren, s.328; Gözübüyük, s.253.
- (42) Eren, s.38; Akyılmaz, s.434.
- (43) Akyılmaz, s.436.
- (44) Eren, s.43; Akyılmaz, s.436.
- (45) Deschenaux / Tercier, s.24.
- (46) Ayan, s.178; Akyılmaz, s.437.
- (47) Ayan, s.178.
- (48) Akyılmaz, s.439.
- (49) Ayan, s.178.
- (50) Ayan, s.178.
- (51) Gözübüyük, s.256 ve 258.
- (52) Ayan, s.178-179.
- (53) Akyılmaz, s.442; Gözübüyük, s.259-260.
- (54) Akyılmaz, s.447.
- (55) Akyılmaz, s.450.
- (56) Bu durumun eleştirisi için bkz. Güran, tazminat, s.15-159.
- (57) Akyılmaz, s.450.
- (58) Akyılmaz, s.450; Ayan, s.179.
- (59) Akyılmaz, s.451; D.10.D.28.3.1984, E.83/845, K.84/663; Danıştay Dergisi, Y.15, S.56-57, 1985, s.407.
- (60) Akyılmaz, s.465.
- (61) Akyılmaz, s.466.
- (62) Akyılmaz, s.468.
- (63) Eren, s.181-182; Y.4.HD.14.11.1985 T., E.85/7369, K.85/9399, YKD, C?XII, S.4, 1986, s.510.
- (64) Akyılmaz, s.471.
- (65) D.5.D. 26.11.1975, E.72/645, K.75/7739, AİD, C.IV, S.2, 1976, s.20.
- (66) Akyılmaz, s.473; Ayan, s.181.
- (67) Bu konuda örnek bir karar: 4.HD., 14.11.1985 T., E.73 K.9399 (YKD, C.12, S.4, 1986, s.509-513).
- (68) Akyılmaz, s.474.
- (69) Eren, s.182.
- (70) Akyılmaz, s.471.
- (71) Duran, s.116; Güran, Ajanın, s.191.
- (72) Akyılmaz, s. 478; Ayan, s.181, Güran, Ajanın, s.191-192.
- (73) Ayan, s.181 dn. 306; Akyılmaz, s.478.



ADANA BAROSU

DERGİSİ



Yıl : 2 Sayı : 10 Ekim 1994