

# İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN KUSURSUZ SORUMLULUĞU\* \*\*

Miraç Çelik\*\*\*

## GİRİŞ

Yaşama hakkının en önemli bileşenlerinden biri olan ve çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde bir *insan hakkı* olarak kabul edilen sağlık hakkı, aynı zamanda Anayasamızda “sosyal ve ekonomik haklar” arasında düzenlenen bir *temel hak* konumundadır. Gerek tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler gerekse Anayasa’da sağlık hakkıyla ilişkilendirilebilecek hükümler, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasında devlete negatif ve pozitif anlamda çeşitli ödevler yüklemektedir. Türkiye’nin de tarafı olduğu Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin yorumu bağlamında bu ödevleri “saygı”, “koruma” ve “gereğini yerine getirme” şeklinde sıralamak mümkündür.<sup>1</sup> Sözleşme’nin yetkili yorum organı olan Komite’ye göre saygı ödevi, devletin sağlık hakkından faydalanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmemesini; koruma ödevi, devletin üçüncü kişilerin müdahalelerini engelleme yönelik tedbirler almasını; gereğini yerine getirme ödevi de devletin sağlık hakkının tam anlamıyla hayata geçirilmesi amacıyla yasama tedbirleri ve idari tedbirleri, bütçeyle ilgili gerekli tedbirleri ve hakkın gerçekleştirilmesini sağlayacak diğer bütün tedbirleri ifade etmektedir.<sup>2</sup>

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Doç. Dr. Kaya Burak Öztürk danışmanlığında Miraç Çelik tarafından hazırlanan ve 10.07.2013 tarihinde savunularak başarılı bulunan “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

\*\*\* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. (Erişim Tarihi: 14/09/2019). Sözleşmenin yetkili yorum organı olan Komite’nin 14 sayılı Genel Yorum’u için bkz. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en). (Erişim Tarihi: 14.09.2019).

<sup>2</sup> Saygı ödevi, devletin sağlık hakkı alanındaki negatif yükümlülüklerine işaret etmektedir. Buna doğrultuda devletin; sağlık alanında ayrımcı politikalar gütmemek, sağlık hizmetlerine erişimi engellemek ve kısıtlamamak, geleneksel önleyici ve tedavi edici nitelikteki uygulamaları ve ilaçları yasaklamamak, gebeliği önleyici koruma yöntemlerine ve cinsel sağlık ve üreme sağlığını koruma yollarına erişimi engellemek

Devletin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasındaki pozitif ödevleri daha ziyade kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti ekseninde somutlaşmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 56. maddesinde de devletin bu alandaki görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede sağlık hizmeti, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasında devletin öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup>

Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden biri olan sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı olarak birtakım zararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda, sağlık hizmetlerinin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişinde aksaklık ve bozuklukların yaşanması, sağlık hizmetlerinin hizmetin gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmeden sunulması gibi durumlar söz konusu olduğunda, ortaya çıkan zararlar genel olarak idarenin kusurlu sorumluluğu ilkesi çerçevesinde tazmin edilmektedir. Buna karşılık, idareye atfı kabil bir kusurun bulunmadığı durumlarda, sağlık hizmetinin sunumu dolayısıyla meydana gelen zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilir gidilemeyeceği meselesi ise öteden beri tartışmalıdır. Bu çalışma da işte bu meseleye odaklanmakta ve sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun mümkün olup olmadığı, mümkün ise hangi şartlar altında uygulama alanı bulabileceği sorularına cevap aramaktadır.

Bu noktada, bahsi geçen sorulara sağlıklı cevaplar verebilmek ve idarenin sağlık hizmetleri bakımından sorumluluk alanını doğru bir şekilde tespit edebilmek adına ilk olarak sağlık hizmetlerinin kapsamını ortaya koymak ve yine bu alana ilişkin birtakım temel açıklamalar yapmak gerekmektedir.

## I. SAĞLIK HİZMETLERİNİN KAPSAMI

Dünya Sağlık Örgütü, sağlık kavramını “*yalnızca hastalık veya sakatlık hali değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamaktadır. Benzer şekilde, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de sağlık kavramı “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlamalar esasen sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinin kapsamının belirlenmesinde önemli ölçüde etkili olmuştur denebilir. Sağlık kavramının salt hasta veya malul olmama hallerine indirgenmemesi, sağlık hizmetlerinin daha geniş ölçekte sunulması gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu çerçevede, devletin sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetleri de çeşitlenmiştir. Oldukça geniş bir yelpazede sunulan sağlık hizmetlerini teknik ve sorumluluk temelli tas-

gibi birçok “kaçınma” tipi negatif ödevi bulunmaktadır. Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 69, Y. 2014, S. 1, s. 178.

<sup>3</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, 2011, s. 338.

nifler ışığında ele almak mümkündür.

### A. Sağlık Hizmetlerinin Teknik Tasnifi

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda, "koruyucu sağlık hizmetleri", "teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri" ve "rehabilite edici sağlık hizmetleri" olmak üzere 3 tip sağlık hizmetinden söz edilmektedir.

#### 1. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Koruyucu sağlık hizmetleri, toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi ve toplum sağlığına zarar veren maddelerin ortadan kaldırılması amacıyla sunulan sağlık hizmetleridir.<sup>4</sup> 1580 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 1. maddesinde, "*memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi devlet hizmetlerindedir.*" denilmek suretiyle devlet, koruyucu sağlık hizmetleri alanında açıkça görevli kılınmıştır. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, devletin sağlık hizmetleri sunma noktasındaki yükümlülüğü henüz hastalık veya maluliyet durumları ortaya çıkmadan önce başlamaktadır.

Bahsi geçen Kanunun 3. maddesinde devletin sunmakla yükümlü kılındığı koruyucu sağlık hizmetleri tek tek sayılmıştır. Buna göre; doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler, annelerin doğumdan önce ve doğumdan sonra sıhhatlerinin kontrolü, memleket geneli salgın hastalıkların önlenmesi, bütün zehirli ve uyuşturucu maddelerle mücadele, her nevi serum ve aşuların yapılması, çocuk sağlığının muhafazası vb. önlemleri almak koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında devletin sunmakla yükümlü olduğu hizmetler arasındadır.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Serkan Kızılyel, **İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 38.

<sup>5</sup> Bu noktada koruyucu sağlık hizmetleri çatısı altında sayılan birtakım hizmetlerin kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği sorusu da akla gelebilir. Nitekim, her ne kadar sağlık kamu hizmetleri ile sağlık alanında yürütülen kolluk faaliyeti birbirinden ayrı olarak ele alınıp değerlendirilse de bu iki faaliyetin kesiştiği alanlar da bulunmaktadır. Koruyucu sağlık hizmetleri genel olarak, sağlığın korunması, hastalıkların önlenmesi ve toplum sağlığına zarar veren maddelerin ortadan kaldırılması amacıyla sunulmaktadır. Sağlık alanındaki kolluk faaliyeti de genel olarak toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması ve toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesi amacıyla yürütülmektedir. Bu noktada koruyucu sağlık hizmetleri ile sağlık alanındaki kolluk faaliyetinin ortak bir payda üzerinde buluştuğunu söylemek mümkündür. Aşılama, içme suyunun ve yiyeceklerin denetlenmesi, ana-çocuk sağlığı hastalık tarama programları, hıfzısıhha tedbirleri, atıkların denetimi, hava ve su kirliliği gibi hastalık riski taşıyan çevre şartlarının kontrolü gibi faaliyetler koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 86. Bununla birlikte bu tip tedbirlerin bütünüyle sağlık alanında yürütülen kolluk faaliyetinin kapsamı dışında kaldığından söz etmek mümkün değildir. Zira kolluk da bu alanda faaliyet göstermektedir. İşte bu hizmetler kapsamında, kamu sağlığının korunması için sağlık kolluğu tarafından alınan tedbirler ve yapılan müdahaleler, koruyucu sağlık hizmetlerinin bir parçası olarak kabul edilebilmekle birlikte, kamu düzeninin korunmasına da ilişkindir. ONAR'ın da ifade ettiği gibi "sağlık zabıtası bir taraftan Hıfzısıhha Kanunu'nun tatbiki dolayısıyla Devletin ve komünlerin sağlık amme hizmetlerine yardım etmiş,

## 2. Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerinden farklı olarak sağlığın bozulması aşamasından sonra devreye giren ve sunulan hizmetlerdir. Bu noktada, hastalığın teşhis edilmesi ve sonrasında kişinin sağlığına kavuşturulması noktasında sunulacak olan tedavi hizmetleri, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerine nazaran çok daha fazla maliyet ve organizasyon gerektiren hizmetlerdir. Yetişmiş personel ve fiziki imkanlar ile yönetim ve finansman gibi önemli boyutları bulunmaktadır.<sup>6</sup> Sağlık hizmetleri alanında çıkan uyuşmazlıkların çok büyük bir bölümü de esasen teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleriyle ilgilidir.

## 3. Rehabilitate Edici Sağlık Hizmetleri

Rehabilitate edici sağlık hizmetleri, özellikle kaza, savaş ve felaketler gibi beklenmedik ve ani ortaya çıkan ve insanların sakat kalmalarına yol açan ve/veya çalışma güçlerini motivasyonlarını engelleyen olaylar sonrası hastaların topluma yeniden kazandırılmaları ve böylece ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan güçlendirilmelerini sağlamaya yönelik olarak sunulan sağlık hizmetleridir.<sup>7</sup> Rehabilitasyon hizmetleri; tıbbi rehabilitasyon ve sosyal (mesleki) rehabilitasyon olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Tıbbi rehabilitasyon, kişideki bedensel engellerin cerrahi veya tıbbi müdahaleler ile düzeltilmeye çalışılması şeklinde tanımlanmaktadır. Sosyal (mesleki) rehabilitasyon ise, engelleri nedeniyle çalışmayanlara iş öğretilmesi, iş bulunması veya işe uyum sağlanması gibi konularda yardımcı olmak üzere sunulan hizmetlerdir.

## B. Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluk Temelli Tasnif

Teknik tasnif bir yana, sağlık hizmetleri, idarenin sorumluluğu olgusu özelinde farklı bir tasnifle de ele alınabilir. Nitekim, Danıştay, sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğunu sağlık hizmetlerine özgü bir ayrımla ele almakta ve sorumluluğun çerçevesini de yine bu ayırım doğrultusunda çizmektedir. 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğunun hangi şartlar altında doğacağını açıkça ortaya koymuştur. Buna göre:

*“...idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ‘ağır hizmet kusuru’; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edi-*

diğer taraftan da dolayısıyla sükün ve emniyeti, amme intizamını korumuş olur.” Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)**, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1109.

<sup>6</sup> Asuman Altay, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, Y. 2007, S. 64, s. 35.

<sup>7</sup> Altay, s. 35.

*lemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”<sup>8</sup>*

Görüldüğü üzere Danıştay, sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu olgusunu değerlendirirken ikili bir ayrıma gitmekte, tıbbi müdahaleler ile tıbbi müdahale kapsamına dahil edilemeyecek durumları birbirinden ayırmaktadır. Bu doğrultuda, tıbbi müdahaleler bakımından idarenin sorumluluğunun doğması için “ağır hizmet kusuru” şartını arayan Yüksek Mahkeme, tıbbi müdahale kapsamına dahil olmayan birtakım bakım, gözetim ve yan müdahaleler bakımından ise “basit kusur”un varlığını yeterli görmektedir. Sağlık hizmetleri alanında basit kusurun yeterli sayıldığı durumlar genel itibariyle sağlık hizmetlerinin organizasyonuna, bir diğer ifadeyle sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine ilişkindir. Buradan hareketle, gerek idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun hukuki rejimini gerekse Danıştay’ın konuya ilişkin yaklaşımını daha iyi analiz adına, sağlık hizmetlerini “sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi” ile “tıbbi müdahaleler” şeklinde ikili bir ayırım çerçevesinde ele almakta fayda vardır.

### ***1. Sağlık Hizmetlerinin Kuruluşu ve İşleyişi***

Anayasa’nın 56. maddesi bağlamında devletin sağlık hizmetleri alanındaki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için öncelikli olarak ülke çapında sağlık hizmetlerini yürütecek teşkilatı kurması, gerekli ve yeterli personeli istihdam etmesi ve hizmet için gerekli araç-gereci hazır halde bulundurması gerekmektedir. İdarenin bu anlamdaki yükümlülüğü genel itibariyle sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile ilgilidir. Bu noktada, hastanede bulunması gereken tıbbi cihazların bulunmaması veya bozuk olması, hastanede gerekli hijyenin sağlanmaması, sağlık hizmetlerinde kullanılan araç-gereçlerin bakımlarının yapılmamış olması, hastalara verilen gıdaların bozuk olması gibi durumlar söz konusu olduğunda sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıklar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.<sup>9</sup> Örneğin, bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla açılan tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, Kadın Doğum Bölümü’nde önemli delillerin kaybolmasını engelleme konusunda gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresini sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişi bağlamında kusurlu bulmuştur.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Danıştay 10. D, 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316.

<sup>9</sup> Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu I**, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 245.

<sup>10</sup> Danıştay 10. D, 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237.

Sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi kapsamında değerlendirilebilecek durumlar, salt yukarıda sayılanlardan ibaret değildir.<sup>11</sup> Danıştay, sağlık hizmetleri içinde değerlendirilmekle birlikte tıbbi müdahaleler alanına dahil olmayan birtakım yan müdahalelerin varlığından da söz etmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme hangi tür müdahalelerin “yan müdahale” kapsamında sayılacağı noktasında bir belirleme yapmadığı gibi bu duruma ilişkin bir ölçüt de geliştirmemiştir. Esasen mevzuatta da bir “yan müdahale” tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Danıştay içtihatları uyarınca sağlık hizmetleri alanında idarenin basit kusurundan dahi sorumlu olacağı yan müdahalelerin neler olduğu konusunda bütünüyle belirsizlik olduğunu ifade etmek gerekir.

Bu noktada Danıştay kararlarında yanıtıcı nitelikte sayılabilecek olan bir hususa da yeri gelmişken işaret etmek gerekir. Sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak Danıştay, kimi zaman, “...*davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.*”<sup>12</sup> demek suretiyle idarenin tazminata mahkûm edilmesi gerektiği yolunda kararlar vermektedir. Bu ifade tarzı, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak idarenin sorumluluğunun doğması noktasında ağır kusur şartının arandığı yolunda bir izlenime neden olabilir. Esasen bu durum, doktrinde de ifade edildiği üzere Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında “ağır kusur” kavramını hatalı bir şekilde kullanmasından kaynaklanmaktadır.<sup>13</sup> Bu nedenle herhangi bir yanlış değerlendirmenin önüne geçmek adına önemle yinelemek gerekir ki,

<sup>11</sup> Sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile ilgili olarak idare, hizmetin sunumu esnasında gerek hastaların gerekse sağlık personelinin güvenliklerini sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür. İdarenin sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik ve temizlik işlerini özel kuruluşlara devretmiş olması durumu da idareyi bütünüyle sorumluluktan kurtarmamaktadır. Zira bu noktada idarenin söz konusu işlerin gereği gibi yürütülüp yürütülmediği hususuyla ilgili olarak denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlı hastanede yataklı tedavi gören hastanın doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek tecavüz etme girişiminde bulunduğu olayda Danıştay, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmaması, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmaması, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmaması, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmaması, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmaması gerekçesiyle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yönünde karar vermiştir. Danıştay 10. D, 9.02.2000, E. 1998/4977, K. 2000/380. Konuya ilişkin bir diğer somut örnekte, Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı’nda uzmanlık yapmakta olan davacı, acil müdahale için hızla giderken koridordaki muz kabuğunun üzerine basarak düşmüş ve sakatlanmıştır. Söz konusu olayla ilgili açılan tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, idarenin burada gerekli olan aydınlatma, temizlik vb. faaliyetleri yapmadığının açık olduğunu belirtmiş ve doğan zararın tazmininin gerektiği yolunda karar vermiştir. Danıştay 10. D, 20.10.2006, E. 2003/4153, K. 2006/5848. Söz konusu kararın en dikkat çekici yönü, Danıştay’ın somut olayda ağır hizmet kusuru şartını aramamış olması ve bu konuda kusur derecelendirmesi yapmadan zararın tazmin edilmesi gerektiği yolunda karar vermiş olmasıdır.

<sup>12</sup> Danıştay 10. D, 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237.

<sup>13</sup> Fransız Danıştay’ı “ağır kusur” kavramını bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak, idarenin sorumlu olmadığına hükmetmek için kullanmaktadır. Buna karşın Türk Danıştay’ı, sağlık hizmetleri alanında, “ağır kusur” kavramını Fransa’da olduğu gibi idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şart olarak değil, idarenin yaptığı kusurun derecesini, yoğunluğunu gösteren bir nitelik olarak kullanmaktadır. Gözler, İdare Hukuku (Cilt II), s. 1106.

Danıştay'ın bu alandaki yerleşik içtihadı, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak idarenin basit kusuru halinde dahi sorumlu olacağı yönündedir.

## 2. Tıbbi Müdahaleler

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararların önemli bir bölümü tıbbi müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, tıbbi müdahaleler alanı, Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında “ağır kusur” şartını aradığı tek alan olması hasebiyle de önem arz etmektedir. Bu nedenle tıbbi müdahale kavramını ve bu kavramın kapsadığı alanı doğru bir şekilde belirlemek gerekir.

Tıbbi müdahale kavramıyla alakalı olarak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Örneğin, AYAN'a göre “*tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü müdahaleyi ifade eder.*”<sup>14</sup> ÖZPINAR ise tıbbi müdahale kavramını “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi ve hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişim*” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>15</sup> Buna göre, bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar varan faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>16</sup>

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda kimlerin yetkili olduğu hususu da önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, tıbbi müdahale mutlaka hekimler tarafından gerçekleştirilmelidir.<sup>17</sup> Diğer bir görüşe göre ise, tıbbi müdahaleler, bir hekim veya hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılabilir.<sup>18</sup> Kanaatimizce ikinci görüş isabetlidir. Tıbbi müdahale konusunda öncelikli olarak hekimler yetkili olmakla birlikte kendileri tek yetkili değildirler. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dan hareketle, uygulamada “hekimler, diş hekimleri, ebeler, hemşireler, sağlık memurları ve sünnetçiler” tıbbi müdahale konusunda yetkili kimseler olarak kabul edilmektedir. Söz konusu kanunun 3. maddesinde ise bu konuya ilişkin

<sup>14</sup> Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981, s. 5.

<sup>15</sup> Berna Özpinar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 17.

<sup>16</sup> Ayan, s. 5.

<sup>17</sup> AYAN'a göre tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Bkz. Ayan, s. 5. AYAN'ın yapmış olduğu bu tanımı doktrinde benimseyen başka yazarlar da vardır. Örneğin, CANBOLAT, tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesini ve doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerektiğini ifade etmektedir. Ferhat Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2009, S. 80, s. 159.

<sup>18</sup> Kemal Gözler, **İdare Hukuku (Cilt II)**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2009, s. 1087. Aynı yönde bkz. Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri: Tebliğler**, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 72; Mustafa YILMAZ, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 140.

önemli bir istisna yer almaktadır. Buna göre “acil tıbbi yardım ve bakım ile sırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”

O halde, bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için kural olarak, o müdahalenin o konuda uzman bir hekim veya hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılmış olması ve müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik olması gerekmektedir.<sup>19</sup>

Buradan hareketle, hastaların beslenmeleri, temizlikleri, yatağa yatırılmaları, güvenliklerinin sağlanması, hastanenin temizliği, tıbbi aletlerin sterilize edilmesi gibi hizmetlerin, sağlık hizmetleri çatısı altında değerlendirilebilmekle birlikte tıbbi müdahaleler alanına dahil olmadıkları ifade edilebilir. Bu nedenle bahsi geçen hizmetlerden kaynaklı olarak bir zarar meydana geldiği takdirde idare, basit kusuru dahi olsa sorumlu olacaktır.

## II. SAĞLIK HİZMETLERİ VE İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU OLGUSU

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu, Türk hukukunda daha ziyade kusurlu sorumluluk ilkesi özelinde gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Buna karşılık, sağlık hizmetleri bakımından idarenin kusursuz sorumluluğunun mümkün olup olmayacağı meselesi ise teorik düzlemde yeterince tartışma konusu yapılmamıştır. Hiç kuşku yok ki, bu durumun en önemli sebeplerinden birini, Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği yönündeki katı yaklaşımı oluşturmaktadır. Bu yaklaşımın ne ölçüde isabetli olduğu ise tartışmaya açıktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilip gidilemeyeceği meselesinin etraflıca irdelenmesine ihtiyaç vardır. Bu doğrultuda öncelikli olarak idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesini genel hatlarıyla ortaya koymak, ardından ilkenin sağlık hizmetleri bakımından uygulama alanı bulabilip bulamayacağı sorusuna pozitif ve teorik temelde yanıt aramak gerekir.

### A. Genel Olarak İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, bir olayda idari kusur bulunmasa

<sup>19</sup> Tıbbi müdahalenin mutlaka salt tedaviye yönelik olması gerekmez. Hastalıktan korunmaya yönelik olarak yapılan aşı uygulamaları veya istenmeyen gebelik gibi durumlardan korunmaya yönelik olan doğum kontrol yöntemleri de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bunun dışında kan alma işlemi ve estetik müdahaleler gibi faaliyetler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bkz. Halide Savaş, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Seçkin Yayınları, 2007, s. 51.



dahi bazı kayıt ve şartlar altında, idarenin verdiği zararı ödemekle yükümlü tutulması durumunu ifade eder.<sup>20</sup> Kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulabilmesi için idareye veya kamu görevlisine izafe edilmesi gereken bir kusurun varlığına ihtiyaç yoktur. Kusursuz sorumluluk halinde idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu yönüyle kusursuz sorumluluk, her türlü kusur fikrinden arınmış bir sorumluluk türü olarak ifade edilmektedir.

Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile idarenin faaliyet alanı genişlemiş ve bu faaliyetlerde kullanılan teknolojinin ilerlemesi, araç ve gereçlerin çoğalması, idare teşkilatının karmaşıklaşması gibi nedenlerle zarar veren olay ile idarenin kusuru arasında bağlantı kurulması veya bunun kanıtlanması daha da güç bir hal almıştır. Öte yandan, sosyal adalet anlayışının gelişmesiyle birlikte, belli kişilerin maruz kaldıkları zararlara bizzat katlanmasının adalet ve hakkaniyete uygun düşmeyeceği görüşü hâkim olmaya başlamıştır. Tüm bu olgular, idarenin sorumluluğu konusundaki anlayışı etkilemiş ve bazı kayıt ve şartlar altında idarenin kusuru bulunmaması veya bu kusur kanıtlanmasa dahi sorumlu olabileceği kabul edilmiştir.<sup>21</sup>

Bugün idare hukukunda kusursuz sorumluluk belli başlı iki ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlar “*risk ilkesi*” ve “*fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi*”dir. Genel olarak ifade edilecek olursa, risk ilkesi<sup>22</sup>, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık, dolayısıyla her zaman nedeni saptanamayacak olan zararlara yol açabilecek nitelikteki bir idari faaliyetin ya da araç-gerecin zarara sebebiyet vermesi durumunda, bu zararın kusur şartı aranmaksızın idarece tazmin edilmesini öngören bir ilkedir.<sup>23</sup> Bu durumda idare, tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni ve dikkati göstermiş olsa dahi sorumluluktan kurtulamamaktadır. Bir diğer ifadeyle, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk uygulamasından farklı olarak, idarenin kurtuluş beyyinesi getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974, s. 47.

<sup>21</sup> Günday, s. 378.

<sup>22</sup> Doktrinde “*risk ilkesi*” terimi yerine “tehlike ilkesi” terimini kullananlar da bulunmaktadır. Bununla birlikte Gözler, “*tehlike ilkesi*” teriminin Fransızca “*responsabilité pour risque*” kavramını tam olarak karşılamadığı gerekçesiyle “*risk ilkesi*” terimini kullanmayı önermektedir. Gözler, s. 1169.

<sup>23</sup> Başlıca şu hallerde risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmektedir: 1) Tehlikeli şeyler (patlayıcı maddeler, ateşli silahlar, tehlikeli bayındırlık eserleri, kan ürünleri, tehlikeli araçlar). 2) Tehlikeli yöntemler. 3) Tehlikeli durumlar. 4) Mesleki riskler: Kamu personelinin görevleri sırasında uğradığı zararlar. 5) İdarenin Arızı İşbirlikçilerinin Uğradığı Zararlar. 6) Bayındırlık eser ve işlerinden üçüncü kişilerin uğradığı zararlar. 7) Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden dolayı ortaya çıkan zararlar. 8) Terör olaylarından dolayı ortaya çıkan zararlar. Bkz. Gözler, s. 1168. Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun da risk ilkesi bağlamında söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 200.

<sup>24</sup> Günday, s. 379.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi<sup>25</sup> ise, idarenin nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerinden kaynaklanan külfetlerin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararı, idarenin bir kusuru olmasa dahi, tazmin etmesini öngörmektedir.<sup>26</sup>

Kusursuz sorumluluk, özel hukuk alanında olduğu gibi, idare hukukunda da yardımcı ve ayrıksı bir sorumluluk türüdür.<sup>27</sup> İdarenin sorumluluğunda kural hala idarenin kusurlu sorumluluğudur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk idare hukukunda istisnai teşkil eder. Buna göre, bir olayda idarenin sorumluluğu araştırılırken öncelikle idarenin kusurlu sorumluluğu yönünden inceleme yapılır. İdareye atfedilebilir bir kusur tespit edilemezse, somut olay bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenir ve bu suretle idarenin sorumluluğu belirlenir. Danıştay içtihatları da ekseriyetle bu yöndedir.<sup>28</sup>

Kusursuz sorumluluğun idare hukukunda istisnai bir sorumluluk türü olması nedeniyle “kusursuz sorumluluk ilkesi idarenin hangi tür faaliyetleri bakımından uygulama alanı bulabilir?” sorusu gündeme gelmektedir. Nitekim “istisnalar dar yoruma tabi tutulur” ilkesinden hareket edilecek olursa, kusursuz sorumluluk ilkesinin idarenin yürütmekte olduğu bütün faaliyetler bakımından değil, sadece bazı faaliyetler bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte DURAN, idare hukukunda kusursuz sorumluluğun devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin her türlü faaliyet ve eşyası bakımından söz konusu olabileceğini belirtmekte ve günümüzdeki genel eğilim ve gelişmenin idarenin kusursuz sorumluluğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.<sup>29</sup>

İdarenin kusursuz sorumluluğu, daha ziyade idarenin tehlike taşıyan, riskli faaliyetleri bakımından gündeme gelmektedir.<sup>30</sup> Bu noktada, bünyesinde risk ta-

<sup>25</sup> Doktrinde bu kavramı karşılamak üzere “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*” terimi de kullanılmaktadır. Örneğin, Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku (Cilt I)**, Turhan Kitabevi, 2010, s. 755; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku (Cilt I)**, Yetkin Yayınları, 2012, s. 725.

<sup>26</sup> Gözler, s. 1164. Başlıca şu hallerde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilmektedir: 1) Bayındırlık işlerinin daimî zararlarından dolayı sorumluluk. 2) Hukuka uygun idari işlemlerden dolayı sorumluluk. 3) Kanunlardan dolayı sorumluluk. 4) Uluslararası antlaşmalardan dolayı sorumluluk. Biz bu çalışmada kusursuz sorumluluk ilkesini bütün boyutlarıyla değil, yalnızca idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu çerçevesiyle sınırlı olarak ele alacağız. Bu nedenle fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi edinmek için bu konudaki monografilere veya idare hukuku alanında yazılmış genel eserlere bakılabilir. Örneğin, Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 2007; Gözler, s. 1241 vd.; Gözübüyük/Tan, s. 875 vd., Günday, s. 382 vd.

<sup>27</sup> Bununla birlikte özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk yalnızca belli konularda ve çok sınırlı bir şekilde uygulanmaktayken, idare hukukunda daha geniş bir şekilde uygulanmaktadır. Gözübüyük/Tan, s. 872.

<sup>28</sup> Ayrıık halleri bir kenara bırakacak olursak, Danıştay’ın pek çok durumda idarenin sorumluluğuyla ilgili olarak “idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağının incelenmesi” yönünde karar verdiği görülmektedir. Örneğin, Danıştay 10. D, 18.03.1998, E. 1996/10292, K. 1998/1190.

<sup>29</sup> Duran, s. 47.

<sup>30</sup> Gözübüyük/Tan, s. 873.

şıyan faaliyetler kapsamında değerlendirilebilecek olan sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusuna yanıt vermek gerekir.

## B. Türkiye’de İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu pozitif temelde irdelendiğinde her şeyden önce bu alana ilişkin özel bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Dahası Türk hukukunda idarenin sorumluluğunu bütüncül şekilde ele alan, genel bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu bakımdan idarenin sorumluluğunun pozitif temeli noktasında Anayasa’ya bakmak gerekmektedir.

İdarenin geniş anlamda sorumluluğunu düzenleyen Anayasa md. 125/7’ye göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Söz konusu madde ile idarenin sorumluluğu alanında genel bir düzenleme getirilmiş ve idarenin tüm faaliyetlerine uygulama olanağı olan bir tazmin yükümü ilkesi konulmuştur.<sup>31</sup> Bu düzenleme ile idarenin sorumluluğu noktasında bir hukuki rejim ayrımı yapılmadığı gibi, salt kusurlu sorumluluk veya salt kusursuz sorumluluğun geçerli olacağı yönünde bir tercihte de bulunulmamıştır. Dolayısıyla söz konusu hükmü, idarenin hem kusurlu sorumluluğunun hem de kusursuz sorumluluğunun dayanağı olarak göstermek mümkündür.<sup>32</sup>

Söz konusu hükmün dikkat çeken bir diğer yanı da idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin uygulama alanı noktasında bir düzenleme ve buna bağlı olarak bir sınırlama getirmemiş olmasıdır. Bu konuda getirilmiş herhangi bir yasal sınırlama da bulunmamaktadır. O halde sonuç olarak sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi noktasında herhangi bir pozitif engel bulunmadığını ifade etmek gerekir. Esasen, özel hukuktan farklı olarak idari yargıda kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur. İdari yargıda hâkim, yasal düzenlemelerin metinlerinde kusursuz sorumluluğun kanıtı olacak bir düzenleme arayışına girmeksizin kusursuz sorumluluğa hükmedebilmektedir.<sup>33</sup> Bu durumda idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin sağlık hizmetleri alanında uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı meselesine teorik temelde bir yanıt aramak gerekir.

Sağlık hizmetleri, bünyesinde risk taşıyan hizmetler arasında değerlendirildi-

<sup>31</sup> Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, *Güneşinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2017, s. 812.

<sup>32</sup> Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Danışman: Doç. Dr. Yıldırım Uler), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989, s. 197.

<sup>33</sup> Ender Ethem Atay/Hasan Odabaşı, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınları, 2010, s. 150.

rildiği için idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu da daha ziyade risk ilkesi çerçevesinde gündeme gelmekte ve yine bu ilke çerçevesinde tartışılmaktadır.<sup>34</sup> Bu sebeple risk ilkesinin anlamını ve kapsamını doğru bir şekilde ortaya koymak gerekir.

Doktrinde “*tehlike sorumluluğu*” şeklinde de ifade edilen<sup>35</sup> risk sorumluluğunun biri dar ve biri geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda risk sorumluluğu, kişinin başkaları için aşırı tehlike yaratan bir eşya veya faaliyetten doğan zarar için kusur aranmaksızın sorumlu tutulmasını ifade eder. Geniş anlamda risk sorumluluğu ise, her faaliyette başkaları için bir zarar ihtimali göreyerek, bunun rizikosunu faaliyetin sahibine yükleyen sorumluluktur.<sup>36</sup> Bu bakımdan idarenin risk ilkesi uyarınca sorumluluğuna gidilebilmesi için, kamu yararını sağlamak üzere yürütülen kamusal faaliyetlerin, bu faaliyetler sırasında kullanılan araçların veya bir kamu malının tehlikelilik niteliği göstermesi ve bunların sebep olduğu zararın farklı, özel ve anormal nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>37</sup> Yine, bu ilke uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için, zarara yol açan riskin herkesin karşılaştığı, alelade türden bir risk olmayıp istisnai nitelikte bir risk olması da gerekmektedir.<sup>38</sup>

Söz konusu şartlar kümülatif nitelikte olup, birinin eksik olması durumunda risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olmamaktadır. Bu doğrultuda örneğin bir kamusal faaliyetin tehlikeli olması, bünyesinde risk barındırması, tek başına o faaliyet bakımından risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi sonucunu doğurmamaktadır.

Sağlık hizmetleri de bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olmasına karşın, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla meydana gelen bütün zararların risk ilkesi uyarınca tazmini mümkün değildir. Sağlık hizmetleri alanında risk ilkesi, ancak istisnai bir riskin gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkan farklı, özel ve anormal nitelikteki zararlar bakımından uygulama alanı bulabilir. Buna göre, geçirdiği kalp krizi nedeniyle hastaneye kaldırılan kişinin kurtarılamaması durumunda risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bir başka örnek verecek olursak, devlet hastanesinde tedavi görmekte olan hastanın bacağındaki tümör tedavi edilemez bir nitelikte olabilir ve modern tıbbın gerekleri,

<sup>34</sup> Bununla birlikte, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu salt risk ilkesi çerçevesinde de gündeme gelmeyebilir. Belirli durumlarda, örneğin modern tıbbın gelişmesine katkı sağlayacak uygulamalar dolayısıyla meydana zararlar bakımından fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulama alanı bulabilir ve oluşan zararların bu ilke uyarınca tazmin edilebilir. Böyle bir durumda, yürütülen faaliyetten kaynaklı toplumsal fayda çok daha belirgin düzeyde olduğu için, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurmak da bu anlamda mümkün olacaktır.

<sup>35</sup> Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 322.

<sup>36</sup> Düren, s. 322.

<sup>37</sup> Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, 1996, s. 87.

<sup>38</sup> Gözler, s. 1170.

tümörün tüm vücuda yayılmasını engellemek noktasında bacağı kesilmesini zorunlu kılabılır. Böyle bir durumda, eğer tedavi hukuka uygun bir şekilde yürütül-müşse, idarenin sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olmayacaktır. Aksi yönde bir yaklaşımın benimsenmesi, sağlık hizmetleri bünyesinde meydana gelen bütün zararların idarece tazmini sonucunu doğurur, ki böyle bir sonuç ne idarenin so-rumluluğunun amacı ne de hakkaniyetle bağdaşır niteliktedir. YASİN'in haklı olarak belirttiği gibi böyle bir durumun kabul edilmesi, devleti dolaylı yoldan bir hayat sigortası uygulamasına zorlayabilecektir.<sup>39</sup> Pratikte devletin böyle bir mali külfetin altından kalkması ise oldukça zor ve hatta imkânsız olarak değerlendirilebilir.

Teorik tartışmalar bir yana, uygulamaya bakıldığında “sağlık hizmetleri ala-nında kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanabilir mi?” sorusuna Türk Danıştay'ın genel itibariyle olumsuz yanıt verdiği görülmektedir. Danıştay, pek çok kararın-da sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olduğu hususuna vurgu yapmakta ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu mey-dana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*”<sup>40</sup>

Konuya ilişkin somut bir örnekte, hastanede yapılan böbrek ameliyatı sıra-sında iğneden dolayı sağ ayağında sakatlık meydana gelen hasta tarafından açılan davada İdare Mahkemesi, meydana gelen zarar bakımından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenemediğini; bununla birlikte oluşan zararın ku-sursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle davalı idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Söz konusu davanın temyiz incelemesinde ise Danıştay “...*riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararda hu-kuki isabet görülmemektedir.*” değerlendirmesine bulunarak ilk derece mahkeme-sinin kararını bozmuştur.<sup>41</sup>

Bir diğer olayda, guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin zarar görme-

<sup>39</sup> Yasin, s. 250.

<sup>40</sup> Danıştay 10. D, 04.06.2001, E. 1999/4912, K. 2001/2042, (Aktaran: Yahya Şahin/Yakup Bal/Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınları, 2003, s. 315-317); Danıştay 10. D, 16.04.2001, E. 1998/7339, K. 2001/1386, (Aktaran: Şahin/Bal/Karabulut, s. 312-313); Danıştay 10. D, 03.04.2001, E. 2000/227, K. 2001/1241, (Aktaran: Şahin/Bal/Karabulut, s. 309-311). Danıştay'ın bu yönde vermiş olduğu karar örneklerini çoğaltmak mümkündür.

<sup>41</sup> Danıştay 10. D, 10.10.2000, E. 1999/3878, K. 2000/5131, (Aktaran: Şahin/Bal/Karabulut, s. 376-377).

si ve alınması nedeniyle zarara uğrayan hastanın açtığı davada, İdare Mahkemesi, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak davalı idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Söz konusu davanın temyiz incelemesinde Danıştay idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu konusuyla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*” Buradan hareketle Danıştay, idarenin tazmin yükümlülüğü açısından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılarak, alınacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.<sup>42</sup>

Her iki karar bakımından da ortak olan husus, Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin neden uygulanamayacağı noktasında tatmin edici bir gerekçe ileri sürememiş olmasıdır. Nitekim ilk kararda Danıştay, sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi derken sağlık hizmetinin riskli niteliğine işaret etmektedir. Oysa bir faaliyetin riskli bir faaliyet olması, o faaliyet bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasına engel teşkil etmemekte, aksine, risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu durumda, risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli olan diğer şartlar da somut olay bakımından mevcutsa bu durumda sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesi pekâlâ uygulama alanı bulabilir. Oysa ne ilk kararda ne de ikinci kararda Danıştay’ın bu yönde bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Dahası, ikinci kararda Danıştay sağlık hizmetleri alanında sorumluluğun temelini doğrudan ağır hizmet kusuru şartının varlığına bağlayarak bu alanda kusurlu sorumluluğun dahi uygulama alanını önemli ölçüde daraltmıştır. Her ne kadar ilerleyen dönemlerde Danıştay “ağır hizmet kusuru” şartını salt riskli tıbbi müdahaleler alanına özgüleyip, tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahaleler alanında basit kusurun varlığını, zararın tazmini bakımından yeterli görmeye başlasa da<sup>43</sup> Yüksek Mahkeme’nin kusursuz sorumluluk noktasında “kalıcı” bir anlayış değişikliğine gittiğini söylemek henüz güç gözükmemektedir.

Esasen doktrinde kimi yazarlar, Danıştay’ın bazı kararlarında sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğu kabul ettiği görüşündedir. Örneğin ESİN,

<sup>42</sup> Danıştay 10. D, 29/12/1999, E. 1997/6600, K. 1999/7409, (Aktaran: Şahin/Bal/Karabulut, s. 378-380).

<sup>43</sup> Danıştay 10. D, 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316.

vermiş olduğu iki örnekle Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesini kabul ettiğini ifade etmiştir. İlk örnekte, görev sırasında otobüsünün üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırılarak sakat kalan Hıfzıssıhha Enstitüsü hademesinin uğradığı zararlar ilgili olarak Danıştay, uğranılan maddi ve manevi zararın idarece tazminine karar vermiştir.<sup>44</sup> İkinci örnekte ise, Danıştay, ambulans şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen trafik kazası sonucunda ambulanstaki hasta ve yanında bulunan annesinin vefat etmesi nedeniyle yakınlarının uğradığı maddi ve manevi zararın idarece tazmin edilmesine karar vermiştir.<sup>45</sup>

Ancak doktrinde, ESİN'in vermiş olduğu bu iki örnekten hareketle sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiğinin ileri sürülemeyeceği de ifade edilmektedir. Bu noktada ESİN'e yöneltilen en büyük eleştirilerden biri, söz konusu örneklerdeki zararların sağlık hizmetleriyle olan ilişkisinin zayıflığıdır.<sup>46</sup> Gerçekten, özellikle ilk örnekteki zararı sağlık hizmetlerinin yürütülmesiyle ilişkilendirmek oldukça güçtür. İkinci örnekte, hasta nakil hizmetinin sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalıdır. GÜRAN ve BAŞ, bu noktada zararın sağlık hizmetine ilişkin faaliyetten ayrıldığını ileri sürmektedir. IRIZ ise, hasta nakil hizmetinin sağlık hizmetleri kapsamında olduğunu ifade etmektedir.<sup>47</sup> Bu görüşler arasında, kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Nitekim, Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği uyarınca ambulans hizmetleri sağlık hizmetlerinin yürütülmesi kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>48</sup> Ancak bahsi geçen örneğe dönecek olursak, ESİN her ne kadar burada kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarenin tazminle yükümlü tutulduğunu ifade etse ve kararda da kusursuz sorumluluğa ilişkin bir açıklamaya yer verilmiş olsa da, karar gerekçesinde doğan zararın idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketinden kaynaklandığı ve idarenin bu doğrultuda doğan zararı ödemekle yükümlü

<sup>44</sup> Danıştay 12. D, 08.07.1968, E. 1968/1296, K. 1969/1401, (Aktaran: Yüksel Esin, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 180-181). Danıştay'ın benzer yönde bir kararı daha bulunmaktadır. Tıp fakültesi hastanesi önünde bulunan kişinin başına saç dolap düşmesi sonucu meydana gelen ölüm olayında Danıştay, idareyi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Danıştay 10. D, 15.06.1983, E. 1982/3852, K. 1983/1515.

<sup>45</sup> Danıştay 10. D, 19.01.1971, E. 1969/3710, K. 1971/96, (Aktaran: Esin, s. 180-181).

<sup>46</sup> Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu)**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 1982, s. 20; Zuhâl Bereket Baş, "Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 646.

<sup>47</sup> Betül Çatak Irız, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 48.

<sup>48</sup> Bahsi geçen yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde acil sağlık araçları, "ambulans ve acil sağlık hizmetlerinin sunumu esnasında ihtiyaç duyulan personel ve malzemeyi olay yerine en hızlı şekilde ulaştırmak veya olay yerinde acil sağlık hizmetlerini yürütmek üzere kullanılan kara, hava ve deniz araçları" şeklinde tanımlanmıştır.

olduğu ifade edilmektedir.<sup>49</sup>

BAŞ da Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamadığını kabul etmekle birlikte, bir olayda bu ilkenin üstü kapalı olarak uygulamaya sokulduğunu ifade etmektedir. Bir askeri hastanede hemşire tarafından procain yerine terocain tatbik edilmek suretiyle zehirlenen küçük yaştaki çocuğun ölümü üzerine anne ve babasının açtıkları davada Danıştay; “...*hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, amme hizmetinin fena işlemden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkûm edilmesini önleyemez...*” gerekçesiyle idareyi tazminata mahkum etmiştir. BAŞ burada, Danıştay’ın, yardımcı sağlık personelinin yanlış tedavisini şahsi kusur olarak nitelendirmek suretiyle, üstü kapalı olarak kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaya soktuğunu ifade etmektedir.<sup>50</sup>

Gerek ESİN gerekse BAŞ’ın verdiği örneklerden hareketle sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edildiğini ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim her iki olayda da idarenin sorumluluğu nihayetinde yine bir “kusur” prensibine isnat ettirilmiştir. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise, sorumluluğun sebebi olarak idarenin işlem ve eylemi dolayısıyla kendisine veya ajanlarına yüklenmesi mümkün bir kusuru olmamasına rağmen, ortaya çıkan zararın idarece tazmin edilmesidir.<sup>51</sup> Söz konusu kararlar daha ziyade, Danıştay’ın hizmet kusuru alanını kişisel kusur aleyhine genişletme eğilimi konusundaki yaklaşımını göstermektedir.<sup>52</sup>

Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğu kabul ettiği belki de tek karar, 2007 yılında verilen, sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile alakalı bir karardır. Söz konusu kararda Danıştay şu değerlendirmeyi yaparak, somut olayda zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmine karar vermiştir:

*“İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye ‘atıf ve isnat kabiliyeti’ devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu sebeple beklenmeyen haller sebebiyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.*

<sup>49</sup> Gerekçede geçen ifade şu şekildedir: “Bu itibarla yukarıda oluş şekli açıklanan ve idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda, fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında, vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir.”

<sup>50</sup> Bereket Baş, s. 649.

<sup>51</sup> Atay/Odabaşı, s. 151.

<sup>52</sup> Çatak Irız, s. 49.



*Davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu açıktır.”<sup>53</sup>*

Söz konusu karar, biraz önce de ifade edildiği üzere, Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğu kabul ettiği belki de tek karardır. Bu nedenle salt bu karardan hareketle Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği yönündeki yaklaşımını bütünüyle terk ettiğini ileri sürmek için henüz erkendir. Öte yandan söz konusu karar, tıbbi müdahaleler alanına ilişkin olmayıp, sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine, bir diğer ifadeyle sağlık hizmetlerinin organizasyonuna ilişkin bir karardır. Dolayısıyla salt bu karar üzerinden Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında bütüncül bir şekilde kusursuz sorumluluğu kabul ettiğini ileri sürmek de güç gözükmektedir.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin sağlık hizmetleri alanında uygulanabilip uygulanamayacağı noktasında doktrinde de çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Özellikle son yıllarda, sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiği yolunda görüşler artmaya başlamıştır. Buna karşılık bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.

Sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin belli durumlarda ve derhal uygulamaya sokulması gerektiğini düşünen GÜRAN’a göre “...belli bir takım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de risk/sosyal risk ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır.”<sup>54</sup>

BAŞ da, aynı şekilde, sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin yeniden gözden geçirilmesi ve geliştirilmesi gerektiğini belirtmekte ve bu sonucun artık kaçınılmaz bir gerçek olduğunu ifade etmektedir.<sup>55</sup> Yazara göre, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların kimin üstünde kalacağı ve ne ölçüde kalacağı sorununun Anayasa’da yer alan sosyal devlet, sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri gereğince çözümlenmesi ve bu doğrultuda, belli durum ve konularda sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulamaya geçiril-

<sup>53</sup> Danıştay 10. D, 18.05.2007, E. 2004/9232, K. 2007/2720.

<sup>54</sup> Güran, s. 86.

<sup>55</sup> Bereket Baş, s. 652.

mesi gerekmektedir.<sup>56</sup>

ODYAKMAZ da Anayasa'nın 2. maddesindeki "sosyal devlet" ilkesinden hareketle, bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için ağır hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, sosyal devlet olmanın kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verme zorunluluğunu doğurduğunu ileri sürmektedir.<sup>57</sup>

Bunun haricinde YAYLA ve AVCI da sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini ifade etmektedirler.<sup>58</sup> Örneğin YAYLA, akıl hastanesi yönetimi ve acil sağlık yardımlarının tehlikeli faaliyetler kapsamında olduğunu ve bu sebeple idarenin bu alanda kusuru olmasa yahut ispatlanmasa da sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>59</sup> Konuyu farklı bir açıdan değerlendiren YILDIRIM ise, sağlık alanındaki kolluk faaliyetinde kusursuz sorumluluğun tartışılmaz kabul edilmesi gerektiğini, virtüel kamu hizmeti biçiminde yürütülen sağlık hizmetlerinde ise gerek teorik açıdan gerekse uygulama açısından idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir.<sup>60</sup>

Bu görüşlerden farklı olarak doktrinde sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği de ifade edilmektedir. Örneğin YASİN, tıbbi müdahaleler alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yürütülen faaliyetin tehlikeli olmasının yeterli olmadığını, bu faaliyetin aynı zamanda tüm topluma yarar sağlamak üzere yürütülüyor olması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, sağlık hizmetleri toplumun tamamına değil, bu hizmetten yararlanmak isteyen bireylere yönelik olduğundan bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulamamalıdır. Nasıl ki bu faaliyetten doğan yararlar (tedavi olma) hastanın kendisine aitse, bu faaliyete bağlı risklerin de yine hastanın kendisine ait olması gerekir. Ayrıca, bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi, devleti dolaylı yoldan bir "hayat sigortası" uygulamasına zorlayabilecektir. Hastaneye kaldırılan her vatandaşın, tüm bilimsel ve teknolojik esaslara uygun yürütülen tedavi sürecinde, uğradığı zararların karşılanması, kişilere dolaylı yoldan hayat sigortası güvencesi sağlayacaktır. Halbuki idarenin sorumluluğunun amacı bireylerin her koşulda uğradıkları her zararın tazmini

<sup>56</sup> Bereket Baş, s. 647.

<sup>57</sup> Zehra Odyakmaz, "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2011, S. 5, s. 44.

<sup>58</sup> AVCI'ya göre, sağlık hizmetlerinin çoğu niteliği gereği tehlike unsurunu bünyesinde bulundurur. Bu nedenle, genel olarak sağlık hizmetleri, somut olayın özelliklerine göre idarenin kusurlu sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluğuna da neden olabilir. Mustafa Avcı, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 1, s. 112.

<sup>59</sup> Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, 2010, s. 366.

<sup>60</sup> Ramazan YILDIRIM, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu", *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, 2012, s. 206.

değildir.<sup>61</sup> Yazara göre, tüm bu sebeplerle, usulüne uygun gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler neticesinde bir zarar meydana geldiği takdirde, bu zarar dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilememesi gerekir.<sup>62</sup>

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, sağlık hizmetleri tüm topluma yarar sağlamak üzere yürütülen kamu hizmetleri arasındadır. Bu noktada önemli olan, faaliyetin toplum yararına sunuluyor olmasıdır. Bir diğer ifadeyle aslolan, faaliyetin toplum yararına sunulmak üzere organize edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla kamusal faaliyetten o an için kimin yararlandığının herhangi bir önemi olmasa gerektir. Nitekim, kamu hizmetinden o an için ferden belirli bir kişi veya kişilerin yararlanması, o faaliyetin toplum yararına sunulan bir faaliyet olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer yandan, risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için yürütülen kamusal faaliyet dolayısıyla zarara uğrayan kişinin hizmetten yararlanan kişi konumunda bulunmaması gerektiği yolundaki görüş de günümüzde etkisini yitirmeye başlamıştır. Esasen uzun yıllar boyunca risk ilkesi daha ziyade, yürütülen faaliyete göre üçüncü kişi konumunda bulunan bireylerin zararlarını karşılamak noktasında başvurulan bir ilke olmuştur. Bununla birlikte son yıllarda risk ilkesinin uygulanması noktasında yapılan “üçüncü kişi – hizmetten yararlanan kişi” şeklindeki ayrımların kaybolma eğiliminde olduğu, hatta risk ilkesinin hizmetten yararlanan kişi konumunda olanlar bakımından daha fazla uygulama alanı bulan bir ilke haline geldiği ifade edilmektedir.<sup>63</sup> Gerçekten, Fransız Danıştay’ının özellikle standart tıbbi müdahalelerden kaynaklı zararların tazmini noktasında risk ilkesine sıklıkla başvurduğu bir gerçektir.

Türkiye ile karşılaştırıldığında Fransa’da sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun çok daha geniş ölçekte tartışıldığını ve görece geniş bir uygulama alanı bulduğunu da ifade etmek gerekir. Gerek menşe hukuk sistemi olması gerekse bu alandaki zengin içtihat birikimi sebebiyle Fransa’daki hukuki durumun ayrıca ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

## **B. Fransa’da İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu**

Fransa’da sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin kanun ve içtihat temelli bir uygulaması olduğu söylenebilir. Tarihsel açıdan bakıldığında, ilkenin sağlık hizmetleri alanındaki uygulamasının 1960’lı yıllara kadar uzandığı görülmektedir. Fransa’da 1 Temmuz 1964 tarihli Kanun’la birlikte, zorunlu aşı uygulamaları nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından ilk kez özel bir

<sup>61</sup> Yasin, s. 250.

<sup>62</sup> Yasin, s. 251.

<sup>63</sup> Pierre-Laurent Frier/Jacques Petit, *Précis De Droit Administratif*, Montchrestien, 2010, s. 513.

hukuki rejim uygulamaya konulmuş ve idarenin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu hukuki rejimde, zorunlu aşı uygulamasının hastanede, bir kurumda veya evde yapılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.<sup>64</sup> İdareye atfedilebilir herhangi bir kusur bulunmasa dahi zorunlu aşı uygulaması neticesinde meydana gelen zararlardan ötürü idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir.<sup>65</sup>

Bundan başka Fransa’da akıl hastalarının deneme çıkışları nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından da idarenin kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir. Rehabilitasyon edici sağlık hizmetleri kapsamında Fransa’da, akıl hastanelerinde tedavi gören hastaların normal yaşama kademeli olarak uyum sağlanmalarını amacıyla zaman zaman hastane dışına çıkmalarına izin verilmektedir. İşte bu deneme çıkışları sırasında akıl hastaları bazen üçüncü kişilere de zarar verebilmektedir. Fransız Danıştay böyle durumlarda, meydana gelen zararlar nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutmaktadır. *Département de la Moselle* kararına konu olan olayda, akıl hastası kişinin deneme çıkışı sırasında neden olduğu yangın nedeniyle idare kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.<sup>66</sup>

Fransız Danıştay’ı kan ürünlerinin aktarımı nedeniyle kendilerine AIDS ve hepatit gibi hastalıklar bulaşan kişilerin uğradığı zararla ilgili olarak da idareyi risk sorumluluğu esasına göre sorumlu tutmaktadır. Örneğin, Fransız Danıştay, 26 Mayıs 1995 tarihli *N’Guyen, Jouan ve Pavan* kararlarında kan aktarım merkezlerinin sağladıkları ürünlerin kötü kaliteleri nedeniyle doğan zararlardan kusurları olmasa dahi sorumlu oldukları yönünde karar vermiştir.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> René Chapus, *Droit Administratif Général (Tome 1)*, Montchrestien, Paris, 2001, s. 1299.

<sup>65</sup> Bu noktada zorunlu aşı uygulamasının kamu hizmeti faaliyetine mi yoksa kolluk faaliyetine mi dahil olduğu sorusu akla gelebilir. Zorunlu aşı uygulamasının bulaşıcı bir hastalığın önüne geçmek amacıyla yapılması durumunda, genel sağlığı tesis etmeye yönelik olarak yürütülen bir kolluk faaliyetinin varlığından söz edilebilir. Buna karşılık aşılama faaliyeti aynı zamanda bireylerin tek tek hastalanmasını önleme amacına hizmet etmesi bakımından, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında da değerlendirilebilir. Okay Tekinsoy, s. 86; Zorunlu aşı uygulamasının bu yönüyle kolluk ve kamu hizmetinin kesişim alanında kaldığı görülmektedir. Yürütülen faaliyet dolayısıyla bir yandan kolektif faydaya hizmet edilirken diğer yandan bireysel fayda sağlanmaktadır. İnsan haklarını esas alan bir yaklaşımla bu iki alanın esasen birbirine zıt olmadığını, yalnızca çalışma yöntemleri bakımından bir farklılığın söz konusu olduğunu ve sonuç olarak ikisinin de bireyin iyi sağlık koşullarına sahip olmasını sağlamak suretiyle bütünüyle bir birey olarak insana odaklandığını ifade etmek gerekir. Dilşad Çiğdem Sever, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, (Danışman: Prof. Dr. Metin Günday), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 328.

<sup>66</sup> Conseil d’État, 13.07.1967, *Département de la Moselle*, (Aktaran: Chapus, s. 1342).

<sup>67</sup> Conseil d’État, 26.05.1995, N° 143238, *N’Guyen, Jouan ve Pavan*, ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)), (Erişim Tarihi: 14.09.2019). Burada önemle ifade etmemiz gerekir ki, her ne kadar “kan ürünleri” idarenin kullandığı “tehlikeli şeyler” kapsamında değerlendirilse ve bunların aktarımı nedeniyle doğan zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi imkânı söz konusu olsa dahi burada bir ayırım yapmak gerekir. Acil durumlar bir kenara bırakılacak olursa, kan ürünleri üzerinde gerekli tahlillerin mutlak surette yapılması gerekmektedir. Kan ürünleri üzerinde gerekli tahliller yapılmamışsa ve kullanılan kötü kaliteli ürünler nedeniyle bir zarar meydana gelmişse idare burada kusursuz sorumluluk esaslarına göre değil, kusurlu sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmalıdır. Buna karşın idare kan ürünleri üzerinde gerekli bütün

Fransa’da sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için, zarara uğrayan kişinin her durumda hizmetten yararlanan kişi konumunda bulunmasına da gerek yoktur. Örneğin riskli bir meslek icra eden kamu görevlisi bakımından söz konusu olmasa da<sup>68</sup> bu kişinin, yaptığı işe göre üçüncü kişi konumunda olan bir yakının zarar görmesi durumunda, bu üçüncü kişi kişinin zararı, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmektedir. Paris İdare Mahkemesi’nin 20 Aralık 1990 tarihli *Epoux B.* kararına<sup>69</sup> konu olan olayda, AIDS hastalarının tedavi edildiği bir klinikte görevli olan bir hemşireye AIDS virüsü bulaşmıştır. Virüs, hemşirenin eşine de cinsel temas yoluyla bulaşmıştır. Bu durumda hemşirenin uğradığı zarar zaten sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılanacaktır. Ancak yürütülen faaliyet karşısında üçüncü kişi konumunda bulunan eşin durumu daha farklıdır. Üçüncü kişi konumunda bulunan eşin uğradığı zarar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hemşirenin kocası bakımından, karısının virüs bulaşma riskinin bulunduğu bir yerde çalışıyor olması durumu, olağanüstü ve özel bir risk oluşturmaktadır. Bu nedenle, Paris İdare Mahkemesi, söz konusu olayda hemşirenin eşinin uğradığı zarar nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

Benzer şekilde, “hizmetten yararlanan kişi” konumunda bulunmayan organ bağışçısının uğradığı zarar bakımından da idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, tıbbi müdahalenin amacına ve bu tıbbi müdahale dolayısıyla kime ne fayda sağlandığına bakılmaksızın, sağlık hizmetleri alanına bir şekilde dahil olan kişinin uğradığı zararlar, gerekli diğer şartlar da sağlandığı takdirde, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi uyarınca tazmin edilmektedir.<sup>70</sup>

Fransa’da, “yeni tıbbi yöntemlerin denenmesi” sonucunda meydana gelen zararlar bakımından da idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. Lyon İstinaf İdare Mahkemesi, 21 Aralık 1990 tarihli *Gomez* kararında, ilk kez kullanılan ameliyat yöntemlerinden doğan zararların risk sorumluluğu esaslarına göre idare tarafından tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir.<sup>71</sup> Bu karar, tıbbi müdahaleler alanında risk kavramını ilk kez gündeme getirmesi bakımından

tahlilleri yapmış, bu ürünlerin aktarımı sırasında gerekli dikkat ve özeni göstermiş ve fakat buna rağmen zararın meydana gelmesi önlenememişse (örneğin aktarılan kandan bir hastalık bulaşmışsa), işte o zaman idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

<sup>68</sup> Nitelikim, Versailles İdare Mahkemesi 3 temmuz 1997 tarihinde vermiş olduğu kararda, sağlık hizmetini usulüne uygun olarak yerine getirirken kendisine AIDS virüsü bulaşan doktorun zararının kusursuz sorumluluk esaslarına tazmin edilmesi yönünde karar vermiş olmasına rağmen bu karar, Paris İstinaf İdare Mahkemesi tarafından, uygulayıcının maruz kaldığı riskin “mesleği gereği hastalarla yakın temas gerektiği bütün tıp camiası için ortak olduğu” gerekçesiyle ve sosyal güvenlik sisteminde öngörülen tazminattan bahsederek bozmuştur. (Aktaran: Chapus, s. 1346).

<sup>69</sup> Tribunal Administratif de Paris, 20.12.1990, *Epoux B.*, (Aktaran: Chapus, s. 1346).

<sup>70</sup> [https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/Responsabilit%C3%A9/RSF%20risques/Extension\\_de\\_la\\_responsabilite\\_du\\_fait\\_ala\\_therapeutique.pdf](https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/Responsabilit%C3%A9/RSF%20risques/Extension_de_la_responsabilite_du_fait_ala_therapeutique.pdf), (Erişim Tarihi: 14.09.2019)

<sup>71</sup> Cour administrative d’appel de Lyon, 21.12.1990, *Consorts Gomez*, (Aktaran: Chapus: 1344).

önemlidir. Mahkemeye göre böyle bir durumda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Buna göre, öncelikle uygulanan yeni tıbbi yöntemin olası sonuçlarının henüz tam olarak bilinmiyor olması gerekmektedir. Öte yandan söz konusu yöntemin kullanılmasının hayati nedenlerden kaynaklanmaması, bir diğer ifadeyle bu yöntemin hastayı kurtarmak için yegâne şans niteliğinde olmaması gerekmektedir. Son olarak, yeni tıbbi yöntemin denenmesi sonucu ortaya çıkan zararın istisnai ve anormal derecede ağır olması gerekmektedir. Bu şartlar kümülatif niteliktedir. Bu nedenle şartlardan birinin eksikliği durumunda artık idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, yeni tıbbi yöntemin, hayati nedenlerden ötürü, hastayı kurtarma noktasında tek şans olarak denenmesi durumunda artık idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Tıbbi müdahaleler alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği bir diğer karar ise 9 Nisan 1993 tarihli *Bianchi* kararıdır<sup>72</sup>. Bu karar, “daha önce denenmiş, standart tıbbi müdahaleler” dolayısıyla meydana gelen zararların belirli durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi uyarınca tazmin edilmesini öngören bir karar olması bakımından önem arz etmektedir. Standart arteriyografi işlemi sırasında enjekte edilen iyota reaksiyon gösteren hastanın zararının idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına göre tazmin edilmesinin öngörüldüğü kararda, sorumluluğun doğması noktasında birtakım şartların varlığı aranmıştır. Buna göre:

- 1) Tıbbi eylem, hastalığın teşhisi veya tedavisi bakımından gerekli olmalıdır.
- 2) Tıbbi eylem, varlığı bilinen ancak gerçekleşmesi istisnai bir risk içermelidir.
- 3) Hastanın bu riske karşı bilinen, özel bir eğilimi olmamalıdır.
- 4) Tıbbi eyleme bağlı olarak gerçekleşen zarar son derece ciddi olmalı ve bu zarar hastanın başlangıçtaki durumuna bağlı olmayan, tamamen yeni bir durum niteliğinde olmalıdır.

İlk kez *Bianchi* kararıyla ortaya konulan bu şartlar ilerleyen dönemlerde katı bir şekilde yorumlanmamış ve daha önce denenmiş, standart tıbbi müdahaleler dolayısıyla meydana gelen zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu uygulaması dar bir çerçeveye sıkıştırılmamıştır. 3 Kasım 1997 tarihli *Hôpital Joseph Imbert d’Arles* kararı<sup>73</sup>, Fransız Danıştay’ının bu konudaki yaklaşımını ortaya koyması bakımından önemlidir. Karara konu olayda, hastanede genel

<sup>72</sup> Conseil d’État, 09.04.1993, N° 69336, *Bianchi*, (www.legifrance.gouv.fr), (Erişim Tarihi: 14.09.2019).

<sup>73</sup> Conseil d’État, 03.11.1997, N° 153686, *Hôpital Joseph Imbert d’Arles*, (www.legifrance.gouv.fr), (Erişim Tarihi: 14.09.2019).

anestezi altında gerçekleştirilen bir sünnet operasyonu sırasında 5 yaşındaki çocuk kalp krizi geçirerek komaya girmiş ve uzun süren koma döneminin ardından hayatını kaybetmiştir. Çocuğun ailesi tarafından açılan davanın temyiz incelemesinde Fransız Danıştay, *Bianchi* içtihadında belirlediği şartların somut olay bakımından gerçekleştiği sonucuna vararak ortaya çıkan zarar dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir.

Söz konusu karar bakımından özellikle iki husus dikkat çekmektedir. Her şeyden önce *Bianchi* içtihadında geçen “hasta” ve “hastalık” terimlerinin, sorumluluğu sınırlandıracak şekilde yorumlanabilme potansiyeline karşılık, Fransız Danıştay bu yönde sınırlayıcı bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Nitekim sünnet işleminin tıbbi değil dini saiklerle gerçekleştirilen bir işlem olduğu, dolayısıyla sünnet işlemi için hastaneye gelen kişinin teknik anlamda hasta olarak kabul edilemeyeceği yolundaki düşünceye karşın Fransız Danıştay, hastaneye gelen ve sağlık hizmeti talep eden kişilerin hangi gerekçeyle hastaneye geldiklerine bakılmaksızın hasta olarak kabul edilmeleri gerektiğini kabul etmiştir.<sup>74</sup> Buna göre, tıbbi nedenlerle, dini nedenlerle, estetik kaygılarla veya diğer kişisel nedenlerle hastaneye gelen, sağlık hizmeti talep eden ve bir şekilde sağlık sistemine dahil olan kişiler, başkaca bir şarta bağlı olmaksızın hasta statüsünde değerlendirilmelidir.

*Hôpital Joseph Imbert d’Arles* kararı bakımından dikkat çeken ikinci husus ise, *Bianchi* içtihadında öngörülen şartlardan biri olan “tıbbi eylem, hastalığın teşhisi veya tedavisi bakımından gerekli olmalıdır” şeklindeki şartın esnek bir şekilde yorumlanmış olmasıdır. Nitekim, zarara sebebiyet veren genel anestezi işleminin hastalığın teşhisi veya tedavisi bakımından gerekli bir işlem olmadığı pekâlâ kabul edilebilirdi. Zira, zarara sebebiyet veren genel anestezi işlemine, hastaya doğrudan terapötik bir fayda sağlamak için değil, yalnızca cerrahi operasyonun neden olduğu ağrıyı hafifletmek maksadıyla başvurulmuştur. Dolayısıyla hastalığın tedavisi için gerekli olmayan bu tıbbi işlemin *Bianchi* içtihadı kapsamına dahil olamayacağı ifade edilebilirdi. Buna karşın Fransız Danıştay, genel anestezinin cerrahi müdahalenin gerekli bir sonucu olduğunu ve ondan bağımsız olarak ele alınamayacağını kabul ederek, “hastalığın teşhisi veya tedavisi bakımından gerekli tıbbi eylem” kategorisini genişletme yönünde bir irade ortaya koymuştur.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Arnaud de Lajarte, “La Responsabilité Sans Faute De L’hôpital Pour Anesthésie Générale (Conseil d’État, 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d’Arles)”, *Revue Juridique De L’Ouest*, 1998-2, s. 165; Renan Le Mestre, “L’extension De La Responsabilité Hospitalière Sans Faute (À propos De L’arrêt Du Conseil d’État <Section du contentieux> Du 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d’Arles)”, *Revue Juridique De L’Ouest*, 1998-1, s. 42.

<sup>75</sup> Le Mestre, s. 39. Bu noktada Hükümet Komiseri Pecresse, anestezi işlemi bakımından “kesinlikle gerekli olan anestezi” ve “kesinlikle gerekli olmayan konfor anestezisi” şeklinde ayrımlar yapmanın doğru olmadığını, üstelik bunun doktor olmayan hakimler tarafından yapılmasının tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini

Bunlar haricinde anestezi kaynaklı bu gibi zararlı sonuçların ortaya çıkması ihtimalinin sekiz binde bir olması; hastanın bu riske karşı bilinen, özel bir eğiliminin olmaması; anestezi işlemi sebebiyle doğan zararın son derece ciddi olması ve bu zarar hastanın başlangıçtaki durumuna bağlı olmayan, tamamen yeni bir durum teşkil etmesi, somut olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesini gerektiren diğer sebepler olmuştur.

Fransa’da sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulama alanının belirlenmesi noktasında bir diğer önemli gelişme 2000’li yılların başında yaşanmıştır. 4 Mart 2002 yılında çıkarılan bir kanunla<sup>76</sup> sağlık hizmetleri alanındaki özel hukuk ve kamu hukuku sorumluluk kuralları birleştirilerek, bu alandaki sorumluluk sistemi ortak yasal bir zemine oturtulmuştur.<sup>77</sup> Söz konusu kanunla, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu noktasında geliştirilen yargısal çözümler belirli ölçüde esnetilerek bu anlamda idarenin sorumluluğuna daha kolay bir şekilde başvurulabilmesinin önü açılmıştır. Bu noktada *Bianchi ve Hôpital Joseph Imbert d’Arles* içtihatlarından farklı olarak riskin istisnaiği ve zararın ağırlığı ile ilgili şartlardan vazgeçilmiş olması kanunun getirdiği en önemli yenilikler arasında sayılmaktadır.<sup>78</sup>

Fransa’da sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğu uygulaması günümüzde bu şekilde yasal bir zemine oturtulmuş olmakla birlikte bu alandaki gelişmelerin halihazırda yargısal çözümlenmelerle desteklendiğini ve kanunun uygulama alanını belirleme noktasında yargı organının başat bir rol üstlendiğini de ifade etmek gerekir.

## SONUÇ

Pozitif ve teorik temeldeki incelemeler, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin sağlık hizmetleri alanında uygulanma kabiliyetinin bulunduğunu ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla meydana gelen zararların belirli şartlar altında gerek risk ilkesi gerekse fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca tazmin edilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu noktada Türkiye ve Fransa’da farklı uygulamaların olması esasen pozitif hukuktaki veya teorik temeldeki farklılıktan ileri gelmemektedir.

ifade etmektedir. Lajartre, s. 168.

<sup>76</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1), ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)), (Erişim Tarihi: 14.09.2019).

<sup>77</sup> Duncan Fairgrieve/François Lichere, “The Liability of Public Authorities in France”, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, Intersentia, 2016, s. 173. Bu noktada bahsi geçen kanunun öngörmüş olduğu hukuki rejimin, 5 Aralık 2001 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından uygulama alanı bulmakta olduğunu ifade etmekte fayda vardır.

<sup>78</sup> Buna göre, idarenin bu alanda kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi noktasında riskin gerçekleşme ihtimalinin seviyesi artık dikkate alınmamaktadır. Yine, oluşan zararın anormal derecede ağır olması gerektiği yönündeki şart da terkedilmiştir.



İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu uygulamasının Fransa'da çok daha geniş ölçekte uygulandığı ve gerek sağlık hizmetlerinin organizasyonu gerekse tıbbi müdahaleler alanında bu ilkeye sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Türkiye'de ise Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmeme yönünde genel bir eğiliminin bulunduğu söylenebilir. Saptayabildiğimiz kadarıyla, Danıştay'ın bu eğilimin dışında vermiş olduğu yalnızca bir kararı bulunmaktadır. Bu karar da sağlık hizmetlerinin organizasyonu kapsamında değerlendirilebilecek bir olaya ilişkindir. Dolayısıyla, Danıştay'ın tıbbi müdahaleler alanında geleneksel yaklaşımını değiştirdiği yönünde bir emare henüz mevcut değildir.

Danıştay'ın bu yönde bir yaklaşım benimsemesi noktasında ekonomik veya ideolojik saiklerin etkili olduğu düşüncesi akla gelebilir. Bununla birlikte tekra- ren ifade etmek gerekir ki, Türk hukuku bakımından, belirli şartlar altında sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla meydana gelen zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulabilmesinin önünde pozitif veya teorik düz- lemde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Özellikle belirli bir dönem Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kay- naklanan kusursuz sorumluluğu başkaca bir pozitif dayanağa gerek olmaksızın içtihat yoluyla kabul edilip geliştirilebilir. Bu noktada farklı ülkelerdeki uygu- lamalar ve doktrindeki görüşler, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğunun uygulama alanını saptama noktasında yol gösterici nitelikte kabul edilebilir.

## KAYNAKÇA

Altay, Asuman, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıstay Dergisi**, Sayı: 64, s. 33-58.

Atay, Ender Ethem/ Odabaşı, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, 2010.

Avcı, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2012, S. 1, s. 105-140.

Ayan, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981.

Bereket Baş, Zuhul, “Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 637-659.

Canbolat, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2009, S. 80, s. 156-181.

Chapus, René, **Droit Administratif Général (Tome 1)**, Montchrestien, Paris, 2001.

Çağlayan, Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 2007.

Çatak Irız, Betül, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011.

Duran, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974.

Düren, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

Esin, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas**, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.

Fairgrieve, Duncan/ Lichere, François, “The Liability of Public Authorities in France”, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, Intersentia, 2016, s. 155-175.

Frier, Pierre-Laurent/ Petit, Jacques, **Précis De Droit Administratif**, Montchrestien, 2010.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku (Cilt II)**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2009.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, **İdare Hukuku (Cilt I)**, Turhan Kitabevi, 2010.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2011.

Güran, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu)**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 1982, s. 77-87.

Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri: Tebliğler**, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 65-95.

Kızılyel, Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

Lajartre, Aranaud de, “La Responsabilité Sans Faute De L’hôpital Pour Anesthésie Générale (Conseil d’État, 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d’Arles)”, **Revue Juridique De L’Ouest**, 1998-2, p. 163-180.

Le Mestre, Renan, “L’extension De La Responsabilité Hospitalière Sans Faute (À propos De L’arrêt Du Conseil d’Etat <Section du contentieux> Du 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d’Arles), **Revue Juridique De L’Ouest**, 1998-1, p. 35-47.

Odyakmaz, Zehra, “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2011, S. 5, s. 1-57.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)**, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966

Ozansoy, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, (Danışman: Doç. Dr. Yıldırım Uler), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989.

Özgüldür, Serdar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, 1996.

Özgüldür, Serdar, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, **Günüşünde Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2017.

Özpinar, Berna, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamannın Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

Sever, Dilşad Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, (Danışman: Prof. Dr. Metin Günday), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

Şahin, Yahya/Bal, Yakup/ Karabulut, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesi’nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınları, 2003.

Tekinsoy, Özge Okay, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayınları, 2011.

Temiz, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 69, Y. 2014, S. 1, s. 165-188.

Yasin, Melikşah, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu I**, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 244-255.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, 2010.

Yıldırım, Ramazan, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 193-215.

Yıldırım, Turan, “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 197-202.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku (Cilt I)**, Yetkin Yayınları, 2012.

