

DERLEME

SAĞLIKTA "YENİDEN YAPILANMA" VE SAĞLIK MESLEK UYGULAMASINDAN DOĞAN ZARARLARIN İDARE TARAFINDAN UZLAŞMA YOLUYLA HALLEDİLMESİ

Özet*Zeynep ŞİŞLİ**

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarını yeniden yapılandıran 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin "uzlaşma prosedürü" başlıklı 24.maddesi, sağlık mesleklerinin uygulanmasından zarar gördüğünü iddia edenlerin, maddi ve manevi tazminat talepli başvurularının Bakanlık tarafından "uzlaşma" yolu ile halledileceğine ilişkindir. Bu maddede Bakanlık, uzlaşma sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için davette bulunan ve usuli işlemleri yürüten, ancak taraf olmayan ve sorumluluk üstlenmeyen bir konumda düzenlenmiştir. Yaşam hakkı ile doğrudan ilgisi sebebi ile, sosyal devlet ilkesi temelinde bir kamu hizmeti olan sağlık uygulamasından kaynaklanan zararların tazmininde, Sağlık Bakanlığı'nın "uzlaşma"da aracılık işlevi gören bir kurum olarak tanımlanması, toplum sağlığını olumsuz etkileyici, hastalar ve hekimler başta olmak üzere sağlık personelinin haklarına zarar verici ve Anayasal sosyal hukuk devleti ilkesini zedeleyici niteliktedir.

Anahtar Sözcükler: Sağlık Hizmeti, Kötü hekimlik uygulaması, Zarar, Tazminat, Uzlaşma, Hukuk Devleti, Sosyal Devlet.

"Restructring" in Health, and Settling Compensations for Harms Related to Medical Interventions by Administrative Negotiation

Abstract

24th. Article of Decree Law Numbered 663 Concerning Restructuring of the Ministry of Health and subsidiaries, titled as "reconciliation process", states that claims about pecuniary and non-pecuniary damages of individuals derived from health care practices will be resolved by ministry through conciliation. Ministry is regulated in a position to invite the sides for resolution of the dispute and to fulfil the procedures, but not to be a side of the case and to undertake any responsibility for the reconciliation. Since health care practices are public services which must be provided by state as a result of social state principle because of being related with "right to live" directly, Ministry of Health to be defined as an intermediary for reconciliation about compensation of damages by health practice, will be negatively effecting public health, damaging the rights of patients and health care personnel notably medical doctors, and incompatible with the Rule of Law and Social State principles of Constitution.

Key words: Health practice, Malpractice, Damages, Compensation, Reconciliation, The Rule of Law, Social State.

*Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I.Genel Olarak;

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin "uzlaşma prosedürü" başlıklı 24.maddesi ile; sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde yapacakları maddî ve maneî tazminat başvurularının, maddede belirtilen usulle Sağlık Bakanlığı tarafından "uzlaşma" yoluyla halledileceği düzenlenmektedir. Anılan madde metni şu şekildedir;

"Uzlaştırma prosedürü

MADDE 24- (1) Sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde bu madde kapsamında yapacakları maddî ve maneî tazminat başvuruları Bakanlık tarafından aşağıdaki şekilde uzlaşma yoluyla halledilir.

a) Tazminat talebinde bulunan veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci,

b) Zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubu veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci,

c) Varsa ilgili meslek mensuplarının meslekî malî sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisi veya bunların birden fazla olması hâlinde ise aralarından seçecekleri bir temsilci,

Bakanlık tarafından uzlaşmaya davet edilir. Tarafların uzlaşma yolunu kabul etmeleri hâlinde, üzerinde anlaşmış oldukları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle uzlaşma süreci başlatılır. Uzlaşma en fazla üç ayda sonuçlandırılır. Bu süre bilirkişi görüşleri alınmadığı hallerde tarafların kabulü ile altı aya kadar uzatılabilir. Uzlaşma müracaatı dava açma süresini durdurur. Uzlaşma sağlanamaması hâlinde taraflarca tanzim edilecek tutanak veya taraflardan birinin talebi üzerine Bakanlık tarafından taraflara tebliğ edilerek verilecek belge tarihinden itibaren dava açma süresi yeniden başlar. Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, yerine getirilmesi gereken hususları içeren uzlaşma tutanağı tanzim edilir. Bu tutanak 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm

niteliğindedir. Uzlaştırma masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca karşılanır. Uzlaşma neticesinde belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenir. Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmaz.

(2) Uzlaştırıcı, meslekî kusur bulunup bulunmadığı hususunda Yüksek Sağlık Şûrasının belirlediği bilirkişilerin; uğranıldığı iddia edilen zarar miktarının hesaplanmasında adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan bilirkişilerin görüşüne başvurabilir"

Sağlık hizmetinin kamusal niteliği gereği, sağlık mesleklerinin uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlıkta doğrudan taraf olmaları beklenen/kuvvetle muhtemel olan; devlet (bakanlık), hasta veya hasta yakınları ile sağlık meslek mensubu arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde, yapılan düzenlemenin tarafların hak ve sorumluluklarına etkisinin irdelenmesi bu yazının amacıdır. Bu bir madde ile düzenlenen uzlaştırma faaliyetlerinin sağlıklı değerlendirilebilmesi, içinde yer aldığı KHK'nin² ve "sağlıkta dönüşüm ve reform" sürecinin, farklı görüşler dikkate alınarak, bir bütün olarak anlaşılmasını gerektirmektedir.^{3,4,5} Çalışmanın konusu ile sınırlı kalınarak ve öz olarak, devletin bir kamu hizmeti olan "sağlık" alanını, "rekabet" kural ve koşullarına açarak çekilmesinin organizasyon anlamında son adımlarından birini oluşturan KHK hükümlerinin, bir bütün olarak, sağlığı herkes için temel bir hak, dolayısı ile sağlanmasını devlet için görev kabul eden "sosyal hukuk devleti" anlayışındaki değişikliğin ifadesi olduğunu hatırlatmakla yetinilmektedir. Ancak her durumda, 1982 Anayasası'nda kamu sağlık hizmetleri ile ilgili görevlerinin, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak düzenleyici ve denetleyici işlevlerinden söz ederek düzenlenmesi, devletin sağlıkla ilgili yükümlülüklerini ve değiştirilemeyecek Anayasal ilkeleri göz ardı eden bir yorumu hukuka uygun kılmamaktadır.

Yaşam hakkının temeli olan sağlık hakkının yerine getirilmesinde, hizmetin herkese en iyi şekilde eşitlik ilkesine uygun verilmesi gerekirken, KHK'nin 34.maddesi ile hastanelerin "tıbbî ve malî kriterler

ile kalite, hasta ve çalışan güvenliği ve eğitim kriterleri"⁶ açısından sınıflandırılması, bu yolla insanlara farklı kalitede sağlık hizmeti verilmesinin baştan kabul edilmesi, hastaların ve dolayısı ile yakınlarının haklarını ihlal etmekte ve sağlık mesleklerinin icrasından zarar görmeyi kuvvetle muhtemel kılmaktadır. Anayasal bir sosyal hak olan sağlığın gerçekleştirilmesinde devlete düşen görevlerden en önemlisi sağlık hizmetlerinin tıbben ve bilimsel açıdan kaliteli olmasının sağlanmasıdır (Bulut, 2009).⁷ A tipi dışındaki kalan dört gruba dahil edilecek hastanelerde görev yapacak sağlık meslek mensuplarının ise, sağlıklı ve nitelikli bir ortamda, hastalarına öncelikle "zarar vermeme" ve "yararlı olma" ilkeleri temelinde işlerini yapma hakları yok sayılmaktadır. KHK.24.maddesinde düzenlenen "uzlaşma prosedürü", bu sağlık ortamında görülmesi kuvvetle muhtemel zararların, hekimlerin içinde bulunduğu sağlık meslek mensupları tarafından, "sigorta" vasıtasıyla ile güvence altına alınmış, "parasal tazmini" ile telafisini amaçlamaktadır. Yaşam hakkının "sağlık" ile yakın ilgisi sebebiyle, sağlık hizmeti ortamını her insan için en iyi düzeyde oluşturarak, sağlık zararlarını engelleme yerine, kayıpların maddi telafisinin önemli hale gelmesi, bir bütün olarak bakıldığında, KHK ve bir parçası olduğu dönüşümle ilgili, eleştirilmesi gereken temel anlayış olmaktadır.

Uzlaşma, "Sağlıkta dönüşüm ve reform" kapsamında, kötü hekimlik uygulaması ile ilgili yasa tasarıları içerisinde, 2002'den bu yana gündemde bulunmaktadır. Sağlık çalışanlarının mesleki sorumluluklarının sigorta ile birlikte yeniden düzenlenmesine ilişkin, "Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı" ve "Tıbbi Yanlış Uygulama (Tıbbi Malpraktis) Yasa Tasarısı" kapsamında, Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Üst Kurulu ve Kurulları oluşturularak, yargıdışı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak "uzlaşma" öngörülmüştür (Ersoy, 2004)⁸. Tartışmalara konu olan bu tasarıların yasalaşmaması üzerine, bu kez 663 sayılı KHK 24.maddesi ile "uzlaştırma prosedürü" başlığı altında tek bir madde ile düzenlenmektedir. Sağlık Bakanlığı'nın bir yasa tasarısı içinde topladığı kötü hekimlik uygulaması, sigorta ve uzlaştırma konularının taraflarınca

tartışılması ve benimsenmemesi üzerine, eleştiriler göz önüne alarak ve katılımcı bir süreci işleterek, yasa yapma tekniğine uygun bir yaklaşım izlenmesi yerine, zorunlu mesleki sorumluluk sigortasının torba bir yasa içinden 1219 sayılı yasa içine yerleştirilmesi, ardından mecliste görüşülmesi dahi beklenemeyecek ivedi bir gereklilik olsa gerek, 663 sayılı KHK. ile Sağlık Bakanlığı'nın "icracı" görevleri farklı kurumlara devredilirken, araya "uzlaşma prosedürü" başlığı altında bir madde ile eklenmesi yolu ile, programlanan sistemde ısrar edilmesi tercih edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının yeniden yapılandırılması için çıkarıldığı ifade edilen KHK'nin bir maddesi ile, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için "uzlaşma" yolunun, idarenin taraf olmadığı, ancak işlettiği bir süreç olarak tanımlanması, hukuki olarak bir çok açıdan eleştirilebilecek niteliktedir. Öncelikle, sağlığı esas olarak idarenin yerine getirdiği kamusal bir görev olmaktan tamamen çıkararak, idareyi sadece "düzenleyici ve denetleyici" bir role çeken, bu arada farklı sınıflarda sağlık hizmetini "standardize" ederken, ortaya çıkacak zararları ise idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde "sigorta" veya "çalışanın sorumlu tutulması" ile maddi olarak telafi etmeyi seçen bir yaklaşımın sağlık hizmetine uygunluğu tartışılmak zorundadır. Bu çalışmada, KHK'nin 24.madde düzenlemesi, "idarenin yasallığı, kamu hizmetinden hukuki sorumluluğu ve yargısal denetimi" yönünden Anayasal hukuk devleti ilkesi ışığında değerlendirilmeye ve madde içeriği çerçevesinde sağlık çalışanlarının mesleki sorumlulukları ve hasta hakları açısından irdelenmeye çalışılarak, bu çerçeve ile sınırlı ele alınmaktadır.

II. KHK.24.maddesi ile, Sağlık Bakanlığı'nın, taraf olmadığı bir uyuşmazlığın çözümünde "uzlaşma" için aracı olabilmesi ve "sağlık hizmeti" ile ilgili bir uyuşmazlık çözüm yolunda hukuki sorumluluk üstlenmemesi, taraf olmaktan kesin olarak çıkarılmasının, sosyal hukuk devleti ilkesi açısından değerlendirilmesi

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki KHK'nin "Amaç ve Kapsam"

başlıklı 1.maddesinde; "Sağlık Bakanlığı'nın ve bağlı kuruluşlarının teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleme" amacı ile çıkarıldığı belirtilmekte, "Görevler" başlıklı 2.maddesinde; Sağlık Bakanlığı'nın "herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlama" görevi genel olarak ifade edilmekte ve bu kapsamda yetki ve sorumlulukları sıralanmaktadır. Bu noktada sorun; sağlık mesleklerinin uygulanmasından doğan zararlar olarak ifade edilen, kişilerin sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlarının tazmini konusunda Sağlık Bakanlığı'nın görev ve yetkisinin sınırlarının çizilmesidir.

Devletin erklerinden "yürütme" kapsamında bir idari kuruluş olarak Sağlık Bakanlığı, KHK ile tanımlanan görevleri ile ilişkili olarak zarara uğradığını iddia eden kişilerin başvurusu üzerine durumu inceleyip, hizmet kusuruna bağlı bir zarar tespit edildiği takdirde ödeyebilir ve yine varsa sorumlusu kamu görevlilerine rücu edebilir. İdarenin yasal görev ve yetkileri çerçevesinde yerine getirdiği kamu hizmeti sebebi ile gördüğü zararın tazminini kendisinden isteyen yurttaşın talebini kabul etmesi, idare hukuku anlamında tazminat talepli "tam yargı" davası açılmadan önce, "idarenin yasallığı" ilkesi gereği hukuka uygun iş ve işlem yapma yükümlülüğüne aykırı işlem ve eylem sebebi ile oluşan hukuka aykırılığı giderme sorumluluğunun ifadesidir. Ancak KHK'nin 24.maddesinde uzlaşmada taraf olacaklar arasında yer almayan Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları, ayrıca "Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmaz" cümlesinden kesin olarak anlaşıldığı üzere, uzlaşma sonucu herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir. Bu durumda, Sağlık Bakanlığı'nın taraf olmadığı bir uyuşmazlığın çözümü için aracı olması, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin Anayasa hükmüne uygun düşmemektedir. KHK'nin 24.maddesinde uzlaşma yolu ile halledilmesi düzenlenen, sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan zarar iddiası, bir uyuşmazlık konusudur. KHK'nin 1.maddesinde düzenlenen amacı ve 2.maddesinde düzenlenen Bakanlığın görevleri arasında, "uyuşmazlık çözme" bulunmamaktadır. Bu açıdan, KHK. 24.madde düzenlemesi, Sağlık Bakanlığı'nın yasal görev ve

yetkilerini aşan niteliği ile, "idarenin yasallığı" ilkesine uygun bulunmamaktadır.

Öte yandan, uyuşmazlık çözümü, esas olarak devletin bağımsız yargı erkinin temel faaliyet konusudur. Bir uyuşmazlığın halli, bir yargılama faaliyetini gerektirir. KHK 24.maddesindeki düzenlenen uzlaşma süreci, her ne kadar tarafların kabulü ile işletilecek ve sonuçlandırılacak olsa da, hukuki bilgi ve deneyim eksiklikleri sebebi ile, yargı güvencesi dışında kalmaları haklarının olumsuz etkilenmesine yol açabilecektir. Bu durum, Anayasa'nın hakların korunmasını güvence altına alan 36.maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti" ve 37.maddesinde düzenlenen "kanuni hakim ilkesi"nin bir anlamda açılımını oluşturduğu, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin Anayasa hükmünü, şeklen olmasa da, nitelik ve amaçsal olarak zedeleyebilecek niteliktedir.

Daha da önemlisi, Sağlık Bakanlığı'nın konusu "sağlık hizmeti" ile ilgili bir zarar olan bir süreçte, taraf olmaktan çıkarılması ve bu madde kapsamında hiç bir ödeme yapılmayacağına ilişkin kesin düzenleme yapılmasıdır. KHK'nin 2.maddesinde yer alan "herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlama" görev ve yetkilerinin kullanımı, aynı zamanda yargısal denetime tabi hukuki bir sorumluluk getirmektedir. Anayasa'nın 125.maddesi gereği, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu kural, Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin 17.02.2004 tarih ve E.2001/119, K.2004/37 sayılı kararında "eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir"⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2004/721 E.-2007/230 K.sayılı ve 18.10.2007 günlü kararında; "Kural olarak,

idarelerin, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin kusurlu işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararları tazminle sorumlu oldukları idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemez belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir"¹⁰ denmekle, sağlık hizmeti sonucu bir zarardan, Sağlık Bakanlığı'nın hukuken sorumlu olma durumu ve koşullarının tespitinin yargılama gerektirdiği görülmektedir.

Sağlık mesleklerinin uygulanması sonucu doğan zararlarla ilgili açılan davalarda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda tartışmalı olan "hizmet kusuru" ile, kamu görevlisi sağlık personelinin "kişisel kusur"unun ayrılması hususunda 2011/4-64 E.,2011/200 K. ve 20.04.2011 günlü, en son benimsenen görüşe örnek kararda; "Sağlık hizmetlerinin nasıl, hangi koşullarda ve kimler tarafından yapılacağını saptamak, tedavi uygulayacak personelin alımı, eğitimi ve çalışma usullerini belirlemek, sağlık hizmetlerinin işleyişini denetlemek Sağlık Bakanlığı'nın yasayla belirlenen görevleri arasındadır. Bu görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle hizmet kusuru niteliğindeki idari işlem ya da eylemden doğan zararlardan dolayı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince İdareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir"¹¹ gerekçesi ile, Bakanlığın hukuken sorumluluğu vurgulanmaktadır. Bu kapsamda sadece kamu görevlisi sağlık personeli eliyle verilen sağlık hizmeti açısından değil, özel sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmeti açısından da, düzenleme ve denetim görevi sebebi ile sorumlu olan Sağlık Bakanlığı'nın,

"uzlaşma" sürecine ilişkin KHK.24.maddesinde, "sağlık mesleklerinin uygulanmasından doğan zararlar" olarak nitelendirilen, sağlık hizmetine bağlı zarar iddialarında "uzlaşma" yolunun taraflarca kabulü halinde sorumsuz kılınması, sağlık hizmetinin kamusal niteliği karşısında hukuka uygun değildir. Tedavi olmak amacıyla başvurduğu bir sağlık kurumunda, kötü sağlık meslek uygulaması sebebi ile iyileşemediği gibi, örneğin sakat kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemi ile başvuran kişiye, Bakanlık ilgili meslek mensubu ve varsa sigortasına ile birlikte uzlaşma davetinde bulunduğu, kabul etmeleri ve sonucunda belli bir miktar üzerinden anlaşmaları ve sigortanın ödediği durumda dahi, gerçekte zararın, sağlık kuruluşunda yeterli hijyen ve enfeksiyon kontrolü olmamasından kaynaklandığını, bunun ne taraflarca, ne varsa bilirkişi ve ne de uzlaştırıcı tarafından fark edilmediğini/ya da bu kişilerden gizlendiği bir koşulda, kamusal yollar dışında tamamlanan süreç sonucunda, KHK ile getirilen işlevi sadece denetleyici ve düzenleyici bile olsa sorumlu olduğundan, Bakanlık da dahil olmak üzere, kamu sağlığına zarar veren bu durumun gerçek sorumluları, uyuşmazlığın dışında kalacaktır. KHK.24.maddesi ile, kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar için tazmin yolu düzenlenirken, kamu idaresinin doğrudan ve peşinen hukuki sorumluluk kapsamı dışında tutulması, sonuçta idarenin yargı denetimi dışına çıkarılmasına yol açmakta, her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında olduğuna ilişkin Anayasal kural ve yine Anayasal hukuk devleti ilkesine uygun bulunmamaktadır.

Sağlık Bakanlığı, her bir yurttaşın sağlık hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür. Sosyal devlet sisteminde devlet, tüm yurttaşların beden ve ruh sağlığı içinde ve insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşayabilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır (Göze, 1976).¹² Sağlık, kişinin maddi ve manevi gelişimi için en temel ihtiyaçtır. Eşit ve nitelikli sağlık hizmeti alma yurttaş açısından bir sosyal hak, Devlet açısından görevdir. Kişiler, sosyal bir hak olan "sağlık"la ilgili Devleti hukuken sorumlu tutabilirler (Özveri, 2011)¹³. Sağlık Bakanlığı, sağlık mesleklerinin uygulanmasından

doğan herhangi bir zarar halinde sorumludur ve taraf olmak zorundadır. Her ne kadar 663 sayılı KHK ile, sağlıkla ilgili görevlerinin her birini ayırarak farklı kurumlara ve 2.basamak tedavi hizmetlerini yönetimini merkezi idareden ayırdığı hastaneler ve bunların birliklerine devretse de, sonuç olarak Sağlık Bakanlığı, KHK.nin 2.maddesinde yinelenildiği üzere, Anayasa'nın 56.maddesi çerçevesinde, "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" görev ve sorumluluğu altındadır. Bu sebeple Sağlık Bakanlığı'nın hukuki sorumluluğu bulunan bir konuda uzlaşmaya davet ile objektif bir arabulucu gibi davranması "uzlaşma" kurumunun mantığına ve kendisini taraf olmaktan çıkararak, sorun ve çözümünün dışında kalması, sağlık hizmetinin kamusal niteliği ve sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

III. KHK.24.maddesi ile düzenlenen "Uzlaşma Prosedürü"nün Sağlık Çalışanları ve Hasta ve/ya Yakınlarının Haklarına Etkileri

KHK.nin 24.maddesinde; sağlık mesleklerinin uygulanmasından zarara uğradığını iddia edenlerin, dava açma süresi içinde ve bu madde kapsamında maddi ve manevi tazminat başvurusunda bulunmaları halinde, Bakanlık tazminat talebinde bulunan kişiyi, birden çok kişi ise aralarından seçecekleri bir temsilciyi, zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubu, birden fazla olması halinde aralarından seçecekleri bir temsilci ve varsa ilgili meslek mensuplarının mesleki sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisini, birden fazla ise aralarından seçecekleri bir temsilcinin Bakanlık tarafından "uzlaşma"ya davet edileceklerini ve tarafların uzlaşma yolunu kabul etmeleri halinde, üzerinde anlaştıkları bir hukukçu uzlaştırıcı marifeti ile uzlaştırma sürecinin başlatılacağı düzenlenmektedir. Uzlaşma sonucunda belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenecek, Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmayacaktır.

Öncelikle, tazminat talebinde bulunan kişiler birden çok olduğunda, aralarından bir temsilci

seçmek zorunda olmaları sorun yaratabilecektir. Çıkarları birbirinden farklı olması muhtemel kişilerin, bunun farkında olmayarak uzlaşmayı kabul ile seçtikleri temsilci tarafından haklarının yeterince korunmaması, adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Aynı durum, sağlık personeli açısından fazlası ile söz konusu olacaktır.

KHK'nin 24.maddesinde düzenlenen uzlaşmayı kabul etmesi sebebi ile, hasta ve/ya yakınlarının hizmet kusuruna bağlı olarak Bakanlık'tan zararlarını talep ve tahsil edebilme şanslarının kalmaması, sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, kişisel haklarını olumsuz etkileyebilecek niteliktedir. Yargı yoluna başvurduğu takdirde daha külfetli ve uzun süreceğini düşünen veya kendisine kamu idaresinden yapılan davete güvenerek uzlaşmayı kabul eden hasta ve/ya yakınları açısından, Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluk dışında bırakılması ve süreçte taraf olmaması, sigortanın bu alanda deneyimli bir taraf olarak zararları karşılamamak için kendisini savunmada daha etkili ve başarılı olması ve diğer etkenler sonucunda, hukuk güvenliği dışında kalmaları ile, zararların tam karşılanamaması, veya sigortaca karşılanmayan zararların sağlık personelinin tahsilinde güçlük çekilmesi söz konusu olacaktır. Hukuksal olarak, ancak hakim tarafından takdir edilebilecek nitelikte bulunan manevi tazminat açısından, yine bağımsız mahkeme ve yargıç güvencesi dışında kalan kişilerin haklarının nasıl sağlanacağı belirsizdir, manevi tazminatın taraflarca pazarlık edilebileceği bir süreç, hukukun üstünlüğü ve hakkaniyet ilkesini zedeleyicidir.

Sağlık personeli açısından durum, daha olumsuzdur. Sağlık meslek mensuplarının, bir ekip ve ekipman hizmetinden tek başına sorumlu tutulma durumu ile karşı karşıya bırakılmaları, başlı başına haksızdır, ayrıca hastalar ve/ya yakınları gibi, sağlık çalışanlarının da alanında uzman sigortacılar karşısında haklarını korumada yeterli olamayacakları bellidir. Birbiri ile rekabet halindeki hastaneler ve birlikleri ile özel sağlık kuruluşları, güvenceli bir personel rejimi içinde çalışmayan ve yabancı personelin de gelmesi ile işsizlik tehdidi karşısında bulunan sağlık personelinin, istemese de, sorunların aleni yargılama yolu ile değil, "uzlaşma" yolu ile

seçilmesini tercih ederek, buna dolaylı olarak zorlayabilecektir. Her ne kadar, anılan maddede tarafların kabulü halinde uzlaşma yolunun işletileceği ve sonuçlandırılacağı düzenlenmiş olsa da, gerek sağlık personeli, gerek hasta ve/ya yakınlarının, yargı güvencesi dışında bir süreçte hukuki bilgi ve deneyim eksikleri, veya diğer baskı faktörleri sonucu zarar görmeleri kuvvetle muhtemel olacaktır.

"Uzlaştırma"nın anlamı sözlükte, "Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi amacıyla yapılan yasal çalışmaların tümü" ve/ya "iki yanın birbirine uymayan isteklerinde karşılıklı yararları birbirine yakınlaştırma yoluyla karşıtları arasında bir anlaşma sağlama"¹⁴ olarak açıklanmaktadır. Türkçe hukuk sözlüklerinde karşılığı olmayan bu sözcüğün, İngilizce karşılığı olan "mediation", hukuki açıdan tarafsız bir yanın objektif müdahalesi ile uyuşmazlığın barışçıl çözümüne yönelik girişim olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak, usulü ve kanun yolları ayrıntılı düzenlenen tahkime dahi, iki tarafın iradesine bağlı olmayan işler elverişsiz kabul edilmekte, TBMM'nde komisyonlarda olan "Arabuluculuk Yasa Tasarısı"¹⁶ ile yine kamu düzeni ile ilgili ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular dışarda bırakılmaktadır. Kamu hizmetinden kaynaklanan bir zarar iddiasını, kendiliğinden duruma müdahale ve takdir hakkı olmayan arabulucu/uzlaştırıcı¹⁷ eliyle, bir yanda hukuki deneyimi olmayan yurttaş ile diğer yanda profesyonel sigorta şirketi olacak şekilde, yargı güvencesi dışında, "uzlaşma" yolu ile çözümlenmesi, zarar gördüğünü iddia eden hasta ya da yakınları ya da zarar verdiği iddia olunan sağlık meslek mensubu açısından olduğu gibi, kamu yararı açısından da herhangi bir faydası olmadığı, ancak fazlaca sakıncalar içerdiği ortadadır. Sigorta şirketi doğal olarak kendi çıkarını korumak için elinden geleni yapacak, hasta ya da yakınlarını en az tazminata ikna etmeye çalışacak, her durumda kendi sorumluluğunu sınırlandırarak sağlık meslek mensubunun ödeme yapmasını sağlamaya çalışacaktır. Ancak uyuşmazlık niteliği itibarı ile, ne tahkim, ne uzlaşma veya arabuluculuk, herhangi bir yargı dışı bir çözüme, kamu yararı ilkesi temelinde elverişli değildir. Kamu hizmetine konu sağlıklı

yaşam hakkının ihlaline zemin sağlayıcı ve sosyal hukuk devleti ilkesine uygunsuzdur.

Hukukta her düzenlemenin bir sebebi olmak zorundadır. Mecelle 2.maddede Hukuk İlkeleri arasında düzenlendiği üzere; "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" (İlhan, 2011)¹⁸. KHK'nin amacı ve bakanlığın görevleri içinde yer almayan "Uzlaştırma prosedürü"nü, KHK'nin "Yüksek Sağlık Şurası, Tıpta Uzmanlık Kurulu, Sağlık Meslekleri Kurulu" başlıklı Dördüncü Bölümde, başlığı ile ilgisiz düzenlenmiş olması, adeta birden çok hükmün bir bütün olarak anlam ifade ettiği bir metnin ortasından çekilerek alınmış ve tesadüfen ilgisiz bir yere yerleştirilmiş izlenimi vermektedir. Hangi ihtiyaca karşılık düzenlendiği ve kimin işine yarayacağına tespiti önemlidir. Hasta ve/ya yakınları ile sağlık meslek mensupları açısından sakıncaları karşısında, idareyi sorumluluk dışı bırakmak dışında, sağlık hizmetine konu bir uyuşmazlığın tarafları yönünden olumlu bir etkisi belirlenmemektedir.

Hukukumuzda, sağlık mesleğinin icrasından doğan zararlarla ilgili yeterli koruma bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın uyuşmazlıkta taraf olduğu durumda, yurttaşın tazminat talebini iletmesi üzerine, konu ile ilgili idari soruşturma sonucu, zararın mevcudiyeti, varsa sebebinin sağlık hizmetinin örgütlenmesinden mi, yoksa sağlık meslek mensubunun kusurlu uygulamasından mı kaynaklandığının tespiti yapılacaktır. Sonucunda, hem zararın tazmini sağlanabilecek, hem de ileriye dönük benzer zararların engellenmesi için önlem alınabilecektir. Bu aşamada sorun çözülmediğinde, yargısal denetim yapılacaktır. Mahkeme tarafından, "yargı bağımsızlığı" ve "hakim teminatı" ilkelerinin güvencesinde yapılan yargılama sonucu hukuki olarak çözümlenecektir. Taraflar, kusurun ve maddi tazminatın hesaplanmasında, bilirkişi incelemesine başvurmada ve itirazla ilgili hakları açısından, yargı önünde daha güvenceli olacaklardır. Manevi tazminatın, uyuşmazlığın özel koşullarına göre takdiri, yukarıda belirtildiği üzere sadece hakimin yetkisinde bir husustur. Ne bilgi, ne deneyim açısından eşit durumda bulunmayan tarafların kabulüne dayalı bir "uzlaşma"dan, daha etkin ve adil bir çözüm olduğu hususu tartışmasız olan yargı yolu

ile hak aramanın tek zayıf yanı, daha uzun sürmesi ihtimalidir. Ancak bu durumun düzeltilmesi için gerekli kurum ve kuralların oluşturulması, idarenin sorumluluğundadır. İdarenin yargının sorunlarını çözüme yerine, uyuşmazlık çözümünü değişik yollarla "özelleştirme" tercihi, zaman içinde idarenin varlık nedeninin sorgulanmasına neden olabilecek hatalı bir yaklaşımdır. Sonuç olarak, idarenin etkin ve adil yargılamayı sağlaması halinde, yargı yolu ile çözüm, uyuşmazlığın niteliğine en uygun yoldur. Kaldı ki, KHK.24.maddesinde düzenlenen üç aylık ve en geç altı aylık sürelerle uyulmamasının bir yaptırımı olmadığına göre, uzlaşmanın yargı yoluna göre daha hızlı çözüm olacağına garanti bulunmamaktadır. Ayrıca zarar gördüğü veya verdiği iddia edilen hasta/yakını veya sağlık meslek mensubu kişiler, KHK gereği giderleri ve arabulucu ücretini kendileri ödemek zorundadır. Yargı yolunda yargılama giderleri için destek sağlayan adli yardım hakkı, uzlaşmada söz konusu değildir. İdarenin kendisine zararının tazmini için başvuran yurttaşı, sorumlu olduğu bir kamu hizmet alanında, sorunu "halletme" iddiasına karşın, arabuluculuk ve uzlaşma giderleri ile karşı karşıya bırakması haksızdır. Yargı yolu ile haklı çıktığı ölçüde yargılama giderlerini karşı yandan alabilen kişinin, aynı şansa sahip olmaması, aleyhine bir diğer durumdur.

Sonuç

663 sayılı KHK 24.maddesi ile "uzlaşma prosedürü" başlığı altında, hasta veya yakınlarının sağlık meslek uygulamasından dolayı maddi ve manevi tazminat istemi ile başvurularında, Sağlık Bakanlığı'nca sorunun halledileceği düzenlenmesi, ancak Bakanlığın süreçte taraf olmaması ve bu madde kapsamında tazminat ödemeyeceğinin açıkça belirtilmesi Anayasal sosyal hukuk devleti ilkesine aykırıdır ve hastalara ve/ya yakınlarına ve hekimlerinde içinde olduğu sağlık meslek mensuplarının haklarını olumsuz etkileyici niteliktedir. Sağlık hizmetinden idarenin hukuki sorumluluğunun tanındığı ve hukukumuzda mevcut hak arama yolları, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların karşılanması açısından yeterli ve daha güvenlidir.

Sağlık Bakanlığı'nın görevlerini denetleme ve düzenleme ile sınırlandıran KHK. ile, herkese eşit

ve iyi hizmet yerine, öngörüldüğü şekilde kalitesine göre kategorilere ayrılan sağlık ortamlarında, farklı nitelikte hizmet verilmesi sonucu hasta ya da yakınlarının görmesi kuvvetle muhtemel hale gelen zararlarının, bu ortamlarda çalışmaya mecbur kalan sağlık meslek mensupları veya onların sigortası ile parasal olarak karşılanması esas alınmaktadır. Sağlık hizmeti, piyasa koşullarında, rekabet temelinde kalitesi güvence altına alınabilen ve ayıplı olduğunda yerine misli konulabilen, yada para ile telafi edilebilen bir tüketim malı değildir. Anayasa hükümleri ile kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı tanınmış ve Devlete gerekli şartları hazırlayarak bu hakları sağlama görevi verilmiştir. "Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer."

(Karagülmez, 2012)¹⁹ Zayıflayan sosyal devlet anlayışı ve sonucu başta sağlık olmak üzere sosyal hakların sağlanmasında yetersiz kalınmasının, yoksulların Devletten umudu kesmelerine yol açması (Gül, 2008)²⁰ sonucu, hukuki sorumluluğunu da sınırlandırın idarenin varlık sebebi ve meşruiyeti tartışma konusu olacaktır. Sağlık hizmetini, zarar vermemeyi güvence altına alacak şekilde nitelikli organize etme ve herkes için eşit sağlama hedefi yerine, farklı kategorilerde hizmet sonucu zarar olasılığını göze alıp, hizmeti verenler tarafından tazmini ile telafi anlayışı, sağlık alanına uygun olmasa gerektir. Uzlaşma prosedürü sonucunda hiç bir şekilde tazminat ödemeyeceği açıkça belirtilerek, idareyi (Sağlık Bakanlığı'nı) etkilemesi uygun görülmeyen bir uyuşmazlık çözüm yönteminin, sağlık mesleklerinin uygulanmasında hizmeti alan ve verenlere layık görülmesi haksızdır. Uzlaşmayı kabul ve vazgeçmenin "taraf"ların iradesine bırakılmış olması, bilgisizlik ve/veya zorunluluk halleri göz önüne alındığında, yargı güvencesi dışında kalacak olan hasta veya yakınları ile sağlık meslek mensupları

açısından adil ve kabul edilebilir sonuçlar sağlayacağı anlamına gelmemektedir.

DİPNOTLAR

1. Resmi Gazete'de 02.11.2011'de yayımlanan 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)

2. Gerek şekil, gerek Anayasal ilkeler ile temel haklar çerçevesinde öz olarak KHK ile ilgili Anayasa'ya Aykırılık Değerlendirmesi için bkz. <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/hukuk-2947.html>, ulaşım tarihi 05.01.2012. (Av. Ziyet Özçelik, Av. Semra Demir, Av. Kürşat Bafra, Av. Birkan Karaduman, Av. Özgür Erbaş)

3. <http://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/sarefdoyap.pdf>, http://www.ttb.org.tr/kutuphane/khk_brosur.pdf, http://www.ses.org.tr/index.php?option=com_cont http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/haber_goster.php?id=1300,ent&view=article&id=1683:gss-saliin-hak-olmasindan-sermayeye-devr-suerec&catid=79:2010&Itemid=29, <http://www.turksaglikxen.org.tr/haberler/1309-yeni-haber-9914-saglikta-donusumde-son-nokta-teskilat-kanunu-.html>, vd., ulaşım tarihi 05.01.2012.

4. 2008 Kavşağında Türkiye: Siyaset, İktisat ve Toplum. Bağımsız Sosyal Bilimciler. Yordam Kitap: 42. 2008 İstanbul. ISBN-978-9944-122-34-4. S.221-242. http://www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/BSB2008.pdf, erişim tarihi 05.01.2012

5. Onur Hamzaooğlu, "Yeni Liberal Politikalar ve Türkiye'de Sağlıkta Reform-Dönüşüm", Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2007, Cilt 22, Sayı 6. (418-431)

6- 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) madde 34/1.

7- Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar. XII Levha İstanbul Haziran 2009. 208-210.

8- Yüksel Ersoy, "Tibbî Hatanın Hukukî Ve Cezaî

Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği(TBB) Dergisi, Sayı 53, 2004, s.161-191.

9- Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2010'da Resmi Gazetede yayımlanan Esas : 2010/29 Karar : 2010/90 Karar Günü : 16.07.2010 kararından(<http://khyk.kazancihukuk.com>)

10. www.kazanci.com.tr, 07.01.2012.

11. www.kazancihukuk.com, ulaşım tarihi; 05.02.2012.

12. Aysel Göze. Sosyal Devlet Sistemi. İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2175. Hukuk Fakültesi No.:488. Fakülteler Matbaası. İstanbul 1976. 139

13. Murat Özveri, "Türk Hukukunda Sosyal hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi", Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Petrol İş yayını 166, İstanbul 2011, s.139-157.

14. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 05.01.2011.

15. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/mediation>, 10.01.2012.

16. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0486.pdf>, 05.01.2012.

17. Hukuki açıdan farklı işlevler yüklenen uzlaştırıcı ve arabulucu kavramları madde içinde ücretin nitelendirilmesi ile aynı anlamda kullanılmış gözükmemektedir.

18. Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle. Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle. Yetkin Yayınları, Ankara 2011. 47.

19. Anayasa Mahkemesi 22.11.2007,E.2004/114,,2007/85'den aktaran Ali Karagülmez, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar". Anayasal Sosyal Haklar, Legal İstanbul 2012. 190.

20. Erder,98,111'den aktaran Hüseyin Gül ve Songül Sallan Gül, "Yoksulluk ve Yoksulluk Kültürü Tartışmaları",Türkiye'de Yoksulluk Çalışmaları (Der.Nurgün Oktik), Yakın 1.bası İzmir Ekim 2008. (57-96)66

KAYNAKLAR

Bağımsız Sosyal Bilimciler (2008) 2008 Kavşağında Türkiye: Siyaset, İktisat ve Toplum. Bağımsız Sosyal Bilimciler. Yordam Kitap: 42. 2008 İstanbul. ISBN-978-9944-122-34-4. (221-242) http://www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/BSB2008.pdf, ulaşım tarihi 05.01.2012.

Bulut, N. (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar. XII Levha 1.bası İstanbul.

Ersoy, Y. (2004)"Tıbbi Hatanın Hukukî Ve Cezai Sonuçları".Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 53. (161-191).

Göze,A. (1976) Sosyal Devlet Sistemi. İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2175. Hukuk Fakültesi No: 488. Fakülteler Matbaası. İstanbul.

Gül,H. Sallan Gül, S.(2008) "Yoksulluk ve Yoksulluk Kültürü Tartışmaları",Türkiye'de Yoksulluk Çalışmaları(Der.Nurgün Oktik), Yakın 1.bası İzmir (57-96)

Hamzaooğlu , O. (2007)" Yeni Liberal Politikalar ve Türkiye'de Sağlıkta Reform-Dönüşüm", Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2007, Cilt 22, Sayı 6.(418-431)

İlhan,C. (2011) Günümüz Türkçesiyle Mecelle. Yetkin Yayınları. Ankara.

Karagülmez, A. (2012) "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar". Anayasal Sosyal Haklar(Ed.Kaboğlu,İ.Ö.), Legal İstanbul. (177-202).

Özçelik, Z. Demir, S.Bafra, K. Karaduman, B. Erbaş,Ö (2012) KHK ile ilgili Anayasa'ya Aykırılık Değerlendirmesi. <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/hukuk-2947.html>, ulaşım tarihi 07.01.2012.

Özveri, M. (2011) "Türk Hukukunda Sosyal hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi", Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Petrol İş yayını 166, İstanbul.(139-157).