

SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİ SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDAN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU

Dr. Zuhâl BEREKET BAŞ*

Giriş

Hastanelerin hastalıkların tedavisi sırasında, ortaya çıkan zararları nedeniyle sorumluluğu son yıllarda büyük artış göstermiştir.¹ Bu konunun işlenmesi hasta haklarının ve hekimlerin mesleki kurallara uymalarını teşvik etmiştir.² Bu durum idari yargı içtihatlarına taşınmıştır.

İlk başlarda ağır kusurun uygulandığı bu alanda, ağır kusurun gerçeklerle bağdaşmaması nedeniyle yetersiz kaldığı gözlenmiş, mağdurun zararının hakkaniyete göre tazminini³ amaçlayan bir sorumluluk sistemi getirilmeye çalışılmıştır.

Meslek Hatası

İdarenin sorumluluğu alanında en çok tartışılan ve mahkeme uygulamalarında çözümü büyük güçlük oluşturan problemlerden birisini oluşturan bu konunun incelenebilmesi için öncelikle “meslek hatası” kavramı üzerinde durmak gerekir.

Tıp literatüründe, meslek hatasını tanımlamak yerine, her olayın değişen özelliğine göre; tespitin daha doğru olduğu belirtilmektedir.⁴

Hukuk literatüründe meslek hatası; meslek kurallarına aykırılığı ifade eden objektif ve failde bulunması gereken dikkat ve özen eksikliği olan sübjektif unsurdan yola çıkarak tanımlanmaktadır. Başka bir görüş

* Danıştay Tetkik Hakimi

¹ AYAN, Mehmet «Tıbbi Müdahelerden Doğan Hukuki Sorumluluk», Kazancı Yayınları, Ankara 91; GÜRAN, Sait «Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu», Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler Sempozyumu İstanbul 1963; AKŞİT, T. Beha «Medikal Araştırmalarda Bazı Etik Sorunlar» Etik Bunun Neresinde, Ankara Tabipler Odası Yayını, Ankara 1997 s. 24); ARSLAN, Sevinç «Tıbbi Müdahelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu», TODAİE Kamu Yönetimi Tezi, Ankara 1999

² İ.Hamit HANCI «Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu», Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.113

³ LETOURNEUR, Maxime- BAUCHET, Jacqueline- MERİC, Jean «Le Conseil d'Etat Et Les Tribunaux Administratifs», Librairie Armand Colin, Paris 1970, s. 255;

DEGUERGUE, Maryse «Jurisprudence et Doctrine dans l'élaboration du Droit de la Responsabilité Administrative», L.G.D.J., Paris 1994, s. 220

⁴ ŞENOCAK, Zarife, “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, AÜHF Yayınları No:44, Ankara 1998, s. 83

meslek hatasını; sadece objektif unsura dayanmak suretiyle “*tıp biliminin bilinen kurallarına aykırılık*” olarak tanımlamaktadır.⁵

Yargıtay kararlarında; “*hekime yüklenen ve tıp biliminin kurallarına aykırılık halinde kendini gösteren bir meslek kusuru*” olarak meslek hatasından bahsedilmektedir.⁶

Yargıtay kararlarında yer alan tanımlamanın doğru olmadığını savunan görüş tarafından; tıp biliminin sürekli bir gelişme içinde olduğunu ve tıp alanında geçerliliği tartışmalı olan henüz kabul görmemiş kuralların olmadığı ileri sürülmektedir.⁷

Ancak, sağlık gibi insan hayatını doğrudan ilgilendiren konularda gösterilen ihtimamın diğer kamu hizmetlerine göre daha fazla olması gerekir. Ayrıca yapılan işin niteliğine göre; yani işin güçlüğü ve tekniği gösterilen ihtimamın derecesini belirleyecektir.⁸ Örneğin; bir bademcik ameliyatı ile beyin ameliyatının gerektirdiği ihtimam derecesi farklı olmakla birlikte, bu tıbbi müdahalenin zorluğu idareyi haklı çıkaramayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesinin konu ile ilgili bir kararında yer alan; hekimin sorumluluğunu gerektiren “*hekimin açık hatasından, açıkça uygun olmayan tedaviden, meslek kurallarının açık bir şekilde çiğnenmesinden veya tıp biliminin genellikle bilinen verilerinin bilinmemesinden dolayı*” sorumlu olduğu⁹ yolundaki ilkeyi idarenin kusur sorumluluğuna uygulamak mümkündür. Zira, idareyi soyut bir örgütten, işleyen bir kuruluşa dönüştüren şey, kadrosundaki kamu personeli ve onların faaliyetleridir. İdareyi oluşturan kişilerle birleşmiş, kaynaşmış ve anonimleşmiştir. Dolayısıyla, idarenin ajanlarına ait olmakla birlikte doğrudan o şahıslara yüklenilemeyen, atfedilemeyen faaliyetler sonucu zararın meydana gelmesi halinde, hizmetin geç veya kötü işlemesi, hiç işlememesi sonucunda zararın doğumu söz konusu olabilir. Bu durumda “*hizmet kusuru*” esasları dahilinde idarenin sorumluluğu söz konusu olur ve zararlar idare arasında nedensellik bağı kurulduğunda, idareyi sorumlu tutmaya yetecek yoğunluk ve açık kusur aranır.¹⁰

⁵ ibid,s. 83

⁶ Yargıtay 13.H.D.'nin 14.10.1974 gün ve E.2367, K.2492,YKD. 1976 C. II, S .I, s. 79; 4.H.D.'nin 17.12.1976 gün ve E.692, K.11046 sayılı kararı AŞÇIOĞLU, Çetin “Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, (Basılmamış Tez), Ankara 1982 ,s. 75

⁷ bkz.SENOC AK, age. s. 84

⁸TANDOĞAN,Haluk “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri; İstisna, Eser ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri”, C.II, 3. Basım, Ankara 1987, s. 411

⁹ ŞENOC AK, age., s. 86-87

¹⁰ GÜRAN, S., “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”. s. 16

Kamu görevlisi olan, kamu görevini ifa eden¹¹ hekimin mesleki faaliyetlerini ve sağlık hizmetlerini yürütmesi sonucu neden olduğu zararlardan sorumluluğunda, zarara neden olan hususun ve şartların niteliğine göre ağır kusur yerine bazen basit kusur da yeterli görülebilecektir. Örneğin; zarara neden olan müdahale yada bakım olağan türde ve boyutlarda ise; idare alelade kusurlu faaliyetinden dolayı sorumlu tutulabilecektir.¹²

Bu açıklamalar bizi, idarenin sorumluluğunu belirlemek için, öncelikle zararı doğuran faaliyetleri teşhis, tedavi, ameliyat, hizmetin kuruluşu ve işleyişi kavramlarını açıklamaya itmektedir.

Tıbbi İşlemlerin Çeşitlerine Göre Sorumluluğun Ele Alınması

Tıbbi işlemler; yapılması ciddi güçlükler gerektiren ve uzun bir öğrenim sonucunda kazanılan özel ve teknik bilgi gerektiren işlemlerdir.¹³ Bunların tespitine karşın, idarenin açık yada basit kusurunun tespit edilememesi durumunda idareyi sağlık hizmetlerinden dolayı kusursuz sorumluluk ilkelerine göre zararı tazminle yükümlü tutmak mümkün müdür, sorusunun cevabı araştırılacaktır.

Birinci soru; organizasyon ve kamu görevlilerinin kuruma yüklenen ve ameliyat operasyonları yada medikal hataları ifade eden tartışmaya kapalı alandır. Bu alanda ağır kusur çok fazla uygulanır. Buna paralel olarak söz konusu alanda; organizasyondan yada kamu görevlilerinin kusuru nedeniyle sorumlulukta zamanla basit kusur yeterli görülmeye başlanmıştır. Birkaç örnek vermek gerekirse;

Hastanede zorunlu olan tıbbi müdahalenin derhal yapılmamış olması,¹⁴ önemli bir kırık vakasında stajyerin iyileştirmeye yönelik faaliyetlerinde, bölüm başkanının yada pratisyenin gözetmenlik yapmaması,¹⁵ operatör tarafından geç müdahale edilmesi sonucunda hastanın durumunun daha da kötüleşmesi,¹⁶ genç bir hastanın göğüs boşluğundaki yaranın tedavisi sırasında meydana gelen kazanın yarattığı yanık izi,¹⁷ sakat bir

¹¹ Örneğin; bir sağlık görevlisinin kendi araç ve olanaklarıyla görev yeri ve saati dışında yaptığı müdahale sonucu oluşan zarar, kamu görevlisinin tamamıyla özel ve kişisel kapasitesi ile ilgili olduğundan "kişisel kusur" kavramı uyarınca bu şahısların sorumluluğu söz konusu olup, idarenin hiç bir ilgi ve irtibatı bulunmamaktadır.

bkz. GÜRAN, agm., s. 17

¹² GÜRAN, agm., s. 19

¹³ CE. 26 .6.1959 Revzet; concl.fournier, AJDA. 1959, s. 273

¹⁴ C.E., 5 .1.1962, Sieur Legendre, Rec., s. 1105

¹⁵ C.E., 6 .11. 1959, Sieur Sarotti, Legendre, Rec., s. 591

¹⁶ C.E., 24 .4. 1964, Hopital-Hospice de Voiron, Legendre, Rec., s. 259

¹⁷ C.E., 13 .7. 1961, Centre Hospitalier Régional de Blois, Legendre, Rec., s. 1175

kişiyeye uygulanan tedavi sırasında aşırı sıkıştırmadan kaynaklanan rahatsızlık,¹⁸ stajyer bir hekimin hatası nedeniyle hasta fişindeki değişiklikten dolayı, yanlış yazım sonucu hastanın radyolojik incelemeye tabi tutulması,¹⁹ çocuk acil polikliniğinde yanlış teşhis ve tedavi sonucu davacıların çocuklarının ölmesinde, hastanede görevli nöbetçi doktorların teşhis ve tedavideki kusurları,²⁰ hastayı ilk gören hekimin daha titiz bir muayene ile akut apandisit tanısını koymada gecikmesi sonucu ameliyatın geç yapılması ve patolojinin ağırlaşmasına neden olması,²¹ psikiyatri kliniğinde yapılan tedavisi sırasında kolu kırılan davacının gerekli tedavisinin yapılmaması nedeniyle sakat kalması,²² durumlarında kamu görevlisinin kusurundan dolayı idarenin sorumluluğu sonucuna varılmıştır. Bu örnekler, organizasyon yada kamu görevlisinin kusurundan dolayı sağlık hizmetlerinde idarenin sorumlu tutulduğunu göstermektedir.

Davacıya “akut omurilik iltihabı” yerine “tifo” teşhisi konması ve yanlış tedavi uygulanması sonucu sakat kalması;²³ idari yargının acil olaylara bakış açısını göstermesi açısından; davacılar yakınının yaralı olarak getirildiği hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması sonucu vefat etmesi²⁴ olaylarında hep hizmet kusuruna dayalı olarak idarenin tazmin sorumluluğu kabul edilmiştir.

Sağlık hizmetlerinde sorumluluğun başka bir uygulama alanı, ameliyat hizmetleridir. Ameliyat hizmetlerinden dolayı sorumlulukta, doktorların özellikle el becerisi olarak nitelendirilen tıbbi yardımları yaparken sorumlulukları, orta düzeyde bir doktorun olağan davranışlarıyla karşılaştırılıp objektif bir sonuca gidilmelidir.²⁵

Kompres bezinin yada bir şişin operasyon sırasında hastanın vücudunda unutulması,²⁶ yanlış teşhis nedeniyle bir hastayı hastaneden uzun

¹⁸ C.E., 15 .7. 1959, Lemoiselle Segrettin, Legendre, Rec., s. 474

¹⁹ C.E., 8 1. 1959, sieur Chirpatris, Legendre, Rec., s. 19

²⁰ D.10.D.’nin 27.4.1999 gün ve E:1997/4741, K:1999/1950 sayılı kararı, D.D., Yıl:30, Sayı:102, 2000, s. 653

²¹ D.10.D.’nin 24.2.1998 gün ve E:1996/2967, K:1998/808 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

²² D.10.D.’nin 9.10.1995 gün ve E:1994/2110, K:1995/4255 sayılı kararı, D.D., Yıl:26, Sayı:91, 1996, s. 1123

²³ D.10.D.’nin 17.1.2001 gün ve E:1998/2968, K:2001/91 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

²⁴ D.10.D.’nin 9.11.1999 gün ve E:1997/4839, K:1999/5475 sayılı kararı, D.D., Yıl:31, Sayı:103, 2001, s. 883

²⁵ HANCI, age. s. 141

²⁶ C.E., 13 10 1965, sieur İmpagliazzo, Legendre, Rec., s. 10054; C.E., 13 Juillet 1966, Département du Haut-Rhin, Legendre, Rec., s. 1100

süre alıkoymak,²⁷ caddede meydana gelen kazada mağdur olan kişinin kafatası kırığına dikkat edilmemesi nedeniyle, yüzeysel yaralanmalar ve kanamalarla ilgilenmesi sonucu hastaneye gönderilmemesinden kaynaklanan zarar bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu durumun yanında beldeki sıvının delerek çıkarılmasında²⁸ ağır kusurun varlığı açıktır.²⁹

Ameliyat hizmetleri ile ilgili bazı Danıştay kararlarını incelemek gerekirse;

- Davacının rahatsızlanması üzerine Üniversite Hastanesinde yapılan müdahale sonucunda ameliyat edilmediği halde, buna ilişkin rapor düzenlendiği ve raporda iddia edildiği gibi sol bacağından alınan damarlarla kalpteki dört damarın değiştirilmediği, bu nedenle davalı idarenin hizmet kusuru ile meydana gelen olay sonucu oluşan zararın tazmini istemiyle açılan davada; davacının ameliyat edilmediği halde edilmiş gibi bir durumun olmaması ve ameliyat doktorlarınca “By Pass” ile birlikte “Anevrizmekomi” ameliyatı yapılmasının planlanması, ancak By Pass’ın uygun görülmeyerek Kroner By Pass işleminden vazgeçilip o günün usulüne ve bilimsel teknolojik olanaklarına uygun olarak sadece Anevrizmekomi ameliyatı yapılmasının bir eksiklik olmadığı, davacının bu müdahaleden yaklaşık iki yıl sonra yeniden hastalanmasının normal olacağı, davacının sağlığını riske eden bir müdahalenin olmadığı gerekçesiyle idarenin hizmet kusuru olmadığı kabul edilmiştir.³⁰ Ancak, burada hastanın müdahale öncesi ve sonrası müdahalenin niteliği konusunda yanlış bilgilendirilmesi varsa, bu durum hasta haklarının ihlali niteliği taşıdığı için idari yargı yerince idare zararı tazminle sorumlu tutulabilirdi.

- Davacının Sağlık Bakanlığı bünyesindeki bir hastanede geçirdiği ameliyat sonucunda ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması³¹ hizmet kusuru olarak kabul edilmiştir.

²⁷ C.E., 11 10 1963, Compagnie La France, Legendre, Rec., s. 485; C.E., 18 Novembre 1966, sieur Gajat, Rec., s. 613

²⁸ C.E., 8 2 1967, Centre Hospitalier et Universitaire de Montpellier, Rec., s. 929

²⁹ Aynı şekilde sağlık personeli tarafından haber verilmemesi nedeniyle radyografinin yol açtığı zarar; yeni çene kemiğindeki donuk, saydam cismin vücuda yabancı bir cismin verdiği zarar (C.E., 22 .11.1967, sieur Ciabrini, Rec., s. 439); çiçek hastalığı şüphesi olan bir çocuğa kızamık aşısı yapılması (C.E., 18 .11 1960, sieur Savelli, Legendre, Rec., s. 640) gibi durumlar ağır kusur halini oluşturmaktadır.

³⁰ D.10.D’nin 2.11.1999 gün ve E:1997/3111, K:1999/5383 sayılı kararı, D.D., Yıl:31, Sayı: 103,2001, s. 862

³¹ D.10.D’nin 19.10.1999 gün ve E:1997/3565, K:1999/5224 sayılı kararı, D.D., Yıl 31, Sayı:103,2001, s. 889

- 1989 yılında guatr ameliyatı olan davacının ameliyat sırasında para tiroit bezlerinin hepsinin yanlışlıkla alınması nedeniyle vücudunun kalsiyum üretmediği, sürekli tedaviye mahkum edildiği ve olayda ameliyatı gerçekleştiren doktorun kusuru bulunduğu ileri sürülerek hastanenin bağlı olduğu idare aleyhine açılan davada; idarenin kusursuz sorumluluğunun varlığını kabul eden İdare Mahkemesi kararını Danıştay şu gerekçeyle bozmuştur:

"...İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yaralanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlüğünün doğması için, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir...guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması nedeniyle, yaşamını sürekli ilaç tedavisine bağlı olarak sürdürebilecek duruma gelen ve çalışma gücü kaybına uğrayan davacının, maddi ve manevi tazminat davasının, ameliyat sürecinde ve tedavisinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının..." Adli Tıp Kurumu aracılığıyla saptandıktan sonra çözümlenmesi gerekirken, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir."³² Olayda doktor hakkında soruşturulmama kararı verilirken, davacının durumunun bu tür cerrahi müdahalede doğabilecek belli bir yüzdede kaldığının belirtilmiş ve zararın varlığı Sağlık Kurulu Raporu ile tespit edilmiş olması karşısında Mahkemenin kusursuz sorumluluğa dayalı olarak verdiği karar kanaatimizce doğrudur.

- Ameliyat sonrasında tedavi ve bakımının gereğince yapılmaması sonucunda bacağı kesilen ilgilinin uğradığı zararın,³³ yanlış ameliyat nedeniyle yaşamı boyunca başkalarının muhtaç hale geldiği saptanan davacının,³⁴ üniversite hastanesinde yapılan ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu meydana gelen olayı sonucu

³² D.10.D.'nin 29.12.1999 gün ve E:1997/6600, K:1999/7409 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

³³ D.10.D.'nin 9.12.1992 gün ve E:1992/184, K:1992/4321 sayılı kararı, D.D.,Yıl:23, Sayı:87, 1993, s. 544

³⁴ D.10.D.'nin 10.10.1996 gün ve E:1995/934, K:1996/5933 sayılı kararı, D.D, Yıl:27, Sayı:93, 1997,s. 523

uğranılan zararın,³⁵ yapılan göz ameliyatı sonunda davacının gözünün görmemesi üzerine uğranıldığı ileri sürülen zararın;³⁶ davalı idarece sağlık hizmetinin kusurlu işetildiği gerekçesiyle idarece tazmini gerektiğine yönelik kararlar ameliyat hizmetlerinde kusuru arama konusunda idari yargının istikrarını doğrulamaktadır.

İdarenin Sorumluluğunu Belirleme Yöntemi Olarak Bilirkişiye Başvurulması

Başka bir sorun olarak da, İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından sıkça uygulanan ağır kusurun varlığını tespit etmek için bilirkişi incelemesini gerektiren durumlardır. Bu uygulamada bilirkişi yada bilirkişilerin seçiminde çok dikkatli davranmayı gerekli kılmaktadır. İki önemli noktanın varlığı bu uygulamayı karakteristik olarak ortaya çıkarmaktadır; bilirkişiye başvurmayı gerektiren durum olarak; davacının durumunun bunu desteklemesi gerekir. Örneğin; omur kemiği yırtılmasının tedavisinde şok tedavi yöntemine karşılık tavsiye edilecek tedavi yönteminin varlığının araştırılması³⁷ gibi.

Diğer bir husus ise; bilirkişiye başvurulurken yargıç tarafından hangi hususların araştırılmasının istendiğinin bildirilmesi, belirtilmesi gerekir. Örneğin; atardamar ile ilgili bir uygulama sırasında meydana gelen ölüm olayında, çağdaş klinik uygulamalara uygunluğu, hastanın ilacı kabul edebilecek durumda olup olmadığı, karşıt uygulamaların denenmesi halinde olabilecek durumların gözetilmesi gerekliliği gibi.³⁸

Fransız Danıştay'ı ağır kusurun sağlık hizmetlerindeki yetersizliğine ve bu alanın doldurulması gerekliliğine hemen adapte olmuştur. Bu adaptasyonda iki güçlük ile karşılaşmıştır. Birincisi; sağlık hizmetlerinde hukuka uygun bireysel işlemlerde ağır kusuru uygulamanın güçlüğü, ikincisi ise; yargıcın kendisi tarafından kullanılmayan ölçülere değer vermesidir. Yani, kusur alanının belirlenmesi için bilirkişilere başvurulması zorunluluğu sonucunda, bilirkişilerce düzenlenen raporda yer alan kriterleri yargıcın uygulamasındaki tereddütler ve zorluklar bulunmaktadır.³⁹

³⁵ D.10.D.'nin 3.5.1995 gün ve E:1994/3258, K:1995/2379 sayılı kararı, D.D., Yıl:26, Sayı :91,1996, s. 1118

³⁶ D.10.D.'nini 22.11.1999 gün ve E:1998/190, K:1999/6198 sayılı kararı, D.D., Yıl:31, Sayı:103, 2001, s. 879

³⁷ C.E., 21 .2.1962, sieur Guilgeur, Legendre, Rec., s. 1104

³⁸ C.E., 27 .11. 1964, époux Hulot, Legendre, Rec., s. 1008

³⁹ LETOURNEUR-BAUCHET-MERİC, age., s. 255

Doktor Yardımcılarının Kusuru

Bu gelişmelere karşın bazı hallerde ağır kusur varlığını korumaya devam edecektir. Fransız Danıştay'ı, uygulamanın doğurduğu bir durumu daha bunlara eklemiştir: Zorunlu hallerde, görünüşe dayalı olarak hastalara yapılan müdahalelerde hastanın kusuru ile müdahalenin zararsız etkilerinin yol açtığı doktor yardımcılarının⁴⁰ kusurunun varlığına dayalı sorumluluk halidir.

Doktor Yardımcıları (internler) tarafından sağlık hizmeti yapılması; acil durum nedeniyle bunların müdahalesini gerekli kılan mücbir sebepler dışında, servis şefi ve asistanlar hastaların durumlarının gerektirdiği tıbbi işlemleri kişisel olarak yapma yükümlülükleri vardır. Doktorların bir devlet hastanesi hizmetinden beklenen tıbbi garantiler için hiçbir tehlike taşımayacağından önce emin olmaları ve tıbbi işlerin ciddiyetine ters düşmemesi koşuluyla istisnai olarak bu görevlerini, yardımcılara devretmelerine olanak tanınmıştır.⁴¹

İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Türk hukukunda Esin tarafından verilen iki örnek ile⁴² idarenin sağlık hizmetlerinden kusursuz sorumluluğun kabul edildiği belirtilmekte ise de; bu zararların sağlık hizmetlerine ilişkin faaliyetten ayrıldığı belirtilerek bu belirleme haklı olarak eleştirilmiştir.⁴³

⁴⁰ Bütün işlemler baştan sonra hekim tarafından yapılmayabilir. Tedavi, müdahale sırasında, yardımcı şahıs kullanılabilir. Hekim kendisi yerine başkasını koyabilir ya da 3. şahısların yardımını isteyebilir. Yardımcı şahıslara bırakılabilecek faaliyetler; hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, kan alınması, kan veya serum verilmesi, ameliyatlara ilişkin temizlik, röntgen v.b.dir. Yardımcılar hemşire, laborant, röntgen uzmanı, hastabakıcı gibi kişilerdir HANCI, s.133 ; Narkozcu (anestezi) ve tıp öğrencileri de yardımcı şahıslardır. AYAN, .age. s. 36

⁴¹ CE. 4 October 1969, Dome Doukakis, Sce, 1968, No:15668, note René Savatier.

⁴² 1.Örnek:görev sırasında ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırılarak sakat kalan Hıfzısıhha Enstitüsü hademesinin uğradığı zarara karşılık idarece maddi ve manevi tazminat ödenmesine ilişkin D.12.D.'ini 6.7.1969 gün ve E.1968/1296, K.1969/1401 sayılı kararı; 2. Örnek:ambulans şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen trafik kazası sonucu vefat eden ambulanstaki hasta ile yanında bulunan annesinin yakınlarına idarece maddi ve manevi tazminat ödenmesi gerektiği yolundaki D.12.D.'nin 19.1.1971 gün ve E.1969/3710, K.1971/96 sayılı kararı bkz. ESIN ,age.,s.180-181

⁴³ GÜRAN,agm,,s. 20

Gerçekten, sağlık hizmetlerinde gelişen tıbbi teknolojik yeniliklerin kullanılması,⁴⁴ toplumsal yaşamın ve idarenin etkinliklerinin tehlikeler içermesi, zararın, zarar gören kişinin omuzlarında bırakılmayıp, toplumun diğer bireylerine paylaştırılması, "halktan toplanan vergilerle beslenen devlet hazinesinden ödettirilmesi, külfetlerin dengelenmesi"⁴⁵ yoluyla giderilmesi gerekir. "Zarar rizikosunun kimin ne ölçüde sırtında kalması"⁴⁶ sosyal bir soru olmasının ötesinde Anayasada yer alan "sosyal devlet, sosyal adalet, eşitlik ilkeleri"⁴⁷ gereği çözümlenmesi gerekir. Belli durum ve konularda sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulamaya geçirilmesi gerekir. Sağlık hizmetlerinde yeni tedavi yöntemlerinin uygulanması, tamamıyla bilinmeyen riskler içermesi, hastalığa yönelik risklerin bulunması, terapi sonucunda olağanüstü yaşamsal koşullara yönelik rahatsızlık ve güçlükler içeren anormal ve önemli nitelikteki zararlardan hastane idaresinin sorumluluğu yoluna gidilebileceğine Lyon İdare Mahkemesi karar vermiştir.⁴⁸ Güran, sağlık hizmetleri konusunda idarenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili dileklerini şöyle belirtmektedir:

"...Belli bir takım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de 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..."

⁴⁴ FORSMAN, Zeynep, «Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi» TODAİE, İnsan Hakları Yılı 1999- s. 95 vd. 4 Nisan 1997 tarihinde Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesini imzaya açmıştır ve 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin konusu tıbbi müdahaleler, insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, organ ve doku nakilleri, insan üzerindeki genetik uygulamalardır. (bkz. Christian «La Convention Européenne de Bioéthique» Reuve International de droit Compare, Janvier-Mars 1993, s.157-163). Sözleşmenin 24. maddesinin tıbbi müdahaleler sonucu zarara uğrayan kişilerin bir zararlarına karşılık tazminat isteme hakkı düzenlenmiştir. (s. 165).

⁴⁵ Maxim Mignon'dan naklen AZRAK; "İdarenin Toplumsal...", s. 138

⁴⁶ SEROZAN, Rona "Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler" Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu İÜHF Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, S. 175

⁴⁷ KANETİ, Selim "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk" Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İÜHF. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980, s. 150

⁴⁸ C.A.A.Lyon, 17.10.1990, Stefani Longin, AJDA 1991, 125, chr. Sougoulet et Lolaumy

Böylece, idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir hüküm verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir...”⁴⁹

Yukarıdaki örneklerde göstermektedir ki, Türk Danıştay’ı idareyi sağlık hizmetleri konusunda kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutmamaktadır.

Davacılar tarafından evli kızlarının Devlet Hastanesinde steril olmayan koşullarda ameliyat edilmesi nedeniyle karın zarı iltihaplanması sonucu, ölüm olayının Devlet Hastanesi Nisaiye Servisinin ihmal ve kusuru sonucu meydana geldiğini, olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğunu ileri sürerek, ölüm olayından dolayı duydukları acı ve üzüntü nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. Bu istem üzerine yapılan yargılama üzerine Danıştay 10.Dairesince verilen kararda, önce sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hangi halde idarenin sorumlu tutulacağı üzerinde durulmuştur:

“...İdare hukuku ilkelerine göre, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri noksan, yetersiz ve kusurlu biçimde yürütmeleri veya kusursuz sorumluluk esasının uygulanmasına olanak sağlayan koşulların varlığı halinde, kamu idarelerinin hukuki sorumluluklarının doğmuş olduğunun kabulü gerekir. Yapısında risk oranı yüksek sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin açık bir hizmet kusurunun bulunduğunun saptanması halinde mümkündür...”

Kararın devamında, dava konusu olay üzerinde durulmuş, Adli Tıp Kurumunca yapılan inceleme üzerine varılan bu sonuca göre, davacıların kızlarının sezaryen ameliyatında ve tedavisi sırasında fenni ve teknik bir hatanın, ihmal veya kusurun saptanmaması karşısında, ölüm olayı nedeniyle davalı idarenin tazmin sorumluluğunun bulunduğunun kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.⁵⁰ Kanaatimizce Danıştay, sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin kusursuz sorumluluğuna

⁴⁹ GÜRAN, agm., s. 21-22

⁵⁰ D.10.D.’nin 23.1.1986 gün ve E:1982/2696, K:1986/73 sayılı kararı DBB.

uygulayabileceği bu fırsatı kaçırmıştır.⁵¹

Danıştay'ın sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğunda, hizmetin niteliğine ilişkin ayrımlara gitmediğini görmekteyiz. Bir askeri hastanede hemşire tarafından procain yerine terocain tatbik edilmek suretiyle zehirlenen küçük yaştaki çocuklarının ölümü üzerine anne ve babanın açtıkları davada, Danıştay; *"...Hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, amme hizmetinin fena işlemesinden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önleyemez..."*⁵² gerekçesi ile idarenin tazmin sorumluluğu kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Danıştay, yardımcı personelin yanlış tedavisini şahsi kusuru olarak nitelendirmek suretiyle üstü kapalı olarak kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaya sokmuştur.

Hatalı Enjeksiyon

- Davacı, hatalı enjeksiyon sonucu sağ ayağının sakat kaldığını ileri sürerek açtığı davada Danıştay;

⁵¹ Meslek hatası ilkesine dayalı olarak idarenin sorumluluğuna hükmedebileceği olaylar önüne gelmesine karşın, bu ilkeyi uygulamaktan kaçındığını gösteren birkaç örnek vermek gerekirse; *"...İstanbul Hukuk Fakültesi 2.sınıf öğrencisi olan davacının 27.2.1974 günü sağ kulak altında şişkinlik ve ağrıdan şikayetle üniversiteye bağlı sağlık merkezi olan Mediko-Sosyal Merkezine başvurması üzerine muayene edilerek reçete yazılmıştır. Davacının 4.3.1974 tarihinde ağrının sol kulakta da başlaması sebebiyle aynı Mediko-Sosyal birimine başvurarak Üniversite Hastahanesine sevk edilmesi yolundaki müracaatı ise görevli hekimin kendisinin uzman olduğu gerekçesi ile kabul edilmeyerek muayenesi yapılmış ve reçete ile ilaç verilmiştir. Bir sonraki gün olan 5.3.1974 tarihinde kulak tıkanıklığından şikayetle aynı yere başvuru üzerine yine muayene ile reçeteye ilaç yazılmıştır. Daha sonra davacının testislerinde şişme sebebiyle Cerrahpaşa Hastahanesine başvurması üzerine burada da kendini muayene ile reçete yazılmıştır. Ancak, davacının bir müddet sonra İzmir'de yapılan muayenesinde sağ kulağının tamamen işitme kaybına uğradığı ve muhtemelen çocuk yapma kabiliyetini de kaybettiği tespit edilmiştir. Davacının bu durumda üniversiteye bağlı sağlık merkezi olan Mediko-Sosyal de ağır hizmet kusuru olan kayıtsızlıktan doğan yanlış tedavi sonucu sakatlandığından bahisle maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Bu dava üzerine Danıştay 12. Dairesi vermiş olduğu kararda; ara kararı ile istenilen belgeler üzerine Yüksek Sağlık Şurasınca yapılan inceleme sonunda düzenlenen 10.11.1976 tarihli raporda; davacıya konulan teşhis ve bu teşhise göre yapılan tedavide bir kusur olmadığının tespit edildiği, bronşit sonucu çoğunlukla meydana gelen sakatlık kısırlık olduğuna göre bu konuda doktora atfı mümkün olmayan bir ihmal ve kusur bulunmadığının belirtildiği, davacının kabakulak (oartidis) hastalığından sonra ve bu hastalık sebebiyle sağ kulağının sağır olması, ayrıca çocuk yapma kabiliyetini de kaybederek kısır kalmasında kendisine uygulanan tedavi bakımından herhangi bir ihmal ve hizmet kusuru bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurası raporunda belirtilmesi karşısında, hukuki dayanağı bulunmadığı..."* gerekçesi ile tazminat talebinin reddine karar verilmiştir.⁵¹

⁵² D.8.D.'nin 8.11.1968 tarih ve 1968/2394 sayılı kararı, KUDAT, Arkun «Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir» Ankara 1966, s. 159

“...Kural olarak, idarelerin, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin kusurlu işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararları tazminle sorumlu oldukları idare hukukunun bilinen ilkelerindendir.

Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmini sorumluluğu için idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının sağ ayağındaki fonksiyon kaybının giderilmesi amacıyla 6.8.1991 tarihinde yapılan ameliyatta, siyatik sinirinde direkt iğne temasına bağlı zedelenme görülmediği ve hastanın gluesstuslarının oldukça küçük ve yağ dokusunun zayıf olduğunun, ameliyatı gerçekleştiren doktor tarafından ifade edildiği, bunun dışında, gerek hastane dışında yaptırılan testlerde ve gerekse...Tıp Fakültesi...Hastanesince düzenlenen raporlarda, zararın, kusurlu yapılan enjeksiyon nedeniyle doğduğu yolunda saptama bulunmadığı anlaşılmaktadır...” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵³

- Enjeksiyona bağlı olarak gelişebilecek şoka karşı etkili önlemlerin alınmaması sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun,⁵⁴ kırılan ayağının tedavisi için yatırıldığı devlet hastanesinde, hatalı enjeksiyon yapılması sonucu kolu kangren olmasında tedbirsizlik ve meslekte acemilik sonucu hizmet kusurunun olduğu kabul edilmiştir.⁵⁵

Hatalı enjeksiyon yapılması sonucu ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin Fransız Danıştay kararlarında, kusur kuramına yer verildiğini görmekteyiz. Sadece aşı ve aşılama faaliyeti sebebiyle meydana gelen zararlarla, idarenin sorumluluğu için asgari bir nedensellik bağının varlığı

⁵³ D.10.D.’nin 25.12.1995 gün ve E:1995/3058, K:1995/6698 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

⁵⁴ D.10.D.’nin 1.6.1994 gün ve E:1993/363, K:1994/2402 sayılı kararı, D.D., Yıl 26, Sayı:90, 1996, s. 1088

⁵⁵ D.10.D.’nin 16.1.1985 gün ve E:1982/2908, K:1985/26 sayılı kararı, D.D., Yıl:16, Sayı:60-61, 1986, s. 460

yeterli sayılmıştır.⁵⁶ Yeni tarihli bir kararında ise; Devlet Hastanesinde sezaryen ameliyatı sonucunda kalıcı bedensel sakatlığa uğrayan bir kadının açtığı davada, ağır kusurun yerine alelade kusurun varlığı yeterli görülerek idareyi zararı tazminle sorumlu tutulmuştur.⁵⁷

Hatalı enjeksiyon sonucu AİDS, virüsünün bulaşması sonucu oluşan zararların tazmini, idare hukukunun karşılaştığı güncel sorunlardan biridir.

S.S.K. hastanesinde sürdürülen hemodiyaliz seansları sırasında saptanan anemi nedeniyle sekiz ünite kan verilen davacı murisinin, bu kanlardan kaptığı ileri sürülen AİDS. virüsü nedeniyle ölümü sonucu uğranılan zararın ağır hizmet kusuruna dayalı olarak tazminine karar verilmiştir.⁵⁸

Esasen idarenin bireylere sunduğu kan ihtiyacının giderilmesinde özen borcu, başkalarından alınan bu kanlar üzerinde gerekli bütün incelemeler yapıp, zararlı bir durumun varlığı tespit edilmemiş ise, bu kanların kullanılmasına izin verme, kullanma şeklinde olmalıdır. Ancak, bu durumda idare bu özen borcunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecek, böylece olağanüstü olarak ortaya çıkan bu zarar mağdurların üzerinde kalacaktır. Bu ise, hakkaniyetle bağdaşır gözükmemektedir.

Yargı Yerleri Arasındaki Görev Sorunu

Sağlık Bakanlığına bağlı bir hastanede sezaryen ameliyatı sırasında verilen AİDS. virüsü taşıyan kanın nakledilmesi sonucu davacının AİDS. virüsü alması ve doğan çocuğun da aynı hastalığa yakalanması üzerine Kızılay ve Sağlık Bakanlığına karşı açılan tazminat davasında Yargıtay, adli yargıyı görevli görmüş ve davalıların haksız eylemi sonucu oluşan zararın tazmini gerektiğini kabul etmiştir.⁵⁹ Oysaki gerek hizmeti veren kuruluşlardan birinin Sağlık Bakanlığı oluşu, diğerinin ise tekel halinde bir kamu hizmetini yürütüyor olması nedeniyle idari yargının görevli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, Yargıtay SSK. Hastanelerinde meydana gelen zararlar nedeniyle açılan davalara bakmakta, arada iş akdinin olması

⁵⁶ DE SAINT Mark, RENAUD Denoix-LABETOULLE, Daniel "Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler "Cev. Yorgancıoğlu, Çetin, D.D.Cumhuriyetin 50.Yılı Özel Sayısı, Ankara 1973, s. 287

⁵⁷ BÜLBÜL, Erdoğan "Fransız Danıştay Kararı", Argumentum, Yıl:3, S. 28, İstanbul 1992, s. 475

⁵⁸ D.10.D.'nin 22.11.1999 gün ve E:1997/5590, K:1999/6207 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

⁵⁹ Y.4.H.D.'nin 23.10.2001 gün ve E:2001/7908, K:2001/10071 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

nedeniyle İş Mahkemelerini görevli kabul etmektedir.⁶⁰ Bu kararlarında Yargıtay SSK.'da çalışan hekimin hatası olduğundan bahisle işin esasını çözümlenmektedir. Esasında iş akdini dayalı olarak ödenen primlerin karşılığında verilen bir kamu hizmetinin varlığı söz konusudur. Nitekim yukarıda da örnekleri görüleceği üzere aynı tür davalarda idari yargıda kendini görevli görmektedir. Dolayısıyla öncelikle yargı yerleri arasında var olan bu olumlu görev uyusmazlığının çözümlenmesi gerekmektedir.

İtalya'da bulunan bir özel klinikte doğum yapan başvuru sahibinin yeni doğmuş olan bebeği, doğum esnasındaki pozisyonundan kaynaklanan bir nedenden ötürü solunum yetersizliği sonucunda kaldırıldığı Cosenza Hastanesinde yoğun bakıma alınmıştır. Başvurucuların bebeği doğumdan 2 gün sonra ölmesinden sorumlu olduklarını ileri sürdükleri doktorun, prosedürden faydalanacak ceza zamaşımından yararlanması nedeniyle, tazminat istemiyle yaptıkları başvuru üzerine AİHM; yaşam haklarının korunmasının kamu sağlığı alanında da geçerli olduğu, devletlerin ister özel ister kamuya ait olsun, tüm hastaneleri kapsayacak şekilde burada tedavi gören hastaların haklarını korumaları gerektiği, bunun devamı olarak burada yatan hastaların ölmesi halinde sorumluların belirlenmesi için etkin ve bağımsız bir yargı sisteminin oluşturulması gerektiği belirtilmiştir.⁶¹ Kararın devamında Sözleşmenin 2.maddesi olaya uygulanabilir olduğuna, fakat ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁶²

Gerek kamu hastaneleri gerekse özel hastaneler Anayasa'nın 56.maddesi ile devlete yüklemiş bulunduğu vatandaşların sağlık hizmeti sağlama ödevini gerçekleştiren, kurumlardır.⁶³ Dolayısıyla SSK. Hastanelerinde verilen sağlık hizmetlerinde görevli yargı yeri olarak idari yargı yolunun kabulü AİHM. anılan kararında da belirtilen "*etkin ve bağımsız*" yargı yolunun verimi açısından daha elverişli olduğunu düşünmekteyiz.

⁶⁰Y.4.H.D.'nin 24.1.2000 gün ve E:2000/182, K:2000/417 sayılı kararı, yayımlanmamıştır; Y.4.H.D.'nin 19.11.2001 gün ve E:2001/7047, K:2001/11368 sayılı kararı, yayımlanmamıştır; Y.4.H.D.'nin 6.3.2000 gün ve E:1999/9351, K:2000/2128 sayılı kararı, yayımlanmamıştır; YHGK.'nun 10.11.1999 gün ve E:1999/4-915, K:1999/922 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

⁶¹ (Diğer benzer örnekler; 26 Ekim 1999 gün ve 37900/97 Erikson, İtalya Kararı, 4 Mayıs 2000 1999 gün ve 45305/99 Powell v. Birleşik Krallıkları).

⁶² CALVELLİ at CİOLİD v. İTALYA B.No :3296/96 17 Ocak 2002 Yılı; Türkçe metni için bkz. AİHM. Kararı Dergisi Polis Akademisi, 2Temmuz 2002, s. 46 v.d.

⁶³ HANCI, age. s. 150

Sonuç

AİDS. virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen, artan hastalık sayısındaki yükselme ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanması kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını artırmaktadır.⁶⁴ Yeni bir cerrahi yöntemin uygulanmasından sorumluluk; bilinmeyen, çok yaygın olarak kullanılmayan tedavi, tıbbi müdahalelerin uygulanması, yada beklenmeyen veya bilinmeyen bir sonucun doğması halinde idarenin kusursuz sorumluluğu, hastanenin sorumluluğu alanının hasta hakları doğrultusunda hasta kişiler lehine kusursuz sorumluluk yoluyla genişletilmesi; özel zarar riskine tabi olan terapi edilen tedavi edici yöntemlerin uygulanması ile onların karşılaştığı risklerin giderilmesi; hizmete atfedilebilir kusurun yokluğunda bile ödemeye hükmedilmesi, kan verme durumlarında sorunlu olduğu halde, kan verilmesi, AİDS. mikrobunun geçmesi, bulaşma riskine karşın zarar görene hizmete yönelik atfedilebilir kusurun yokluğunda bile ödünceye hükmedilmesinin hakkaniyete ve adalet ilkelerine uygun olması⁶⁵ yargı kararlarında işlenmesi beklenen hususlardır.

Gelişim tehlikelerinden dolayı sorumluluk olarak adlandırılan yeni bir sorumluluk alanına göre; üretildiği anda bilim ve teknolojinin kurallarına, son verilere uygun olan bir ilacın sonradan oluşan gelişmeler karşısında zararlı etkileri olduğu anlaşılırsa, bu ilacı kullanması nedeniyle sağlık idaresi sorumlu tutulabilir mi?

Eğer ilacın olumsuzluğu öğrenildiği anda, ilacın kullanımını durdurulursa sorun yoktur. Ancak, kullanımına devam edilirse "*mamulü işleme ve gözetim yükümlülüğüne*" aykırı hareket sonucu oluşan zararın kusur sorumluluğuna göre giderimi gerekir. Bu konudaki doğan sorunlar üzerine Alman öğretisinde işlenen "*Yaşam sigortası uyarınca ilaç kullanımı*" ile fikre dayalı düzenlemelerle uyarınca; ilaç yapımcılarının katkılarıyla oluşturulan devlet gözetimindeki bir fondan zararın karşılanması yolunun⁶⁶ benimsenmesi suretiyle sorun çözülebilir.

Diğer kamu hizmeti dalları için öngörülen oldukça net içtihatlar, sağlık hizmetleri için yavaş yavaş ilerlemiş, çeşitli modellere göre değişik

⁶⁴ Bu konularla ilgili bkz. HARRIS, John "Hayatın Değeri, Tıp Etigine Giriş" çev. SERTABİBOĞLU, Şüha, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1998; BLENCHER, Barbara-L.HAGER, Chritie-R. WILLIAMS, Nancy "The Jay Healey Technique: Teachins Law and Ethics to Medical and Dental Students" American Journal of Law & Medecine Vol. XX No:4 1994, s. 442; "Etik Bunun Neresinde?" Ankara Tabip Odası Yayınları, No:1

⁶⁵ CHAPUS, René "Droit Administratif Général", Tome I., 6. édition, Paria 1992, s. 978, 979

⁶⁶ ÖZSUNAY., agm., s. 53

uygulamalar gözlenmiştir. Sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu yaşamın zorunluluklarına uyumu ve sosyal yaşantının gerekliliklerini yakalamak açısından daima gelişmeye açıktır. Bio-medikal gelişmelerin insan hakları alanında yol açtığı değişikliklerin insanı özne konumundan konu insana dönüştürmek üzere olması⁶⁷ nedeniyle, bu alanda yeni hakların⁶⁸ gelişmesinin yanında, idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunun yeniden gözden geçirilmesi ve geliştirilmesi kaçınılmaz bir gerçektir.

⁶⁷ KABOĞLU, İbrahim Ö. “Özgürlükler Hukuku”, İmge Yayınevi, Ankara 2003, s. 159

⁶⁸ Doğal doğma hakkı sağlık hakkı, onur içinde ölme hakkı gibi. bkz. ibid, a.g.e., s. 159