

TIBBİ MALPRAKTİS, TIBBİ MALPRAKTİSİN PSİKOLOJİK BOYUTLARI VE ÖZEL HASTANEDE ÇALIŞAN HEKİMİN TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Medical Malpractices, Psychological Dimensions Of Medical Malpractice And Physician's Legal Responsibility

Doç. Dr. İştâr CENGİZ¹ - Psk. Alper KÜÇÜKAY²

Geliş Tarihi: 14.08.2018 Kabul Tarihi: 19.11.2018

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre, "Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir."

ÖZET

Sağlık hakkı, en temel insan haklarından biridir. Sağlık hizmeti verilirken meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan hastanın korunması, olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise zararın en aza indirilmesi ve aynı zamanda sağlık çalışanının hukuki güvenliğinin sağlanması açısından hukuki ve cezai sorumluluk kapsam ve koşullarının incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamız özünde disiplinler arası bir çalışmadır. Zira tıp, etik, psikoloji ve hukuk birbirlerini dışlayan değil tamamlayan alanlardır. Tıbbî malpraktis nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, bir yandan hekimin mesleki etkinliklerini gerçekleştirdiği bir hastane organizasyonu içerisinde hastane işletmecisi ile kurduğu iş (çalışma) ilişkisinin konu, amaç, kapsam ve içeriğine; diğer yandan hastanın hastane karşısındaki hukuksal konumuna göre önemli farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorumluluk hukuku sorunlarının çözümlenmesinde, gerek hekim ve hastane arasındaki hukuki bağın, gerek hastanın hastane ve/veya hekim ile kurduğu sözleşmesel borç ilişkilerinin içeriği araştırılıp, buna göre uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi malpraktis, sağlık hakkı, sorumluluk hukuku, hekimin hukuki sorumluluğu

ABSTRACT

The right to health is the most basic human rights. When the health care service is given, it is necessary to examine the scope and conditions of legal and criminal liability in order to protect the patient from unintended consequences and to minimize the harm if the negative result occurs and at the same time to ensure the legal security of the healthcare worker. Our work is essentially an interdisciplinary work. Because medicine, ethics, psychology and law are complementary but not complementary fields. The responsibility arising from medical malpractice is based on the subject, purpose, scope and content of the work relationship established with the hospital operator within a hospital organization where the physician performs his/her professional activities; on the other hand, there are significant differences according to the legal position of the patient in the face of the hospital. For this reason, it is necessary to investigate the legal relationship between the physician and the hospital, the contents of the contractual debt relations established by the hospital with the hospital and/or the physician, and the rules to be applied accordingly.

Keywords: Medical malpractice, the right to health, liability law, legal liability of the physician

¹ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: istarcengiz@hacettepe.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-3769-9260

² ODTÜ Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, e-posta: alperk@metu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0003-0040-8869

GİRİŞ

Sağlık hakkı, en temel insan haklarından biridir. Sağlık hizmeti verilirken meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan hastanın korunması, olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise zararın en aza indirgenmesi ve aynı zamanda sağlık çalışanının hukuki güvenliğinin sağlanması açısından hukuki ve cezai sorumluluk kapsam ve koşullarının incelenmesi gerekmektedir.

Hekimin tıbbi faaliyeti, hekimlik meslek ve sanatını yürütmeye yönelik olarak kişisel ve/veya maddi edimler niteliği taşıyan her türlü tıbbi eylem ve davranışı kapsamaktadır. Bu anlamda olmak üzere, hastanın, hastalığının tanısını koyma ve tedavisini yürütme sürecinde, öncelikle hastalık öyküsünün (anamnezi) alınması, endikasyon durumlarının belirlenmesi, muayenesi, tanılayıcı girişimsel tekniklerin uygulanması, ön ve son/kesin tanı, aydınlatıcı tıbbi bilgileri aktarma, en uygun tedavi yöntemlerini seçme ve uygulama kararları, cerrahi amaçlı müdahaleler ya da tanı ve/veya tedavi amaçlarıyla girişimsel müdahalelerin her biri birer tıbbi faaliyet konusudur. Bu sayılan tıbbi eylem ve davranışları gerçekleştirirken, tıbbi standartlardan sapılması sonucunda, hastanın yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi kişisel değerlerinde zarara sebebiyet verilmesi, haksız ve kusurlu tıbbi eylem olarak kabul edilmekte ve sonuçta bu durum, hekimin hukuki sorumluluğunu ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünü gerektirebilmektedir.³

Tıbbi malpraktis davaları en spesifik ve en zor davalar arasında yer alır. Çünkü hukukçunun tıbbi uzmanlık bilgisi bulunmamaktadır. Sağlık hukuku alanında verilen yargısal kararlar hem hasta hem de hekimin geleceğini etkilemektedir. Üstelik çoğu zaman malpraktis iddiası gerçeği yansıtmayabilmektedir.⁴

Çalışmamız özünde disiplinlerarası bir çalışmadır. Zira tıp, etik, psikoloji ve hukuk birbirlerini dışlayan değil tamamlayan alanlardır.

Tıp etiğinde hastanın özerkliğine ve seçim özgürlüğüne saygı göstermek, hastanın yüksek faydasını gözetmek, hastaya zarar vermemek, sağlık kaynaklarının eşit bir şekilde dağılımını sağlamak gibi konular yer almaktadır.⁵

³ Mehmet Demir, Hastane Hukuku ve Hastanelerin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012, s. 3.

⁴ Michelle M. Mello, David Hemenway, "Medical Malpractice as an Epidemiological Problem", *Social Science & Medicine*, 2004, 59, s. 39-46; Luigi Buzzacchi, Giuseppe Scellato, Elisa Ughetto, "Frequency of Medical Malpractice Claims: The Effects of Volumes and Specialties", *Social Science & Medicine*, 2016, Volume 170, s. 152-160; Anupam B. Jena, Seth Seabury, Darius Lakdawalla, Amitabh Chandra, "Malpractice Risk According to Physician Specialty", *The New England Journal Of Medicine*, 2011, 365, s. 629-636; Carol B. Liebman, "Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost", *Law and Contemporary Problems*, 2011, Vol. 74, s. 135-149; Brenner, s. 20-22; Chris Stern Hyman, Carol B. Liebman, "Dispute Resolution: Mediating Medical Malpractice Lawsuits", GP Solo Published by: American Bar Association, 2010, Vol. 27, No. 6, s. 30-31.

⁵ Serge Morand, Claire Lajaunie, "Ethics, Values and Responsibilities", *Biodiversity and Health e-Book*, 2018, Chapter 12, s. 189-208; Vivienne Harwood, "Law and Ethics in Medicine", *Medicine*, 2016, Volume 44, Issue 10, s. 619-622

Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı, en temel insan hakkıdır ve sağlık hizmetlerinin her safhasında daima göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶

Bazı yaklaşımlara göre sağlık profesyonelleri tarafından verilen tedavinin başarısı üzerinde etiğin de rolü bulunmaktadır. Etik hakkında bilgilenecek hem hasta hem sağlık personeli açısından olumlu katkılar sağlamaktadır.⁷

Hastaya zarar vermeme, yararlı olma, hastanın sırlarını saklama, ayrımcılık yapmama, insan yaşamının kutsallığına saygı, mesleki saygınlığın korunması, meslektaşlar arası bilgi paylaşımı ve dayanışma ilkeleri, hem hekim hasta ilişkisi açısından hem de etik açıdan temel öğelerdir.⁸ Adalet kavramı da etik ilkeler arasında önde gelen ilkeler arasında yer almaktadır.⁹

Tıbbi malpraktis ile ilgili bazı ekonomik tablolara bakıldığında konunun bu boyutu ile de ne kadar önemli hale geldiği daha net anlaşılabilir. Amerika'da 2004 yılında tıbbi malpraktis sonucu oluşan zararın mali büyüklüğü toplam 28 milyar dolardır. İtalya'da 1994 - 2004 yılları arasında sağlık hizmetlerindeki şikâyetlerde % 20 artış olmuştur. Bazı Avrupa ülkelerinde tıbbi malpraktis nedeniyle oluşan zararlara karşı, mahkemelerin verdiği kararlar ile sigortacıların ödediği tutarlar şöyledir: Fransa 350 milyon Euro (2003), Almanya 250 milyon Euro (2002), İngiltere 730 milyon Euro (2002) ve İtalya 2,3 milyar Euro (2002).¹⁰

Tıbbî malpraktis nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, bir yandan hekimin mesleki etkinliklerini gerçekleştirdiği bir hastane organizasyonu içerisinde hastane işletmecisi ile kurduğu iş (çalışma) ilişkisinin konu, amaç, kapsam ve içeriğine; diğer yandan hastanın hastane karşısındaki hukuksal konumuna göre önemli farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorumluluk hukuku sorunlarının çözümlenmesinde, gerek hekim ve hastane arasındaki hukuki bağın, gerek hastanın hastane ve/veya hekim ile kurduğu sözleşmesel borç ilişkilerinin içeriği araştırılıp, buna göre uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekmektedir.¹¹

⁶ Hatice Sarıtaş, Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012, slayt 6

⁷ Fadime Çınar, Erol Eren, "Innovative Approach to the Ethics in Health Care Organizations: Health Staff Perspective", Procedia - Social and Behavioral Sciences, 2013, Volume 99, s. 719-725

⁸ Hafize Öztürk Türkmen, "Hekim - Hasta İlişkinde Haklar ve Sorumluluklar", Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 1-13

⁹ Erdem Aydın, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, 2001, ODTÜ Ankara, s. 1-5

¹⁰ Organisation for Economic Co-Operation and Development, "Coping with Medical Malpractice in OECD Countries", Medical Malpractice, Prevention, Insurance and Coverage Options, Policy Issues in Insurance No. 11, Paris, 2006, s. 27

¹¹ Demir, s. 3

Hekim mesleğini ifa ederken özellikle iki kurala dikkat etmelidir. Bunlar, hastaların sağlığı ve irade özgürlüğüdür. Hekim bir taraftan hastanın iyileşme iradesini dikkate alırken, diğer taraftan da aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle iki değer arasında denge kurarak uygulamalarını gerçekleştirmelidir.¹²

Çalışmamızda öncelikle tıbbi malpraktis kavramı açıklanacak, devamında tıbbi malpraktisten doğan hukuki sorumluluk genel hatlarıyla incelenecek ve sonuç olarak hekimin iş sözleşmesi ile çalışması durumunda hukuki sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği açıklanacaktır.

§ 1. Tıbbi Malpraktisin Tanımı

Tıbbi malpraktis farklı kişilerce farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre; profesyoneller tarafından sergilenen özensiz ve ihmalkar bir davranış şeklidir. Profesyonel olarak görülen uzman kişiler (hekim, psikolog gibi), üst düzey bilgi ve becerilere sahip olduklarından buna göre davranmaları, uygulamalarını da bu yüksek standartta yapmaları beklenmektedir.¹³

Amerikan Hekimler Birliği'nin tanımında ise malpraktis; benzer koşullarda benzer seviyede bulunan hekim ya da cerrahların dikkati ve yeteneği baz alınarak bir uygulamada meydana gelen hata olarak ifade edilmektedir.¹⁴ Hatalar, hasta üzerinde psikolojik ya da bedensel önemli zararlar bırakmaktadır ve sağlık hizmetlerinde sıkça görülmektedir. Bazı hatalar sonucunda oluşan zararlar ölümlerle sonuçlanabilmektedir.¹⁵

Reason; hata tiplerini ve bunların bilişsel süreçlerini inceleniş ve tıbbi değerlendirme açısından, insan kaynaklı oluşan hataları iki kategoride ele almıştır. Bunlardan ilkinin *"doğru eylemler dizisinin yanlış uygulanmasıyla oluşan sapma ve yanılgılar"*; ikincisini ise *"yanlış eylem dizilerinin doğru şekilde uygulanmasıyla meydana gelen hatalar"*¹⁶ olarak sınıflandırmıştır.

Tıbbi hatalara yol açan Amerika kaynaklı istatistiklere bakıldığında, hata kaynaklarının çoğunun hekimlerden ziyade sistematik bazı problemlerden

¹² Cahid Doğan, Sosyal Politika Ekseninde Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012; Nozomu Hirano, "The Latest Developments in The Judicial Practices of Special Departments of Medical Malpractice Litigation in Japanese Courts", UCLA Pacific Basin Law Journal, 2014, Vol. 32, Issue. 1, s. 55-76

¹³ Daniel A. Krauss, James R. Ratner, Bruce D. Sales, "The Antitrust, Discrimination, and Malpractice Implications of Specialization", Applied and Preventive Psychology, Volume 6, Issue 1, 1997, s. 15-33

¹⁴ Ilene R. Brenner, How to Survive A Medical Malpractice Lawsuit: The Physician's Road Map for Success, Chichester, West Sussex, UK; Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010, s.13

¹⁵ Andrew A. r, Thomas H. Gallagher, "Medical Error and Disclosure", Handbook of Clinical Neurology, Chapter 8, 2013, Volume 118, s. 107-117

¹⁶ James T. Reason, Human Error, Cambridge University Press, New York, 1990

kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bir kısım hata kaynağı “olumsuz şans” olarak nitelendirilirken, neticede insan olmanın getirdiği hata yapma olasılığı bulunduğu da tespitlerde yer almaktadır.¹⁷ Bir diğeri araştırmanın sonuçlarına göre ise istenmeyen etkilere sebep olan faktörler; yanlış tıbbi teşhis, tedavi sorunları, çeşitli iletişim problemleri, yetersiz ya da güncel olmayan ikinci basamak tedaviler, bilgi eksikliği, hatalı tıbbi değerlendirme ve kararlar olarak sıralanmıştır.¹⁸

O halde tıbbi hataların yaşanması neticesinde, şikayetçi ve/veya davacı olan kişilerin ve/veya avukatlarının tıbbi sistem ve hekimin uygulamalarını ayırdedip konuyu netleştirerek ortaya koyması gerekmektedir.

Amerika’da National Practitioner Data Bank’ın 1990 – 2002 yılları arasında yapılan istatistiklerine göre, tıbbi malpraktis kaynaklı sigortaya dayalı geri ödemelerinin miktar olarak % 54’ü, hekim sayısının sadece %5’i tarafından gerçekleştirilmiştir. Hekimlere yöneltilen tıbbi malpraktis iddialarının görev, ihlal, yakınlık sebebi ve zarar olarak sayılan dört ana ölçüte göre oluşturulduğu görülmektedir. Görev; hekimin hastayı iyileştirme ve tedavi etmesi olarak düşünülebilir. Hekimin kendi bilgi, beceri ve uzmanlığı makul ölçüde gerekmede ve bunları uygulamalarında kullanma sorumluluğu bulunmaktadır. Buna bağlı olarak hastaya yönelik en azından zarar vermekten kaçınan belli bir ilgi ve bakımın standardı tutturulmalıdır. İhlalde ise tıbbi uygulamaların iyi ve kabul edilebilir seviyeden uzak olması söz konusudur. Tıpta evrensel olarak kabul edilmiş bazı durumlar ve bunlara yönelik tedaviler bulunmakla birlikte birçok uygulama ve tedavi şekilleri sürekli değişmekte ve ilerlemektedir. Farklı tanıları farklı uzmanlık alanlarında farklı tedavi yaklaşımları sergilenebilmektedir. Bu farklılıklara ek olarak tıbbi değerlendirme yapma ve karar vermede kısmen sapmalar da olabilmektedir.¹⁹

§ 2. Tıbbi Malpraktisin Hekim ve Hasta Üzerindeki Psikolojik Etkileri

1. Hekim ile Hasta Arasındaki İletişim

Çalışmamızın bu kısımda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin psikolojik boyutları ele alınmaya çalışılacaktır.

Hekim ile hastası arasındaki ilişki temelde güven esasına dayanmaktadır. Tedavi sürecinde hastanın hekime ve tedavi ekibine yönelik ilgi ve tepkilerinin

¹⁷ Brenner, s.13-14

¹⁸ OECD, s.24

¹⁹ Brenner, s.14-17; Steven E. Raper, Johncy Joseph, Wilda G. Seymour, Patricia G. Sullivan, “Tipping The Scales: Educating Surgeons About Medical Malpractice”, Journal of Surgical Research, 2016, 206, s.206-213; Steven E. Raper, Deborah Rose, Mary Ellen Nepps, Jeffrey A. Drebin, “Taking The Initiative: Risk-Reduction Strategies and Decreased Malpractice Costs”, Journal of The American College of Surgeons, Volume 225, Issue 5, 2017, s.612-621.

yanı sıra tedavi ekibinin hastaya yaklaşımı ve davranışının önemli rolü vardır. Hasta ile tedavi ekibinin ilişkisinin bir boyutu ise hasta doyumudur. Bu boyut tedavi sürecinin sosyal ve duygusal yönünü oluşturur. Tıbbi teknoloji ilerlemesine rağmen tedavi sürecinde hekim-hasta ilişkisi hala önemli bir faktördür. Hastanın hekime duyduğu güven aralarındaki iletişimde kendini göstermektedir ve bu noktadaki eksiklikler tedavinin gereklerini yerine getirme açısından büyük sorunlar doğurabilmektedir.²⁰ Taylor'a göre hastanelerdeki tedavi işlemlerinin rutin ve bürokratik olmasının, tedavi ekibinin hastayı insan olarak değil de nesne olarak ele almasının ve ona hastalığı, durumu, iyileşme şansı ve tedavinin niteliği hakkında çok az bilgi vermesinin hasta kimliği açısından olumsuz etkileri bulunmaktadır. Hastanede yatan ve özgürlüğü nispeten sınırlanmış hastalar açısından, hastalıklarının oluşturduğu sıkıntı, acı, üzüntü ve kaygı ile birlikte, hastanın yönetiminde de güçlükler yaşanabilmektedir. Çok daha ileri boyutlarda gözlenebilecek hastanın olumsuz tutum ve davranışları hem kendi tedavisine hem de hekime ve tedavi ekibine doğrudan ve psikolojik olarak çeşitli olumsuzluklar şeklinde yansıyabilmektedir.²¹ Hastanın kendi tedavisi hakkındaki belirsizlikler ve/veya bilgi eksiklikleri bir kontrol kaybı duygusuna ve sonrasında stres, endişe ve öfke gibi duyguların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

Sosyal psikoloji açısından hasta kimliğinin tanınması olumlu bir yaklaşımdır. Sağlık hizmetlerinin hasta odaklı yaklaşımlara ihtiyacı olduğu konusunda genel olarak bir fikir birliği de mevcuttur. Bu noktada hekimin, hastanın duygularını, yaşadıklarını ve hikâyesini anlayabilmesinin tıbbi açıdan fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Hasta odaklı tedaviler, hastaların elde ettikleri tatminlerini de artırabilmektedir.²²

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide çeşitli psikolojik tutum, davranış ve tepkiler meydana gelebilmektedir. Hastanın kendi kimliği üzerindeki kontrol hissini kaybı ve ona duyarsız tutumlarla yaklaşılmaması, hastada zihinsel karmaşa ve kaygılar oluşturabilir. Çaresizlik hissiyatı yaşayan hastalardan bilgi edinme çabaları başarısızlıkla sonuçlanabilir; hasta bir yandan kaygı ve depresyon gibi sıkıntılar yaşıyor olabilir ve bu tarz durumlarda hasta öfke, inatçılık gibi tavırlar sergileyebilir.²³ Tüm bu koşullar altında hastanın tedavi sürecinde aksamalar ve tedavi ekibine karşı göstereceği olumsuz davranışlar ortaya çıkabilir ve bunun neticesinde tıbbi uygulamalarda olumsuzluklar yaşanabilir. Bu nedenden

²⁰ Deniz Şahin, Hasta – Tedavi Ekibi İlişkisi, Sağlık Psikolojisi: Giriş, Editör: Ülgen Okyayüz, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 19, 1. Basım, Ankara, 1999, 3. Bölüm, s.39-40

²¹ Shelley E. Taylor, "Hospital Patient Behavior: Reactance, Helplessness, or Control?", Journal of Social Issues, Volume 35, Issue 1, 1979, s.156–184

²² Christos Daramilas, Rusi Jaspal, "Measuring Patient Satisfaction: Insights from Social Psychology", Social Psychological Review, 2017, Vol. 19, No. 1, s.20-35

²³ Şahin, s.45-46

dolayı hekim ve hasta arasındaki iletişim daha çok önem kazanmaktadır. Zira hastanın psikolojik durumu, tedaviye uyumunu ve sağlık ortamındaki ilişkilerini oluşturup devam ettirmesinde büyük rol oynamaktadır.

Araştırmalara göre; tıbbi uygulamalar, özellikle de cerrahi uygulamalar, öncesinde ve sonrasındaki bilgilendirmeler hastanın kuşku ve kaygı gibi duygularını azaltıcı etki gösterebilmektedir. Olumlu bir iletişim ve ilişki biçimi ile hastanın tedaviye uyumunu artıracak ve iyileşmesine olumlu etki sağlayacak bir ortam sağlanabilmektedir.²⁴ Bu konuda Çin'de yapılmış bir araştırmada benzer bulgular ortaya konulmuştur. Araştırmaya göre; zorlu tıbbi uygulamalar ve yeterli olmayan sağlık kaynaklarının yanı sıra hekimlerin hastaları ile uygun olmayan/uyumsuz ilişkileri tıbbi uyuşmazlıkları artırıcı etki göstermektedir. Yüksek kalitede tıbbi bilginin paylaşımı hasta tatminini ve hastanelerin etkinliğini artırıcı etki göstermektedir.²⁵ Ayrıca tedavi öncesi ve sonrası hekim tarafından yapılacak detaylı bilgilendirme ve hasta ile kurulan iletişim hem mesleki hem de hukuki bir sorumluluk ve yükümlölük boyutunda değerlendirilmektedir.²⁶

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği özellikle hasta açısından oldukça fazla önem taşımaktadır. Yapılan çalışmalar insanların tıbbi bakım ile tedavide hekim tutum ve davranışlarının, güler yüzlü, sevecen ve açıklayıcı olmasına en az hekimin tıbbi uzmanlığındaki bilgi seviyesi kadar hatta daha da çok önem verdiklerini ortaya koymuştur.²⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki; hastalar hekimlerin tıbbi bilgisini nesnel olarak değerlendirecek donanımlara sahip olmadıklarından dolayı çoğunlukla hekimleri hastaya olan davranışları ile değerlendirebilmektedirler. Hekimin hastasına zaman ayırması, anlayış, saygı nezaket kurallarına göre davranması, ilgi göstermesi hastanın hekime duyduğu güveni ve hoşnutluğu artırmakta ve ikisi arasındaki olumlu duygular yüklenmiş olan bir nevi bağın kurulmasını sağlamaktadır.²⁸ Nitekim hekime olan güven çok önemli ve temel bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁴ şahin, s.47-56

²⁵ Meng You, Xu Wang, Di Lu, Haidong Zhang, Shengli Di, Fengqin Zhang, Zhaoming Guo, Li Yuan, Lin Chang, Jian Xiang, Lili Yu, Yingkai Yang, Tiantong Yang, "Analyses of Medical Malpractice in Judicial Appraisal: 505 Cases", Journal of Forensic Science and Medicine, 2015, Volume. 1, Issue. 1, s. 1-25

²⁶ Tomoko Hamasaki, Tadamichi Takehara, Akihito Hagihara, "Physicians' Communication Skills with Patients and Legal Liability in Decided Medical Malpractice Litigation Cases in Japan", BMC Family Practice, 2008, 9:43, s.1-10

²⁷ Joseph L. Scarpaci, "Help-Seeking Behavior, Use, and Satisfaction Among Frequent Primary Care Users in Santiago de Chile", Journal of Health and Social Behavior, Vol. 29, No. 3, 1988, s.199-213

²⁸ Howard S. Friedman, M. Robin DiMatteo, Health Psychology, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989

Hekimlerin hastaları ile kurdukları ilişkide tıbbi terminolojiyi kullanmalarını nedeniyle de hastalar hekimlerin verdiği birçok bilgiyi anlayamamakta ve soru sormaya da çekinmektedirler.²⁹

Hekimin teknik bilgi ve becerisi kadar; destekleyici, moral ve güç verici olması hastanın psikolojik açıdan olumlu etkilenmesine yol açabilmektedir. Tedavi uygulamalarının, sadece teknik bir işlem olarak değil, iletişim ve ilişki boyutlarına da sahip kapsamlı bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tıbbi muhakeme ve karar verme süreci bir hekim için önemli zihinsel bir faaliyettir. Tıbbi uygulamalarda ve tedavilerde algılama, kavrama ve idrak etme, problem çözme, bellek ile bilgi işleme ve son olarak karar verme gibi bilişsel yapı ve süreçler önemli bir rol oynamaktadır. Tıbbi eğitim ve bilgi ile birlikte muhakeme becerisinin de bu karar verme sürecini etkilediği ifade edilmiştir. Sağlık ile ilgili ortamlarda yaşanmakta olan stres, zaman baskısı ve hassasiyeti, ağır iş yoğunluğu/yükü, aşırı bilgi kirliliği gibi faktörler tıbbi karar verme üzerinde olumsuz etkilere yol açabilmektedir.³⁰

Tıbbi değerlendirme ve karar verme konusunda verimliliğin sağlanabilmesi ve tıbbi malpraktis vakalarının en aza indirgenmesi için en azından yukarıda bahsedilen faktörlerde belirgin iyileştirilmelerin ve düzenlemelerin yapılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Başta hekimler ve tüm sağlık çalışanlarının hem bilişsel hem de davranışsal açıdan daha başarılı ve profesyonel hizmet vermeleri adına ileri metotlar ve politikalar geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Duygusal zekâ, duygular hakkında net çıkarımlar yapabilme ve duygularla ilgili bilgileri düşüncelerle bağdaştırabilme yeteneğidir. Duygusal zekâ birçok mental aktivite ile yakından ilişkilidir. Duyguların karar verme üzerinde etkili olduğu bilinmektedir. Duyguların algılanması, tanımlanması ve tanınması ise duygusal zekâ ile mümkündür. Duygusal zekâ ayrıca kendisinin ve diğer insanların duygularını tanımlayabilmeyi de kapsamaktadır. Bu açıardan bakıldığında duygusal zekâ insan ilişkilerine pozitif olarak yansımaktadır ve hatta psikolojik iyilik hali, akademik başarı ve karar verme gibi konularda avantaj sağlamaktadır.³¹ Bu noktada önemli olan karar verirken duygulara bağımlı kalmak ya da kapılmak değil, olayları duygusal açıdan da muhakeme kabiliyetine sahip olmanın avantajını yaşamaktır.

²⁹ Mustafa Yağbasan, Fatih Çakar, "Hekim Hasta İlişkisinde Dile ve Davranışa Dayalı İletişimsel Sorunları Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, s.609-629

³⁰ Vimla L. Patel, Jose F. Arocha, Jiajie Zhang, Medical Reasoning and Thinking, The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, Editörler: Keith J. Holyoak, Robert G. Morrison, Oxford University Press, New York, 2012, Bölüm: 37, s.747

³¹ John D. Mayer, Richard D. Roberts, Sigal G. Barsade, "Human Abilities: Emotional Intelligence", Annual Reviews Psychology, 2008, 59, s.507-536

Tıbbi malpraktis, hekimleri olumsuz yönde etkileyen bir konudur; psikolojik ve hukuki boyutları ve sonuçları da vardır. Bu bakımdan üzerinde düşünülüp değerlendirilmesi, psikolojik ve hukuki sonuçları bakımından farkındalık yaratılması herkese katkı sağlayacaktır. Hekimlerin her ne sebeple olursa olsun tıbbi uygulamaları nedeniyle sorumluluklarının ortaya çıkması beklenen ve/veya arzu edilen bir durum değildir. Bu nedendir ki sağlık politikası, sağlık hukuku ve hasta hakları gibi konular hem sağlık çalışanları hem de hasta ve/veya tedavi görenler açısından dikkat edilmesi gereken konulardır.

2. Tıbbi Malpraktisin Hekim Üzerindeki Psikolojik Etkileri

Hekimlerin psikolojik sağlığı kendilerinin yanı sıra tedavi verdikleri kişiler açısından da önem arz etmektedir. Kaliteli ve profesyonel hizmetlerin verilebilmesi için hekimlerin sağlıklı olması ve hastaların da hekime güvenmesi gereklidir. Hekimler arasında, aşırı iş yükü, uzun çalışma saatleri, artan yönetsel talepler, nöbet durumları, düşük iş güvencesi gibi iş ile ilgili stres kaynakları; depresyon, duygusal yorgunluk, sinizm, depersonalizasyon, başarısızlık algısı gibi psikolojik sorunlara ve tükenmişliğe yol açmaktadır.³² Özellikle tükenmişlik, hekimlerin kişisel sağlığı üzerinde olumsuz belirtiler meydana getirmektedir. Ayrıca profesyonelliği yıpratıcı ve tıbbi hataları artırıcı etkileri de olabilmektedir. Sağlık üzerinde büyük bir risk oluşturan tükenmişlik, iş – yaşam dengesini de sarsabilmektedir.³³ Bu koşulların tıbbi malpraktis oluşmasına doğrudan bir sebep olarak görülmekten ziyade hekimlerin psikolojilerinin ve iş hayatındaki rollerinin daha iyi anlaşılabilmesi adına yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Tüm bunlarla ek olarak tıbbi malpraktis süreçleri ile karşılaşılması hekimler açısından daha da yıpratıcı sonuçlara yol açabilmektedir.

Tıbbi malpraktis nedeniyle dava edilen hekimlerin birçoğunda duygusal travmalar gözlenebilmektedir. Mesleki hataları nedeniyle dava edilen hekimlerde görülen ilk reaksiyon yüksek seviyede anksiyetedir. Bu duyguya haklı bir içerleme ve öfke duyguları da eşlik etmektedir. Bunlara ilaveten kişinin benlik saygısı da etkilenmektedir. Tıbbi malpraktis nedeniyle karşılaşılan hukuki problemlerin giderek artış göstermesiyle birlikte uzmanlar ve uygulayıcılar arasında dava edilme korkusu ve litigafobi olarak tanımlanan davranışsal ve duygusal sekellerin oluşturduğu sorunlar görülmeye başlamıştır.³⁴

³² Robert D. Goldney, "Suicide by Health Care Professionals", *The Medical Journal of Australia*, 2016, 205, s. 257-258; Nikki R. Adler, Kimberley A. Adler, Jane M. Grant-Kels, "Doctors' Mental Health, Burnout, and Suicidality: Professional and Ethical Issues in The Workplace", *Journal of the American Academy of Dermatology*, 2017, Volume 77, Issue 6, s.1191-1193.

³³ Tait D. Shanafelt, Sonja Boone, Litjen Tan, Lotte N. Dyrbye, Wayne Sotile, Daniel Satele, Colin P. West, Jeff Sloan, Michael R. Oreskovich, "Burnout and Satisfaction with Work-Life Balance Among US Physicians Relative to The General US Population", *Arch Intern Med.*, 2012, 172(18), s.1377-1385

³⁴ Jeffrey R. Wilbert, Solomon M. Fulero, "Impact of Malpractice Litigation on Professional

Çalışmalara göre; hekimlerin dava edilmeye karşı gösterdikleri psikolojik tepkilerden bazıları; depresif bozukluklar, uyum bozuklukları, fizyolojik rahatsızlıkların başlaması veya şiddetlenmesi, alkol kullanımı olarak sayılabilir. Bu tarz psikolojik tepkiler, dava edilmenin getirmiş olduğu stres ve buna eşlik eden hayal kırıklığı, suçluluk, sosyal izolasyon ile duygusal dengeyi tehdit altında hissetme olarak belirtilmiştir.³⁵ Benzer bir başka çalışmada ise; hekimlerin ifadelerine göre, dava edildikleri süreçlerin yaşamlarındaki en stresli dönemler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu hukuki süreçlerin hekimlerin iş tatminlerini olumsuz yönde etkilediği³⁶; pişmanlık, kendini suçlama, yetersizlik, öfke, üzüntü, kaygı gibi duyguların yanı sıra insomnia ve konsantrasyon bozukluklarının da görülebildiği ifade edilmiştir.³⁷

Tıbbi malpraktis ve hukuki süreçlerine maruz kalan kimi hekimler bu duruma karşı psikolojik tepkilerin yanı sıra yaşamlarına ait kararlar üzerinde de bazı değişikliklere gitme yolları üzerinde durmuşlardır. Bazı hekimler erken emeklilik kararı alırken, bazıları ise çocuklarının tıp eğitimi alma konusunda fikirlerini değiştirme eğilimi göstermişlerdir.³⁸

Olası tıbbi malpraktis durumları ve sonrasında hukuki neticeleri ile yüz yüze kalmak hekim üzerinde çeşitli duygusal etkilere yol açabilmektedir. Bu hususta, sıkıcı ve uzun geçebilecek bir süreç olmasına rağmen bu durumla bazı baş etme yolları da mevcuttur. Çok anlaşılır bir şekilde ortaya çıkabilen öfke ile birlikte incinme ve incitme duygularını bir kenara bırakmak en iyi yollardan birisi olarak görülmektedir. Süreci çok fazla kişiselleştirmeden avukatlara ve hukukçulara başvurmak önerilmektedir. Dava sürecinde hekimlerin en kıymetli varlıklarından birisi olan zaman açısından oluşan kayıpları da onları ayrıca etkilemektedir. Olası olumsuz süreçlerin finansal ve kariyer bağlamında oluşturabileceği endişeler de yaşanabilmektedir.³⁹

Elisabeth Kübler-Ross tanımladığı yas/üzüntü modelinde, tıbbi malpraktis sonucu oluşan aleyhte dava sürecinde kişilerin beş aşamada duygusal acılarını yaşamakta olduğunu ifade etmiştir: 1- inkâr, reddetme, 2- öfke, 3- görüşme ve pazarlık süreci, 4- depresyon, 5- kabullenme. Kübler-Ross, hemen herkesin bu

Psychology: Survey of Practitioners”, Professional Psychology: Research and Practice, 1988, Vol. 19. No. 4, s. 379

³⁵ Sara C. Charles, “Coping With A Medical Malpractice Suit”, Volume 174, 2001, s. 55

³⁶ Sara C. Charles, Richard B. Warnecke, Jeffrey R. Wilbert, Richard Lichtenberg, Carlos DeJesus, “Sued and Nonsued Physicians: Satisfactions, Dissatisfactions, and Sources of Stress”, Psychosomatics, Volume 28, Issue 9, 1987, s. 462-466

³⁷ White ve Gallagher, s. 115

³⁸ Sara C. Charles, Jeffrey R. Wilbert, Kevin J. Franke, “Sued and Nonsued Physicians Self-reported Reactions to Malpractice Litigation”, The American Journal of Psychiatry, 142(4), s. 437-440

³⁹ Brenner, s. 31

beş sürecin tamamını olmasa da en az ikisini yaşadığını belirtmiştir.⁴⁰ Kendisine karşı açılmış bir dava ile karşılaşan hekim yukarıda da ifade edildiği gibi çeşitli duyguları da içine alan psikolojik bir süreç içerisinde girmektedir. Doğal olarak kendisini savunmaya çalışacak ve harekete geçerek hukuki bir yardım arayışı ile birlikte yargısal sürece dâhil olabilecektir.⁴¹

Brenner, açıklamalarında Maslow'un ihtiyaçlar teorisine atıflarda bulunarak, stresli durumlarla karşı karşıya kaldıklarında hekimlerin güvenlik ihtiyacını karşılamaya çalıştıklarından bahsetmektedir. Hekimler iş ortamlarında çoğunlukla bir ekip olarak çalışmaktadır. Stres oluşturan durumlar bu ekip içerisindeki sosyal ihtiyaçlarını karşılama motivasyonları üzerinde de etkiler gösterebilmektedir.⁴² Ayrıca başarıya odaklanma ve performansa yönelik kayıplara yol açması da stresli durumların diğer olumsuz getirileridir. Genel olarak bir hekimin özgüveni yerinde, endişeden uzak, yetkinliklerini tam olarak kullanabilmesini sağlayacak şekilde açık ve stressiz bir zihinle çalışması ve uygulamalarını yapması beklenmektedir. Stres oluşturabilecek dava süreçleri ile bu zihinsel ve psikolojik boyutlarda kesintiler yaşanması çok muhtemeldir.⁴³

Tıbbi malpraktis yaygın bir şekilde vuku bulmakta ve çoğu klinisyen kariyerinde en az bir kez bu tarz bir durumla karşılaşmaktadır. Nispeten kıdem ve tecrübesi az olan hekimlerde tıbbi malpraktisle karşılaşma eğiliminin daha yüksek olduğu düşünülmektedir. Tıbbi malpraktis konusunda esas mağdur hasta olarak görülmekle beraber hekimlerin de ciddi problemler yaşadıkları ve mağdur hale gelme olasılıkları bulunduğu göz ardı edilmemelidir.⁴⁴ Tüm bu etkilerin yanı sıra hekimler tıbbi malpraktis davaları nedeniyle ekonomik açıdan da risklerle yüzleşmek durumunda kalmakta ve bazı durumlarda yüklü tazminat ödemelerine maruz kalabilmektedirler. Bu tarz mali tablolar da hekimlerin kariyerleri açısından olumsuz neticeler doğuran stres kaynaklarından olmaktadır.⁴⁵

3. Tıbbi Malpraktisin Hasta Üzerindeki Psikolojik Etkileri

Tıbbi müdahalelerde istenmeyen etkilerin görülmesi olası bir durumdur. Örneğin bir cerrah % 95 oranında başarı gösterse bile tedavilerinde % 5 ihtimalde başarısızlık oluşabilmektedir. İstatistiksel olarak her bir hekimin meslek hayatı boyunca en az bir tıbbi malpraktis vakası ile karşılaşması gerçekçi

⁴⁰ Elizabeth Kübler-Ross, *On Grief and Grieving: Finding The Meaning of Grief Through The Five Stages of Loss*, New York: Scribner, 2005

⁴¹ Brenner, s. 35

⁴² Brenner, s. 36-37

⁴³ Brenner, s. 39

⁴⁴ Sami Abd Elwahab, Eva Doherty, "What About Doctors? The Impact of Medical Errors", *The Surgeon, Journal of the Royal Colleges of Surgeons of Edinburgh and Ireland*, 2014, 12, s. 297-300

⁴⁵ Jena ve ark., s. 633-634

bir durumdur ve bu durum o hekimin tüm meslek hayatının başarısızlığı anlamına gelmemektedir.⁴⁶

Amerika'da yapılmış bazı çalışmalara göre; tıbbi malpraktis ile karşılaşmış hastaların en büyük beklentisi hekimin özür dilemesidir. Bu beklenti, özellikle tıbbi malpraktis nedeniyle dava açmış olan hastalar açısından izlenmektedir. Hasta ve yakınları tıbbi malpraktis sonucunda bir özür beklerken, birçok hekim ise bir yandan özür dilemeyi arzu etse de diğer yandan sorumluluğun kabul edilmesi gibi yorumlanacağından dolayı özür dilemekten çekinme davranışı göstermektedirler.⁴⁷ Hasta ve yakınlarının özellikle tedavi süreciyle ilgili sorularına yanıt alamadıkları koşullarda hukuki süreçlere daha çok yönelindikleri görülmektedir.

Araştırmalara göre; hastaların tıbbi malpraktis olgusuyla karşılaşmasından sonra hekimlerden bazı beklentileri oluşmaktadır. Bilgi açısından; bir hatanın oluştuğuna dair açık bir beyan, hatanın ne olduğunun tanımlanması, bu durumun sağlığı açısından ne anlam ifade ettiği, hatanın niçin olduğuna dair bir açıklama, nüksetmesi halinde nasıl önleneceğine dair planlama. Duygusal açıdan; açık ve empatik bir iletişim tarzı, hata sebebiyle samimi bir özür, duygularının anlaşılması. Geleceğe dair; devam eden araştırmaların belirtilmesi, sonraki görüşmeye ait planlama ve beklenen durumlar.⁴⁸

Öfkeli hasta, olumsuz sonuçlarla karşılaştığında malpraktis davasına başvurma ihtimali yükselmektedir. Hastaları öfkeliendiren bazı durumlar ise şöyle ifade edilmiştir: Hastanın şikâyetlerinin dinlenilmemesi, hastalara kaba davranılması, hastalara küçümseyici ve alaycı davranılması, hekimin hastaya yeterince vakit ayır(a)maması, muayene randevularının iptali, randevuların uzun süre beklenmesi, uzak tarihlere randevuların alınması, hatalı tanılara yönelik yüksek sağlık harcaması faturalarına maruz kalmak.⁴⁹

Brenner, bazı uygulamalar sayesinde, hekimlerin işlerini daha özenli ve rahat yürütebilmesinin yanı sıra hastaların öfke gibi olumsuz duygulara kapılmasının önlenemesinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir.⁵⁰ Brenner bu uygulamaları altı madde halinde sıralamaktadır; *1- İlgilenmek, alaka göstermek, 2- Tavırlara dikkat etmek, 3- Hastalara uyumlu davranmaya gayret göstermek, 4- Küçümseyici tutumda konuşmamak, 5- Her bir hastaya yeterli vakit ayırabilmek, 6- Hasta randevularını iyi organize etmek.*

⁴⁶ Brenner, s. 103

⁴⁷ Chris Stern Hyman, "Mediation and Medical Malpractice", Dispute Resolution Journal, 2011, s. 33-37

⁴⁸ White ve Gallagher, s. 111

⁴⁹ Brenner, s. 105

⁵⁰ Brenner, s. 105-109

§ 3. Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu

1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesine göre; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. ...". "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesine göre ise; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirerek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. ..."

Genel olarak hekimin yükümlülükleri; hastalığı belirleme (tanı / teşhis) yükümlülüğü, tedavi yöntemini seçme ve uygulama yükümlülüğü, hastayı ve yakınlarını aydınlatma ve onamlarını alma yükümlülüğü⁵¹, aldatmama ve yanıltmama yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, kayıt tutma yükümlülüğü ve yüksek özen gösterme yükümlülüğü⁵² şeklinde sıralanabilir.

Bu bağlamda hekimin sorumluluğunun ölçüsü de; en hafif kusurdan dahi tam sorumluluk şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, tedavinin gereği gibi yapılmaması, yüksek özen ve dikkatin gösterilmemesi sonucu hasta bir zarara uğramışsa, hekimler sorumlu tutulabilecekler ve hastanın uğradığı zararların tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Hastanın karşı kusurunun bulunması durumunda ise kusuru oranında tazminattan indirim yapılacaktır.⁵³

⁵¹ Yargıtay 4. HD, T.07.03.1977, E.1976/6297, K.1977/2541.

⁵² Yargıtay 13.HD, T.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590, K.2000/9569; Yargıtay 10. HD, T.09.11.1999, E.1999/6175 K.1999/8022; Yargıtay HGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370; Yargıtay 4. CD, T.11.02.2004, E.2003/1064 K.2004/2055; Yargıtay 4. HD, T.07.10.2003, E.2003/1529 K.2003/11279; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925 K.2002/10687; Yargıtay 21. HD, T.11.11.1997, E.1997/6482, K.1997/7327; Yargıtay 4. HD, T.23.10.2003, E.2003/7161 K.2003/12474; Yargıtay 10. HD, T.17.09.2002, E.2002/5311, K.2002/6401; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2002, E.2002/11318, K.2002/12909; Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380.

⁵³ Yargıtay 13. HD, T.04.03.1994, E.1994/8557 K.1994/2138; Yargıtay 13. HD, T.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569; Yargıtay 13. HD, 04.02.2003, E.2002/12276 K.2003/1077; Yargıtay 13. HD, T.08.07.2005, E.2005/3645 K.2005/11796; Yargıtay 13. HD, T.19.10.2006, E.2006/10057 K.2006/13842.

O halde hekimler “yüksek özen borcu” nedeniyle “en hafif kusur” larından dahi “tam sorumlu”durlar. Bu nedenledir ki, tazminata hükmedilirken kusur oranlarına bakılmaz ve tazminattan indirim, yalnızca hastanın karşı kusuru saptanmışsa söz konusu olabilir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁵⁴

2. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Hasta hekime ve / veya sağlık kuruluşuna başvurduğunda ve tedaviye başladığında aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Bu sözleşme, tedavi (hekimlik) sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır ve tedavi sözleşmesi özel bir sözleşme türüdür (kendine özgü “sui-generis”). Bu nedenle tedavi sözleşmesinde, her iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerde olduğu gibi edimlerin karşılıklı olarak ifası söz konusu olmadığı gibi sözleşmenin tarafları da eşit olanaklarla donatılmamışlardır.

Bunun yanı sıra Alman Hukukunda, tedavi (hekimlik) sözleşmesinin “hizmet sözleşmesi” olduğu görüşü benimsenmiştir. Buna göre; hasta-hekim ilişkisi hizmet sözleşmesi hükümleriyle çözümlenmektedir. Bunun nedeni, Alman Hukukunda vekalet sözleşmesinin kesinlikle karşılıksız olmasıdır. Oysa hekim, bir ücret karşılığında hastaya bakmaktadır. Bize göre, hekimlik sözleşmesini TBK m.393 ve devamındaki maddelerle açıklamak olanaksızdır. Hasta işveren olmadığı gibi, hekim de işçi değildir. Hekim, hastanın isteği ve buyruğu doğrultusunda değil, tıp biliminin olanakları ve kendi vereceği kararlar doğrultusunda iş görmektedir. Zira hizmet sözleşmesinde işçinin ücret karşılığında işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörme borçları (edimleri) birer asli edim yükümlülükleridir⁵⁵.

İsviçre Hukukunda ise hâkim görüş, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlı olduğudur. Bu hukuk sisteminde sadece “aile hekimliği” sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Türk Hukukunda da öğretinin büyük çoğunluğu, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi hükümleriyle açıklamaktadır. Yargıtay, geçmiş yıllardaki kararlarında hekimin sorumluluğunu “haksız fiil” hükümleri çerçevesinde çözümlenmeye çalışmış ise de, daha sonra bundan dönülerek, hasta-hekim ilişkisi vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlanmıştır. Şu kadar

⁵⁴ Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2005, E.2005/11159 K.2005/17474; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493 K.2004/15431; Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959, K.2003/2380; Yargıtay 13. HD, 08.07.2005, E.2005/3645, K.2005/11796; Yargıtay 13. HD, T.10.10.2006, E.2006/10068 K.2006/13288; Yargıtay 13. HD, T.27.12.2005, E.2005/13615, K.2005/19261; Yargıtay 13. HD, T.25.04.2002, E.2002/2589, K.2002/4560; Yargıtay 13. HD, T.07.02.2005, E.2004/12088 K.2005/1728; Yargıtay 13. HD, T.09.04.2003, E.2003/711, K.2003/4255.

⁵⁵ Fikret Eren,, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.32.

ki, Yargıtay kararlarında hekimin sorumluluğunun, vekillik sözleşmesinin yanı sıra, hizmet sözleşmesi hükümlerine de dayandırıldığı görülmektedir. Hasta-hekim ilişkisinin vekâlet sözleşmesi hükümleriyle çözümleneceğini benimseyen görüşlerin dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesi 2. fıkrasıdır. Buna göre *"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır"* denilmiştir. Söz konusu hükme göre, hekimlik sözleşmesinin "vekalet sözleşmesi" gibi yorumlanmasının sürdürüleceğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın hekimlik sözleşmesini "vekâlet sözleşmesi" olarak niteleyen kararları, yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmekte; artık yerleşik kararlar durumunu almış bulunmaktadır.⁵⁶ Yargıtay'ın 2002 yılında vermiş olduğu bir kararına göre; *"... Özel hastane ve onun çalıştırdığı doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. BK.386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır. ..."*⁵⁷

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser (istisna) sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, yalnızca bazı ayırık durumlarda kabul edilmektedir. Örneğin, diş hekiminin olağan tedavi dişında porselen kaplaması, protez, köprü ve kron yapımını üstlenmesi eser sözleşmesi olarak nitelenmektedir. Yargıtay'ın 1999 yılında verdiği bir kararına göre de⁵⁸; bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, 818 sayılı BK. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Hekimin hasta ile arasında sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hastaya tıbbi yardımda bulunması durumunda ise *"vekâletsiz işgörme"* söz konusu olmaktadır. Vekâletsiz işgörmede, hastanın istek ve iradesi dişında, hekim yönünden sözleşme dişı "zorunluluk durumu" söz konusudur. Hastaya

⁵⁶ Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380; Yargıtay HGK, T.26.02.2003, E.2003/21-95, K.2003/113; Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 4. HD, T.26.05.2005, E.2005/5837, K.2005/5679; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493, K.2004/15431; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; Yargıtay 9. HD, T.18.11.1991, E.1991/8375, K.1991/143367; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590, K.2000/9569; Yargıtay 13. HD, T.04.03.1994, E.1994/8557, K.1994/2138; Yargıtay 9. HD, T.18.11.1991, E.1991/8375, K.1991/14336.

⁵⁷ Yargıtay HGK, T.11.12.2002, E.2002/13-1011, K.2002/1047.

⁵⁸ Yargıtay 15. HD, T.03.11.1999, 1999/4007, K.1999/3868; Yargıtay 13. HD, T.05.04.1993, 1993/131; K.1993/2741.

zorunlu olarak yardım eden ve vekâletsiz işgören hekim, hastanın kendine gelmesinden sonra, hasta veya yakınları onun tedaviyi sürdürmesini isterlerse, vekâletsiz işgörmeye durumu, hekimlik (tedavi) sözleşmesine dönüşmüş olur. Acil durumlarda ise hasta, yakını olmayan üçüncü kişiler tarafından hastaneye getirildiğinde, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hekim mesleği gereği gereken tıbbi yardımda bulunur. Bu tıbbi müdahale de TBK m.526 anlamında “vekâletsiz işgörmeye” hükmündedir.

Vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin uygulanacağı bir başka durum ise, hastanın veya yakınlarının onamıyla başlayan ameliyatta beklenmedik bir bulgunun ortaya çıkması ve hekimin bunu hemen gidermek zorunda kalmasıdır. Ameliyatı yarıda kesip hasta yakınlarının onamını almaya gitmek zaman kaybına ve hastanın yaşamsal bir tehlikeye uğratılmasına neden olarsa, hekim gerekli müdahaleyi yapmak zorunda kalacaktır.

Hekimin haksız fiilinden söz edilebilmesi için ise arada sözleşme ilişkisinin olmaması ve TBK m.49 ve sonraki hükümlerine göre haksız ve hukuka aykırı fiilde bulunması veya sözleşme ilişkisi olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre suç işlemiş olması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ceza Kanunu dışında, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine göre de hekimin bazı sorumlulukları bulunmaktadır.

3. Tıbbi Malpraktis Bağlamında Hukuki Sorumluluk Kavramı

Her sorumlulukta olduğu gibi, hekimlerin ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin sorumluluklarında da karşılıklı hak ve borçlar söz konusu olur. Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, bir sorumluluğun doğması için öncelikle açık veya örtülü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmalı ya da sözleşme dışı bir fiil bulunmalıdır. Ayrıca tanı ve tedavide hata yapılmış, bilerek veya bilmeyerek kişilere zarar verilmiş, tıp biliminin gerekleri yeterince yerine getirilmemiş, yüksek özen gösterilmemiş, hasta aydınlatılmamış ve / veya onamı alınmamış, meslek kurallarına uyulmamış olmalıdır. Bunun yanı sıra hekimlik mesleğinin kamusal niteliği gereği, zorunlu durumlarda gerekli sağlık hizmeti verilmemiş, hastaya veya ağır yaralıya ilk yardım yapılmamış olmalıdır. Hekim veya sağlık personeli ya da sağlık kuruluşu tarafından hukuka aykırı biçimde bir zarar verilmiş bulunmalıdır. Hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu veya ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu; hukuka aykırı haksız ya da suç sayılır fiili saptanmış bulunmalıdır. Son olarak hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun hukuka aykırı, haksız veya suç sayılır eylemi, savsaması, özensizliği ile kişilerin uğradığı zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir.

Tıbbi malpraktis nedeniyle bir sorumluluğun ortaya çıkması için yukarıda da belirtildiği üzere öncelikle taraflar arasında bir ilişkinin kurulmuş olması gerekir. Bu ilişki farklı şekillerde karşımıza çıkabilir.

Hasta doğrudan hekime başvurduğunda aracısız ve doğrudan bir ilişki kurulmuş olur. Bu bir tür “sözleşmesel ilişki”dir. Hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki yine ikisi arasındadır. Hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin güven ortamında tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinden veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olacaktır. Hasta ile hekim arasındaki bu şekilde ortaya çıkan doğrudan ilişkinin türü hakkında öğretilerdeki baskın görüş “vekâlet sözleşmesi” olup, (TBK.m.502) Yargıtay’ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Bu niteleme gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır (TBK.m.112 ve 505-507).

Bağımsız çalışan bir hekime başvuran hasta ile hekim arasında bir tür sözleşme ilişkisi (tedavi-hekim sözleşmesi) kurulmuş olacağından, hekimin sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelemek gerekecektir. Bu sorumluluk çerçevesinde, hekim, tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken mesleğinin tüm gereklerini yerine getirmek, tıp biliminin bütün olanaklarından olabildiğince yararlanmak, yanlış tanı ve tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetimini asla savsaklamamak ve “yüksek özen” göstermek zorundadır. Buna sözleşme içi, kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu ya da ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu diyebiliriz. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre de, hekimin kusurunun saptanmasında nesnel ölçülere göre değerlendirme yapılması, kusurun derecesine bakılmayıp, hekimin “en hafif kusurdan” dahi “tam kusurlu” sayılması gerekmektedir.⁵⁹ Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü TBK m.116’ya göre (818 sayılı BK m.100) sorumlu olur. Bu da sözleşme içi “kusursuz sorumluluk”tur. Yardımcı kişiler; hemşire, hastabakıcı, asistan, röntgen ve benzeri görüntüleme uzmanları, laborant ve benzeri teknik elemanlardır. Yargıtay uygulamasına göre; hekimin “yardımcı kişilerden sorumlu” olması durumunda, kusurun derecesi ve kusur oranlarının dağılımı, hastanın açtığı davada inceleme konusu yapılmamalı ve tam kusura göre tazminata hükmedilmelidir.⁶⁰ Hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay kararlarında “vekâlet sözleşmesi” olarak

⁵⁹ Yargıtay HGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291, K.2004/370; Yargıtay 13. HD, T.19.10.2006, E.2006/10057; K.2006/13842; Yargıtay 13. HD, T.10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288; Yargıtay 13. HD, T.12.06.2006, E.2006/6704,K.2006/9459; Yargıtay 13. HD, T.06. 07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2005, E.2005/11159, K.2005/17474; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493, K.2004/15431; Yargıtay HGK, 26.02.2003, E.2003/21-95,K.2003/113; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; Yargıtay 4. HD, T.07.03.1977, E.1977/6297, K.1977/2541.

⁶⁰ Yargıtay 13. HD, T.22.05.2003; E.2003/2333, K.2003/6348.

kabul edildiğinden, (BK m.386/2, TBK m.502/2) hekime karşı açılacak tazminat davalarının zamanaşımı süresi de TBK.m.147 (818 sayılı BK m.126) gereği 5 yıl olacaktır. Ancak hekimin fiili, Türk Ceza Kanunu yönünden suç sayılır nitelikte ise daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Bağımsız çalışan hekimlere karşı ölüm ve bedensel zarar nedeniyle açılacak davalarda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2'ye göre; tek görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bağımsız çalışan hekime karşı ölüm ve bedensel zararlar dışındaki nedenlerle acıkacak davalarda (örneğin ücret konusundaki bir anlaşmazlık ile ilgili olarak) görevli mahkeme, miktara göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi olacaktır.⁶¹

Hasta, doğrudan hekime başvurmak yerine, özel bir hastaneye veya benzeri bir sağlık kuruluşuna giderse ve gittiği hastanede önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yoksa hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile hastane arasında kurulmuş olacaktır. Hastanenin türüne göre de bir ayırım yapmak gerekmektedir. Eğer gidilen hastane özel bir sağlık kuruluşu ise, hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Buna "hasta kabul sözleşmesi" denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden TBK m.116'ya göre "yardımcı kişi" konumundadır. Hekim, yardımcı kişi konumunda ise; hastaya karşı hastane sözleşme içi "kusursuz sorumlu" olur ve görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle "yardımcı kişiden sorumlu" (TBK m.116) olur. Hastanenin ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları "ortaklaşa ve zincirleme"dir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre "hekim en hafif kusurdan

⁶¹ Doktor ve hastane yetkililerine karşı açılan davalarda kural olarak asliye hukuk mahkemeleri görevlidir; ancak kamu hastanelerinde çalışan sağlık görevlisinin hizmet kusurundan dolayı ölüm gerçekleşmişse artık idarî yargı görevli olur. Gerçekleştirilen bir tüketici işlemi sonucu ayıplı bir üründen dolayı ölüm gerçekleşmişse, üründeki ayıp ile ölümle sonuçlanan zararın birbirine karıştırılmaması gerektiği ve destekten yoksun kalma tazminatı davasının asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. (konu ile ilgili olarak bkz. Tacın, Mustafa Hayri, Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ağustos 2016, GÜSBE, Doktora Tezi). Ancak Yargıtay'ın 2015 yılında vermiş olduğu ve aksi yöndeki bir kararı da bulunmaktadır. Karara göre; "...Davacılar, murisleri Ferit'in 10.09.2011 de tatil sebebiyle davalı şirket tarafından işletilen Çeşme Altın Yunus Oteline gittiğini, burada rahatsızlanarak davalı otelin doktoru tarafından muayene edilerek bir takım ilaçlar verildiğini,.... .. davalı doktorun müteveffayı en yakın hastaneye sevk yerine uçakla göndermek istemesi, müteveffa ve yakınlarına gerekli bilgilendirmeyi yapmaması, otelden kaynaklanabilecek bir rahatsızlığı gizlemek için hareket etmesi, yanlış teşhis, tedavi ve ilaç uygulaması sebebiyle; davalı şirketin ise müteveffayı en yakın tam teşekküllü hastaneye sevk etmesi gerekirken otel şoförüyle havaalanına göndererek istihdam eden sıfatıyla sorumlu olduğunu ileri sürerek.... ..Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir,..." (Yargıtay 13. HD. E. 446, K. 31562, T. 02/11/2015).

dahi tam kusurlu” sayıldığından, her ikisi hastaya karşı tam kusur esasına göre tazminat ödemekle yükümlü olurlar.

Özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekim ve diğer sağlık personeli istihdam etmek zorunda bulduklarından, tüzel kişi olarak doğrudan sorumluluklarının yanı sıra, TBK m.116 çerçevesinde yardımcı kişilerin fiillerinden. Her ne kadar TBK m.116’da sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış olsa da aynı TBK m.116/III’e göre; uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişki üç farklı türde karşımıza çıkabilir. Özel hastaneler yönünden hasta ile aralarındaki sözleşme hastane yönünden “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, hekim yönünden “Hekim Sözleşmesi” ya da her iki sözleşmenin bir arada yapılması biçimindedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde, eğer yatırılarak tedavi söz konusu ise, tıbbi tedavinin yanı sıra, hastane bakım hizmetleri, yatırma ve yemek gibi çeşitli yükümlülükler de yer alır. Sözleşme bu biçimiyle karma bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Burada amaç ve ana unsur “tedavi” olduğundan, hekimlik sözleşmesiyle birlikte “vekâlet sözleşmesi” nitelemesi doğru olacaktır. Ancak özel hastanelerin “kamusal nitelikli sağlık hizmeti” veren kuruluşlar olmaları nedeniyle bu ilişkiyi herhangi bir sözleşme kalıbına sokmaksızın kendine özgü “sui jeneris” bir sözleşme olarak nitelemek de yanlış olmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 yılında; *“Özel hastane işleteni öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslanan insan yaşamıdır.”*⁶² şeklinde bir karar vermiştir.

Vekâletsiz işgörme ilişkisinin doğumuna yol açan olay genellikle “zorunlu” hasta kabulü durumudur ve bu durumda özel hastane hastayı kabul ve tedavi etmek zorundadır. Eğer getirilen kişinin bir süre hastanede kalması ve tedavinin sürdürülmesi gerekiyorsa ve bir kamu hastanesine götürülmesinde yaşamsal tehlike varsa, özel hastane, bunu bir görev ve kamusal hizmet olarak yapmak zorundadır. Özel hastanelerin, hastanın başvurusu olmaksızın ve hasta kabul sözleşmesi yapılmaksızın, ivedi getirilen ağır yaralı ve bilinci kapalı hastaları yasa ve tüzük gereği kabul etmeleri ve tedavi etme zorunlulukları “vekaletsiz

⁶² (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370).

ışgörme” hükmünde sayılmakta; sorumlulukları da hekimlerin sorumlulukları gibi değerlendirilmektedir. Bilinci kapalı olarak getirilen ağır yaralı veya hasta kişiye yapılan tıbbi müdahale sonrasında, bir hekim veya hastane hatası ortaya çıkarsa ve hasta zarar görmüş olursa, vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TBK m.527). 6098 sayılı TBK m.527/’e göre; *“Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumlu olur.”*. Vekâletsiz iş gören durumundaki hekim de, sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekim gibi yüksek özen göstermek zorunda olduğu için, en hafif kusurundan tam sorumlu olur. Hekimlik mesleğinin kamusal niteliği göz önüne alındığında, sözleşmeye dayalı tedavi ile zorunlu durumda hekimin tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğü arasında bir fark olmamalıdır.

Tıbbi müdahale, hastanın beden bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşıdığından, aynı zamanda TBK m.49 ve sonraki maddeleri anlamında bir haksız fiil oluşturur. Bu gibi durumlarda, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) yarışır. Zarar gören hasta, hastane işletmesine karşı sözleşmeye aykırı işlem TBK m.112) veya haksız fiil (TBK m.49 vd.) nedenlerinden birine dayanarak dava açabilir. Ancak bu seçim yapılırken zamanaşımı, kusurun kanıtlanması, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi konulardaki farklılıklar göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanaatimizce özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için yardımcı kişi kullanmak durumunda bulduklarından ve “Hasta Kabul Sözleşmesi” ile hasta ve hastane yönetimi arasında sözleşme ilişkisi kurulduğundan TBK.m.146’daki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir.

Hastanın tedavi amacıyla bir kamu hastanesine başvurmuş ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta ve kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Burada hasta açısından bir “kamu hizmetinden yararlanma” söz konusudur ve bu nedenle de, eğer hasta tedavi nedeniyle zarar görürse, doğrudan hekimi ve sağlık personelinin dava edemeyecek ancak hizmet kusuru nedeniyle kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açabilecektir. Zira kamu hastanelerinin ve burada görev yapan sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, hizmet kusuru sayılmaktadır. Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelinin kamu görevlisi olmaları nedeniyle Anayasa’nın 129/5. maddesi gereği yalnızca ilgili kamu kuruluşuna karşı dava

açılabilir (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa'nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmamaktadır). Ancak hizmet kusuru dışında, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde "görevden ayrılabilir kişisel kusuru" bulunmaktaysa, haklarında doğrudan "adli yargı" yerinde dava açılabilmesi mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği üzere; 6098 sayılı TBK'nun 116. maddesinin 3. fıkrasına göre: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*". Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin 3. fıkrasına göre ise: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*". Görüldüğü üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre; hastanelerin ve hekimlerin sorumsuzluk anlaşmaları yapmaları mümkün değildir ve yapılmış olan anlaşmalar ise kesin olarak hükümsüzdür.

SONUÇ

Anlaşıldığı üzere, malpraktis hem hekimler ve diğer tedavi ekip üyeleri hem de hastalar açısından olumsuz sonuçlara yol açan bir konudur. Sadece malpraktis değil, malpraktis öncesi ve sonrasında yaşanan iletişim sorunları, kişilerarası ilişkilerde yaşanan problemler; malpraktis sonrası oluşan hukuki, mali ve psikolojik doğurguları da sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu boyutları ile sıkıntı ve sorunlar iki taraf açısından da yıpratıcı olabilmektedir.

Netice olarak, malpraktis oluşturan sebepler üzerinde durulmalı ve bu sebeplerin oluşumunu önleyici tedbirler geliştirmelidir. Malpraktis önleyici ve oluşan problemleri telafi edici mekanizmalar geliştirmelidir. Bu konuda kanun yapıcılara, meslek kuruluşlarına, sivil toplum kuruluşlarına, yetkili idarecilere, hekim ve diğer sağlık çalışanlarına – tedavi ekiplerine ve hukukçulara görev düşmektedir. İnsan hatasını sıfıra indirmek mümkün olmasa da hataları da en aza indirmenin yolları aranmalıdır. Ayrıca tüm insanların şunu düşünmesi ve idrak etmesi gerekir ki hekimlik ve iyileştirme hem bilimsel hem kutsal bir önemi haizdir ve bu önemli müessese gereksiz yere yıpratılmamalıdır. Karşılıklı anlayış gösterme erdemine ulaşmalıdır.

Birçok sağlık profesyoneli gün geçtikçe çeşitli uygulamaları neticesinde dava süreçleri ile karşılaşmakta ve hukuki süreçlere maruz kalmaktadır. Sağlığı ilgilendiren konuların hukuki boyutlarının yanı sıra ekonomik maliyetler açısından da sonuçlara yol açması bu profesyonellerin tedbirler almaya sevk etmiş ve mali boyutları da içeren mesleki sorumluluk sigortalarına yöneltmiştir. Verilen hizmetlerin kırılabilirliği, mesleki riskler, bireysel

tehditlerle birlikte psikologlar da kendilerini koruma yolları aramışlar, meydana gelebilecek hatalara karşı telafi mekanizmaları oluşturmak amacıyla Amerikan Psikologlar Birliği'nin de destekleriyle mesleki ve mali korunma ve sigorta dayanışma programları geliştirmişlerdir.⁶³ Avustralya, Japonya, Kanada ve birçok OECD ülkesinde, tıbbi hataların neden olduğu sıkıntılara özellikle de hukuki ve mali sorunlara karşı giderek artan bir şekilde önleyici ve telafi edici çalışmalar başlatılmıştır. Ayrıca meslek kuruluşları üyelerine bir takım destek kaynakları oluşturmaya ve sigorta sitemlerini devreye sokmaya gayret göstermektedir.⁶⁴ Bazı OECD ülkelerinde tıbbi hataların risk değerlendirmeleri yapılmaya başlanmıştır. Tıbbi hataların gözlenmesi, daha sistematik bir şekilde raporlanması ve tıbbi riskleri değerlendirme metotları geliştirilmeye başlanmıştır. Bu şekilde tıbbi hataları gözlem ve analiz imkânı oluşmuştur.⁶⁵ Böylelikle hekim ile hasta arasında daha güvenli bir sağlık iletişiminin temelleri atılmış, tıbbi bilgilerin sağladığı farkındalık ile daha kaliteli seviyede tedavi ilkelerinin geliştirilmesi fikri ortaya konulmuştur.

Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, bir sorumluluğun doğması için öncelikle açık veya örtülü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmalı ya da sözleşme dışı bir fiil bulunmalıdır.

Hasta, tedavi olma amacıyla özel bir hastaneye başvurursa ve başvurduğu hastanede önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yoksa hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile hastane arasında kurulmuş olacaktır. Bu durumda hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Buna "hasta kabul sözleşmesi" denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden TBK m.116'ya göre "yardımcı kişi" konumundadır ve artık hastaya karşı özel hastane sözleşme ilişkisi nedeniyle "kusursuz sorumlu" olur, görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle ise "yardımcı kişiden sorumlu" (TBK m.116) olur. TBK m.116'da sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış olsa da aynı hükme göre uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Hasta doğrudan hekime başvurduğunda bir tür "sözleşme ilişkisi" kurulmuş olur. Hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki

⁶³ John J. Brownfain, "The APA Professional Liability Insurance Program", The American Psychologist, 1971, s. 648-652

⁶⁴ OECD, s. 10-20

⁶⁵ OECD, s. 35.

yine hekim ile hasta arasında söz konusu olur. Hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin güven ortamında tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinden veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olacaktır. Hasta ile hekim arasındaki bu şekilde ortaya çıkan doğrudan ilişkinin türü "vekâlet sözleşmesi" olduğu yönündedir. Bu niteleme gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

Andrew A. White, Thomas H. Gallagher, "Medical Error and Disclosure", Handbook of Clinical Neurology, Chapter 8, 2013, Volume 118, s. 107-117.

Anupam B. Jena, Seth Seabury, Darius Lakdawalla, Amitabh Chandra, "Malpractice Risk According to Physician Specialty", The New England Journal Of Medicine", 2011, 365, s. 629-636.

Cahid Doğan, Sosyal Politika Ekseninde Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Carol B. Liebman, "Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost", Law And Contemporary Problems, 2011, Vol. 74, s. 135-149.

Chris Stern Hyman, "Mediation and Medical Malpractice", Dispute Resolution Journal, 2011, s. 33-37

Chris Stern Hyman, Carol B. Liebman, "Dispute Resolution: Mediating Medical Malpractice Lawsuits", GP Solo Published by: American Bar Association, 2010, Vol. 27, No. 6, s. 30-31.

Christos Daramilas, Rusi Jaspal, "Measuring Patient Satisfaction: Insights from Social Psychology", Social Psychological Review, 2017, Vol. 19, No. 1, s. 20-35.

Daniel A. Krauss, James R. Ratner, Bruce D. Sales, "The Antitrust, Discrimination, and Malpractice Implications of Specialization", Applied and Preventive Psychology, Volume 6, Issue 1, 1997, s. 15-33.

Elizabeth Kübler-Ross, On Grief and Grieving: Finding The Meaning of Grief Through The Five Stages of Loss, New York: Scribner, 2005.

Erdem Aydın, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, 2001, ODTÜ Ankara, s. 1-5

Fadime Çınar, Erol Eren, "Innovative Approach to the Ethics in Health Care Organizations: Health Staff Perspective", Procedia - Social and Behavioral Sciences, 2013, Volume 99, s. 719-725.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.32.

Hafize Öztürk Türkmen, "Hekim - Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar", Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 1-13.

Hatice Sarıtaş, Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Howard S. Friedman, M. Robin DiMatteo, Health Psychology, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989.

Ilene R. Brenner, How to Survive A Medical Malpractice Lawsuit: The Physician's Road Map for Success, Chichester, West Sussex, UK; Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010.

James T. Reason, Human Error, Cambridge University Press, New York, 1990.

Jeffrey R. Wilbert, Solomon M. Fulero, "Impact of Malpractice Litigation on Professional Psychology: Survey of Practitioners", Professional Psychology: Research and Practice, 1988, Vol. 19. No. 4, s. 379-382.

John D. Mayer, Richard D. Roberts, Sigal G. Barsade, "Human Abilities: Emotional Intelligence", Annual Reviews Psychology, 2008, 59, s.507-536

John J. Brownfain, "The APA Professional Liability Insurance Program", The American Psychologist, 1971, Vol. 26 (7), s. 648-652.

Joseph L. Scarpaci, "Help-Seeking Behavior, Use, and Satisfaction Among Frequent Primary Care Users in Santiago de Chile", Journal of Health and Social Behavior, Vol. 29, No. 3, 1988, s.199-213

Keith J. Holyoak, Robert G. Morrison, The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, Oxford University Press, New York, 2012.

Luigi Buzzacchi, Giuseppe Scellato, Elisa Ughetto, "Frequency of Medical Malpractice Claims: The Effects of Volumes and Specialties", Social Science & Medicine, 2016, Volume 170, s. 152-160.

Mehmet Demir, Hastane Hukuku ve Hastanelerin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Meng You, Xu Wang, Di Lu, Haidong Zhang, Shengli Di, Fengqin Zhang, Zhaoming Guo, Li Yuan, Lin Chang, Jian Xiang, Lili Yu, Yingkai Yang, Tiantong Yang, "Analyses of Medical Malpractice in Judicial Appraisal: 505 Cases", Journal of Forensic Science and Medicine, 2015, Volume. 1, Issue. 1, s. 21-25.

Michelle M. Mello, David Hemenway, "Medical Malpractice as an Epidemiological Problem", Social Science & Medicine, 2004, 59, s. 39-46.

Mustafa Yağbasan, Fatih Çakar, "Hekim Hasta İlişkisinde Dile ve Davranışa Dayalı İletişimsel Sorunları Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, s. 609-629.

Nikki R. Adler, Kimberley A. Adler, Jane M. Grant-Kels, "Doctors' Mental Health, Burnout, and Suicidality: Professional and Ethical Issues in The Workplace", Journal of the American Academy of Dermatology, 2017, Volume 77, Issue 6, s. 1191-1193.

Nozomu Hirano, "The Latest Developments in The Judicial Practices of Special Departments of Medical Malpractice Litigation in Japanese Courts", UCLA Pacific Basin Law Journal, 2014, Vol. 32, Issue. 1, s. 55-76.

Organisation for Economic Co-Operation and Development, Medical Malpractice, Prevention, Insurance and Coverage Options, Policy Issues in Insurance No. 11, Paris, 2006.

Robert D. Goldney, "Suicide by Health Care Professionals", The Medical Journal of Australia, 2016, 205, s. 257-258.

Sami Abd Elwahab, Eva Doherty, "What About Doctors? The Impact of Medical Errors", The Surgeon, Journal of the Royal Colleges of Surgeons of Edinburgh and Ireland, 2014, 12, s. 297-300.

Sara C. Charles, "Coping with A Medical Malpractice Suit", Volume 174, 2001, s. 55-58.

Sara C. Charles, Jeffrey R. Wilbert, Kevin J. Franke, "Sued and Nonsued Physicians Self-reported Reactions to Malpractice Litigation", The American Journal of Psychiatry, 142(4), s. 437-440.

Sara C. Charles, Richard B. Warnecke, Jeffrey R. Wilbert, Richard Lichtenberg, Carlos DeJesus, "Sued and Nonsued Physicians: Satisfactions, Dissatisfactions, and Sources of Stress", Psychosomatics, Volume 28, Issue 9, 1987, s. 462-466.

Serge Morand, Claire Lajaunie, "Ethics, Values and Responsibilities", Biodiversity and Health e-Book, 2018, Chapter 12, s. 189-208.

Shelley E. Taylor, "Hospital Patient Behavior: Reactance, Helplessness, or Control?", Journal of Social Issues, Volume 35, Issue 1, 1979, s. 156-184.

Steven E. Raper, Deborah Rose, Mary Ellen Nepps, Jeffrey A. Drebin, "Taking The Initiative: Risk-Reduction Strategies and Decreased Malpractice Costs", Journal of The American College of Surgeons, Volume 225, Issue 5, 2017, s. 612-621.

Steven E. Raper, Johncy Joseph, Wilda G. Seymour, Patricia G. Sullivan, "Tipping The Scales: Educating Surgeons About Medical Malpractice", Journal of Surgical Research, 2016, 206, s. 206-213.

Tacın, Mustafa Hayri, Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ağustos 2016, GÜSBE, Doktora Tezi

Tait D. Shanafelt, Sonja Boone, Litjen Tan, Lotte N. Dyrbye, Wayne Sotile, Daniel Satele, Colin P. West, Jeff Sloan, Michael R. Oreskovich, "Burnout and Satisfaction with Work-Life Balance Among US Physicians Relative to The General US Population", Arch Intern Med., 2012, 172(18), s. 1377-1385.

Tomoko Hamasaki, Tadamichi Takehara, Akihito Hagihara, "Physicians' Communication Skills with Patients and Legal Liability in Decided Medical Malpractice Litigation Cases in Japan", BMC Family Practice, 2008, 9:43, s. 1-10.

Ülgen Okyayüz, Sağlık Psikolojisi: Giriş, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 19, 1. Basım, Ankara, 1999.

Vivienne Harpwood, "Law and Ethics in Medicine", Medicine, 2016, Volume 44, Issue 10, s. 619-622.

