

ABD'NDE TIBBİ KUSUR DAVASI — YENİ ZELANDA'DA TEDAVİDE ŞANSSIZLIK TAZMİNATI

Walter Gellhorn (*)

Çev.: Kemal Berkarda (**)

Sağlık alanında, beklentilerin sürekli olarak arttığı bir çağda yaşıyoruz. Mucizevî ilaçlar, ölüme meydan okuyan cerrahî yöntemler, gizemlerini yitiren genler, gazete okuyucularının neredeyse günlük «diet»i halini aldılar. Eskiden «umutsuz» olarak nitelendirilen durumlarda günümüzde elde edilen başarılar, meslekten olmayanlarda, tıbbî etkinliklerin başarısı konusunda güçlü canlı umutlar uyandırdı.

Fakat benzer konularda olduğu gibi, buradaki gelişmeler de çoğunlukla ümit kırıcı oluyor. Tıbbî gerçekler beklentileri karşılayamıyor. Öyleyse ne yapmalı?

*) MEDICAL MALPRACTICE LITIGATION (U.S.) - MEDICAL MISHAP COMPENSATION (N.Z.). Cornell Law Review - Volume 73, No. 2. January 1988. Walter Gellhorn Columbia Hukuk Fakültesi emekli profesörüdür.

«Medical malpractice» ve «medical mishap» kavramlarının Türkçe karşılıklarını bulmak kolay değil. Amerikan ve Yeni Zelanda sistemleri ile Türk sistemi arasındaki büyük farklar, terim sorununu da beraberinde getiriyor. ABD'nde zararı kimin verdiği bakıldığı için, kusur esas alınıyor. Sorumlu tutulabilecek bir kişi veya kurum bulunursa, zarar ona tazmin ettiriliyor. Bu nedenle «medical malpractice» kavramı, «tıbbî kusur» olarak çevrildi. Yeni Zelanda'da ise, kusura hiç girilmeksizin, zarar bir sosyal sigorta programı tarafından karşılanıyor. Tıbbî müdahalenin tazminat hakkı doğurması için, hastanın bir «şanssızlık-aksilik»le karşılaşmış olup olmadığına bakılıyor. Makalenin başlığında «mishap» kelimesi geçiyorsa da, sistemin esası «misadventure» kavramına dayanıyor. Bu nedenle başlıkta da, «medical misadventure»in karşılığı olarak uygun gördüğümüz «tedavide şanssızlık» terimini kullandık. (Ç.N.).

***) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisidir.

Bu çalışmada, tıbbî başarısızlıkların sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik iki yaklaşım ele alınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde eğer başarısızlığın nedeni, sorumlu tutulabilecek bir kişi veya kuruluşa yüklenebiliyorsa, hukuk, zararın parasal giderimi yoluna gitmektedir. Yeni Zelanda'da ise sorumluluğun önemi yoktur. Her ne sebeple olursa olsun, tıbbî kazalar da dahil, her türlü kazadan kaynaklanan bütün kişisel zararlar, bir sosyal sigorta planı çerçevesinde tazmin edilmektedir.

Aşağıdaki açıklamalar, bu yaklaşımlardan birini veya diğerini haklı çıkarmak için yapılmamıştır. Amaç, daha çok, dikkatle incelenmesi gereken sorunların altını çizmektir.

I

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE, TIBBİ KUSUR DAVASI

ABD'nde, tıbbî kusur davaları, neredeyse bir salgın halini almıştır. Bu davalar, hastaların (veya kurtarıcılarının) memnuniyetsizliklerini bütünüyle yansıtmaktadır: Tıp, hastane veya diğer personelin işlerini yapmaları veya yapmamaları; rüşvet almak; yetersizlik veya dikkatsizlik; ihmalkarlık veya savsaklama; yanlış teşhis veya hasta hakkında yanlış bilgilenme... İyi yetiştirilmiş oldukları kabul edilen kişilere karşı ileri sürülen iddiaların boyutu, gerçekten de şaşırtıcıdır.

Bununla birlikte, yapılan suçlamaların olması gerekenden çok daha az olduğu da görülmektedir. Birkaç yıl önce kayıtları veri olarak alınabilecek hastanelerde yapılan sınırlı bir inceleme, taburcu edilen hastaların % 7.5'unun gördükleri tedaviden rahatsızlandıklarını göstermiştir. İncelemeye göre, söz konusu zarar, % 29 oranında sağlık hizmetlilerinden kaynaklanmıştır¹. Bu ihmalden zarar görenlerden pek

1) Bkz. Pocincki, Dogger, Schwartz; The Incidence of Iatrogenic Injuries. In U.S. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE - REPORT OF THE SECRETARY OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE'S COMMISSION ON MEDICAL MALPRACTICE app. 50.55.62.63 (DHEW Pub. No.(os) 73-89 1973). California'daki tıp ve hastane kuruluşlarının 1977 yılında gerçekleştirdikleri bir çalışmada, bu eyaletteki oranın biraz daha düşük olduğu görülmektedir. Hastanelerden taburcu edilenlerin % 4,65'inde yapılan tedavilerin olumsuz sonuçları görülmüş; bu vakaların en az % 17'sinde, sonucun tedavideki ihmalden kaynaklandığı, tartışmalı olmakla birlikte kabul edilmiştir. MEDICAL INSURANCE FEASIBILITY STUDY 50-51, 103-105 (D. Mills ed. 1977). Bu çalışmanın özeti için bkz. Medical Insurance Feasibility Study - A Technical Summary, 128 WESTERN J. MED. 360 (1978).

azı tazminat talebinde bulunmuştur. Diğerleri ise, ya böyle bir dava hakkına sahip olduklarını bilmediklerinden, ya da böyle bir mücadelenin getireceği sıkıntı, harcanacak zaman ve yol açacağı sorunlar, kazanılabilecek tazminatın vereceği tatmin karşısında ağır bastığından, kaderlerine razı olmuşlardır². Yine de, resmen ileri sürülmüş iddiaların sayısı hayli fazladır.

— *İddialar, sonuçları ve maliyeti.* Elimizde en son 1984 yılına ait kapsamlı istatistikler bulunmaktadır. Bunlara göre, Amerikan sigorta endüstrisi, 1984'de, 103.300 sağlık hizmetlisi alevhinde ileri sürülmüş 73.500 tıbbi kusur iddiasını sonuçlandırmıştır³. Ödenen ortalama tazminat tutarı 18.000 dolardır. Ödemelerin % 9'u esas alındığında ise; 250.000 dolar veya daha üstündeki ödemeler, ortalama, 80.741 dolara yükseltmektedir. 1984 yılında bir kişiye ödenen en yüksek tazminat 2.5 milyon dolar, en düşüğü ise 1 dolardır. Bu hesaba, iddiaları araştırmak veya savunmasını yapmak için sigorta şirketlerinin harcadığı 800 milyon dolar dahil değildir⁴. Bazı hesaplamalara göre, sağlık hizmetlilerinin ödedikleri sorumluluk sigortası primlerinin aşağı-yukarı yarısı sigortacıların kendi harcamalarına gitmekte, ancak kalan yarısı davacılarla ulaşabilmektedir⁵. On yıl kadar önce yapılmış bir araştırmaya göre de, avukat ve uzman tanık ücretleri de dahil tüm harcamaları yap-

-
- 2) Bilgi için bkz. SCHWARTZ-KOMESAR; DOCTORS, DAMAGES AND DETERRENCE: AN ECONOMIC VIEW OF MEDICAL MALPRACTICE. Hastanelerde «yüksek risk» taşıyan tedavi uygulanan hastaların % 61.2'sinde ortaya çıkan «yan etkiler» «hafif ve geçici» nitelikte iken; % 1.1'inde «ağır ve ciddi» yan etkiler görülmüştür.
 - 3) U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE, MEDICAL MALPRACTICE: CHARACTERISTICS OF CLAIMS CLOSED IN 1984, at 2 (GAO/HRD-87-55, Apr. 1987) (hereinafter APR. 1987 GAO REPORT). Sigorta şirketleri tarafından 1984 yılında sonuçlandırılan iddiaların % 80'i, hastanelerde meydana gelen zararlarla ilişkindir. Yaklaşık % 13'ü ise, muayenehanelerde gerçekleşmiştir.
 - 4) 1984 yılında sonuçlandırılmış iddiaları araştırmak ve savunmalarını yapmak için harcanan para, ortalama, sırasıyla, 2.390 ve 10.985 dolardır. İd. at 2, 21, 22. Şirketlerin harcamaları içinde, savunma avukatlarına ödenen paranın tutarı % 83'lük bir paya sahiptir.
 - 5) Sugarman, Doing Away with Tort Law, 73 CALIF. L. REV. 555, 596(1985). Davacıların aldıkları tazminatların miktarı, gerçekte büyük farklılıklar göstermektedir. En azı sigorta primlerinin % 18'ine, en çoğu da % 54'üne karşılık gelmektedir. U.S. DEP'T OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, REPORT OF THE TASK FORCE ON MEDICAL LIABILITY AND MALPRACTICE 16(Aug. 1987) (hereinafter HHS TASK FORCE REPORT).

tıktan sonra, davacıya, aldığı tazminatın ancak yarısı kalmaktadır⁶. Davacının ve davalının harcamalarının yanı sıra, taraflara sunulan yargısal ve idarî hizmetlerin gerektirdiği kamusal harcamalar da hesaba katılmalıdır. Ayrıca, bazı hallerde, davacıların zararlarını karşılamaktan uzak bir tazminatla yetinmek zorunda kalmalarının uzun vadede yol açabileceği sosyal rahatsızlıklar da unutulmamalıdır. Bunun tersi de aynı oranda tehlikelidir. Bol sıfırlı rakamlar yüzünden, insanlar, tazminat davalarında, «piyango çekilişi» yapıldığını düşünebilirler⁷⁻⁸.

Davaların sonuçlandırılması uzun zaman almaktadır. 1984 yılında,

-
- 6) Bkz. J. KAKALICK - MALPRACTICE, COSTS AND COMPENSATION PAID IN TORT LITIGATION 68-76 (1986).
- 7) 1984'de, hatalı tedavi yapıldığına ilişkin 73.500 iddia sonuçlandırılmış ve bunların % 57'sinde tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. % 43'lük dilimdeki ödemelerin çoğu ise son derece cüz'idir. APR. 1987 GAO REPORT - supra note, 3 at 2. Görünür maddi kayıpları 100.000 doları aşan kişilere bunun çok altında kalan ödemelerde bulunulmuştur. Buna karşılık, kayıpları sıfır ile 49.999 dolar arasında değişenlere ise, genellikle zararlarını çok aşan paralar ödenmiştir. Id. at 44-45. Trafik kazası geçiren davacıların açtıkları davalara ilişkin bir çalışma yapan bir uzmanın belirttiğine göre; «Kusur sistemi, küçük zrarlarda hak edilenden fazla tazminat ödenmesine yol açmaktadır. Zararın büyük olduğu durumlarda ise, kaza kurbanlarının en şanslıları, kayıplarının dörtte birini alabilmektedirler.» Bu görüşün tedaviden kaynaklanan zararlarda da yansımaları bulunduğu söylenebilir. Bkz. Franklin, Replacing the Negligence Lottery and Selective Reimbursement, 53 VA. L. REV. 774, 780 (1967).
- 8) 1985 yılına kadar, yanlış tedavinin konu edildiği bir davada hükmedilen en yüksek tazminat tutarı 200.000 dolardı. 1985 Mart'ında ise bir jüri, 6.5 milyon dolar ödenmesine karar verdi. Bir sigorta şirketinin görevlisi, bu gelişmenin, ileride ortaya çıkacak benzer uyuşmazlıklar için tehlikeli bir örnek oluşturabileceğini belirtti. Bu kişiye göre, «Böyle büyük rakamların ortaya çıkmasının nedeni, kamuoyunun dava açmanın önemini anlaması ve davacıların kendilerine avukat olarak, inatçı hukukçuları seçmeleri(ydi)». U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE MEDICAL MALPRACTICE: 6 STATE CASE STUDIES SHOW CLAIMS AND COSTS STILL RISE DISPIE REFORMS 39 (GAO/HRD-87-21, Dec. 1986) (hereinafter DEC. 1986 GAO REPORT). Jüri kararlarını «lotarya» olarak nitelendirmek yanlış olmaz. 1980-84 döneminde, Cook County-Illinois'de, jürilerin verdikleri ortalama tazminat kararı 1.179.000 dolardır. Sistem, çok sayıda davacının hakkını alamaması sonucunu da doğurmuştur. M. PETERSON, CIVIL JURIES IN 1980's: TRENDS IN JURY TRIALS AND VERDICTS IN CALIFORNIA AND COOK COUNTY-ILLINOIS, 21-32-34 (RAND R-3466-ICJ, 1987). Esasen bu tazminat tutarları, ya mahkeme emriyle, ya da tarafların anlaşmaları yoluyla indirilmekte ve ölenmektedir.

yalnızca birkaç dava bir ayda sonuçlandırılabilmiştir. Ortalama süre yirmiüç aydır. Tazminat ödenmesine karar verilen davalar diğerlerinden çok daha uzun sürmekte; bazıları on yılda, bazıları da çok daha uzun sürelerde bitirilebilmektedir⁹.

— *Maliyeti azaltma çabaları.* Son yıllarda, federal ve eyalet yönetimleri, tıbbî kusur iddialarının getirdiği maliyeti azaltmanın yollarını aramaktadırlar. Uyuşmazlıklar ortaya çıktığında hızlı ve doğru karar alınmasını sağlamak; büyük miktarlara ulaşan sigorta primlerinin, sağlık hizmetlerinin sürekliliğini tehlikeye düşürmesini önlemek, söz konusu çabaların en çok yoğunlaştığı alanlardır. Bu sorunlarla başa çıkabilmek gerçeken de zordur.

Sigorta primlerindeki artış, bazı doktorları emekli olmaya yöneltmiş; bazıları da, riski daha az olan alanlarda çalışmaya başlamışlardır¹⁰. Bazı eyaletlerde (1986 itibariyle), kadın-doğum uzmanlarının ödedikleri yıllık prim tutarı 30.000 doları aşmıştır. Beyin ve sinir cerrahisi uzmanları ve ortopedistlerin durumları da daha iyi değildir¹¹. Florida'nın bazı bölgelerinde, kadın-doğum uzmanlarının ve jinekologların öde-

9) APR. 1987 GAO REPORT, supra note 3, at 4; ayrıca bkz. U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE - MEDICAL MALPRACTICE: NO AGREEMENTS ON THE PROBLEMS OR SOLUTIONS 4 (GAO/HRD, 86-50, Feb. 1986 GAO REPORT). Sağlık hizmetlilerinin oluşturdukları kuruluşların açıklamalarına göre bazı hastalar, avukatlarının da cesaretlendirmesiyle, zararı oalabilecek en yüksek düzeye ulaştırabilmek için, iyileşmek için gereken gayreti göstermemektedirler.

10) Bkz. infra note 94.

11) Bkz. DEC. 1986 GAO REPORT - supra note 8, at 16 table 2.2. Buna karşılık Amerikan Dava Avukatları Birliği, doktorların ortalama yıllık ücretlerinin (200.000 dolar) ışığı altında, tıbbî sorumluluk sigortasının hiç de pahalı olmadığını belirtmişlerdir. Başka araştırmalar ise, sigorta harcamalarının, doktorların toplam genel giderleri içinde küçük olmakla birlikte, önemli bir yere sahip olduklarını göstermiştir. 1984 yılında, serbest çalışan doktorların «çalışma maaliyetleri» içinde, sigorta harcamalarının ortalama % 9 oranında yere sahip oldukları da bilinmektedir. «Yüksek risk» taşıyan alanlarda çalışan hekimler için bu oran, daha da yüksektir. Doğum mütehassısları ile jinekologlar için oran % 8'dir. bkz. FEB. 1986 GAO REPORT, supra note 9, at 21; ayrıca bkz. U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE - MEDICAL MALPRACTICE: INSURANCE COSTS INCREASED BUT VARIED AMONG PHYSICIANS AND HOSPITALS 3-4 (GAO/HRD 86-112, Sept. 1986) (hereinafter SEPT. 1986 GAO REPORT).

dikleri prim tutarı 185.460 dolardır (1985 itibariyle). Ülke ortalamaları ise 23.300 dolardır¹².

Sigorta primlerine bir tavan getirilmesi konusunda bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu gelişme sigortacıları ve sigortalıları memnun etmiş, fakat anayasal uyumsuzluklara ve zararı büyük olanların (sınırlama nedeniyle) haklarını alamamalarına yol açmıştır¹³.

Eyalet anayasalarının çoğunda, «jüri tarafından yargılanmak hakkı»na titizlikle yer verilmiştir. Buna karşılık, teknik bilgi donanımına sahip bulunmayan bir jürinin karışık tıbbi konularda karar verebileceğini düşünmek, hiç de gerçekçi değildir. Bu amaçla bazı eyaletler, iddiaların ilk önce, aralarında tıp mensuplarının da bulunduğu bir kurulda ele alınmasını yöntemini getirmişlerdir. Böylece konunun daha iyi aydınlatılabileceği ve belki de mahkemeye gitmeye gerek kalmaksızın tarafları uzlaştırılabileceği düşünülmüştür. Fakat uygulama göstermiştir ki, bu yöntem yalnızca zaman kaybına yol açmaktadır.

Diğer eyaletlerde ise şöyle önlemler alınmıştır: Avukat ücretlerinin sınırlandırılması; bir defada büyük ödeme yerine, belli sürelerde ödeme yapılması; özel sigorta ya da işçi sigortası gibi kaynaklardan davacıya yapılan ödemelerin azaltılması; dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarına ilişkin bölüme (ad damnum) yer vermemek¹⁴... Bu «re-

12) Bkz. HHS TASK FORCE REPORT. supra note 5 at 14.; ayrıca, US TORT POLICY WORKING GROUP, REPORT OF THE TORT POLICY WORKING GROUP ON THE CAUSES, EXTENT AND POLICY IMPLICATIONS OF THE CURRENT CRISIS IN INSURANCE AVAILABILITY AND AFFORDABILITY (Feb. 1986) (hereinafter TORT POLICY WORKING GROUP REPORT).

13) Bkz. The CONSTITUTIONALITY OF MEDICAL MALPRACTICE LEGISLATIVE REFORM - A National Survey, 18 LOY. U. CHI. L 5 1053 (1987) L.S. MILNER; Judicial Review of Medical Malpractice Legislation, 20 SUFFOLK U.L. REW. 523 (1986) W.N. ERICKSON. Karşılaştırma için bkz. Carson v. Maurer, 120 N.H. 925, 941-43, 424 A. 2d 825, 836-38 (1985) ve Fein v. Permanente Medical Group, 38 Cal. 3d 137, 695 P. 2d 665. Eyalet yasalarında ve mahkeme kararlarında, hatalı tedavi iddialarına ilişkin yeni yaklaşımlar için bkz. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 121-35.

14) Bkz. TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 125; NAT'L CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES RESOLVING THE LIABILITY INSURANCE CRISIS: STATE LEGISLATIVE ACTIVITIES IN 1986; Trebilcock, The Social Insurance Deterrence Dilemma of Modern North American Tort Law; APR. 1987 GAO REPORT, supra note 3, at 3, 38; Robinson, The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective, 49 LAW and CONTEMP. PROBS., spring 1986, at 5, 18-26.

form»ların ne oranda başarı sağladıkları, henüz bilinmemektedir¹⁵.

— *Tıbbî kusur dâvalarının sosyal amacı.* Bir sistem, maliyeti bu kadar yüksek iken ve bir sağlık hizmetlisinden kaynaklandığı iddia edilen zararın dâva yoluyla tam karşılanamadığı da ortada iken, nasıl hâlâ ayakta durabilmektedir? Konunun uzmanı olmayan bir jüriyi ikna edebilmek, neden sistemin esas unsuru olmaktadır? Alaycı bir kişi, işlerin bu şekilde sürmesinin hukukçuların ve sigorta şirketlerinin çıkarına olduğunu ve bu yüzden de değişikliklere karşı çıkışlarını söyleyebilir¹⁶. Bu eleştiride haklılık payı bulunabilir, fakat sorun bu kadar basit değildir. Bazıları mevcut sistemin olumlu etkilerinin ve sonuçlarının bulunduğunu ve bunların göz ardı edilmemesi gerektiğini söylemektedirler.

Amerikan Barolar Birliği (ABB)'nin oluşturduğu bir komitenin tazminat hukuku alanında otorite sayılan bir Amerikalı profesör tarafından kaleme alınan yorumunda, şu görüşlere yer verilmiştir: «Vatandaşların kişisel kusurları dâva edebilme hakkına sahip olmaları uyumsuzlukların kavga halini alma önlemiş ve hukukî bir çıkış yolu olmuştur. Toplumun bu konuda bilinçlenmiş olmasının olumlu etkileri de unutulmamalıdır¹⁷». 19. yüzyılın ortalarından itibaren gelişmeye baş-

15) Bkz. Danson, The Effects of Tort Reforms on the Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims, 48 OHIO S.T.L.J. 413 (1987). Karşılaştırma için bkz. DANZON, THE FREQUENCY AND SEVERITY OF MEDICAL MALPRACTICE CLAIMS (1982) ve Danson, The Frequency and Severity of Malpractice Claims: New Evidences, 49 LAW and CONTEMP. PROBS., Spring 1986, at 57 (hereinafter, Danson, New Evidence). Ayrıca bkz. Sloan, States Responses to the Medical Malpractice Insurance «Crisis» of the 1970's: An Empirical Assesment, 9. J. HEALTH POL. POL'Y and LAW 629, 640 (1985): Dec. 1986 GAO REPORT, supra note. 8, at 18; Grad, Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary, 49 LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1986 at 287; Epstein, Medical Malpractice, Imperfect Information, and the Contractual Foundation of Medical Services, 49 LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1986, at 261; Ginsburg, Kahn, Thornhill and Gambardella, Contractual Revisions to Medical Malpractice Liability, 49 LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1986, at 253.

16) Bkz. Pierce, Institutional Aspects of Tort Reform 73 CALIF. L. REV. 917-918 (1985). Yazara göre; potansiyel kaza kurbanları veya genel olarak toplum, yasaların hazırlanması sürecine müdahale edememektedir. Sorumluluğu esas alan sistemde reform yapılmasının sağlanması için ağırlıklarını koyabilecek dava avukatları ve sigortacılar ise, bu günkü sistem çıkarlarına olduğundan bunu yapmamaktadırlar.

17) Bkz. ABA SPECIAL COMM. ON THE TORT LIABILITY SYSTEM, TOWARDS A JURISPRUDENCE OF INJURY: THE CONTINUING CREATION OF A

layan kusurlu sorumluluk kavramı, artık günümüzde var olmayan bir ahlâk anlayışının yansımasıydı¹⁸. Buna göre; kusurlu bir hareketiyle masum bir insana zarar veren kişi, zararı tazmin ederdi¹⁹. ABB komisyonunun de belirttiği gibi sorumluluk sigortasının ortaya çıkışı ve uğrılan sosyal mekanizmaların geliştirilmiş olması, söz konusu ahlâkî duyarlılığı azalttı. «Sorumluluk sisteminin, kişisel uyumsuzlukları uzlaştırıcı bir rol oynadığını ve zarara uğramış kişilere toplumun kendilerini yalnız bırakmadığını gösterdiğini» ileri süren görüş ise halen ağırlığını korumaktadır²⁰.

«Geleneksel» olarak nitelendirilebilecek hipoteze göre, başkasına zarar veren kusurlu hareketi bireysel sorumluluğa dayandırmanın iki sosyal amacı vardır: İntikam almayı önlemek ve toplumun doğru-yanlış kavramları hakkındaki duyarlılığını tatmin etmek. Konuyu ayrıntılı biçimde incelemiş hukukçular ise bu düşünceye katılmamaktadırlar. Yale Hukuk Fakültesi'nin Dekanı Guido Calabresi şöyle demektedir: «Amerikan toplumu, başkalarına zarar veren bireylerin kurbanlarına tazminat ödemelerini adaletin gereği sayan görüşten vazgeçmeye uzun zamandır hazırdır. Uygun bir seçenek sunulduğu zaman, insanlar bunu geleneksel sorumluluk sistemine tercih edeceklerdir²¹». Nitekim (sorumluluk hiç dikkate alınmaksızın) iş kazası geçirenlere sınırlı miktarda fakat mutlaka tazminat ödenmesi kuralını getiren iş yasaları genel kabul görmüşlerdir. Calabresi'nin belirttiğine göre, sigorta sisteminin varlığını sürdürebilmesi şu kanıyı güçlendirmektedir: «Kişinin zararı karşılandıktan sonra, bunu kusurlu bireyin veya bir başkasının ödemiş olması, bizim için hiç de önemli değildir²². Daha iyi bir seçenek sunulamadığı takdirde, kusur sorumluluğu, en adil sistem olarak kabul

SYSTEM OF SUBSTANTIVE JUSTICE IN AMERICAN TORT LAW 3-16 (M Shapox'nun yorumuyla birlikte) (hereinafter ABA REPORT).

- 18) Bkz. örneğin, Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850; Fletcher, «Fairness and Utility in Tort Theory, 85 HARV. L. REV. 537, 561 (1972).
- 19) Fakat bkz. CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 301 (1970). Yazar, bir kişinin başkasına verdiği zararı tazmin etmesi ilkesini, adalet fikrinin gereği olarak kabul etmenin tartışmaya açık olduğunu söylemektedir. Id. at 302-03. Karşılaştırma için bkz.; Gregory, Trespass to Negligence to Absolute Liability, 37 VA. L. REV. 359, 396, 397 (1951); ayrıca bkz. TORT POLICY WORKING GROUP REPORT, supra note 10, at 30-33.
- 20) Bkz. ABA REPORT, supra note 17, at 3-18.
- 21) Bkz. G. CALABRESI, supra note 19, at 304.
- 22) Id. at 305.

edilmeye devam edilecektir. Halbuki toplumsal değerlerimiz (ve adalet hakkındaki o belirsiz fikrimiz bile), caydırıcılık ve tazminat üzerinde yoğunlaşan yeni bir anlayışı gerektirmektedir. Her olayı bağımsız bir bütün olarak ele alan ve mutlaka kusurlu birisini arayan eskimiş görüş terk edilmelidir²³».

— *Mevcut sistemin caydırıcılığı.* Dâva sistemini benimseyenler üçüncü bir gerekçe daha ileri sürmektedirler. ABB komitesinin de katıldığı görüşe göre, «dâva yolu, tıp hizmetlerinin yetersiz kişilerce ve dikkatsizce yerine getirilmesi olasılığına karşı, etkili bir caydırıcılık sağlamaktadır²⁴».

Söz konusu görüşün doğruluğu son yıllarda sık sık sınanmıştır. Sigortanın varlığı, jüri kararıyla kusurlu bulunan bir sağlık hizmetlisinin zor durumda kalmasını önlemektedir. Mahkemeye çıkmak zorunda kalmak bazı maddî ve manevî sıkıntılara yol açabilir. Fakat ödenmesi gereken tazminat, sigorta primlerinin tamamının oluşturduğu bir «havuz»dan karşılanmaktadır. Konuya bu açıdan bakıldığında, ağır bir kişisel sorumluluğun bir kişiyi mali yönden felakete sürüklemesi olasılığı ortadan kalkmaktadır. Geçmişte belki olabilirdi, fakat günümüzde olanaksızdır²⁵.

Dâva edilmek ise, sonunda tazminat ödenmesi gerekme bile istenmeyen bir durumdur. Dava edilme olasılığı o kadar korkutucudur ki, doktorları, «savunma tıbbı» denilen bir yöntem izlemeye yöneltmiştir. Günün birinde hesap sorulabileceği düşüncesiyle, hastaya gerekli-gereksiz testler yapılmakta; tedavide kullanılıp kullanılmayacağına bakılmaksızın, hastanın durumuyla ilgili bütün bilgiler toplanmaktadır²⁶.

23) Id. at 307.

24) Bkz. ABA REPORT, supra note 17, at 11-32.

25) Bkz. Fleming, The Role of Negligence in Modern Tort Law. 53 VA. L. REV. 815, 823-24 (1967); P. DANZON, MEDICAL MALPRACTICE CH. 7 (1985); S. SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 292 (1987); MASS. LAWS. ANN. ch. 175 A § 54; HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 145-78; SEPT. 1986 GAO REPORT, supra note 11, at 14-15.

26) Bkz. SEPT 1986 GAO REPORT, supra note 11; at 13. Raporda, «savunma tıbbı»nın maliyetinin çok yüksek olduğu ve sadece teşhis konusunda değil, tedavinin her aşamasında para ve zaman kaybına yol açtığı söylenmiştir. Amerikan Dava Avukatları Birliği ise, «savunma tıbbı»nın yanlış bir terim olduğunu ve yapılmak istenenin, «dikkatli ve özenli bir tedavi»yi gerçekleştirmekten ibaret olduğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır. «Savunma tıbbı»na 1984 yılında harcanan paranın 10.6 milyar dolar olduğu tahmin edilmektedir. Bkz. Reynolds, Rizzo and Gonzales, The Cost of Medical Malp-

Diğer tıp personeli ise, dâva edilmek olasılığını azaltmak için çalışmalarını tamamen durdurmuşlardır²⁷.

— *Diğer caydırıcı sonuçlar.* Tıbbî kusur davalarının hatalı tedavileri ortadan kaldırdığı söylenemez. Öte yandan bilgisizlik veya dikkatsizlik de cezasız kalmamalıdır. Genellikle uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında konunun uzmanı olmayan juri üyelerinin karar vermesini gerektiren kusur sisteminin yeterince etkili olmadığı düşünülüyorsa; o takdirde yerine ne konulabilir?

Klasik sistemi savunanlar, yıllar önce, sorumluluk sigortasından başka, hapis ve para cezalarının da uygulanmasını istemişlerdi²⁸. Buna karşılık, mesleki disiplin yollarına başvurmak daha etkili olmaktadır. Çalışmaları istenen düzeyde olmayanlar böylece uyarılmaktadır. Meslektaşları için de ders alınacak bir örnek oluşturmaktadırlar.

Bazı hastaneler, personellerinin ve hasta gönderdikleri doktorların çalışmalarını denetleyebilmek için bir program geliştirmişlerdir (quality assurance program). Fakat kayıtlar düzenli tutulmadığından, eldeki bilgiler güvenilir değildir²⁹.

Aslında, tıp kuruluşlarının ve idarî makamların yetkileri son dere-

ractice Risks between Patients and Providers, 49 LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1986, at 172, 176-78. Ayrıca; Fine & Sunshine, Malpractice Reform Through Consumer Choice and Consumer Education: Are New Concepts Marketable?, 49 LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1986, at 213, 215, 217. D. Yaggy & P. Hadgson eds. 1987, MEDICAL MALPRACTICE 22, 27-28, 32-33.

27) Bkz. N.Y. Times, Jan. 17, 1988, § 1, at 38, col. 1. Karşılaştırma için bkz. N.Y. PILOT STUDY, supra note 2, at 11 (AlricaId. at 121-122).

28) Bkz. G. CALABRESI, supra note 19, at 269-70, 272. Kusurlu sorumluluğun caydırıcılığı ve tedavi güvenliğini artırıcı etkileri için bkz. «Pierce, Encouraging Safety: The Limits of Tort Law and Government Regulation», 33 VAND. L. REV. 1281 (1980). Pierce, tazminat hukukunun caydırıcı etkisinin zayıf olduğunu ve çoğunlukla zararı gidermekten uzak kaldığını yazmaktadır. Ayrıca bkz. D. HARRIS, M. MACLEAN, H. GENN, S. LLOYD-BOSTOCK, P. PENN, P. CORFIELD & Y. BRITTAN, COMPENSATION AND SUPPORT FOR ILLNESS AND INJURY (1984) (hereinafter D. Harris); eser hakkında inceleme için bkz. Abel, Book Review, CALIF. LAW REV: 1003 (1985); Kornhauser, Book Review, 73 CALIF. LAW REV. 1024 (1985); ayrıca P. MUNCH (DANZON), COSTS AND BENEFITS OF THE TORT SYSTEM IF VIEWED AS A COMPENSATION SYSTEM 71-90 (1970).

29) Amerikan Emekliler Birliği'nin görüşü için bakınız. FEB. 1986, GAO REPORT, supra note 9, at 28.

ce geniştir. Fakat, personel yetersizliği ve araştırmaya ayrılan malî kaynakların kısıtlı olması çalışmalarını aksatmaktadır. Yönetici kadrosu da zaman zaman yetersiz kalabilmektedir. Yine de, bu organların kararları, doktorları, juri kararlarından daha fazla etkilemektedir. Çünkü bir tazminat ödenmesi gerektiğinde, devreye sigorta şirketi sokulabilmektedir. Ama öbür halde böyle yapılamaz.

Asıl sorulması gereken soru belki de şudur: Meslekî denetim yolları yeterince etkili midir? Bu mekanizmayı çalıştırması gereken sorumlular, bazı hallerde isteksiz mi davranmaktadırlar? New York Eyalet Sağlık Komisyonu'nun yakın tarihli bir raporunda denildiği gibi, «Bütün yetersizliklerine karşın, kusur sistemi, dikkatsizce yapılmış bir tedaviye maruz kalan hastayı, doktordan veya hastaneden mahkeme önünde hesap sormaya yöneltmektedir. Meslekî ve maddî çıkarını düşünen avukat da, müvekkilinin davayı kazanması için elinden geleni yapacaktır³⁰».

— *Ulaşılmak istenen amaç: Güvenliği artırmak.* Konumuz bakımından hukukun amacı, tıbbî etkinliklerin güvenilir olmasını sağlamaktır. Hukuk, öncelikle başarısız tedavi olasılığını ortadan kaldırmalıdır. Her şey olup bittikten sonra tazminat davası açılmasına olanak tanımak, sorunun çözüldüğü anlamına gelmez. Tazminat davaları kısmen etkili oluyorsa ve disiplin cezaları da sert uygulanmıyorsa; o takdirde meslekî disiplinin zarar doğurucu etkinliklerle başa çıkabilmesi söz konusu olabilir mi?³¹ Bu soruya olumlu yanıt verebilme şansı, günümüzde mevcuttur.

— *Niteliksiz doktorların belirlenmesi.* Doktorlara ruhsat verilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesi, eyaletlerin görevleri arasındadır. Fakat benzer konularda olduğu gibi, burada da, ulusal hükümetin müdahalesine rastlanılabilmektedir. Malî teşvikler, teknik yardımlar ve eğitim programları şeklinde ortaya çıkan bu müdahale³² özellikle Sağlık

30) N.Y. PILOT STUDY, supra note 2, at 124, 125; HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 63.

31) Bkz. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 65-66; 1985 yılında ruhsatlı hekim sayısı 552716. Aynı yıl, elli eyaletin ruhsat kurulları 2108 disiplin cezası uyguladılar (1984'den % 37 daha fazla): 406 ruhsat iptal edildi, 235 tanesi askıya alındı, 491 doktorun çalışmaları yakından izlenmeye başlandı, 976 doktora meslekle bağdaşmayan hareketleri nedeniyle çeşitli cezalar verildi.

32) Bu programların arasında, «National Second Surgical Program» da yer al-

Hizmetlerinin Niteliğinin Yükseltilmesi Yasası (Health Care Quality Improvement Act-1986) ile artmıştır³³. Yasaya göre; hastaneler, eyalet ruhsat kurulları (state licensing boards), hastaneleri doktor-müfettişler eliyle denetleyen kuruluşlar (peer review organizations) ve diğer mesleki örgütler, her ay, ellerindeki bilgileri federal hükümete ileteceklerdir. Ayrıca sigorta şirketleri, tazminat ödenmesiyle sonuçlanan her davayı, ilgili doktoru, ilişkide olduğu hastaneyi, tazminat ödenmesine yol açan olayı ve sonuçlarını bildireceklerdir³⁴.

Bu bilgileri alan Amerikan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Ulusal Bilgi Bankası (National Data Bank)'na kaydedecektir. Böylece, bir sağlık kuruluşu bir doktoru işe alacağı zaman, bu kaynaktan gerekli bilgileri sağlayacak ve ona göre kararını verecektir³⁵. Tek başına bu sistem bile iyi işletilebilirse, hastane çalıştıracağı, ruhsat kurulları ruhsat verdikleri doktorlardan emin olabilirler³⁶.

Amerikan Tıp Birliği (ATB) (Amerikan Medical Association), hükümetten bağımsız olarak, yetersiz doktorların ayıklanmasına veya çalışma alanlarının daraltılmasına yönelik önemli bir adım atmıştır. ATB'nde, doktorlara ilişkin çeşitli kayıtlar tutulmaktadır (Physician Masterfile). Burada, doktorların nerede eğitim gördüklerine ve varsa yaptıkları ihtisasa dair bilgiler bulunmaktadır. ABD'ndeki bütün doktor-

maktadır. Programın hastaları bilinçlendirdiği ve tedaviden kaynaklanan (iatrogenic) yaralanmalarla mücadele etmede cesaretlendirdiği söylenmektedir.

33) Pub. L. No. 99-660, § 401-432, 100 Stat. 3743, 3784-94 (42 U.S.C.A. 52, 11101-111 West Supp. 1987).

34) Id. 421-25, 42 U.S.C.A. 11131-11135. Federal makamların çalıştırdıkları doktor sayısı 21500'dur. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 78. Metinde sözü edilen bilgi verme zorunluluğu, ulusal hükümet için geçerli değildir. Bununla birlikte, idari makamların da çalıştırdıkları personel hakkında Ulusal Bilgi Bankası'na bilgi verecekleri tahmin edilebilir. Çünkü, bir doktoru işe alacakları zaman, bu doktorun daha önce çalıştığı kuruluşların bilgi bankasına verdikleri bilgilerden kendileri de yararlanacaklardır.

Eyalet Tıp Kurulları Birliği'nin (Federation of State Medical Boards) kurmuş olduğu bilgi bankası ise uzun süre bu alandaki boşluğu doldurmaya çalışmıştır. Fakat bu bankaya bilgi vermek isteğe bağlı olduğu için, sistem verimli çalıştırılmamıştır.

35) Health Care Quality Improvement Act 427(a), 42 U.S.C.A. 11137(a).

36) Section 425(a)(1), 42 U.S.C.A. 11135(a); 425(a)(2), 42 U.S.C.A. 11135(b); HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 58; U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, MEDICAL MALPRACTICE: A FRAMEWORK FOR ACTION 14 (GAO/HRD 87-73, May, 1987) (hereinafter May 1987 GAO REPORT).

ların durumu yakından izlenebilmektedir. Eğer doktora bir eyalette disiplin cezası verilmişse, bu kişiye ruhsat vermiş olabilecek diğer eyaletler de araştırılmakta ve ATB oradaki makamları da bilgilendirmektedir. Ölen doktorlar da bütün eyaletlere bildirilmektedir. Çünkü, ölen doktorların kimliklerini kullananlara da rastlanmaktadır³⁷.

Bütün bu çalışmalar, ilgili idare makamlarının ve denetleme kuruluşlarının ellerinde yeterli personel ve malî güç varsa bir anlam taşıyabilirler³⁸. Eyaletler arasında, kamu kaynaklarının hangi alanlara özgüleneceği konusunda farklı yaklaşımlar vardır. Yine de, şöyle düşünmek yerinde olur: Büyük bir nüfusa sahip olan eyaletlerde doktor sayısı da çoktur. Aynı zamanda, sunulan tıp hizmetinden kaynaklanan uyumsuzlukların sayısı da, diğer eyaletlere oranla fazla olacaktır. O zaman da, bu eyaletlerin, itirazlara neden olan tıbbî uygulamaları azaltmaya yönelik bir çabanın içine girmeleri akla uygundur.

— *New York Deneyimi*. New York'da yeni bir kurul oluşturulmuştur (Office of Professional Medical Conduct). Görevi, başarısız tedaviler için yapılan şikayetleri araştırmak ve gerektiğinde (Board for Professional Medical Conduct bünyesindeki) bir komitenin önüne getirmektir. Acil durumlarda ise, Eyalet Sağlık İşleri Müdürü (State Commissioner of Health)'ne, bir doktorun ruhsatını askıya alması için resmi başvuruda bulunabilmektedir³⁹. Kurul'un araştırma bölümü, şikâyette bulunulan tarihten itibaren altı ay içinde araştırmasını tamamlamak durumundadır.

Kurul, 1986 yılında, yaklaşık 2500 şikâyete karşılık vermiştir. Şikâyetlerin 1360 tanesi kamuoyundan ve yayın kuruluşlarından, 84'ü çeşitli kişilerden, geri kalanı da aralarında doktorların ve sigortacıların da bulunduğu kaynaklardan gelmiştir. 1986 yılından sonra, şikâyetle-

37) Bkz. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 68 ve burada anılan kaynaklar.

38) 1985 tarihli bir araştırmada, eyalet ruhsat kurullarının (state medical licensing boards) yetkilerinin artırılmış olmasının yeterli olmadığı ve eldeki personelin ve mali kaynakların artan iş yükünü karşılayamadığı sonucuna varılmıştır. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 63; ayrıca bkz; OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPT' OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, MEDICAL. LICENSURE AND DISCIPLINE, AN OVERVIEW II, 12 - 18 (1986).

39) «Tıp hizmetinin kötü ifa edilmesi» (medical misconduct) kavramı, U.Y. EDUC. LAW. 6509 (McKinney 1985) ve N.Y. COMP. CODES R®S., tit. 8, 29.1, 29.2, 29.4 (1987)'de ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.

rin sayısında büyük artış görülmüştür⁵⁰. Bunun nedeni, şikâyete konu olabilecek olaylardaki artıştan çok, kamuoyunun konu hakkında bilgi sahibi olması ve yapılan işin ciddiyetine inanmasıdır. 1986 yılında 2740 şikâyet araştırılıp sonuçlandırılmıştır. Bu sayı, 1985'dekinin iki, 1982'dekinin ise sekiz katıdır. 301 dosya, resmi işlem yapılması için (Board for Professional Medical Conduct bünyesindeki) komiteye gönderilmiştir. Komite bunlardan 242 olayı değerlendirmiş ve 206'sını karara bağlamıştır. Bazı doktorların ruhsatları süresiz geri alınmıştır. Belirli süre için ruhsatın askıya alınması, uyarma ve kınama, önemli bulguların doktorun kayıtlarına geçirilmesi gibi nispeten hafif yaptırımlar da uygulanmıştır.

Bireylere ilişkin araştırmalarda hep görüldüğü gibi, burada da, doktorluk mesleğini yerine getirmeye ehil olmayanları araştırırken incelenen konular, yalnızca tıbbi sorumlulukların ne şekilde yerine getirildikleri ile sınırlı değildir. Kurul'un resmî suçlamada bulunduğu 206 olaydaki suçlamalar bunun kanıtıdır: Sigorta sahtekârlıkları, kalpazanlık, hasta kayıtlarının tahrif edilmesi, gelir vergisi kaçakçılığı v.s... Ayrıca yetersizlik gösteren doktorların ve doktorluğu sahte diplomayla yapanların da cezalandırılmaları konusunda gösterilen titizlik, bu kişilerin hastalara zarar vermelerinin önlenmesi için eyalet yönetimlerinin gösterdikleri duyarlılığı yansıtmaktadır⁴¹.

New York Eyaleti'nde, yaklaşık 55.000 doktor bulunmaktadır. Burada alınan başarılı sonuçlar, özellikle daha küçük eyaletler için güzel bir örnek oluşturmaktadır.

New York'u izleyen diğer bazı eyaletlerde de, «kalkan yasaları»

40) N.Y. INS. LAW 315 uyarınca, sigorta şirketleri, kendilerine ulaşan tıbbi kusur iddalarını bildirmek zorundadırlar (New York eyaleti için).

41) New York Eyaleti Tıp Birliği (N.Y. State Medical Society), eyalet yetkilileriyle birlikte faaliyet göstermesi ve ruhsatı alınan (veya rızasıyla geri veren) doktorların sorunlarıyla uğraşması için bir Doktorlar Kurulu (Physician Committee) oluşturmuştur. Alkol, uyuşturucu kullanımı, ruhi rahatsızlıklar, bu sorunların başlıcalarıdır. Uygulanan program başarıyla sonuçlandırıldığında, doktor yeniden çalışmaya başlamakta ve iki yıl süreyle izlenmektedir. «Impairment» olarak ifade edilen ve tıp hizmetinin çeşitli kişisel sebeplerle gerektiği şekilde verilememesine yol açan durumun, tedavinin «beklenmedik» sonuçlar doğurmasında etkili olduğu söylenmektedir. Bkz. HHS TASK REPORT, supra note 5 at 70-71 ve REPORT AND RECOMMENDATIONS OF THE STATE OF NEW JERSEY COMMISSION OF INVESTIGATION ON IMPAIRED AND INCOMPETENT PHYSICIANS 8, 10-12, 33 (Oct 1987).

(shield laws) olarak adlandırılabilen yasal düzenlemeler yapılmıştır. Amaç, eyaletlerin düzenleyici işlevlerini yerine getirmelerini sağlamaktır. İhbarda bulunan kişilere iftira davası açılmasını önlemek, meslekî rekabeti önlemeye yönelik tertipleri engellemek⁴² ve diğer istenmeyen durumlara karşı önlem almak⁴³, hep bu amacı gerçekleştirmek için atılmış adımlardır. Kişiler, yetersiz doktorlar hakkında bildiklerini söylemekten çekinmemelidirler. Verilen bilgilerin araştırılacağı ve bürokrasiye ya da «meslektaş hoşgörüsü»ne kurban gitmeyeceği fikri insanlara aşılmalıdır⁴⁴. Fakat hemen eklenmelidir ki, tıptaki «meslektaş dayanışması»nın üstesinden halen gelinememiştir.

— *Tıp hizmetlerinin güvenilirliğini artırmaya yönelik iki gelişme.*

Verilen tıp hizmetinin güvenilir olmasını sağlamaya yönelik iki adım atılmıştır. Her şey olup bittikten sonra tazminat davası açılmasından veya sorumlu doktora disiplin cezası verilmesinden daha etkili yollardır bunlar.

Bunlardan birincisi, yetkili uzman doktorların oluşturdukları kuruluşlardır. Bunlar, üyeleri tarafından sağlanan tıp hizmetlerinin niteliğini koruyabilmek amacıyla likeler ve standartlar belirlemişlerdir⁴⁵.

42) Bkz. Curran, Medical Peer Review of Physician Competence and Performance: Legal Immunity and the Antitrust Laws, 316 NEW ENGLAND J. MED. 597 (1987).

43) Eskiden, doktorlar hakkında suçlamada bulunan kişilerin, doktorların avukatları tarafından dava edilmekle tehdit edildikleri görülmüştür. Fakat, N.Y. PUBLIC HEALTH LAW 230(11)(9a) (New York Kamu Sağlığı Yasası) ve HEALTH CARE IMPROVEMENT ACT ile getirilen yasal düzenlemeler, iyiniyetli olmak koşuluyla, doktorlara suçlamada bulunanların, bu suçlamanın yanlış olduğu ortaya çıksa bile sorumlu tutulmayacaklarını kurala bağlamıştır.

44) Şikayetler ciddi şekilde araştırılırken, doktorun aleyhinde çıkabilecek bir sonucun, onun meslekî değerinin olmadığı anlamına her zaman gelmeyeceği unutulmamalıdır. HHS TASK FORCE REPORT, Supramote 5, at 83.

45) Anestezistlerin çalışmaları, buna güzel bir örnektir. Amerikan Anestezistleri Birliği'nin bünyesinde bir komisyon oluşturulmuştur. Anestezi hatalarına sıklıkla rastlanmamakla birlikte, gerçekleştiklerinde, çok ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Birlik, üyelerini, meslekî gelişmeleri izlemeye mecbur etmektedir. Ayrıca, 1986 yılında, anestezi dalının asgari standartları belirlenmiştir (Minimal Standards of Anesthesia). Bkz. Eichhorn, Cooper & Cullen Standards for Patient Monitoring During Anesthesia at Harvard Medical School, 298 J. A.M.A. 1017 (1986). Anestezi riski yüksek bir tıp dalı olmaya devam etmektedir. Fakat, yukarıda anılan çabaların sonuçları alınmaya başlanmıştır: Wood, Anesthesia Claim Decrease: Number Rises More Slowly

İkincisi, eyalet ruhsat kurullarının, doktorların meslekî niteliklerini belirli aralarla yeniden değerlendirmeleridir. Bazı eyaletler 1987 yılında, doktorlara, çeşitli mesleki programlara devam etme zorunluluğunu getirmişlerdir. Aksi takdirde ruhsatları yenilenmeyecektir⁴⁶. Massachusetts ve Florida'da, «risk management programs» adı altında düzenlenen kurslara katılmak ve belli bir süreyi doldurmak gerekmektedir⁴⁷. Hatta bazı eyaletlerde hastane kayıtları ayrıntılı biçimde incelendikten sonra ruhsatlar yenilenmektedir⁴⁸. 1987 yılı ortalarında New York'da uygulanmaya başlanan bir yöntemle de, belirli aralıklarla doktorların yeterlilikleri esaslı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır⁴⁹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; hatalı tedavilerin önlenmesinde ve mesleki sorumlulukların doğru ve etki şekilde yerine getirilmesinde dava yolu, günümüzdeki tek olanak değildir.

II

YENİ ZELANDA'DA «TEDAVİDE ŞANSSIZLIK» KAVRAMI (MEDICAL MISADVENTURE)

«Common Law» geleneğine sahip Yeni Zelanda, 1974 yılında, tıbbî kusur davasının kamu yararına olduğu için korunması gerektiği fikrini terk etmiştir. Bir yasayla, «kazadan kaynaklanan kişisel zararların (yaralanmaların) tazmin edilmesi» kuralını getirmiştir. Yasaya göre; «Doğrudan veya dolaylı olarak yaralanmadan veya ölümden kaynaklanan zararlar, bu yasadan bağımsız olarak ve başka yasal düzenlemelere dayanılarak Yeni Zelanda mahkemelerinde dava edilemez⁵⁰». «Kaza-

But Severity Remains High, 1 ANESTHESIA PATIENT SAFETY FOUND. NEWSL. 21 (1986).

46) HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 61-62.

47) May 1987 GAO REPORT, supra note 36, at 17.

48) HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 61-62, May. 1987 GAO REPORT, supra, note 36, at 17.

49) N.Y. Times, June 28, 1987, at A29, col. 1. Yeniden değerlendirme, bütün doktorlar için geçerlidir. Mesleki uygunluğun eyalet tarafından yeniden değerlendirmeye tabi tutulması, ulusal uzmanlık kurullarının (national specialty board) çalışmalarını tamamlayıcı niteliktedir.

50) Accident Compensation Act - Kazaları Tazmin Yasası 1982 tarihli kanun, 1972 yılında kabul edilen ve 1974'de yürürlüğe giren kanunla aynı doğrultudadır. Daha sonraki yıllarda da çeşitli değişiklikler yapılmış, fakat ilk kanunun esaslarının korunmasına dikkat edilmiştir.

dan kaynaklanan kişisel zarar» kavramının kapsamına, kazanın veya yaralanmanın neden olduğu fiziksel ve ruhsal bozukluklar ile başarısız tıbbî müdahalelerin yol açtığı zararlar da girmektedir. Buradaki tıbbî müdahalenin içinde, cerrahî ve diş tedavisine ilişkin uygulamalar da yer almaktadır⁵¹.

Yeni Zelanda, ABD'ne oranla küçük bir ülkedir (nüfusu 3.3 milyon, yüzölçümü Colorado kadar). Buna karşılık, Yeni Zelanda'nın kusura yer vermeyen sistemini incelemek, ABD için de yararlı olabilir. Küçük bir ülkede başarılı olabilen bir sistemin çok daha büyük bir ülkede işe yarayıp yaramayacağı tartışılabilirse de, Yeni Zelanda'nın köklü değişiklikler yaptığı unutulmamalıdır. Yargıç Brandeis'in 55 yıl önce söyledikleri ilginçtir: «Küçük bir eyalet ülkenin geri kalan kısmını riske sokmaksızın, toplumsal ve iktisadî deneylerin kendi üzerinde yapılmasına izin verebilir. Bu olanağı, bize, federal sistem sağlamaktadır⁵²». Bu düşüncelerin ışığı altında, ABD'nin gelecekteki politikalarının belirlenmesinde Yeni Zelanda'nın deneyimlerinin yol gösterici olacağı düşünülebilir.

— «*Tedavide şanssızlık*» kavramının anlamı. «*Tedavide şanssızlık*» kavramı, Kazaları Tazmin Yasası'nda tanımlanmamıştır.

Genel olarak, bir zararın kazadan kaynaklandığının söylenebilmesi için üç unsurun varlığı aranır:

- (1) Zararın beklenmedik olması:
- (2) Kişinin kendisine zarar vermek kasının bulunmaması:
- (3) Zararın, olağan yaşlılık sürecinin sonucunda oluşmuş olması.

Örneğin, yüksek tansiyona bağlı bir kalp krizi geçiren kişinin uğradığı zararın «beklenmedik» olarak nitelendirilebilmesi için tanımlanabilir olması ve o kişi bakımından olağan savılamayacak bir stresin, sıkıntının sonucunda gerçekleşmiş olması koşulları aranır⁵³.

51) Id. 2, (1982) 3 N.Z. Stt. at 1560.

52) New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

53) Bkz. J. FAHY, ACCIDENT COMPENSATION COVERAGE 20-28 (8th ed. 1984); karşılaştırma için bkz. T. ISON, ACCIDENT COMPENSATION 23-29 (1980). Yeni Zelanda düzenlemesinin bazı Amerikalı yazarlarca yeterli bulunmamış olması da ilginçtir. Amerikan sistemi düşünüldüğünde, Zelanda'nın düzenlemesi, adeta bir devrimdir. Bkz. HENDERSON, The New Zealand Accident Compensation Reform, 48U. CHI. L. REV. 781, 792 (1981).

«Tedavide şanssızlık» kavramı, uygulamalarla zaman içinde anlam kazanmıştır. İhmalin yahut yanlış tıbbî müdahalelerin de bu kapsamda yer aldıkları düşünülebilirse de, kusurun bulunmadığı hallerde de «tedavide şanssızlık» söz konusu olabilir⁵⁴. Yanıtı aranan soru, bir tıbbî müdahalenin zarara neden olup olmadığı değildir. Birisinin sorumluluğundan çok, zararlarla tıbbî etkinlik arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır.

Başlangıçta sınır dar tutulmuştur⁵⁵. Örneğin teşhis yetersizlikleri, sınırın dışında kalmıştır. Böyle durumdaki bir hasta, tedavinin ne sebep olduğu ne de hızlandırdığı gizli kalmış bir hastalığın kurbanı kabul edilirdi. Yine ilk yıllarda, bazı yargıçlar, tedavinin umulan sonuçları vermemesinin bir başarısızlık olarak nitelendirilemeyeceği görüşündeydiler. Şöyle bir örnek düşünelim: Hastaya doğru teşhis konmuştur ve az da olsa risk taşıyan bir müdahalede bulunulacaktır. Tıbbî müdahale gerektiği gibi yapılır. Sonuç olumsuzdur. Öyleyse, her şeyi baştan beri bilen hasta kumar oynamış ve kaybetmiştir.

Son yıllarda bu yaklaşım değişmiştir. Riskin biliniyor olması, gerçekleştiğinde, hastanın bir talepte bulunmasına engel değildir. Hasta tedavi sonucunda kötüleşmişse, beklenmedik bir aksilikle karşılaşmış demektir. Buna karşılık, sözü hiç edilmemiş bir risk gerçekleştiğinde, sonucun beklenmedik olduğu açıktır⁵⁶.

Yüzde bir olasılık da olsa, ameliyatın sonunda felç olabileceği kendisine söylenen bir hasta, gerçekten de felç olmuştur. İşte bu kişi, kötü şansının kurbanıdır; tedavide «şanssızlık» budur⁵⁷. Bununla birlikte, Yeni Zelanda mahkemeleri, riskin «uzaklığı-yakınlığı» konusunda bir

54) Bkz. J. FAHY, supra note 54, at 22-24'de göndermede bulunulan Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi kararına göre tıbbi şanssızlık, tıbbi müdahalede bulunulan bir kişinin, beklenmedik bir şekilde ve kasten kendisi sebep olmaksızın, tıbbi bir hatadan veya kazadan zarar görmesidir».

55) Bkz. Palmer, Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years, 25 AM. J. COMP. L. 1, 38-39 (1977).

56) Bkz. Knog v. Accident Compensation Corporation No. 149/86 (Accident Compensation Appeal Auth. Oct. 21, 1986) (hastaya kısırlaştırma ameliyatı başarıyla uygulanmış, fakat belli bir süre cinsel ilişkide bulunmaması gerektiği hatırlatılmamıştır).

57) Bkz. Mac Donald v. Accident Compensation Corporation, (1985) 5 N.Z.A.R. 276. (batın ameliyatı geçiren bir hastanın barsakları zarar görmüştür. Böyle ameliyatlarda risk % 1'den bile azdır. Yani risk bilinmektedir. Gerçekleştiğinde, hasta, «tedavide şanssızlık» geçirmiş demektir.

ölçüt geliştirememişlerdir. Yargıçlar da bilmektedirler ki, tedavi ne kadar başarılı olursa olsun, her zaman umulan iyileşmeyi sağlamamaktadır. Fakat, bir yazarın da belirttiği gibi, «Yargıçlar, özellikle son yıllarda, tedavinin başarısız kaldığı her olayda tazminat ödemek ve belirsizliği önlemek istemektedirler⁵⁸».

Tedavinin başarısız kalmasıyla yeni sorunlara yol açması arasında fark vardır. Özellikle ikinci durumda, risk faktörünün üzerinde durmak gereksizdir. Eğer bir şanssızlık olmuşsa, hasta zarar görmüş demektir. Söz konusu risk bilinmektedir, fakat ortaya çıkması beklenmemektedir. Bir doktor zarar vereceğini bile bile müdahalede bulunmaz. Zarara kasten neden olunmamıştır. Belirli bir olayın, tedavinin sonucudur.

ABD'nde olduğu gibi Yeni Zelanda'da da, tazminat hakkı doğuran tıp dışı yaralanmaların çoğu, risk unsurunu doğasında taşıyan hareketlerin sonucudur. Mahoney, «İstatistiklere göre, her gün motorlu araç sürenlerin yaralanma olasılığı yüksektir. Fakat bunun biliniyor olması, çarpışma gerçekleştiğinde o kişinin bir «kaza»ya veya «şanssızlığa» uğramadığı anlamına mı gelecektir? Tıbbî etkinliklerde kabul edilen bu olanağın, diğer alanlarda da tanınması gerekir» demektedir⁵⁹.

Bu görüşün haklılığını mahkemeler de anlamalıdır. Olmadığı takdirde, parlamentonun gerekli yasal düzenlemeleri yapması gerekir. Çünkü, aksi bir tutum, tazminat davasını yeniden canlandıracaktır. Hastasını iyileştireceği vaadinde bulunan bir doktor başarısız kaldığında, ortaya büyük uyuşmazlıklar çıkabilecektir⁶⁰.

58) Bkz. REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON CIVIL LIABILITY AND COMPENSATION FOR PERSONAL INJURY 288 (1978) (testimony of Geoffrey Palmer), quoted in Mahoney, supra note 57, at 109; ayrıca bkz. Accident Compensation Auckland Hospital Bd., 1986 2 N.Z.L.R. 748, 751: «Bir tedavi ne kadar eksiksiz ve doğru yapılırsa yapılsın, başarısızlık olasılığı her zaman vardır. Doğa, bize, istediğimizi her zaman vermemektedir. Tedavi % 100 etkili olamadı diye ortaya çıkan durumu bir kazadan kaynaklanan kişisel zarar olarak kabul etmek, Kazaları Tazmin Yasası (Accident Compensation Act)'ni, yasanın amacını aşan bir şekilde yorumlamak olur».

Yeni Zelanda'da olduğu gibi Amerika Birleşik Devletlerinde de, olumsuz sonucun ortaya çıkmış olması, doktorun kusurlu olduğu anlamına gelmez. Hasta, doktorunun hatası yüzünden iyileşme şansını kaybettiğini veya başarısız sonucun ortaya çıkma tehlikesinin doktorun kusurlu hareketiyle arttığını kanıtlamak zorundadır.

59) Mahoney, supra note 57, at 108.

60) Mahoney, buna benzer bazı iddiaların, 1985 yılı itibariyle, dava sürecinin çeşitli aşamalarında bulunduğunu saptamıştır. Id. at 124 n. 21.

«Tedavide şanssızlık kavramının geniş bir şekilde yorumlanması ve uygulanması, Yeni Zelandalı doktorlar için avantajlıdır. Çünkü, Kazaları Tazmin Yasası ile, «doğrudan veya dolaylı olarak» kazadan kaynaklanan kişisel zararların dava edilemeyeceği kuralı getirilmiş ve bir kişinin hangi durumda kişisel zarara uğradığını belirleme yetkisi Kazaları Tazmin Kuruluşu'na bırakılmıştır⁶¹. Risk taşıdığı bilinen tedaviler başarısız kaldığında bile mahkeme doktoru sorumlu tutmaz ve bunun bir «şanssızlık» sonucu meydana geldiğini kabul ederse, o takdirde sistem doktorun lehine çalışmış olacaktır.

Bu olasılığın şu an için önemli olmadığı söylenebilir. Kazaları Tazmin Yasası, «kazadan kaynaklanan kişisel zarar»ın kapsamına, «kazanın ve yaralanmanın ruhsal ve fiziksel sonuçları»na da sokmaktadır⁶². Örneğin, bir trafik kazasında yaralanan kişi tedavi edildiğinde, bu tedavinin etkileri de hiç kuşkusuz «fiziksel ve ruhsal sonuçlar»dan kabul edilecektir. Tedavinin olumlu veya olumsuz sonuçları, Kazaları Tazmin Kuruluşu'nca dikkate alınmalıdır. Eskiden başlı başına dava konusu olabilen olaylar, artık tazmin edilmesi gerektiği kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açık olan zararların içinde kaynamıştır⁶³.

— *Sistemin finanse edilmesi, maliyeti ve yararları.* Yukarıda ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız sosyal sigorta sistemi, çalışanların, serbest meslek sahiplerinin, motorlu aracı bulunanların zorunlu olarak ödekileri primlerle karşılanmaktadır⁶⁴. Zarar gören kişinin tazminat alabilmesi için birisini sorumlu tutması ve kusurlu olduğunu kanıtlanması gerekmemektedir. Yani tazminat almak nispeten kolaydır. Buna karşın, sistemin maliyeti, karşılanabilir boyuttadır⁶⁵. Yukarıda belirtti-

61) Bkz. Accident Compensation Act 27 (1) & (3), (1982) 3 N.Z. Stat. 1552, 1578.

62) Id. 2(1)(a)(i), (1982) 3 N.Z. STAT at 1560.

63) Kazaları Tazmin Kuruluşu, 1983 yılında, kazadan kaynaklanan 117436 yaralanma olayında tazminat ödemiştir. Bunların 2035'i hastanelerde meydana gelmiştir. Kazalardan kaynaklanan yaralanmaların yalnızca 91'i, tamamıyla «tedavide şanssızlık» olarak nitelendirmiştir. Bkz. Table 2 of 4 ACCIDENT COMPENSATION CORP., ACC STATISTICS 4 (1985) and Table 5, at 19.

64) T. ISON, supra note 54, at 122-27.

65) Kazaları Tazmin Kuruluşu'nun tazminat ödediği kişi sayısında, son yıllarda kayda değer bir artış olmuştur. Kamuoyunun bilinçlenmesi ve küçük zararların da tazmin ediliyor olması, bu gelişmenin önde gelen sebepleridir. Mevcut sistemde tazminat ödenmesi için bir hafta beklenmesi gerekmektedir. Yeni Zelanda Hukuk Komisyonu (New Zealand Law Commission), bu sürenin iki haftaya çıkarılmasını, böylece zararı az olanlar için tazminatın bir oranda çekiciliğini kaybedeceğini, Kuruluş'un mali kaynaklarının daha

len gruplara giren kişilerin kendilerini sigortalamaları ihtiyacı ortadan kalkmıştır. Ve belki de en önemlisi, Kazaları Tazmin Kuruluşu'nun kaynaklarının yalnızca % 10'unun idarî işler için harcanıyor olmasıdır⁶⁶.

Kuruluş, kendisine bir yılda yapılan 150.000 kadar tazminat talebinin pek azını geri çevirdiği içindir ki, yargı yoluna nadiren gidilmektedir⁶⁷.

Amerika'daki tıbbî kusur davalarında jürilerin verdikleri kararlara oranla Yeni Zelanda'daki ödemeler çok azdır. Serbest olarak veya bir kuruluştaki çalışan bir kişi yaralandığında, bir süre mesleğine ara verecektir. Bu kişiye (fazla mesai ücreti de dahil), çalışıyor olsaydı elde edeceği kazancın % 80 kadarı verilecektir. Hayat pahalılığındaki artışlar da dikkate alınmaktadır⁶⁸. Zaten bir geliri olmayan kişiye tazminat ödendiğinde ise, mesleki kazanç unsuru hesaba katılmayacaktır.

Gelir durumu ne olursa olsun, yaralanmış kişiye, tedavi masrafları, örneğin aracı da zarara uğramışsa tamir masrafı, bir yardımcı tutması gerekiyorsa, bu kişinin ücreti ödenmektedir⁶⁹.

Kişi, uğradığı kaza sonucunda vücut işlevlerinden birini tamamen yitirmişse (örneğin, görme duyusunu), yine gelir durumuna bakılmaksızın 17.000 YZ dolarını aşmayacak bir tazminat ödenir⁷⁰. Yine ayırım yapılmaksızın, normal yaşamını sürdürme olanağını yitirenlere ve ruhi bunalım, nevroz gibi rahatsızlıkları bulunanlara, Kuruluş, 10.000 YZ dolarını aşmayacak bir ödemede bulunacaktır⁷¹. Zarara veya kayba uğramış kişinin içinde bulunduğu durumu ne şekilde değerlendirdiğine de bakılmaktadır⁷².

az zorlanacağını, idarî yükün hafifleyeceğini ve asıl üzerinde durulması gereken kişisel zararlara daha fazla zaman ayrılacağını kaydetmektedir. NEW ZEALAND LAW COMMISSION, THE ACCIDENT COMPENSATION SCHEME 13 (Rep. No. 3, 1987).

66) Bkz. REPORT OF THE ACCIDENT COMPENSATION CORPORATION 11 (1987); ayrıca Epstein, Medical Malpractice: The Case for Contract, 76 AM. B. FOUND. RES. J. 87, 148 (1976) ve P. DANZON, supra note 25, at 216-17.

67) Bkz. T. ISON, supra note 54, at 122.

68) Accident Compensation Act 52, (1982) 3 N.Z. Stat. 1552, 1602-10.

69) Id 72, 75, 78, 80 (1982) 3 N.Z. Stat. at 1642-44, 1645-49, 1650-52, 1954-56.

70) Id 78, (1982) 3 N.Z. Stat. at 1650-52.

71) Id 79, (1982) 3 N.Z. Stat. at 1652-54.

72) Id., (1982) 3 N.Z. Stat. at 1652-54.

Kısaca, denilebilir ki, Yeni Zelanda'da Amerika'da olduğu gibi «piyangodan büyük ikramiyenin çıkması» olasılığı yoktur. Bir Amerikalı'dan farklı olarak bir Yeni Zelandalı, ne getireceği belli olmayan dava sürecini başlatmaya yetkili değildir; meğer ki Kuruluş'un kendisine ödediği tazminat yetersiz olsun. Yeni Zelandalı'nın sahip olduğu olanak, karışık olmayan ve kolay işleyen bir idarî prosedürü başlatarak masrafını ve zararını almaktır. Hakkını alamadığını düşünüyor ise, elbette ki dava açabilecektir.

Amerikan sistemiyle Yeni Zelanda arasındaki bir diğer fark da şudur: ABD'nde tıbbî kusur iddialarına dayanarak dava açanların aşağı-yukarı yarısı tazminat alamamakta veya zararını karşılamayan bir parayla yetinmektedir. Potansiyel davacı olarak kabul edilebilecek kişilerin çoğu ise bir girişimde bulunmamaktadır. Yeni Zelanda'da ise, kişiler, büyük harcamalar yapmaksızın ve kusur konusuna girmeksizin dava açabilirler. Dava sonucu, çoğunlukla lehlerine olmaktadır.

Amerika'da, daha çok öznel yargılara dayanarak tazminata karar verilmektedir. Bu yüzden tazminat tutarları arasında uçurumlar olabilmektedir. Halbuki Yeni Zelanda'da, ortada bir zarar varsa tazminat da mutlaka olmaktadır⁷³. Eski sistemin davayı gerektirmesi, her şeyden önce gerginliklere neden oluyordu. Yeni sistem bunu da engellediği içindir ki toplum tarafından desteklenmektedir. 1987 yılında Yeni Zelanda'da yaptığımız araştırmalarda, insanların, eski dava ve kusur sistemlerini günümüzdekine tercih etmediklerini gördük. Amerikalılar kusur sistemini ve tazminat davasını savunurken genellikle şu gerekçeye dayanırlar: «Kim kusurluysa, mağdurun zararını o karşılar. Bu hem adaletin, hem de ahlakın gereğidir». Araştırmalarımızda, böyle bir gerekçeyle eski sistemi savunana rastlamadık. Yeni Zelanda'nın mevcut sisteminin manevî ve iktisadî gereksinimleri karşıladığı anlaşılmaktadır⁷⁴. Nitekim, yine 1987 yılında ülke çapında 2500 kişiyle yapılan bir anket, aynı sonucu vermiştir: Halkın % 80'i durumdan memnundur. Diğerleri

73) Bkz. Ingber, Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy, 73 CALIF. L. REV. 772, 778 (1985); P. CANE, ATIYAH'S ACCIDENTS, COMPENSATION AND THE LAW 183-87 (4th edition 1987); Tetuan v. A.H. Robins Co., 241 Kan. 441, 738 P. 2d 1210 (1987).

74) Bkz. Keeton, IS There A Place For Negligence In Modern Tort Law?, 53 VA.L.REV. 886, 889 (1967). «Tazminat ödemenin gerekçesini sorumluluğa dayandırmak ya da dayandırmamak, tazminatın yatıştırıcı etkisini fazlaca etkilemez. Tek başına tazminat hakkının verilmesinin yeterince yatıştırıcı olduğu söylenebilir».

de eskiye dönmeyi istememektedir, fakat sistemin maliyetinin daha adil bir şekilde dağıtılması gerektiği görüşündedir⁷⁵.

— *Yaralanmaların önlenmesi*. Kazaları Tazmin Yasası, amaçlarını aşamalı olarak şöyle belirlemiştir:

- (1) Kazaları elden geldiğince azaltmak ve güvenliği artırmak;
- (2) Yine de kazalar meydana geliyorsa, o takdirde zarar görenlerin iyileştirilmesi için çaba harcamak;
- (3) Yaralanmaların bıraktığı kalıcı izleri gidermek⁷⁶

Uygulama bunun tam tersi olmuştur. Yasanın başa aldığı «güvenliği sağlamak» amacı, koruyucu-önleyici önlemler alınmasını gerektirir. Bütün gayretlere karşın önlemler işe yaramayabilir. Halbuki zarar gerçekleştiğinde durum somutlaşmıştır. Ne yapılması gerektiği bilinmemektedir. Kişi kısmen veya tamamen iyileştirilebilmekte, ayrıca tazminat ödemeye de gerek kalmamaktadır. Yararı uzun vadede görülebilecek önlemlerle uğraşmaktansa, zarar ortaya çıktıktan sonra gidermeye çalışmak daha kolay olur. Bununla birlikte, Kuruluş'un güvenliği artırma programında çalışan görevlilerin bütünüyle başarısız olduklarını söylemek de haksızlık olur. Toplumun eğitme yolunda önemli mesafeler alınmıştır. Koruyucu başlıkların, hava kirliliği olan yerlerde filtrelerin, gürültülü mekânlarda kulaklıkların kullanımı, dikkati çekecek şekilde yaygınlaşmıştır. Yüksek risk taşıyan işlerde çalışanlara bazı uyarı ve hatırlatmalarda bulunmaktadır. Bir iş kazasının yalnızca işçiye değil, iş yerine de çeşitli zararlar vereceği belirtilerek, yöneticiler, güvenli bir çalışma ortamı oluşturmaya teşvik edilmektedir. Genel politika olarak, önlemleri uygulamak için zorlayıcı yöntemlere başvurulmamaktadır⁷⁷.

— *Doktorlar hakkında yapılan işlemler*. Kuruluş'un genel olarak sert tavır almamak eğilimi içinde olması, özellikle doktorlarla olan iliş-

75) Bkz. NEW ZEALAND LAW COMMISSION, THE ACCIDENT COMPENSATION SCHEME 3 (Prelim. Pper No. 2 1987).

76) Accident Compensation Act, 126. (1982) 3 N.Z. Stat. 1552, 1577-78.

77) Kazaları Tazmin Kuruluşu, «ortalamanın üzerinde» kaza geçiren çalışanlara veya serbest meslek sahiplerine, «uygun gördüğü» bir cezayı verme konusunda yetkilendirilmiştir (Section 40(2)(a), 1982, 3 N.Z. Stat. at 1594). Kuruluş, kaza sayısı ortalamanın üzerinde olan sürücülerini de cezalandırma yetkisine sahiptir. Fakat bu yetkilere işlerlik kazandırılmamıştır. Amerikan Meslek Güvenliği ve Sağlığı İdaresi (Occupational Safety and Health Administration)'nin çeşitli güvenlik önlemlerini almayan ticari kuruluşlara uyguladığı parasal yaptırımlar, 1987 yılından bu yana, Kazaları Tazmin Kuruluşu'nu da aynı doğrultuda önlemler almaya yöneltmiştir.

kilerinde görülmektedir. Kazaları Tazmin Yasası'nın işlemlerini sağlayan idarî mekanizmada doktorların önemli yeri vardır. Kuruluş, doktorları yanında görmek istemektedir. Doktorlara karşı alacağı tavır biraz olumsuz olsa, Kuruluş'un çalışmaları aksayabilecektir⁷⁸.

Bir kişinin kaza sonucunda yaralandığını kanıtlayabilmesi için, önce, bir pratisyen hekimden kazanın niteliğini⁷⁹ ve derecesini gösteren bir belge alması gereklidir⁸⁰. Yine aynı belgede, hastaya uygulanacak tedavinin ne kadara mal olacağı da belirtilecektir. Aksi takdirde, Kazaları Tazmin Kuruluşu faturayı ödemeyecektir⁸¹.

Pratisyen hekim, gerek gördüğü takdirde hastayı bir uzman doktora gönderebilir. Kuruluş da aynı yöntemi izlemektedir. Özellikle sürekli tazminat ödenmesi gereken durumlarda, uzman incelemesi karara esas teşkil etmektedir.

Kuruluş'un tıp personeli ile ilişkileri, çoğu zaman istenen düzeyde olmamıştır. Çünkü, ancak Yeni Zelanda ölçülerinde «makul» sayılabilecek faturalar ödenmektedir⁸². «Makul miktar»ın ne olduğu ve ülkedeki çeşitli ölçütlerden hangisinin «Yeni Zelanda standardi» olarak kabulünün uygun olacağı tartışmalara yol açmaktadır.

Yeni Zelanda'nın yabancısı olan bir kişi, bu ülkenin doktorları arasındaki «lonca dayanışması»nın Amerika'dakinden daha güçlü olduğunu söyleyecektir. Kuruluş, hastalarının durumunun açık şekilde çarpıtılan doktorlara yaptırım uygulamak istemiş, fakat büyük tepkilerle karşılaşmıştır. Tıp kuruluşları, disiplin işlerinin kendi konularına girdiğini düşünmektedir. Bu alana müdahalede bulunmak isteyenleri, toplumu ve mesleği ehliyetsiz, zararlı, dürüstlükten yoksun doktorlardan korumaya çalışan kişiler olarak değil, «doktor düşmanı» olarak görmektedirler⁸³.

78) 1987 itibariyle, Yeni Zelanda'daki doktor sayısı 8000'i aşmıştır. Bunların 2000 kadarı uzman doktordur. Doktor dağılımındaki dengesizlik, Amerika'da olduğu gibi Yeni Zelanda'da da sorunlar doğurmaktadır.

79) Accident Compensation Act 775, (1982) 3 N.Z. Stat. 1552, 1645-49.

80) Id. 78,80, (1982) 3 N.Z. Stat. at 1650-52, 1654-56.

81) Id., (1982) 3 N.Z. Stat. at 1650-52, 1654-56.

82) Id. 75 (b), (1982) 3 N.Z. Stat. at 1645.

83) Kuruluş, kendisinin belirlediği standardın üstündeki harcamaları, ancak uzmanlarına doğrulatabildiği takdirde kabul etmekte ve önüne getirilen her faturayı ödememektedir. Bu nedenle, hukuki sorumluluğunu yerine getirmediği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme'de dava edilmiştir. Bkz. The Dominion (Wellington), Dec. 1, 1987, at 10, col. 7.

Kazaları Tazmin Kuruluşu'nun üst düzeydeki bir görevlisinin de kabul ettiği gibi, mesleki dayanışma nedeniyle iddiaların üstüne etkili şekilde gidilememektedir. Fakat yine aynı kişiye göre, Kuruluş'un tıp dünyası ile ilişkileri her an kopabilecek durumdadır ve yukarıdaki yolun tutulması işleri daha da bozacaktır. Kuruluş'un görevlilerinin tutumu ise değişiktir. Bu kişiler sohbet ederken hakkında çeşitli olaylar anlattıkları doktorlar için resmî işlem yapmamaktadırlar⁸⁴.

Kuruluş'a bakılırsa, tıp cemiyetleri iddiaları ciddiye almamakta ve kayıtsız kalmaktadır. Cemiyetler ise buna karşı çıkmakta ve iddiaların hem az olduğunu, hem de elde yeterli delil bulunmadığını söylemektedirler. Ayrıca, söz konusu doktorlara karşı uygulanabilecek yaptırımların bulunduğu da belirtilmektedir⁸⁵.

En azından disiplin cezası uygulanması gereken olayları saptamak zor değildir. Hasta hakkındaki kayıtları incelemeyen ameliyata giren bir doktor, kürtaj yerine kadının rahmini almıştır. Muayene ettiği hastaların faturasını Kuruluş'a gönderen bir doktorun, orada yazılı olan miktara göre günde 12 saat ve haftada altı gün hasta kabul etmiş olması gerekmektedir...

— *Caydırıcılık*. Hastasına büyük tazminat ödemek zorunda kala-

84) Hatalı uygulamaların tedaviden kaynaklanmasından başka, maddi çıkar sağlamak amacıyla kasten yanlışlıklar da yapılmaktadır. Yapmadıkları tedavinin faturasını Kuruluş'a gönderen hekimlerin varlığı bilinmektedir. Veya iyileştiği halde kalıcı bir sakatlığı varmış gibi gösterilen hastalar da mevcuttur. Kuruluş bu tip olayların üzerine zaman zaman gitmekteyse de, ciddi ve istikrarlı bir tutum içine girdiği söylenemez.

85) Tıp Hizmetlileri Yasası (Medical Practitioners Act) ile kurulmuş bulunan bir tıp kurulu, tıp hizmetlilerini görevlendirmek ve gerektiğinde görevden almak yetkisine sahiptir. İkinci haldeki yetkinin kullanılabilmesi için, tıp mensubunun suç işlemiş olması ya da mesleğin haysiyetiyle bağdaşmayan davranışlarda bulunması gerekir. Kurulun başkanı hariç tüm üyeleri tıp mensuplarıdır. Yasa ile disiplin komitesi de oluşturulmuştur (Practitioners Disciplinary Committee). Komitenin görevi, yukarıda sözü edilen «meslek haysiyetiyle bağdaşmayan davranış»tan daha hafif olan «mesleki uygunsuzluk» hallerinde sorumluları cezalandırmaktır. Komitenin kararlarına karşı tıp kuruluna başvurmak mümkündür.

Bunların yanında, Kazaları Tazmin Kuruluşu ile tıp kuruluşlarının işbirliği yapmaları konusunda önerilere de rastlanmıştır. Kuruluş, çalışmasını beğenmediği doktorlarla resmi olmayan görüşmeler yapmalı, tıp kuruluşlarının sorumluları da görüşmelere katılabilmeli ve söz konusu doktora kendisine çeki-düzen vermesi için bir şans tanınmalıdır.

bileceğini bilmek, en azından teorik olarak Amerikalı doktorları dikkatli olmaya yöneltmektedir. Yeni Zelanda'daysa, 1974'den beri bu olasılık çok zayıflamıştır. O yıldan bu yana, tıp hizmetlerinin nitelik kaybına uğradığını ve neden olarak da dava yolunun kaldırılmış olmasını gösteren bir çalışma yoktur.

Kazaları Tazmin Yasası'nın uygulandığı ilk yedi yıllık dönemde meydana gelen trafik kazalarının incelendiği bir çalışmada şu sonuca varılmıştır: «Kişisel zarara dayanan kusur sorumluluğunun kaldırılmış olması, kaza sayısını artırmamıştır. Aksine, sayıda azalma vardır. Böylece, davanın kaldırılmasıyla kaza sayısının artacağını ileri süren geleneksel görüşün ön görüşü boşa çıkmıştır⁸⁶».

Bununla birlikte, çeşitli hukuksal düzenlemelerin birer caydırıcı etken olarak olumlu sonuç verdiği görülmektedir. Emniyet kemeri, koruyucu başlık kullanılması gibi önlemler işe yaramıştır.

Tıbbî etkinliklerden kaynaklanan kişisel zararların tıbbî kusur davasının yasaklanmasıyla artıp artmadığını gösteren istatistikler yoktur. Fakat, çeşitli araştırmaların ışığı altında denilebilir ki, davanın kaldırılmış olması, tıp hizmetlerini olumsuz yönde etkilememiştir. Dış denetim araçları olarak nitelendirilebilecek hukuksal düzenlemeler de sert bir şekilde uygulanmadığı halde, sistemin şimdilik sorunsuz sayılabilecek bir görünümünün olması, aslında Yeni Zelandalı doktorların meslekî disiplinlerinin en güçlü caydırıcı olduğunun kanıtıdır⁸⁷.

Az sayıda olmakla birlikte sözü edilen disiplin ve bilgi düzeyine henüz ulaşamayanların bulunması, istenen düzeyin ne olduğunu diğerlerine hatırlatması bakımından yararlıdır⁸⁸. Görebildiğimiz kadarıyla, bu ülkede belirli bir doktor, hastane için ayrıntılı kayıtların tutulmasına

86) Brown, Meterrence and No-fault: The New Zealand Experience, 73 CALIF. LAW REV. 976, 1002 (1985).

87) Bir doktorun ilerde suçlamalarla karşılaşmayacak şekilde mesleğini icra etmeye çaba harcaması, suçlamanın kendisine getireceği iktisadi kayıptan çok parasal olmayan bedeli ödemek zorunda kalmak istememesidir. Bkz. Kemper, supra note 14, at 1146; Bell, Legislative Intrusion Into The Common Law of Medical Malpractice: Thoughts About the Deterrent Effect of Tort Liability, 35 SYRACUSE L. REV. 939, 985 (1984). Toplumun kendisine karşı alacağı tavır, prestij kaybı, utanç gibi etkenler, doktorlar için tazminat ödemekten daha önemlidir. Id. at 992.

88) Örneğin, Colimore, Doctor Cut From Medicare; Led Review Panel, Phila. Inquirer, April 25, 1987, at 1, col. 1.

gereksinim duyulmamaktadır. Yeni Zelanda, istisnaî sayılabilecek bir güven duymaktadır tıp personeline⁸⁹.

III

SONUÇ

— *Tıbbî kusur sisteminin uyandırdığı kuşkular.* Son yirmi-otuz yılda, ABD'nde açılan tıbbî kusur davalarının sayısında büyük artış görülmüştür. Fakat sistemdeki büyüme, bazı sigortacıların ve tıp mensuplarının söyledikleri gibi başa çıkılmaz bir hal almamıştır⁹⁰. Aynı dönemde doktor sayısıyla birlikte nüfusun arttığı da unutulmamalıdır. Bununla birlikte, davaların artışında nüfus artışından çok, hızlı şehirleşme önemli rol oynamıştır. Tıp hizmetleri, kırsal kesimlere oranla şehirlerde yoğunlaşmıştır. Karışık ve zor tıbbî uygulamalar daha çok şehirlerde yapılmaktadır. Şehirlerde yaşayanların tedaviden zarar görme olasılıkları daha yüksektir. Gelişmiş tıp hizmetlerinden yararlanmanın bedeli de bu olsa gerektir. Fakat, tek başına dava sayısındaki artış, sistemden vazgeçmek için gerekçe olamaz. Öte yandan, davaların ülke çapında yaygınlaşmış olmasına dayanarak sistemi korumak da doğru değildir. Hatalı tıbbî uygulamaların sayısı azalmış olsaydı, dava yolunun caydırıcı olduğunu söylemek mümkün olabilirdi. Gelişmeler bunun tam aksini göstermektedir⁸¹.

Eldeki pek çok veri, sistemin olumsuz sonuçlar da doğurduğunu kanıtlamaktadır. Daha önce bunlara değinilmişti (sigorta harcamaları⁹²; tıp personelinin yüksek risk taşıyan alanlarda çalışmaktan kaçınması⁹³; sonradan başına bir iş gelmemesi için, doktorların «her taşın altına bakmaları»⁹⁴).

89) Yeni Zelanda'da hastaların olanaklarının sınırlı olması, onları, tıp mesleğini icra edenlere güvenmeye itmektedir. Kuruluş muayene edilmesini istediği hastalar için bazen 12-18 ay sonrasına randevu alabilmekte ve muayene sonucunun gelmesi de haftalar sürebilmektedir.

90) Bkz. Danzon, *New Evidence*, supra note 15, at 57 ve DANZON supra note 25, at 58-83.

91) Bkz. Zuckerman, Koller & Bovbjerg, *Information on Malpractice: A Review of Empirical Research on Major Policy Issues*, 49 *LAW & CONTEMP PROBS*. Spring 1986, at 85-87 (hereinafter Zuckerman).

92) 11. ve 12. dipnotlara bkz. Karşı görüş için; Tuckerman supra note 92 at 92; ayrıca Grad, supra note 15 at 1071-75.

93) 11. ve 27. dipnotlara bakınız.

94) 26. dipnota bakınız.

Tıbbî kusur davası bir tazminat sistemi olarak kabul edilirse, sistemin amacı, başkasının kusurlu davranışı yüzünden mağdur olanların bütün zararlarının karşılanması olmalıdır. Görüldüğü kadarıyla, bu amaç gerçekleşmemiştir. Hastane kayıtları incelendiğinde, «tazmin edilme potansiyeli bulunan» olayların çoğunda dava açılmadığı görülmüştür⁹⁵. Zararın önemsiz olması⁹⁶ ya da hastaların bilgisizliği bu sonuca yol açmıştır.

İleri sürülen iddiaların % 57'sinde, davacılar hiç tazminat alamamıştır. Ödemeler nesnel şekilde değerlendirildiğinde, çoğunun zararı karşılamada yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Zararı nispeten az olanlara yüksek tazminat ödenirken; büyük bir zarara uğramışların çoğu, küçük miktarlarla yetinmek zorunda kalmışlardır⁹⁷. Tazminatın zararı karşılamaması, neredeyse kural haline gelmiştir⁹⁸.

Diğer taraftan, yaralanmanın ağırlığı ile iktisadî kayıp arasında bir bağ kurulabiliyorsa, tazminat miktarı artmaktadır. Ağır yaralanmalarda yüksek tazminata karar verildiğini gösteren kanıtlar mevcuttur. Bu takdirde, tazminat dağılımının sanılandan daha adil olduğu ileri sürülebilir⁹⁹.

Tazminat davalarının % 57'sinin davacı açısından olumsuz sonuçlandığı bir gerçektir. 1970'lerde, California hastanelerinde, tedaviden zarar gören her 150 kişiden biri tazminat alabilmiştir¹⁰⁰. 1980'lerde dava sayısında meydana gelen artışa rağmen, davacıların çoğunun haklarını alamadıkları ortadadır.

— *Yeni Zelanda planının getirdikleri.* Sorumluluktan çok zarar üzerinde yoğunlaşan Yeni Zelanda planının doğurduğu sorunlar, Amerika'dakilerden farklıdır. Yeni Zelanda'da, tedavinin yol açtığı veya doğrudan tedaviden kaynaklanan tıbbî zararlar tazmin edilmektedir. İşçi tazminatı anlayışı, Amerikada'da da aynı doğrultuda gelişmiştir. Kimin kusurlu olduğuna değil, zararın yapılan işden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaktadır.

95) 1. dipnota bakınız.

96) 2. dipnota bakınız.

97) Zuckerman, supra note 92, at 99, 100.

98) Id at 100. Fakat, HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5 at 16: «1984 yılında tazminat alan hastaların % 62'sinin kayıtları, tazminat tutarından düşüktü. % 8 tam, % 30 da hakkı olandan daha az bir tazminat almıştı.

99) DANZON & LILLARD, THE RESOLUTION OF MEDICAL MALPRACTICE CLAIMS 23-24-31 (1982); J. KAKALICK & N. PACE, supra note 6.

100) Zuckerman, supra note 92 at 99.

Yeni Zelanda'yı takiben 20. yüzyılın başlarında Amerika'da kurulan işçi tazminatı sistemi, ilk başta büyük tepkiler almıştır. Günümüzde ise, iş kazasına uğramış kişilere kusurluluk hiç dikkate alınmaksızın tazminat ödenmesi fikri genel kabul görmektedir. Yeni Zelanda'da da olduğu gibi, Amerika'da da iş kazasına uğrayanlara makul ölçüde tazminat verilmekte ve benzer olaylara aynı ölçütlerin uygulanmasına dikkat edilmektedir. İşçi sigortası primleri, İşçi Tazminatı Yasası (Worker's Compensation Act)'nın lehtarlarına, iş kazasına uğramış işçilere harcanmaktadır¹⁰¹. Amerika'da, sigortada toplanan paranın küçük bir kısmı davacılara ulaşırken, Yeni Zelanda'da, tıbbî uygulamalara bağlı öemelerde durum tamamen değişiktir¹⁰².

Kaza yaralanmalarında hazır tazminat sağlamaya yönelik çabalar, Amerika'dakinden çok daha başarılı olmuştur. Yaralanmanın maddî kayba yol açmayan zararları için ödenen tazminat, Amerikan halkının gazetelerde okumaya alıştığı «piyango haberleri»ne hiç benzememektedir¹⁰³. Bu alışkanlığı değiştirmek için atılacak politik adımların riski çok yüksektir.

Ayrıca, Kazaları Tazmin Kuruluşu «müşterileriyle» (yani iddia sahipleri) ilişkilerinde gerginliğe yol açmaktan kaçınmaktadır. Bir başka deyişle, Kuruluş, az ödeme yaptığı takdirde kârını artıran bir sigorta şirketi gibi çalışmamaktadır. Çatışan çıkarlar arasında tercih yapılması söz konusu değildir. Kuruluş'un incelemesi, tazminata hak kazanılıp kazanılmadığı ile sınırlıdır. Karar vermenin güç olduğu durumlarda bile iddiaya sıcak bakılmakta ve tarafsız uzmanların görüşleri alınmaktadır.

Yeni Zelanda, özel sigorta şirketlerine gereksinim duymaksızın çalışan ve hukukçuların katılımını gerektirmeyen bir idarî yöntem mi oluşturmaktadır?

1970'li yıllarda sistem değişikliğine gidilene kadar, tıbbî kusur davaları, sigortacıları ve hukukçuları yoğun şekilde meşgul edecek boyutlara zaten ulaşmamıştı. Amerika'daki durum ise değişiktir. «Sosyalizasyon» çabalarına direnileceği ve kişisel çıkarlarla geleneksel anlayışların muhalefet etmede birleşecekleri düşünülebilir. Ancak, bu nedenlerle, Yeni Zelanda yaklaşımını görmezden gelmek de doğru olmaz.

101) Bkz. HHS TASK FORCE REPORT, supra note 5, at 16.

102) 6. ve 67. dipnotlara bakınız.

103) 8. dipnota bakınız. Ayrıca; Tancredi, Designing a No-Fault Alternative, 49 LAW & CONTEMP PROBS., Spring 1986, at 277.

— *Yetersiz tıp hizmetlerinin yol açtığı riski azaltmak.* Her iki ülkede de, mesleğinin gereklerini yerine getirmeyen tıp personeline karşı etkili bir mücadele yürütülmemektedir. Böyle olunca da, tıp hizmetlerinin yetersizliği sorun olmaya devam etmektedir. Son yıllarda bu alanda başlayan uyanış yeterli değildir¹⁰⁴.

Amerika'da bir idarî makamın çalışmalarını yürütürken işbirliğine gidebileceği doktorları belirlemek için liste hazırlanması yöntemi de denenmiştir. Bazı eyaletlerin işçi tazminatı sistemleri buna örnektir. Bir doktorun dürüstlük ya da çalışma düzeyi yetersiz bulunduğu anda, doktorlara çalışma izni veren veya onları gerektiğinde cezalandıran meslekî kuruluşların ya da hükûmet organlarının hiç katılımı olmaksızın, doktor listeden çıkarılmaktadır. Hatta idarî makamlar bu yetkiye sahip olsalar bile kullanmakta çekingen davranmaktadır¹⁰⁵. Bu yetki, Yeni Zelanda'da kağıt üstünde bile yoktur. Her iki ülkenin de ortak sorunu, yetersiz doktorlara karşı idarî bir mekanizma geliştirememiş olmalarıdır.

Her insan gibi doktor da hata yapabilir. Hatta dava da edilebilir. Fakat tek başına bu durum, doktorun gelecekteki hastaları için de tehlike oluşturduğu anlamına gelmez. Abartılmış tazminat kararlarını haklı görmek mümkün değildir, fakat hatalara karşı kayıtsız kalmak da hoş görülemez. Bir sosyal sigorta ya da sağlık programını yürüten resmî bir kuruluşun, kendi sorumluluğu altında çalışan bir doktorun meslekî niteliklerini açık şekilde yetersiz bulması halinde ise durum değişiktir. Bir doktorun hizmet etmekle yükümlü olduğu kişilere karşı sürekli olarak ilgisiz kalması ya da tedavide güvenli olmayan yöntemleri kullanması, bu duruma bir örnektir. Hele doktorun kişisel çıkarlarını düşünerek yetkilerini kötüye kullanması halinde gerekli önlemleri almaktan kaçınılmamalıdır.

Son yıllarda, ABD'nde kötü tıbbî hizmetlere karşı yeni bir ölçüt uygulanmaya başlanmıştır. Kolay uygulanabilir olmasına özellikle dikkat edilen bu ölçüt, bir cerrahî müdahale gerçekleştirilmeden önce ikinci bir görüşün alınmasıdır¹⁰⁶. Gereksiz yere yapılmış ameliyatların konu

104) 69. ve 74. dipnotlara bakınız. Ayrıca: Brinkley, State Medical Boards Disciplined Record Number of Doctors in'85. N.Y. TIMES, Nov. 9, 1986, at 1, col. 1. «1985 yılında, rekor sayıda doktor, eyalet makamlarınca cezalandırılmıştır».

105) N.Y. WORK. COMP. LAW 13-d(2) (MC KINNEY 1965); Gellhorn ve Lauher, Administration of the New York Workmen's Compensation Law.

106) 32. dipnotuna bakınız.

edildiği davaların sayısı hayli fazladır. İşte California'lı bir yargıcın izlenimleri: «Karşımda duran bu adam, savunmasız insanların kendisine duyduğu güveni kötüye kullanmıştır. Dokuz yıl boyunca sırf cebini doldurmak için gereksiz ameliyatlara yapmıştır; üstelik son derece kötü ameliyatlara... Bu şekilde yaptığı ameliyat sayısı elliden fazladır... Dayandığı bulguların çoğu yetersiz olmak bir yana yanlıştır...¹⁰⁷».

Verdiği zarara ve doktorun meslek anlayışına bakılırsa, yukarıdaki olayı uç bir örnek olarak kabul etmek gerekecektir. Önemli olan husus, olayın da gösterdiği gibi çifte denetimin ne kadar gerekli olduğudur.

Bazı Amerikan sigorta şirketleri, bir ameliyatın gerekliliği konusunda kuşku duyduklarında, ikinci bir görüşün de alınması için hastaları teşvik etmektedir. Pek çok kamu makamı ve hastane de cerrahî uygulamaları denetleyebilmek amacıyla uzmanlara danışmaktadır¹⁰⁸. Tıp personelinin az sayıda bulunduğu ülkelerde veya yörelerde, bu uygulama elverişli olmayabilir.

— *Hastane kayıtlarının daha iyi tutulması*. Hatalı tıbbî uygulamaları önlemenin yolları arandığında, hastane kayıtlarının tutulması önem kazanmaktadır. Son yıllarda kayıt tutma sistemleri geliştirilmiştir. Günümüzün tedavileri ekip çalışması gerektirmektedir. Klinik gözlemler, test sonuçları, öneriler ve benzerleri, tedaviyi yapan ekibin bütün üyeleri için yol göstericidir. Sistem geliştirildikçe, bu gün için tazminat gerektiren pek çok olayın önünün alınabileceği umulabilir¹⁰⁹.

— *Hastaların konuya yaklaşım biçimlerini etkilemek*. Yukarıda sözü edilen ekip çalışması, genel olarak toplumun sağlık personeli ve doktorlar hakkındaki fikrini değiştirmiştir. Eski kuşakların «aile doktoru»na verdiği değer çok büyüktü. Aile doktoru, son derece sevecen, bilge bir kişiydi. Saatlerini bir tek hastasına ayırabilirdi. Doktorun bilgisine o kadar güvenilirdi ki, insanlar, tıp biliminin gerçekte olduğundan çok daha gelişmiş olduğunu düşünürlerdi. «Uzman»ın teşhislerine ve bulgularına mutlaka inanılırdı.

Günümüzde tıptaki uzmanlaşma bütün bunları değiştirmiştir. Hastanın tedavisini aynı anda birden fazla doktor yürütebildiği için, hasta, karşısında sorumlu bir doktor bulmakta güçlük çekmektedir. Ka-

107) Bkz. S. LAW and S. POLAN, supra note 94, at 215, 217, 225; 215-45.

108) N.Y. PUB. HEALTH LAW 2803(1)(e) (MC KINNEY 1985); Grad, supra note 15, at 1070-71.

109) Bkz. D. HARNEY, MEDICAL MALPRACTICE 20.1-20.4 (2d ed. 1987).

derini kime teslim ettiğini bilmemektedir. Yeni Zelanda'da, hasta pratisyen hekim tarafından (genellikle uzak mesafedeki) bir uzmana gönderilmektedir; çünkü çoğunlukla hastanın bulunduğu yerdeki tıbbî imkanlar yetersiz kalmaktadır. Bu durum hastayı manen çok yıpratmaktadır. Eski doktor-hasta ilişkisinin yeniden canlandırılması, artık çok uzak bir olasılıktır¹¹⁰. 25 milyon üyesi bulunan Amerikan Emekliler Birliği (American Association of Retired Persons), hasta-doktor ilişkisini geliştirmek için Amerikalı doktorların gayret sarfetmediği görüşündedir. «Uzman sayısındaki artış, sorunu ağırlaştırmıştır. Pratisyen hekimin hastasını gönderdiği uzman doktor, hastasıyla dialog içine girmeye gerek görmemektedir. İşler kötü gittiğinde, hasta, kendisine ne olabileceğini kendi başına tahmin etmek durumunda kalmaktadır¹¹¹».

İstatistiklere bakılırsa, doktoruyla yakın ilişki kuramayan hastalar, bir terslik olduğunda dava açmaya daha eğilimli olmaktadır. Eğer doktor biraz ilgi göstermişse, davalı durumuna düşmesi olasılığı azalmaktadır¹¹².

Sağlık programlarının başarısını sağlayan unsurlardan birinin hasta-doktor işbirliği olduğu açıktır. Bu çalışmada ele aldığımız konu hakkında yapılan geniş tartışmalara son vermek mümkün değildir. Özellikle hasta-doktor ilişkisi öyle önemli ve tartışılması gereken bir konudur ki, tatmin etmeyen tıbbî sonuçları düzenleyen hukuk sisteminin biçimlenmesinde ve işleyişinde yaşamsal öneme sahiptir.

110) Bkz. MAY GAO REPORT-supra note 36, at 19.

111) FEBRUARY 1986 GAO REPORT, supra note 9, at 35.

112) Zuckerman, supra note 92, at 97; Epstein, supra note 67(at 89; A Consumer Perspective on Medical Malpractice, 49 LAW and CONTEMP PROBS., Spring 1986, at 310-11.