**Yargıtay, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasttan ve kusurlardan dolayı doğan tazminat davalarında, kamu görevlilerinin aleyhine değil, ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğine karar verdi.**

Yozgat'ta safra kesesindeki şikayet nedeniyle devlet hastanesine giden bir kadına, safra kesesinde taş olduğu, kapalı ameliyatla taşın alınacağı söylendi. Kapalı yapılacağı söylenen ameliyatının açık ameliyata dönüştüğünü, ameliyat sırasında yanlışlıkla karaciğerden safraya gelen kanalın kesilerek alındığını ileri süren kadın, ameliyatını yapan doktordan şikayetçi oldu.Yanlış ameliyat nedeniyle Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi'ne sevk edildiğini, uzun süre tedavi gördüğünü, aylarca torba ile gezdiğini, halen kontrole gittiğini belirten kadın, doktor, devlet hastanesi ve Yozgat Valiliği hakkında maddi ve manevi tazminat davası açtı.Yozgat 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, kadına 10 bin lira manevi, bin lira maddi tazminat ödenmesine karar verdi. Mahkeme, tazminatların davalılardan müştereken ve müteselsilen alınmasına hükmetti.Yerel Mahkemenin kararında, Anayasa'nın 129/5. maddesine göre, kamu görevlisinin görevi nedeniyle verdiği zararların idareden isteneceğinin hüküm altına alındığı hatırlatıldı. Kararda, ''Ancak görevi sınırı dışına çıkarak kişisel kusuru ile neden olduğu zararların bu maddenin kapsamı dışında kaldığı'' sonucuna varıldığı belirtildi. Adli Tıp Kurumu'nun raporunda da doktorun uygulamasının tıp kurallarına uygun olmadığının belirlendiği ifade edilen kararda, bu nedenlerle davacının bu davayı kurum ile birlikte davalı doktora açmasında usule aykırı bir yön bulunmadığı kaydedildi.

**DAİRE BOZDU**

Kararın temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne geldi. Daire, yerel mahkemenin kararını bozdu. Kararda, kamu kurumlarının kamu hizmeti yaptığı vurgulanarak, şu tespitler yapıldı: ''Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur, kamu kurumunu hizmet kusurunu oluşturur. Burada kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru, hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.'' Kararda, konunun iyi anlaşılabilmesi için verilen örnekte, sabah aracıyla kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi için hastaneye gelmiş bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde, bunun doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusuru olduğu ifade edildi. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı teşhis, tedavi ve ameliyat gibi eylemlerde bir kusur olursa bunun hizmet kusurunu oluşturduğu vurgulandı.

**YASAL DÜZENLEMELER**

Sağlıklı sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesi gerektiği belirtilen kararda, Anayasa'nın 129/5. maddesinde, ''Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir'' hükmünün yer aldığı hatırlatıldı.657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde de kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabileceklerinin öngörüldüğü ifade edilen kararda, Borçlar Yasası'nın 13. maddesinde, ''gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur'' hükmüne yer verildiği kaydedildi. Kararda, ''Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesini, Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesi ışığında yorumlayarak, kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde adli yargıda dava açılabileceğinin kabulünün mümkün olmadığı'' vurgulandı. Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesinin genel bir hüküm olduğu, yine genel olarak ''zarar ika eden şahsı'' esas aldığı, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmediği belirtilen kararda, bir konuda, hem genel hüküm hem de özel hüküm varsa, özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılmasının hukukun temel prensiplerinden olduğu hatırlatıldı.

**''YARGI, YORUM YOLUYLA ANAYASA'YA AYKIRI KARAR VEREMEZ"**

Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin yorum getirmeyecek kadar açık, net ve amir olduğu vurgulanan kararda, yasaların, iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte olacağı, mevcut hükümleriyle uygulanmaları gerekeceği kaydedildi. Yargının, uygulamalar ve bir kısmı sosyal ihtiyaçlar nedeniyle yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yoluyla yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamayacağına işaret edilen kararda, yargının, yorum yoluyla Anayasa ve yasalara aykırı uygulama yapamayacağı ve karar veremeyeceği belirtildi. Daire'nin kararında, ihtiyaç varsa yeni yasal düzenlemelerin yapılabileceği, bunu yapma yetki ve görevinin de TBMM'ye ait olduğu hatırlatıldı.Kararda, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kast ve kusurlardan dolayı doğan tazminat davalarında, kamu görevlilerinin aleyhine değil, ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği vurgulandı. Kararda, şöyle denildi: ''Somut olayda, davalı hekimin uyguladığı safra taşı ameliyatında özensiz davranışına dayanmış olduğundan davanın idare aleyhine Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince açılması gerektiğinden, doktora husumet yöneltilemez. Şu durumda yerel mahkemece, davalı hekim hakkındaki davanın husumetten reddi gerekirken kısmen kabulü, usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir."

**YEREL MAHKEME DİRENDİ**

Yozgat 2. Asliye Hukuk Mahkemesi ise bozma kararına uymayarak, ilk kararında direndi. Direnme kararında, vatandaşların devlet hastanelerinden yararlanmalarının idarenin tek taraflı kamu hizmeti değil, vatandaşların ücret karşılığı hizmet alımı olduğu belirtildi. Bu durumda, hizmeti veren doktorun şahsi kusuru sebebiyle sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğine işaret edilen direnme kararında, şöyle denildi:''Aksi düşüncede, devlet hastanesinde ameliyat yapan doktor, kusurundan doğrudan sorumlu olmazken özel hastanede ameliyat yapan doktor kusurundan doğrudan sorumlu olacaktır ki bu durum kabul edilemez. Yine vatandaşların özel kurumlar ve şirketler aracılığıyla faydalanamayacakları ancak devlet eliyle görülebilen faaliyetler olan adalet hizmetleri ve TBMM'de yasama faaliyetleri gibi faaliyetler, kamu hizmeti sayılmalı, bunun dışında kalan alanlarda idari faaliyetler sebebiyle kamu görevlileri kusurlarından sorumlu tutulmalıdırlar.'' Direnme kararının da temyiz edilmesi üzerine, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na geldi. Kurul, oy çokluğuyla 4. Hukuk Dairesi'nin bozma gerekçeleri doğrultusunda, yerel mahkemenin direnme kararını bozdu.