

Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış *

Çağlar Özel** Doğan N. Leblebici**

ÖZET

Hastane işleteni ya da hekim, tıbbi müdahale dolayısıyla gerçekleşecek zarar nedeniyle sorumlu oldukları gibi bu yüzden doğabilecek organizasyon hatalarından da sorumlu tutulacaklardır. Bu kişilerin tıbbi müdahale süreci içerisinde uygun biçimde organizasyonu gerçekleştirip eşgüdümü sağlayacak önlemleri almaları ve tedavi işlemlerinin beklenen seviyede gerçekleşmesini sağlamaları gerekir. Bu çerçevede özellikle hastaların karşılaşması muhtemel, öngörülebilir tehlikelere karşı korunacak önlemler alınması önem taşır. Mahkemeler tarafından soyut nitelikte bu yükümlere ilişkin verilen kararlar sonucunda, yükümlerin somutlaştırılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Çalışmada mahkeme kararlarıyla ortaya çıkan örnek olaylara dayalı olarak gerçekleşen ve hastanelerin organizasyon kusuru olarak nitelendirilen olgulara değinilmiştir. Organizasyon yükümlerine aykırılık halinde genel kurallar çerçevesinde yüküm ihlaline bağlanan sonuçlar doğar. Bu çerçevede kusur, zarar ve illiyet bağının varlığı sorumluluk şartları olarak karşımıza çıkar.

Anahtar Kelimeler: Özel Hastane, Hastane İşleteni, Organizasyon Yükümü, Organizasyon Kusuru, Organizasyon Sorumluluğu.

* Bu makale 22.05.2008 tarihinde dergiye gönderilmiş, 03.12.2008 tarihinde yayınlanmak üzere kabul edilmiştir.

** Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi İ.İ.B.F Öğretim Üyesi

Liabilities of Private Hospitals and Physicians Due to Damages Arising from Organizing Fault

ABSTRACT

Hospital manager or physician will be liable for damages arising from medical intervention and organizing faults. They are expected to take every measures for appropriate organizing and coordinating actions within medical intervention process. In this context, taking measures for protecting patients against possible anticipated risks especially becomes important. Although organizing liabilities are not formalized, judges try to hold them by judicial writs. In this study, we discussed events materialized on the basis of sample judiciary cases which are described as organizing fault of hospitals. We concluded that according to general rules, liability violation outcomes arise in the case of inconsistency with organizing rules. And in this context, fault, damage and causality connection are clauses of the liability.

Key Words: *Private Hospital, Hospital Manager, Organizational Obligation, Organizational Fault, Organizational Liability.*

I. GİRİŞ

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi örgütlü bir yapılanmanın sonucu olarak ortaya çıkar. Bu hizmetlerin yerine getirilmesinde de hukuki ilişkiye giren tarafların gerekli normlara uygun davranmaları beklenir. Bu örgütsel yapı ile bireylerin ve sonuç olarak toplumların sağlıklarını korumak, sağlığına kavuşturmak ve sağlık düzeyini yükseltmek hedeflenir (Güleş ve Özata, 2005).

Günümüzde hastanelerde ve muayenehanelerde gerçekleşen tıbbi müdahalelerin ticari faaliyet niteliği gittikçe artan oranda ön plana çıkmakta, buna paralel olarak da yoğun ve karmaşık hukuki düzenlemelerin bombardımanı ile karşı karşıya kalınmaktadır. Aynı zamanda hekimlik mesleğinin icrası personel ve mali açıdan kıt kaynaklar nedeniyle yapısal değişikliğe zorlanırken bir yandan da kalite eşliğinin sürekli yukarı çıkarılması talepleri ile karşılaşmaktadır. Bu bağlamda genel olarak “organizasyon yükümleri” olarak nitelendirilebilecek bir dizi yükümlün hastane ve hekimlerden beklendiği gözlemlenmektedir.

Bir hukuki ilişkinin ihlali çoğu zaman doğrudan bir kişinin davranışı (fiili) nedeniyle gerçekleşmekte iken, bazı durumlarda yine kişilerden kaynaklanan ama bu kez organizasyon bozukluğunun sebep olduğu eksiklik ve aksaklıklardan kaynaklanan durumlarla karşılaşılabilir. Bu bağlamda ortaya çıkan organizasyon kusurundan doğan sorumluluk da gittikçe genişleyen sorumluluk hukukunun bir parçası olarak incelenmesi gereken bir konudur. Çalışma tıbbi müdahaleler nedeniyle gerçekleşen sorumlulukla ilintilidir. Ancak aşağıda da değinileceği gibi tıbbi müdahale kavramı aslında tıp hukukunun esasını oluşturan çok geniş bir alanı oluşturmaktadır. Çalışmada bu hususu sadece kavramsal olarak ele almakla ve yeri geldiğinde konuyla ilgili temas noktalarına değinmekle yetinilecektir. Aslında çalışmanın özü ve amacı organizasyon yükümü/kusurunun ele alınmasıdır. Tıbbi müdahale kural olarak hekim tarafından yapılması gereken bir faaliyet biçiminde ortaya çıkmakla birlikte, müdahale dolayısıyla ortaya çıkan zarar verici sonuçlardan sorumlu olacak kişiler her zaman hekim ile sınırlı olmamaktadır. Ceza hukukundan, İdare hukukundan ya da aşağıda ele alınacak çerçevede özel hukuktan (sorumluluk hukukundan) kaynaklanan pek çok durumda hekim dışındaki sorumluluk süjeleri ile karşı karşıya kalınacaktır. Nitekim tıbbi müdahalenin önemli bir aşaması olan hastanın rızasının alınmasında dahi, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına ilişkin organizasyon yükümlülüklerinin varlığından söz edilir (Bkz. Hakeri 2007) Bu makalede özellikle hastanelerin ve organizasyonel bir yapılaşmanın bulunduğu özel çalışan hekimlerin organizasyon yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan sorumluluk hallerinin özel görünümüne değinilmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle sorumluluk süjeleri olarak hastane ve hekim kavramlarına, sorumluluğun sebepleri olarak tıbbi müdahale olgusu dolayısıyla ortaya çıkan organizasyon yükümlülüğü kavramına ve bu yükümlülüğün özelliklerine, son olarak da bu yükümlülüğün ihlal edilmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararlı sonuçtan doğan sorumluluğunun unsurlarına değinilecektir.

II. SORUMLULUK ÖZNELERİ (SÜJELERİ) OLARAK HASTANE İŞLETENİ VE HEKİM

2.1. Genel Olarak Hastane Kavramı

Hastane sözünden tıbbi müdahale yapılabilen donanım ve organizasyona sahip sağlık kuruluşları anlaşılmaktadır. Türk Dil Kurumu sözlüğünde de bu sözcük “hastaların yatırılarak tedavi edildikleri sağlık kurumu” şeklinde

tanımlanmaktadır. Kuşkusuz genel anlamıyla herkes tarafından benzer şekilde tanımlanabilecek bu kavramın hukuksal anlamının da ortaya çıkarılması gerekir. Hastane ya da hastane ile ilintili pek çok kavrama mevzuatta yer verilmesine karşılık hukuksal anlamda kavramı doğrudan tanımlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. “Sağlık Hizmetleri”nin “Temel Kanunu” olan 3359 sayılı Kanunda sağlık kurumu, sağlık kuruluşu ve hastane gibi terimlere yer verilmektedir. **Sağlık kurumu** sözünden **kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişileri ya da gerçek kişiler tarafından oluşturulan sağlık hizmeti veren tüm örgütlenmeler** anlaşılır. Bunun yanı sıra Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin (Bakanlar Kurulu Kararı: Tarih : 10.09.1982 No : 8/5819) 4. maddesi yataklı tedavi kurumlarını “Hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphe edenlerin ve sağlık durumlarını kontrol ettirmek isteyenlerin, ayakta veya yatarak müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri, aynı zamanda doğum yapılan kurumlar..” olarak tanımlamaktadır. Aynı yönetmeliğin 5. maddesinde ise sağlık kurumlarının işlevlerine göre 5 gruba ayrıldığı belirtilerek bunları:

a) İlçe / belde hastanesi: Bünyesinde 112 hizmetleri, acil, doğum, ayakta ve yatarak tıbbi müdahale, muayene ve tedavi hizmetleri ile koruyucu sağlık hizmetlerini bütünleştiren, görev yapan tabiplerin hasta kabul ve tedavi ettiği, ileri tetkik ve tedavi gerektiren durumlarda hastaların stabilize edilerek uygun bir şekilde sevkinin sağlandığı sağlık kurumlarıdır.

b) Gün hastanesi: Birden fazla branşta, gününbirlik ayakta muayene, teşhis, tedavi ve tıbbi bakım hizmetleri verilen asgari 5 gözlem yatağı ile 24 saat sağlık hizmeti sunan bir hastane bünyesinde veya bir hastane ile koordineli olmak kaydıyla kurulan sağlık kurumlarıdır.

c) Genel hastaneler: Her türlü acil vak'a ile yaş ve cinsiyet farkı gözetmeksizin, bünyesinde mevcut uzmanlık dallarıyla ilgili hastaların kabul edildiği ve ayakta ve yatarak hasta muayene ve tedavilerinin yapıldığı en az 50 yataklı sağlık kurumlarıdır.

d) Özel dal hastaneleri: Belirli bir yaş ve cins grubu hastalar veya belirli bir hastalığa tutulanların yahut bir organ veya organ grubu hastalarının müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilitasyonlarının yapıldığı sağlık kurumlarıdır.

e) Eğitim ve araştırma hastaneleri: Öğretim, eğitim ve araştırma yapılan uzman ve yan dal uzmanların yetiştirildiği genel ve özel dal sağlık kurumlarıdır” biçiminde sıralamıştır.

2.2. Özel Hastane

2.2.1. Tanım

Özel hastaneler kamu yönetiminin dışında yer alan, onun bir parçasını oluşturmayan hastanelerdir (Ayan 1991). Öğretide yapıldığı gibi maddi kazanç sağlamak amacıyla ya da belirli bir kuruluş ya da vakıf tarafından kazanç amacı gütmeksizin kurulan ve işletilen hastanelerin tümünün özel hastane olarak nitelendirilebileceğine yönelik düşünceler olsa da (Atabek 1986) bu kıstas ayrımı belirlemeye yeterli değildir. Özellikle sorumlunun ortaya çıkarılması açısından aranacak kıstas Ayan’ın (1991) yaptığı belirlemede olduğu gibi kamu yönetiminin dışında olup olmaması çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda özel hastane deyiminden özel hukuk hükümlerine tabi hastaneler anlaşılacak gerekecektir. Sonuç olarak özel hastaneler, “kamu hizmetinin dışında yer alıp, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık yurtları” (Ayan 1991) olarak tanımlanabilir.

2.2.2. Mevzuatta Özel Hastanelerle İlgili Olarak Getirilen Düzenlemeler

Mevzuatımızda özel hastanelerle ilgili oldukça kapsamlı düzenlemeler yer almaktadır. Bu çerçevede özel hastanelerle ilgili en eski ve genel düzenleme 24.05.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunudur. Bu yasada en son 8.02.2008 tarihli ve 5728 Sayılı Yasa ile 35, 40, 41, 42, 43, 44, 45 ve 46. maddelerde değişiklik yapılmıştır. Bunun dışında 28.02.1982 tarihli ve 8/5747 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Özel Hastaneler Tüzüğü ve 27.03.2002 tarihli ve 2470 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Özel Hastaneler Yönetmeliği vardır. Son bir kaç yıl içinde bu yönetmelikte esaslı değişiklikler yapılmış, en son 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesine göre “**Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları**

yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususî hastaneler" den sayılır. Özel Hastaneler Yönetmeliği ise daha belirleyici bir tanım yapmaktadır. Buna göre özel hastane “**Bu Yönetmelik kapsamına giren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbî müdahale, ameliyat, tıbbî bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşlarını**” .. ifade etmektedir. Yukarıda söz edilen özel hastanelerin hukuksal niteliğini belirginleştirmeye yarayan önemli bir düzenleme ise Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin (14.01.2004 tarih ve 25346 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikten sonraki) 2. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre: “**Bu Yönetmelik; Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzel kişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere; gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine ait hastaneleri kapsar**” denilmek suretiyle gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine ait hastaneler özel hastane olarak değerlendirilmiş olmaktadır.

Özel hastane kavramının karşısında yer alan kamu hastaneleri ise “devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen sağlık yurtlarıdır (teşekkülleridir). Bunlar doğrudan doğruya kamu yönetiminin bir parçasını oluştururlar ve hem kuruluşları, hem de işleyiş ve kapatılmaları bakımından kamu hukukuna tabi tutulurlar” (Ayan, 1991:171). 11.8.1973 tarih ve 14622 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'nin 6.maddesi ise bu hususta benzer bir tanım yapmaktadır. Buna göre “Genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, özel idarelere ve belediyelere, tıp fakültelerine bağlı yataklı veya yataksız tedavi kurumlarına "resmî sağlık kurumu", hükümet, sağlık ocağı, belediye ve kurum tabipliklerine de "resmî sağlık kuruluşu" denir.”

Hastane –özel hastane kavramlarına yukarıda belirtildiği gibi dar ya da geniş anlamlar verilebilmekle birlikte, ele alınan konu açısından önemli olan örgütsel bir yapılanma arz eden sağlık yurtlarında gerçekleşen müdahalelerdir. Bu çerçevede yapılan açıklamaları dar anlamda özel hastane kavramı içine girmese de geniş anlamda bu bağlamda ele alınabilecek yapılanmaları da katarak değerlendirmekte, özel düzenlemelerden kaynaklanan özel sorumluluk halleri ile karşılaşılmadığı sürece, bir sakinca bulunmamaktadır.

2.2.3. İşleten

Organizasyon kusurundan dolayı sorumlu kişi özel hastane işleten kişi ya da muayenehane işleten hekimdir. Özel hastane işleten hekim hatta gerçek kişi olmak zorunda değilken, muayenehane işleten her zaman bir hekim olmak zorundadır. Özel hastane, yukarıda açıklanan anlamda özel hukuk kuralları çerçevesinde gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi tarafından işletilecektir. Genellikle işleten bir şirket aynı zamanda da ticaret şirketi olarak ortaya çıkar. Bir adi şirket yapılması ile de karşılaşılabılır. Mevzuatta bu tür hastanelerin işleteninin zorunlu olarak belirli bir şirket türünde olacağına ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunların yanı sıra işletenin dernek ya da vakıf olmasını engelleyen her hangi bir hüküm de yoktur. Bu anlamda organizasyon sorumluluğundan söz edildiğinde kastedilen işte bu gerçek veya tüzel kişiler ile muayenehane işleten hekimdir.

III. ORGANİZASYON KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUK

3.1. Genel Olarak

Hekimin ve aynı zamanda da hastanenin (işletenin) organizasyonun işleyişinden kaynaklanan özen yükümlülüğü gittikçe önem kazanan bir hal olmaya başlamaktadır. Hekim ve diğer yardımcı personel sayısındaki artış ve teşhis ve tedaviye yönelik ilaç ve aletlerin gittikçe tehlikeli ve karmaşık bir yapıya bürünmeleri, hastanede/muayenehanede gerçekleşen işlemlerin eşgüdüm ve denetlenmesine yönelik isterlerin artmasına ve sıkılaşmasına, sonuç olarak sorumluluk doğurmasına neden olmaktadır. Örneğin radyoaktif maddelerin kullanımının eskiye oranla daha sıkı bir şekilde denetlenmesi, gelişen hasta hakları anlayışı bağlamında hesap verme ve özen gösterme yükümlerinin artması bu isterlerin (lazımlerin) bir kısmını oluşturur.

Sorumluluk hukuku bir zararın karşılanmasını konu edinen ve bu amaçla zarar görenin sorumlu olana yönelik zararın telafisi talebinin temellerini oluşturan hukuk kurallarının tamamı anlamına gelir (Rey 1998). Burada sözü edilen, sorumlu olanla zarar gören arasında gerçekleşecek telafi talebinin temellerinin niteliğine göre de sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımı ile karşı karşıya kalınır. Bu anlamdaki sorumluluk özel hukuk ilişkisinden doğar ve ceza hukuku ya da idare hukuku sorumluluğundan

farklı bir alanı oluşturur. Her ne kadar bir sağlık hizmetinin yerine getirilmesi kamu hukukundan kaynaklanan nedenlerle akamete uğratılmış ve bundan dolayı bir zarar görülmüş olsa da, memur ve diğer kamu görevlilerinin sağlık hizmetinin yerine getirilmesi nedeniyle vermiş oldukları zarardan sorumluluk aşağıda yer alan açıklamalar kapsamında değerlendirilemez. Bu konu Anayasa md. 129 çerçevesinde düzenlenen “idari güvence” ilkesi (Eren 1998) çerçevesinde ele alınır ve kamu hukuku kurallarına tabidir. Hekimin ceza sorumluluğu ise geniş anlamda, hekimin teknik anlamda tıp mesleğini icra ederken işlediği suçlarla, bu mesleğin icrası dolayısıyla işlemiş olabileceği suçlardan dolayı sorumluluğunu ifade eder” (Keyman 1981). Aşağıda, yazının özü ve amacı olan organizasyon kusurundan sorumluluk özel hukuk ilişkileri etrafında ele alınacaktır.

3.2. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale kavramı tıp hukukunun temel unsurlarından biridir. Yalın bir ifadeyle hekimin tedavi amacına yönelik her türlü etkinliği olarak adlandırılabilir. Daha geniş bir değerlendirmeye, tıp mesleğini icraya yetkili kişi yani hekim tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen, bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet bu çerçevede ele alınmaktadır (Ayan 1991). İnsanın sağlıklı bir biçimde yaşamını sürdürmesi ve sağlığının korunması amacıyla gerçekleşen tıbbi müdahale işin doğası gereği insan bedenine yönelik bir eylemi de içinde barındırmaktadır. Kişinin kişisel değerleri arasında yer alan beden bütünlüğüne yapılan müdahale ise kural olarak kişilik haklarının ihlali bağlamında bir hukuka aykırılık doğurur. Bu çerçevede ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü sorumluların belirlenmesi gerekir. Özel hukuk açısından sorumluluk kavramından verilen zarardan doğan tazminat yükümlülüğü anlaşılır (Tandoğan 1961). Tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk ister sözleşmeye aykırılık ister haksız fiil biçiminde gerçekleşsin, müdahale temelde hastanın sağlığına, yaşamına ve beden bütünlüğüne yönelik olacağı için sözleşmeye aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılık tarzında ortaya çıkmaktadır (Şenocak 1998).

Tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğun kaynağını hekime yüklenen özen yükümünün ihlali oluşturur. Hekimin özen yükümünü ihlali ise

genel olarak üç alanda yoğunlaşmaktadır. Bunlardan birinci grubu hastanın bizzat tedavisi alanında ortaya çıkar. Bunlardan bir kısmı müdahale öncesindeki ve müdahale sırasındaki süreçte gerçekleşir. Teşhis, endikasyon, tıbbi önlemlerin seçimi, uygulaması bu anlamdadır. Bir kısmı ise müdahale etkisinin sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla tedavi sonrası, ameliyat sonrası bakım alanında gerçekleşmektedir. İkinci grubu hastanın aydınlatılması ile ön muayene sırasında gerçekleşmesi beklenen özen yükümleri oluşturur. Son grup ise geniş açıdan bakıldığında daha önce sayılanların hepsini de etkileyen hastane klinik organizasyonu alanında ortaya çıkmaktadır. Örneğin personelin niteliği, yeterli personel bulundurulması, aletlerin kurallara uygun bulunması, hekimlerin birbirleriyle ve yardımcı personelle işbirliği gibi. Bu üç alandaki kusurlar öğretilde, uygulama kusuru (tedavi kusuru), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak isimlendirilmektedir (Hakeri 2007).

3.3. Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ortaya Çıkan İlişki ve Bu İlişkidен Doğan Yükümlülükler

3.3.1. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişki

a- Genel Olarak

Bir hukuki ilişki özellikle de sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi, kural olarak haklar ve yükümlülükler (borçlar) içermektedir. Borç ilişkisinden doğan asli nitelikli, fer’i nitelikli ya da tali nitelikteki haklara karşılık yükümlülüğün amacına ve özellikle edimle olan ilişki ve bağına göre çeşitli yükümlülük türlerinden söz edilir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihtiva ettiği yükümlülükler genel bir değerlendirmeye asli yükümler ve yan yükümler ayrımına tabi tutulur. Asli yükümler sözleşmenin tipini belirleyen asli edim yükümleri ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde yasadан, sözleşmeden doğan ya da doğrudan dürüstlük kuralında (Madeni Kanun (MK) m.2) temelini bulan “güven ilişkisi”nden kaynaklanan yan edim yükümlerinden ibarettir. Hukuki ilişkinin içerdiği asli yükümlerin dışında kalan, edime ve özellikle de asli edim yükümlüne bağımlı olup, müstakil bir varlığı bulunmayan yükümler ise yan yükümler olarak adlandırılırlar. Bunlara “diğer davranış yükümleri”, “özen gösterme yükümleri” ya da özellikle yan yükümler arasında olmakla birlikte

bazı durumlarda doğrudan dürüstlük kuralından doğdukları ve edim yükümlerinden bağımsız bir tarzda da ortaya çıkabildikleri için ayrı bir öneme sahip yan yükümler olarak ortaya çıkan “koruma yükümleri” adı verilmektedir. Yan yükümlerin, işlevsel olarak edimin ve özellikle de asli edimin ifasına yardımcı olan, ifa hazırlık fiilleri ile ifa fiillerinin alacaklının sözleşmeden beklediği yararlarına uygun biçimde gerçekleşmesine yardımcı olan türü “ifaya yardımcı yan yükümler” olarak adlandırılır. Bu yükümler özellikle alacaklının ifa menfaatinin gerçekleştirilmesine yardımcı olan hazırlama, sağlama ya da aydınlatma, bilgi verme gibi yükümlerdir. Bunların yanı sıra ortaya çıkabilecek ve ifa ile dolaylı ilgili olup asıl işlevleri alacaklının mal ve kişi varlığı değerlerinin ifa eylemi nedeniyle ya da ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan uzak tutan yükümler vardır. Bunlara da “koruma yükümleri” adı verilir (Eren 1998). Hekimin organizasyon yükümlüğü işte bu yan yükümler arasında bulup çıkartılmalıdır.

b- Tıbbi Müdahaleye Dayanak Olan Hukuki İlişkinin Türü

aa- Sözleşme

Çoklukla karşılaşıldığı gibi tıbbi müdahalenin temelini oluşturan hukuki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanması halinde, hekim ya da hastane işletmecisiyle yapılmış bir sözleşme söz konusudur. Basit – yani kapsamlı bir hastane tedavisi talep edilmeyen- ilk sözleşme çok fazla özellik arz etmez. Hekimlik ya da tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmenin hukuksal niteliği üzerinde görüş birliğine ulaşılmamakla birlikte, bu sözleşmeye vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir (çoğunun yerine bkz. Ayan 1991). Buna bağlı olarak burada sadece iki nokta üzerinde durulabilir. İlk olarak hekimlik sözleşmesinin (gerçek) üçüncü kişi lehine akit olduğu durumların seyrek karşılaşılan bir durum olmadığını belirlenmesi gerekir. Örneğin ana- babanın hasta olan küçük çocukları için bir doktor çağırdıkları durumla sıklıkla karşılaşılır: Böyle bir durumda ana- baba ile aralarında kural olarak hekimlik sözleşmesi ortaya çıkar ve bu sözleşme – ana-babanın yasadan kaynaklanan velayet hakkı nedeniyle sahip oldukları temsilcilik sıfatı dolayısıyla- tedavi edilen çocukla yapılan bir hekimlik sözleşmesi olmaz. Bilakis onlar hekimin ücret ödeme talebinin borçlusu olur, bu durumda çocuğun tedavisi hemen hemen her zaman ebeveynin velayet nedeniyle ortaya çıkan bakım yükümü olarak borcudur (Medicus 1995).

İkinci olarak hekimlik sözleşmesinin başlangıcında tedavi bedelinin ne kadar olacağı hususu konuşulmaz. Aynı zamanda bu gerekli de değildir. Her ne kadar vekâlet sözleşmesinin ücretsiz yapılması mümkün ise de kural olarak kararlaştırılmış olmasa da ücret borcu doğar. Çünkü vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu (BK) m.386/III hükmü gereği “ mukavele veya teamül varsa vekil ücrete müstahak olur”. Tarafların bu konuda anlaşmamış olduğu durumlarda kural olarak Tabip Odası tarafından belirlenen asgari ücret tarifesi hükümleri uygulanacaktır (karş.: İpekyüz 2006).

Organizasyon açısından daha önemli olan hastanede gerçekleşen tıbbi müdahaleler ise sözleşme ilişkisinin ikinci görünümünü oluşturur. **Hastaneye kabul sözleşmesi** olarak adlandırılan bu sözleşmeler genellikle hastaya karşı yükümlenilen birden fazla borçtan oluşur: Bunun içine çoğunlukla barınma, yeme içme ve bakım girer. Bu edimlerin hepsi kural olarak farklı sözleşme tiplerine ait unsurların tek bir sözleşme içinde yer aldığı karma (kombine) bir sözleşme biçiminde ortaya çıkar (Medicus 1995). Sözleşme ile üstlenilen edimin ve borçlunun niteliğine göre farklı hastaneye kabul sözleşmeleri ile karşılaşılabılır (Ayan 1991): Bunlardan ilki olan hastane işleticisinin tıbbi tedavi ile birlikte barındırma, yedirip içirme ve bakım gibi yükümlülükleri üstlendiği sözleşme **tam hastaneye kabul sözleşmesidir**. Diğeri ise hastanın tarafı olduğu iki ayrı sözleşmenin yapıldığı **bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir**. Bu iki ayrı sözleşmeden birincisi hastane (işleten) ile yapılmış olan, hastanenin hastaya barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini borçlandığı hastaneye kabul sözleşmesidir. İkincisi ise tedaviyi tek başına üstlenerek hastaneye (işletene) bu bakımdan her hangi bir sorumluluk yüklemeyen hekim ile hasta arasındaki hekimlik/tedavi sözleşmesidir. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane tıbbi tedaviyi kendisi üstlendiği için hekim hatalarından (diğer çalışanların olduğu gibi) dolayı Borçlar Kanunu (BK) md. 100 gereğince sorumludur. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise hastane sadece diğer edimleri üstlenir ve hekimin kusurundan sorumlu olmaz. Ancak her iki durumda da organizasyon yükümlerinin ihlali nedeniyle bir zarar doğması halinde sorumlu olur.

bb- Vekâletsiz İş Görme

Tıbbi müdahalenin dayandığı temel ilişki çok sık olmasa da bir vekâletsiz iş görme ilişkisi olarak ortaya çıkabilir (İpekyüz 2006). Hastanın rızasının

alınmasının mümkün olmadığı özellikle acil veya ameliyatın genişletilmesi gereken durumlarda vekâletsiz iş görme ile karşı karşıya kalınabilir. Kural olarak olayın özelliklerine göre vekâletsiz iş gören niteliğindeki işleten aynı hal ve şartlarda bulunan ortalama düzeydeki bir hastaneden beklenen standardı sağlamak zorunda olduğu kabul edilir. Aynı zamanda öğretide BK m. 411/II' de yer alan vekâletsiz iş görenin, iş sahibinin ağır bir zarara uğramasını önlemek için girişimde bulunduğu durumlarda sorumluluğunun daha hafif takdir edileceğine ilişkin kuralın tıbbi müdahale kavramı ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir (Ayan 1991; İpekyüz 2006).

cc- Haksız Fiil

Hukuk düzeninin koyduğu emredici kurallarla korunan mutlak hakların kural olarak kusurlu bir biçimde ihlal edilmesi halinde bir zararın meydana gelmesi haksız fiil sorumluluğu olarak adlandırılır. Tıbbi müdahalenin konusunu doğrudan mutlak nitelikli kişilik haklarının bir parçası durumundaki yaşam ve sağlık oluşturduğu için sözleşmeye aykırılık olguları da çoğu zaman haksız fiili doğuracaktır. Bu bağlamda organizasyon kusuru özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde çalışanı seçme ve talimat verme yükümlerinin yanında yer alan denetleme yükümünün yerine getirilmemesi bağlamında ortaya çıkar. Buradaki organizasyon kusuru denetleme yükümünün ihlali kapsamında değerlendirildiği gibi bağımsız bir yan yüküm olarak da ortaya çıkabilir.

dd- Sözleşme Öncesi Kusur (Culpa In Contrahendo) Sorumluluğu

Sözleşme görüşmelerinde kusur (sözleşme öncesi kusur= culpa in contrahendo (c.i.c)) sorumluluğu sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, görüşmecilerden birinin ya da yardımcılarının diğer görüşmeciye ya da onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına göre kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı olarak vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluktur (Eren 1998). Culpa in contrahendo'dan sorumluluğun doğması için sözleşmenin kurulmuş olması gerekmez (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı (BGE) 77 II 137). Bu çerçevede ortaya çıkan sorumluluk sözleşme öncesi davranışlarda kusurdan doğan sorumluluk olarak adlandırılır. Buna karşılık son zamanlarda İsviçre öğretisinde, sorumluluğun doğması için kusur koşulunun aranmaması yönünde görüşler kabul edilmektedir (Gauch ve

Schluep, 1996). Dogmatik olarak nereye atlanacağıının belirlenmesinin zor olduğu belirtilen culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği (karş. BGE 108 II 310) hususunda çeşitli görüşler söz konusudur. Organizasyon yükümlerinin edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde özellikle koruma yükümlerine aykırılık bağlamında ortaya çıkacağı kabul edildiği için c.i.c.'nin bir sorumluluk kaynağı niteliği söz konusu olacaktır.

3.3.2. Organizasyon Yükümlülüğü

a- Genel Olarak

Bir işletme içindeki organizasyon ya da başka bir deyimle bir işletmecinin işletmesindeki organizasyona ilişkin düzenlemeleri, üçüncü kişinin uğrayacağı zararı mümkün olduğu kadar düşük tutulabilecek biçimde düzenlenmelidir. Bu çerçevede öncelikle personel arasında yer alan açık bir yetki düzenlemesi, tehlikeli durumlar için gerekli koruyucu düzenlemelerde denetleme boşluğunu içinde barındırmayan bir görev dağılımı ve personelin aşırı yük altında kalmasına yol açmayacak akılcı bir istihdam politikası gözetilmelidir. (BGE 110 II 463 vd., 96 II 360 E) (Rey, 1998).

Hastane işletenin sözleşmeden doğan sorumluluğu açısından yukarıda belirtilen hem tam hastaneye kabul sözleşmesi hem de bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından geçerli olan “bakım” kavramı içinde yer alan yükümler söz konusu olabilir. Örneğin gerekli testler yapılmaksızın hastalığın teşhisi yolunun seçilmesi, hasta bakıcının dikkat etmeyip siyatik sinirlerini zedelemesi, kan grubunun belirlenmesinde hata yapılması, cerrahi müdahalede kullanılan araç gereçlerin bozukluğu, ameliyat sonrası kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olup yanıklara yol açması, yabancı bir kişinin hastanedeki denetim ve güvenlik önlemlerinin eksikliğinden yararlanıp çocuk çalması, verilen yiyeceklerin bozuk olması nedeniyle zehirlenmeye yol açılması (Atabek 1986) ve benzeri durumlarda organizasyon yükümünün ihlalinden söz edilecektir. Bunların yanı sıra organizasyon yükümlülüğünün uygulamada karşılaşılan en açık biçimi, yetkili sorumlu kişinin tıbbi müdahaleye çağırılmamasıdır (Hakeri 2007).

Hekime yüklenen bir diğer organizasyon yükümlülüğu teknik alet veya gereçlerdeki eksikliğin hastane yönetimine bildirilmesidir. Bu yükümlülüğün

yerine getirilmemesi durumunda hekim sorumlu olacak, bildirilmesine karşın giderilmemesi halinde ise yönetimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık tıbbi aletlerin işlevsel biçimde kullanıma hazır tutulması hastane işleteninin organizasyon sorumlulukları arasında yer almaktadır (Hakeri 2007).

Hastane işleticisinin/hekimin en önemli organizasyon yükümleri arasında ifa yardımcısından kaynaklanan durumlar yer almaktadır. İfa yardımcısı olarak çokça hastabakıcı, hemşire ile karşılaşılrsa da bazen başhekim de hukuken bu nitelikte değerlendirilecektir (Medicus 1995). İfa yardımcısı kullanılmayan kaynaklanan sorumluluğun yanı sıra bazı durumlarda ifa yardımcısı ya da yeterli ifa yardımcısının kullanılmaması, güvenlik önlemlerini alma yükümlüne aykırılık biçimindeki organizasyon kusurunu oluşturacaktır (Serozan 2006). Aynı zamanda ifa yardımcısının borca aykırı davranışı dolayısıyla ortaya çıkacak zarar için yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının (BK 100/II) geçerliliği borçlunun işletme organizasyonunun kusursuzluğuna bağlı tutulmaktadır. Yani ifa yardımcılarının ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, düzgün ve kusursuz bir organizasyona sahip bir işletmede bile, ifa yardımcılarının kusurlu hareketlerinden doğan ve önceden ortadan kaldırılamayacak, önüne geçilemeyecek nitelikteki zararlar açısından geçerli sayılacaktır (Tekinay vd.,1995).

Tıbbi müdahaleler günümüzde ancak pek çok kişinin işbirliği ve katılımı ile olmaktadır. Katılan kişilerin sayısının artması tıbbi işlemlerin koordinasyon ve denetlenmesinde dikkat ve etkinliğin artmasını gerektirmektedir.

b- Organizasyon Yükümlerinin Türleri ve İlişkili Mahkeme Kararları

Hastanelerde çok çeşitli organizasyon yükümlerinin varlığı söz konusudur. Bu çerçevede bazı belirgin grupların varlığından söz edilebilir. Aşağıda bu çerçevede ortaya çıkmış temel yükümlere ve buna ilişkin kararlara yer verilmiştir (Karş.: Hessiches Arzteblatt 2/2006 125-126)

aa- Hastanedeki yetkili ve sorumluların faaliyet planı ve temsil kuralları ile ilgili sınırlarının açıkça belirlenmesi; özellikle geceleri ve Pazar günleri için nöbet kuralları güvence altına alınmalıdır. Aynı zamanda hastanın bilgilendirilmesi ve kazazedeye yapılacak ilk yardım özel bir yönlendirmeyi gerektirmektedir.

AG Burgdorf, NJW 1985, 681 :Muayene için bekleme süresinin oldukça uzun olması halinde bunun meslek sahibince hastasına bildirilmemesi organizasyon yükümünün ihlali niteliğindedir (Hakeri 2007).

AG Ludwigshafen, MedR 2002, 423: Muayene için verilen randevu saatinin 30 dakikaya kadar geçilmesi kabul edilmekle birlikte 30 dakikadan sonra yüküm ihlalden sorumluluk doğar (Hakeri 2007).

OLG Stuttgart, VersR 2001, 1560: Doğum evinde dış görünüşü itibariyle sağlıklı bir biçimde dünyaya gelmiş görünmekle birlikte doğum süreci içinde zarar görmüş olan ve zararın emareleri bulunan çocuğa bir saatten fazla hekim tarafından müdahale edilmemesi ağır kusur oluşturur.

OLG Hamm, VersR 1995, 341: Prematüre çocuğun ısısının yeterli şekilde kontrol edilmemesi nedeniyle çocukta sürekli ısı kaybının muhtemelen beyin kanamasına sebep olması ağır ihmal oluşturur.

bb- Hekimlerin ve hekimler dışındaki personelin seçiminde eğitiminde ve denetlenmesinde özen gösterilmelidir. Tedavinin her aşamasında gerekli önlemleri alabilecek, gereğinde işi yürütebilecek bir başkasını görevlendirebilecek ve yapılacak işlemleri denetleyebilecek nitelikte hekimlerin hazır bulundurulması gerekir.

YHGK E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23.6.2004: “Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastahanelerin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, özel hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer

yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır” (Kazancı İçtihat Programı)

BGH VI ZR 212/03: Temyiz mahkemesi tarafından dikkate alınan broşür her halükarda doğumevinin işletmecisi olarak davalıya organizasyona ilişkin olarak Dr. P'nin doğum sırasındaki hatalarını § 278 BGB ye göre (BK 100) hesaba katması gerektiğine ilişkin yükümleri gösterir. Burada menfaat dengesini dikkate alan (karş. BGHZ 109, 19, 22; aynı şekilde BGHZ 131, 136, 138; 152, 153, 156; BGH 28 Temmuz 2004 tarihli XII ZR 292/02 kararı) yani aynı zamanda sözleşmenin amacına uygunluğunu dikkate alacak şekildeki yoruma üstünlük tanınmalıdır. Davacının annesi ile davalılar arasında akdedilen sözleşme, doğum yardımı olarak tıbbi açıdan gerekli bütün önlemleri, hekim desteğini ve gerektiğinde hastanın bir kliniğe naklini kapsayan bir sözleşmedir. Broşürde bulunan talimatlar (açıklamalar) hastanın doğumuna kabulünün bir hastaneye kabul sözleşmesi gibi doğumda tıbbi standartlara göre alınması gereken önlemlere ilişkin bir beklenti doğurmaktadır. Bu durumda kapsamlı bir muayene için doğumevi işleticisinin organizasyonun gerektirdiği bütün tedbirleri alması ve özellikle gerekli odalar, aletler ve aygıtlarla birlikte yeterli personeli hazır tutması beklenmektedir. Ebelerin oluşturduğu takımın hızlıca emre amade tutulacak hekimlerce ikame edileceği ve beklenmeyen acil durumlarda işletmeye ait ameliyathanelerde müdahale edilebileceği hususları broşürde yer almaktadır. Bu belirtilen hususlar sözleşmenin içeriğine dahil olmuşsa, ki temyiz mahkemesi tarafından bu hususun kendiliğinden tespit edilmesi mümkün değildir, bu durum davacının annesi tarafından gerekli işlemlerin doğumevi tarafından sağlanacak hekimlerce gerçekleştirileceği biçiminde anlaşılabilir. Tedavi sözleşmesinin bu şekilde anlaşılması halinde de Dr. P, Davalının –yani doğum evi işletmecisinin- ifa yardımcısı olarak görülebilecektir.

cc-Hastane, tedavi ve bakım standardı, personel, uzmanlık ve alet bakımından uygun konumda tutulmalıdır.

BGH VersR 78, 764: Hekim tarafından yeterince arınık olmayan (dezenfekte edilmemiş) bir enjektör kullanılmış olması antibiyotik tedavisini gerekli kılmış, antibiyotik böbreklerin çalışmamasına sebep olmuş ve hasta uygun bakıma alınmıştır.

dd- Hastaların güvenliğinin sağlanmış olması gerekir. Özellikle çocukların beklenmeyen davranışları ya da kendisine zarar verme /intihar eğilimi bulunan kişiler açısından bu durum ayrı bir önem taşır. Bunların yanı sıra bütün tıbbi araçların ve aygıtların sağlık bilgisi (hijyen) kurallarına uygun ve işler vaziyette hazır tutulması gerekir.

YHGK,E. 1986/13-640, K.1987/701, T. 7.10.1987 “Dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanıklarından,ölen Z. K'ün bir ruh hastası olduğu, ciddi ve kesin bir intihar teşebbüsü ile tedavi amacıyla davalı hastahaneye getirildiği, hastanın yanında özel bir hemşire görevlendirilmesinin zorunlu ve gerekli olması şart olduğu halde, hastahänenin ihmali sonucu temin edilmediği, bunun üzerine hastanın yakınlarından H. K.'nın refakatçi kaldığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, ruhi bunalım içerisinde kesin intihar fikrine sahip olduğu, intiharı gerçekleştirmek için her an girişimde bulunabilecek fırsatları aradığı bilinen hastayı, davalı hastahänenin, uzman olmayan hastahane personeli dışında bir kişinin emniyetine teslim etmesi, koruyucu tedbirler almaması, en emin yolu tercih edip seçmemesi, halin icaplarının gerektirdiği bütün önlemleri almaması, dikkat ve özen göstermemesi hastanın özelliklerini göz önünde tutarak onu gereksiz riskler altına sokması; mesleki şartları yerine getirmeksizin, hastanın durumuna değer verip, geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarının gözetip uygulamadığını çok açık bir biçimde göstermektedir. Bu olguların doğal bir sonucu olarak davalının kusurunun varlığını kabul etmek zorunludur. Kaldı ki, davalı hastahane refakatçi seçimine ilişkin uzman olmayan davacıların arzularına uygun hareket etse dahi sorumluluktan kurtulacağı kabul edilemez. Kural olarak vekil sıfatıyla davalı her kusurdan sorumludur. Ortada basit bir ihmal de söz konusu olmayıp, aşıkâr ve ağır bir hata vardır.” (Kazancı İçtihat Programı).

3.4. ORGANİZASYON YÜKÜMÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

3.4.1. Genel Olarak

Yukarıda genel hatları ile verilen organizasyon yükümleri hukuki ilişkilerin farklı niteliklerine göre değişmekle birlikte, benzer özellikler de arz etmektedir. Hastane işleteni ya da hekim sıfatıyla kendisine organizasyon yükümü

getirilmiş bir hukuk süjesi bu yüküme aykırı davrandığında ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Organizasyon yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan sorumluluğun unsurları da bu bağlamda organizasyon yükümüne aykırılık nedeniyle bir zararın doğması ile kural olarak yükümlü kişinin kusurunun varlığı ve illiyet bağıdır. Genel hükümler çerçevesinde tespit edilebilecek bu unsurlardan organizasyon yükümüne ilişkin açıklamalar yukarıda verilmiştir. Diğer unsurların da tek tek açıklanması yoluna gidilmemiştir. Burada Türk/İsviçre hukuklarında kabul edilen biçimiyle uygun illiyet anlayışının ve maddi ve manevi zararın bir arada kullanıldığı zarar kavramının kastedildiğini belirtmekle yetiniyoruz. Ancak kusur kavramının tıp hukukunda sahip olduğu özel anlam bağlamında aşağıda bu unsura ayrıca değinilecektir.

3.4.2. Sorumluluk Kavramı

Hem hukuk teorisi hem de hukuk uygulaması açısından çok büyük bir önem taşıyan sorumluluk kavramı, insan gereksinimlerinin ve isteklerinin artmasına koşut olarak, sürekli bir devinim ve gelişim göstermektedir. Sorumluluk kavramının ortaya çıkarılması ve sorumlu kişinin belirlenmesi uzun ve zahmetli aşamalardan sonra bugün belirli bir yörüngeye oturtulabilmiştir.

Bir kişinin yaşamı boyunca parasal ve bedensel/ruhsal varlığını olumlu ya da olumsuz yönde etkileyen pek çok istenmeyen durumla karşılaşması mümkündür. Aynı zamanda kişi kendi durumunu kendi davranışları ile de kötüleştirebilir. Örneğin gereksiz aşırı hediyeler, bağışlar yaparak, yanlış tasarruflarda bulunarak ya da dikkatsizliği nedeniyle, kazara yaptığı hareketlerle kendisine zarar verebilir. Bazen bu durumun oluşmasında dış etkiler rol oynar: Örneğin kuraklık nedeniyle ürünün azalması, hastalık, kaza gibi durumlarla karşılaşılabilir. Son olarak da üçüncü kişinin hukuka uygun davranışları nedeniyle zarar meydana gelebilir: Örneğin, çalışma hayatındaki rekabet, bir iş başvurusunda başkasının işe kabul edilmesi vs. (Stark 1988).

Bir hukuk kuralı aksini belirtmediği müddetçe kişi, uğradığı zarara bizzat katlanmak zorundadır. Ortak hukuktan gelen ve bugün hala geçerliliğini koruyan bu ilke “casum sentit dominus” yani “zarara zarar gören katlanır” ilkesidir. Bir kişi uğradığı bir zarara kendisi katlanmayıp bunu bir başkasının telafi etmesini isteyebiliyorsa işte bu durumda sorumluluk prensipleri ile karşı

karşıya kalınır. Bu anlamda sorumluluk hukukunun önde gelen işlevi, bir sorumluluk normunun uygulanması için gereken koşulların varlığı halinde, zarar gören kişinin uğradığı zararın giderilmesinin sağlanmasıdır (Özel 2001). Zararı tazmin etme ancak bir kişinin zarara uğraması halinde söz konusu olur. Meydana gelen zararı telafi edecek kişinin belirlenmesi ise sorumlu kişinin belirlenmesi anlamına gelir (Stark 1988).

Borcun ifasında ya da borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında borçlunun borcuna aykırı bir davranışla alacaklıya zarar veren yardımcı şahsın bu davranışından borçlu sorumludur. Hukuksal anlamda yardımcı kişi kavramı özellikle sorumlu kişi ile aynı evi paylaşan kişilerle bu kişinin çalıştırdığı kişiler olarak ortaya çıkar. Bu anlamda kullanılan kavram hiçbir şekilde yapılan işlevi tanımlayan ya da eğitimin derecesini belirten bir anlam taşımaz. Hattı zatında bir hastanenin başhekimini de bir çalışma ilişkisi içinde olduğu müddetçe yardımcı kişi olarak nitelendirilebilir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda sorumluluğun sebebi adam çalıştıran kişilerin çalıştırdıkları kişi üzerindeki egemenlikleri nedeniyle egemenlikleri altındaki kişilerin başkalarına zarar vermemesi konusunda yükletilmiş objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması biçiminde ortaya çıkar (Oğuzman ve Öz, 2000).

3.4.3. Kusur (Malpraktis)

Hukuk düzeninin aradığı gerekliliklere aykırı olarak bir eylem ya da işlemde gereken özenin gösterilmemesi kusurlu davranış olarak adlandırılır. Bu davranış kast biçiminde olabileceği gibi ihmal olarak da ortaya çıkabilir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta olduğu gibi haksız fiilden doğan sorumlulukta da kusur unsuru aranır. Ancak haksız fiilden dolayı sebep sorumluluğunun varlığı halinde olduğu gibi, ya da yardımcı kişinin (ifa yardımcısının) sorumluluğunda olduğu gibi sorumluluk için kusur unsurunun farklı düzenlemelere tabi tutulmasından söz edilir.

Modern hukukta meslek memurlarının sorumluluğuna ilişkin ayrı, özel hükümler sevk edilmemektedir. Sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur. Bu nedenledir ki, hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından dolayıdır. Buna karşılık komplikasyon dolayısıyla hekim sorumlu tutulamaz. Tıp biliminin standardına ve deneyimlerine göre gerekli özenin bulunmadığı, bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim

müdahalesi uygulama hatası ya da tıbbi hata (malpraktis) olarak adlandırılır. Bu kavram tedavi hatası, teşhis hatası, üstlenme hatası ile birlikte organizasyon hatasını da içine alan bir çerçeve kavram niteliğindedir (Hakeri 2007). Bu anlamda organizasyon hatası ile uygulama hatasının bir alt türü, uygulama hatasına yol açan bir durum ifade edilmek istenmektedir.

3.4.4. Organizasyon Kusuru- Hizmet Kusuru İlişkisi

Güran'a göre (1981:190) hizmet kusuru "kurumun, hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personel üzerinde gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesindeki belli bir ya da birkaç ajanın tutum, yaklaşım ve davranışına mal edilemeyen, onlara atıf ve izafe edilemeyen ve böylece nesnel ve anonim niteliğini muhafaza eden sorumluluk halleri" olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda Sarıca'nın (1949) tespitlerine göre hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu her hangi bir kamu hizmetinin ya kuruluşunda, düzenleme ve terkiğinde ya da örgütünde, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde –gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim, teftişin yerine getirilmemesi, hizmete özgülünen araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gerekli önlemlerin alınmaması, geç hareket edilmesi ya da vakitsiz hareket edilmesi gibi durumlarda- ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıklardır. Kişisel kusur ise idare adına ve hesabına davranan bir idare ajanı ya da memurunun, idari bir görev nedeniyle işlediği ancak idari fonksiyon, kamu hizmeti idari kural gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye yükletilecek yerde, doğrudan doğruya kendine bağlanan ve kişisel sorumluluğu gerektiren yolsuz harekettir.

Hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı çerçevesinde kamu hastanelerinin sorumluluğuna değinen Ayan (1991:180) konuya şu şekilde yaklaşmaktadır: "görev kusuru, kamu personelinin, üstlenmiş olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu hukuk kurallarına aykırı hareket ederek bir zarara yol açmasıdır. İhlal edilen kuralın kanun, tüzük veya yönetmelik hükmü olması arasında bir fark yoktur. Buna karşılık kişisel kusurun iki ayrı şekilde çıkabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi kamu personelinin, resmi statüsü ve üstlendiği kamu görevinin ifasıyla hiç ilgisi olmayan bir tarzda başkalarına zarar vermesi halidir. Mesela mesai saatleri haricinde evine giderek muayene ettiği bir hastasına yanlış teşhis koyan ve verdiği ilaç sonucu ölümüne

yol açan hekimin durumunda bu şekilde bir kişisel kusur vardır. İkincisi ise kamu görevinin yerine getirilmesi vesilesiyle başkalarının zarara uğratılmasıdır. Mesela nöbetçi hekimin hastalardan birine tecavüz etmesi; ruh hastası bir hemşirenin hastaları öldürmesi gibi durumlarda kamu görevinin ifası vesilesiyle gerçekleştirilen zarar verici davranışlar vardır. Burada görev kusurundan farklı olarak, kamu görevinin ifasıyla zarar verici davranış arasında amaç bağı (fonksiyonel bağı) mevcut değildir. İşte hangi şekilde olursa olsun, kamu personelinin bir kişisel kusuru sonucunda zarar ortaya çıkmışsa, personelin tek başına bütün zarara katlanması kabul edilmektedir. ...kanımca .. birincisi için bu sonuç haklıdır... Buna karşılık .. ikinci tezahür şekli için ... mümkün değildir. ...bu nedenle kamu görevinin ifasıyla doğrudan veya dolaylı bağlantısı olan her türlü zarar verici davranış (tıbbi müdahale) için idarenin sorumluluğı kabul edilmeli... dir ”

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu hastaneleri açısından organizasyon kusurunun idare hukuku uygulamasına egemen hizmet kusuru olarak ortaya çıkacağını söylemek mümkün görünmektedir.

IV. SONUÇ

İnsanın sahip olduğu en temel haklardan birisi olan sağlıklı yaşam hakkının korunması düşünceleri, gittikçe artan şekilde ama bu kez farklı mecraları da yaratarak gelişmektedir. Başlangıçta dinsel bir nitelik taşıyan hekimlik/tıp kavramı ancak çok uzun aşamalardan sonra ilk olarak Persler tarafından dinsellik niteliğinden ayrılmış, bugünkü çağdaş anlamdaki bağımsızlığını ise ancak çok da uzak sayılmayan bir zaman önce kazanabilmiştir. Sağlık hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde uygulanan yeni yöntemler, teknoloji ve bilimdeki gelişmeler ekonomideki gelişmelere paralel olarak arz talep dengesi çerçevesinde çoğalmış ve çeşitlenmiştir. Karmaşık örgütsel yapı içerisinde yaşamsal öneme sahip sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi bir takım önlenemez risklerin de -hasta aleyhine olarak- ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. İşte bu yapılanma içinde geleneksel kusur sorumluluğunun yerine, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğı ya da tehlike sorumluluğı düzenlemelerinin yasa koyucu tarafından getirilmesi düşünceleri, hekimin müdahalesine yüklenen özel anlam dolayısıyla kabul edilmekten uzaktır. Buna karşılık hastanın da özellikle, gittikçe daha çok ticarileşen, devasa örgütler haline dönüşen hastanelerdeki organizasyon kusurlarının mağduru olmaktan

kurtarılması gerekmektedir. Önlere gelen davalarda bu sorunla karşılaşan mahkemeler tarafından yaratılan “organizasyon yükümü/kusuru” kavramları günümüzde yavaş yavaş belirli ilkeler etrafında toplanmaya başlanmaktadır. Yasa koyucuya düşen bu konuda özel sorumluluk kuralları koyarak sorunun çözülmesine yardımcı olmaktır. Bazı Batılı ülkeler doğrudan organizasyon yükümlerine ilişkin hükümler sevk etmeye başlamışlardır.

Kısaltmalar

- AG : Amtsgericht (Alman Sulh Hukuk Mahkemesi)
AY : Anayasa
Bd. : Band (Cilt)
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE : Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH : Bundesgerichtshof (Alman Yüksek Mahkemesi)
BGHZ : Bundesgerichtshof / Zivilsachen (Alman Yüksek Mahkemesi Özel Hukuk Davaları)
BK : Borçlar Kanunu
C. : Cilt
E. : Esas
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırmız
MedR : Medizinrecht
OLG : Oberlandsgerichts (Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi)
T. : Tarih
vd. : ve devamı, ve diğerleri.
VersR : Versicherungsrecht
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- 1- Atabek R. (1986) “*Hastanelerin Sorumluluğu*”, **İBD**, C:60, S.10, s. 619-650, İstanbul.
- 2- Ayan M. (1991) **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara.
- 3- Eren F. (1998) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** C. 1, İstanbul.
- 4- Gauch/Schluop (1996) **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich.
- 5- Güleş H.K.ve Özata M. (2005) **Sağlık Bilişim Sistemleri**, Ankara.
- 6- Güran S. (1981) “*İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, s. 16-22, Ankara.
- 7- Hakeri H. (2007) **Tıp Hukuku**, Ankara.
- 8- İpekyüz F. (2006) **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul.
- 9- Kazancı İçtihat Programı, <http://www.kazanci.com/>
- 10- Keyman S. (1981) Hekimin Cezai Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C:35, S.1-4, s.57-90, Ankara.
- 11- Medicus D. (1995) **Schuldrecht II Besonderer Teil**, München.
- 12- Oğuzman/Öz (2000) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul.
- 13- Özel Ç. (2001) “*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler*”, **AÜHFD**, 50(1), s.81-106, Ankara.
- 14- Rey H. (1998), **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich.

200 *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:2 (2007)*

- 15- Serozan, Rona (2006), **İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, İstanbul.
- 16- Stark, Emil W. (1998), *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich.
- 17- Şenocak, Zarife (1998), **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara.
- 18- Tandoğan, Haluk (1961), **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Ankara.
- 19- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1995), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul.