

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
BİLGİ YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA
ARABULUCULUK**

Serap DEMİR

Danışman

Prof Dr Serkan ODAMAN

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kurumunun Uygulanması” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../..2019

Serap DEMİR

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi/

Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

Serap DEMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Bilgi Yönetimi Anabilim Dalı

Sağlık Hukuku Programı

Bu çalışmada, Türk hukuk sisteminde çok yeni bir kavram olan arabuluculuk müessesinin sahip olduğu dostane çözüm tekniklerinin Sağlık Hukukundaki uygulamalarda bir çözüm yöntemi olarak kullanılabilirliği incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle malpraktis kavramı ve hasta-hekim hakları açıklanarak hasta-hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği; vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekaletsiz iş görme hükümleri ve haksız fiil ilişkileri bağlamında incelenmiştir. Sağlık Hukuku alanında hasta, hekim ve devlete ait yükümlülükler ortaya konmuş ve kanun maddelerine ilişkin pratikler paylaşılmıştır. Müteakiben Türk Hukuk Sisteminde arabuluculuk kavramı detaylı olarak açıklanmış ve son bölümde sağlık hukukunda dostane çözüm, iradi, gizli ve daha az masraflı olması açısından en uygun çözüm yöntemi olan arabuluculuk hukukunun önemi, uygulamaları ve hukuk uyuşmazlıkları açısından arabuluculuk kanununun sağlık hukukundaki yeri ortaya konulmuştur.

Bu çalışmada ayrıca, hukuk sistemimizde varsa mevcut tıkanıklıkların kısa sürede çözümüne yönelik tıp hukukunda eğitim almış uzman arabulucuların gerekliliği konusunda naçizane bilgiler de ilave edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hukuku, hasta hakları, sözleşme, arabulucu, dostane çözüm, gizlilik.

ABSTRACT

Master's Thesis

Health Law-health complications and mediator

Serap DEMİR

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Information Management

Health Law Program

In this study, the usability of amicable solution techniques of mediation, which is a very new concept in Turkish legal system, as a solution method in health law applications is examined. In this context, firstly the concept of malpractice and the rights of patients and doctors were explained, the legal nature of the patient-doctor relationship in the context attorney agreement, work contract, unfair act and unfair act relationships. In the field of Health Law, the obligations of the patients, doctors and the state were explained and the practices related to the articles of the law were shared. Subsequently, the concept of mediation in the Turkish Legal System is explained in detail and in the last section, the importance of mediation law, which is the most appropriate solution method in terms of amicable solution, voluntary, confidential and less costly in health law, and the place of mediation law in health law in terms of law disputes are explained.

Furthermore, in this study, humble information about the necessity of expert mediators who have been trained in medical law in order to solve the existing blockages in our legal system in a short time has been added.

Keywords: Health Law, patient rights, contract, mediator, amicable solution, privacy.

SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xii

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM SAĞLIK HUKUKU

1.1. GENEL OLARAK SAĞLIK HUKUKU	4
1.2. SAĞLIK HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI	5
1.3. SAĞLIK KURUMLARI.	10
1.4. İLGİLİ MEVZUAT	16
1.5. UYUŞMAZLIK VE ANLAŞMAZLIK KAVRAMLARI	17
1.6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	18
1.6.1. Uyuşmazlık ve Çözüm Yolları Arabuluculuk / Uzlaşma Tahkim	18
1.6.2. Mini duruşma	20
1.6.3. Müzakere	21
1.6.4. Arabuluculuk	21
1.6.5. Tahkim	22
1.6.6. Uzlaşma	23

İKİNCİ BÖLÜM
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI SAĞLIK HUKUKU

2.1. GENEL OLARAK	24
2.2. ARABULUCULUK KANUNU VE SAĞLIK HUKUKU	25
2.3. ARABULUCULUK KAVRAMI	28
2.3.1. İlgili Kavramlar	28
2.3.2. Arabuluculuk Mevzuatı	30
2.2.3. Arabuluculuk Kurumunun Amacı	32
2.4. ARABULUCULUK KURUMUNUN ÖZELLİKLERİ	33
2.5. ARABULUCULUK KURUMUNUN SAHİP OLDUĞU İLKELER	33
2.5.1. Genel Olarak	33
2.5.2. Arabulucunun Tarafsız Olması	33
2.5.3. Arabulucunun Verdiği Kararın Bağlayıcı Olmaması	34
2.5.4. İradiliğin Esas Olması	35
2.5.5. Arabulucunun Yetkisini Taraflardan Alması	36
2.5.6. Gizliliğin Esas Olması	36
2.6. ARABULUCULUĞUN OLUMLU TARAFLARI	38
2.6.1. Genel Olarak	38
2.6.2. Arabuluculuk Süreci Hızlıdır	39
2.6.3. Arabuluculuk Süreci Ekonomiktir	39
2.6.4. Sadece Uzman Kişiler Arabulucu Olabilir	39
2.6.5. Arabuluculukta Taraflar Kendilerini Daha İyi İfade Eder	39
2.6.6. Arabuluculukta Kontrol Taraflardadır	40
2.6.7. Mahkeme Yükünü Azaltır	40
2.6.8. Her İki Tarafı da Tatmin Sonuçtan Olur	40
2.6.9. Karar Taraflara Göre Verilebilir	41
2.6.10. Arabuluculuk Süreci Gizlidir	41
2.7. ARABULUCULUĞUN OLUMSUZ TARAFLARI	41
2.8. ARABULUCUNUN GÖREVİ VE ÖZELLİKLERİ	42
2.9. ARABULUCULUK YÖNTEMİYLE ÇÖZÜLEBİLECEK UYUŞMAZLIKLAR	42

2.9.1. Genel Olarak	42
2.9.2. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemler	44
2.9.3. Üçüncü Kişiler Bakımından	44
2.9.4. Kamu Düzenine Giren Alanlar Bakımından	45
2.9.5. İcra Edilebilirlik Şerhi Bakımından	45
2.10. ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN İŞLEYİŞİ	45
2.11. ARABULUCULUK KANUNU KAPSAMINDA ARABULUCULUĞUN SONA ERMESİ VE UZLAŞMA SAĞLANMASI	48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

3.1. GENEL OLARAK	50
3.2. İDARE, HASTA, HEKİM, HASTAHANE HAKLAR ÇATIŞMA YARGI ÖNCESİ UYUŞMAZLIK TA UYGULANMA	52
3.2.1. Hasta Hakları	52
3.2.2. Hasta Yükümlülükleri	55
3.2.3. Hekim Hakları	56
3.2.4. Hekim Yükümlülükleri	57
3.3. TIBBİ MÜDAHALE	59
3.3.1. Tıbbi Müdahalenin Unsurları	60
3.3.1.1. Tıbbi Müdahale Yetkili Kişi Tarafından Yapılmalıdır	60
3.3.1.1.1. Sağlık Personeli Kavramı	61
3.3.1.1.2. Uzmanlık	61
3.3.1.1.3. Yetkisiz Kişilerin Yaptığı Tıbbi Müdahaleler ile Acil Durumlar ve İlk Yardım	62
3.3.1.2. Müdahalede Tıbbi Zorunluluk Bulunması: “Endikasyon Şartı”	63
3.3.1.2.1. Genel Olarak	63
3.3.1.2.2. Tıbbi Endikasyon Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler	65
3.3.1.3. Aydınlatılmış Rıza	66

3.3.1.3.1. Aydınlatma	66
3.3.1.3.1.1. Genel Olarak	66
3.3.1.3.1.2. Aydınlatma Çeşitleri	67
3.3.1.3.1.3. Aydınlatılacak Kişi	68
3.3.1.3.1.4. Aydınlatma Yükümlüsü	68
3.3.1.3.1.5. Aydınlatma Zamanı	68
3.3.1.3.1.6. Aydınlatmanın Kapsamı	69
3.3.1.3.1.7. Aydınlatmanın Şekli	69
3.3.1.3.1.8. İspat Yükümlülüğü	70
3.3.1.3.1.9. Aydınlatmanın Mümkün Olmaması ve Ameliyat Sırasında Aydınlatma	71
3.3.1.3.1.10. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı veya Yapılamayabileceği Haller	71
3.3.1.3.1.11. Hukuka Aykırı veya Hatalı Aydınlatma ve Bunun Sonuçları	72
3.3.1.3.2. Rıza	73
3.3.1.3.2.1. Genel Olarak	73
3.3.1.3.2.2. Rıza Açıklaması	73
3.3.1.3.2.4. Rızanın Kapsamı	75
3.3.1.3.2.5. Rıza Gerekmeyen Haller	75
3.3.1.3.2.6. Tıbbi Müdahalenin Rızaya Rağmen Hukuka Aykırlığı	76
3.3.1.3.2.7. Varsayılan Rıza ve Muhtemel Rıza	76
3.3.1.3.2.8. Rızayı Sakatlayan Haller	77
3.3.1.3.2.9. Rızanın Geri Alınması veya Durdurulması	77
3.3.1.4. Özenli Tıbbi Müdahale	77
3.5. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) ve SAĞLIK HUKUKUNDA SORUMLULUK	78
3.5.1. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)	78
3.5.1.1. Genel Olarak	78
3.5.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis)	79
3.5.1.3. Uygulamada Görülen Tıbbi Uygulama Hataları	83

3.5.2. Tazminat Sorumluluğu	85
3.5.2.1. Genel Olarak	85
3.5.2.2. Hekimin Sorumluluğu	86
3.5.2.2.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	86
3.5.2.2.1.1. Doktorun Hukuki Sorumluluğunun Ortaya Çıkması	87
3.5.2.2.1.2. Doktorun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu	89
3.6. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YÖNTEMİNE UYGUNLUĞU	90
3.7. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) ve SAĞLIK HUKUKUNDA SORUMLULUK	93
3.7.1. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)	93
3.7.1.1. Genel Olarak	93
3.7.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis)	94
3.7.1.3. Uygulamada Görülen Tıbbi Uygulama Hataları	98
3.7.2. Tazminat Sorumluluğu	99
3.7.2.1. Genel Olarak	99
3.7.2.2. Hekimin Sorumluluğu	100
3.7.2.2.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	101
3.7.2.2.2.1. Doktorun Hukuki Sorumluluğunun Ortaya Çıkması	102
3.7.2.2.2.2. Doktorun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu	104
3.7.3. İdarenin Hukuki Sorumluluğu	105

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

4.1. GENEL OLARAK	110
4.1.1. Sağlık Hizmetlerinin Kötü Uygulanma Veya Hiç Uygulanmaması Hata Olması Kapsamında Mali Sorumluluk Sigortası Ve Uzlaşma Arabuluculuk	112
4.1.2. Sağlık Hizmetlerinin Uygulanmasında Yaşanan Uyuşmazlıklar Açısından Arabuluculuk Kurumunun Rolü	112

4.1.3. Sağlık Tıp İlimi Uygulama Hataları (Tanı Teşhis Tedavi Ve Sonraki Devamında Oluşacak) Uyuşmazlıkla Açısından Arabuluculuk Kurumunun Etkileri	113
4.1.4. Sağlık Hukukunda Yargı Öncesi Alternatif Çözüm Olarak Arabuluculuk Mu Yada Uzlaştırma Mı Daha Etkin	114
4.1.5. Sağlık Hizmetlerinin Kötü Uygulanma Veya Hiç Uygulanmaması Hata Olması Kapsamında Mali Sorumluluk Sigortası Ve Uzlaşma Arabuluculuk	115
4.1.6. Sağlık Hizmetlerinin Uygulanmasında yaşanan uyuşmazlıklar açısından Arabuluculuk Kurumunun rolü	116
4.1.7. Sağlık Tıp ilmi uygulama hataları (Tanı Teşhis Tedavi ve sonraki devamında oluşacak) uyuşmazlıkla açısından Arabuluculuk kurumunun etkileri	117
4.1.8. Sağlık hukukunda Yargı öncesi Alternatif çözüm olarak Arabuluculuk mu yada Uzlaştırma mı daha etkin	117
4.2. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YÖNTEMİNE UYGUNLUĞU	118
4.3. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN ÖNEMİ	121
4.4. TÜRK SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN UYGULAMALAR	124
4.5. İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUK VE SAĞLIK HUKUKU	126
SONUÇ	129
KAYNAKÇA	136

KISALTMALAR

AHUAFK	Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu
BM	Birleşmiş Milletler
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HUAK	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
md.	madde
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

Günümüzde artık git gide sosyalleşen ve karmaşıklaşan toplumlarda insanlar arasındaki ilişkilerin farklılığı ve bu farklıların hızla artması, anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların sayısının ve çeşitliliğinin hızla artmasına sebep olmuştur. Toplum ve yargı sistemi bakımından faydaları olan Arabuluculuk Kurumu başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere birçok ülkenin hukuk sistemlerinde 1970 yıllarından beri yerini almaya başlamıştır,

Modern Devlet Kuramına göre insanlar bu anlaşmazlık ve uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulmasını, ihkak-ı hak yaparak kendi aralarında değil de ‘‘Sosyal Sözleşme’’ gereği yetkilerinin bir kısmını devrettikleri Devlet’e, yani onun yargı organlarına bırakarak sağlamak zorundadır.20 yüzyılın başlarında Arabuluculuk, uzlaşma kurumunun kullanım alanları oldukça sınırlı idi. Sadece küçük çaplı hukuki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmı ta iken günümüzde uyuşmazlığın boyutu ve türüne olursa olsun aile hukukunda, iş ve ticaret hukukunda, çevre hukukunda ve hatta sağlık hizmetleri sunumunda veya tıbbi hata durumlarında bile kullanılabilmektedir.

Özellikle sağlık hizmetleri doğası gereği uyuşmazlığı yaşanabileceği bir sahadır.Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında ki kanun hükmünde kararnameler ve son değişiklikler, tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı tazminat yükümlüsünün belirlenmesi açısından idari yargılamada yansımaları ,komplikasyon ve malpraktis ayrımı açısından çoğalan davalar sonucunda ödenen tazminatlar nedeniyle Amerika birleşik devletlerin deki reform kapsamında yargı öncesi çözüm usulleri ve sigorta sistemi ilk olarak Sağlık alanında tazminat davalarında hekimler üzerinde ki baskı giderilmeye çalışılmış fakat son yıllarda tıbbi uygulama hatalarından dolayı tazminat davalarının artması nedeniyle yargıda yaşanan tıkanıklıklar başka alternatif çözüm yöntemlerine ihtiyacı doğurmuştur.

Bundan dolayıdır ki; toplumlardaki anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çözümü için düşünülecek ilk yer olarak yargısal yollar gelirken,. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ve özellikle de Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan ve günümüzde dünyanın birçok ülke hukuk sistemlerinde de kendine yer bulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden uzlaşma mekanizması ve uzlaşma komisyonları sağlık çalışanları ve sigorta şirketleri dahil olmuştur.

Sağlık Sigorta şirketleri ve/ veya özel veya kamuya ait sağlık hizmetleri sunan kurumlar ile yaşanan anlaşmazlıkların karmaşıklığı ve zorluğu karşısında en öne çıkan yöntem sağlık ve tıp hukukunda gizlilik esaslı ön planda olduğu için arabuluculuk müessesesi alternatif bir çözüm olarak karşımıza çıkmıştır.

Sağlık ve Tıp hukukunda uzlaşma ve Arabuluculuk zaman zaman birbiri yerine kullanılmasında ceza yargılanması kapsamında uzlaşma özel hukuk kapsamında tazminat istemlerinde ise Sağlık Tıp hukukunda en uygun yöntem Arabuluculuk müessesesi olabileceği konusunda yeni bir alternatif çözüm mekanizması olarak Sağlık Hukuku tazminat davalarına alternatif çözüm yöntemi olarak anlatılmaya çalışılmıştır.

Sağlık ve Tıp Hukuku kapsamında hastanın teşhis tedavi tanı ameliyat hatalı uygulama kişiye bağlı veya idareden kaynaklanan cezai hukuki tazminat sorumlulukları kapsamında hastanın özel kamu hastahaneleri ile sağlık çalışanları veya hekime eser sözleşmesi vekalet sözleşmesi karma sözleşme zamanaşımı müracaat edebileceği yargısal yollar zamanaşımı süreleri ceza davaları kapsamında haksız fiil sorumluluğu şikayet ve devamında uzlaşma kurumu özel hukuk kapsamında tazminat hekim hastahane ,idare den istenen tazminat davalar kapsamında hekimlerin sorumluluğunun nerede başlayıp nerede bittiği konusunda yargı kararlarına da doktrinde ki görüşler açıklanmaya çalışılmıştır.

Arabuluculuk müessesesi ile uzlaşma kurumunun Sağlık ve Tıp Hukuku hasta hekim sağlık çalışanları organik yapı, çalışan personelin özlük hakları tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı tazminat yükümlüsünün yargı öncesi çözüm yöntemlerinin uygulanabilirliği konusunda bilgiler Arabulucu nedir nasıl olmalıdır yöntemi nasıl olmalı bu konuda da bilgilendirmelere de yer verilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu'nda ve 5237 sayılı Türk ceza Kanununda kurumun adı ‘ Uzlaşma ‘olarak düzenlenmiş olup 6325 sayılı Arabuluculuk yasası da 7/6/2012 tarihinde Türk Hukuk Sisteminde yerini alırken ,sağlık hizmetleri ile hasta hekim ilişkisi hastahane açısından arabuluculuk uzlaşma konularına yer verilmiş Sağlık hukukunda Arabuluculuğun uygun olması ve uygulamaya ilişkin öneriler anlatılmaya çalışılmıştır.

Tezimizde hukuk sistemimizde reform kabul edilebilecek pek çok değişiklikle bazı ülkelerin sağlık hizmetlerinde uzun süreden beri uygulama alanı bulan Arabuluculuk Kurumu ceza hukuku kapsamında da uzlaşma kurumu ile birlikte yerini almış Türk hukuk sisteminde tıp ve sağlık hukuku kapsamında uzlaşma Arabuluculuk sisteminin uygulanması model oluşturması ve Arabuluculuk Kurumu ile ilgili bilgiler vererek katkı sağlama amacı güdülmüştür

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HUKUKU

1.1. GENEL OLARAK SAĞLIK HUKUKU

İnsanların sahip oldukları en temel hakları arasında ilk sıralarda sağlıklı ve dengeli bir ortamda ve çevre içerisinde hayatını sürdürme hakkı gelmektedir. Zira bedeni veya ruhsal sağlığının bir bölümünü veya tamamını kaybetmiş olanlar, sahip oldukları öteki hak ve özgürlükleri kullanamayabilir veya bu bilinç ve farkındalıklardan uzaklaşabilmektedirler.

Bireyin sağlıklı yaşamasını gerçekleştirme görevi anayasa güvencesiyle devlete yüklenmiştir. Devlet, bu görevlerini yerine getirirken, sağlık sektörü çalışanlarının ve sağlık hizmetinden faydalananların haklarından doğru ve etkin bir şekilde istifade etmelerinden de sorumludur¹.

Dünya Sağlık Örgütü'nün geniş tanımlaması; mevcut sağlığın gözlemlemesi, geliştirilmesi ve devam ettirilmesi, sağlık hizmeti, sağlık çalışanlarının yada birimlerinin hastalıkların ve yaralanmaların önlenmesi, tıbbi açıdan sürekli yeniliklere açık hastalıkların tedavisi takibi kontrolü yaşam kalitesinin optimum düzeyde sağlıklı ve fonksiyonel olmasını sağlamak adına aldığı hizmetlerdir.

Günümüzde bilhassa bilim ve teknoloji alanında geline nokadaki ilerlemelerinin tıp ve sağlık sektöründeki yansımaları oldukça dikkat çekici bir düzeyde çeşitlenmiş ve ilerlememiştir. Buna paralel olarak sağlık alanındaki bu çeşitlilik ve büyümeler, çeşitli sorunları da beraberinde getirmiş ve neticede bir ihtiyaç olarak duruma uygun yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Sağlık hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma birbiri yerine kullanılıyor gibi gözükse de ülkemizde sağlık hukukun kapsamı son derece geniş olmakla birlikte mevzuatı da dağınık durumdadır.

Sağlık hukukunda arabuluculuk kısa sürede mümkün olduğunca yargıya yansımadan uyuşmazlıkların taraflar arasında görüşülmesini sağlamak yanında

¹ Güneş Gürseler, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Ed.: Hakan Hakeri / Cahid Doğan,) Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 306, Ankara, Kasım 2015, s.17.

güvene dayalı hekim- hasta ilişkisini geliştirmek amacı bakımından da önem arz etmektedir.

Bu çalışmamızın birinci bölümde maddi hukukun² bir dalı olarak “Sağlık Hukuku” ndan; ikinci bölümde usûl/şekli hukuk³ dalı içerisinde kendine yer edinen “Arabuluculuk Kurumu” ndan; üçüncü bölümde ise “Türk Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kurumunun Uygulanması” na dair değerlendirmeler dördüncü bölümde ise ‘ Arabuluculuk kurumunun Sağlık hukuku bakımından (Tanı Teşhis Tedavi ve sonraki devamında oluşacak) uyuşmazlıklar açısından Arabuluculuk kurumun Türk hukuku yönünden önemi uygulamalar neden uygulanmalı , uzlaşma kurumu ile beraber değerlendirmelerle birlikte Arabuluculuk kurumunun Türk hukuk sistemine adaptasyon uygulanması ile ilgili örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Bundan dolayı konunun ele alınmasından önce en temel kavramları açıklamak ve anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramsal sonuçları neler olabilir çözüm yöntemleri yaklaşım metotlarını da açıklamak faydalı olacaktır.

1.2. SAĞLIK HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

Sağlık hukuku sadece sağlık hizmeti talep edenler ile bu hizmetleri sunanlar (hastalar ile sağlık hizmeti veren kişi ve kurumlar/kuruluşlar) arasındaki ilişkileri değil, bunların Devletle olan ilişkilerini de düzenler.

Sağlık hizmetinden faydalananlar, sağlık hizmeti sunanlar ve bazı yardımcı kuruluş ile devletin, her birisinin birbirleriyle münasebetlerinde ortaya çıkan ihtilaf durumlarını konu edinen özel hukuk ve kamu hukuku konusundaki kuralların oluşturduğu ,karma aynı zamanda oldukça geniş bir hukuk dalı olarak kabul edilmektedir⁴.

Hekim kelimesi, Arapça Ha-ke-me sözcüğünden türetilmiş olup, kök anlamı akıllı ve becerikli demektir. Allah ın sıfat isimlerinden biri hâkim kelimesi, hikmet ve felsefeyle meşgul olan, tabip anlamında kullanılmaktadır.,

² “Hakların gerçek içeriğini düzenleyen (medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku vb.) kurallar yani şekli hukuk (usûl hukuku) karşısı olan hukuk dalı”. Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 467.

³ “Türk hukukunda yargulamaya ilişkin kuralları sistemleştirip inceleyen hukuk dalı”. Yılmaz, s.780.

⁴ Şimşek, s. 3536; Özçetin ve Balaban, s. 14; Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2011, s. 168; Hakeri, s. 30.

Doktor terimi de aynı anlamda kullanılmaktadır. Latince öğretmen anlamına gelen doktor kelimesi, İnsanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, hekim, tabip anlamlarına gelmektedir Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçinde Hekimlik Mesleğinin İcrası İçin Aranılan Şartlar Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye hekim adı verilmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimlik yapabilmek ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.

Türk Tabipleri Birliği Kanunu' na göre, hekim serbest olarak çalışacaksa, bir ay içerisinde Tabip Odasına kayıt olmak zorundadır. Fakat devlet memuru statüsünde olanlar ile hekimlik yapmayan kişiler odaya kayıt olmak zorunda değildirler; bu kişiler, dilerlerse odaya kayıt yaptırabilirler. Hasta Hasta Hakları Yönetmeliği nin 4. maddesinin b bendine göre, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse hasta olarak tanımlanmıştır.

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesiyle ilgili 224 sayılı Kanun 2'nci maddesi kapsamında söz konusu düzenleme ile uyumlu olarak *“Sağlık; yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir”* şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Burada hemen ifade edilmelidir ki, sağlık tanımlamasında kendisine bir unsur olarak yer edinen *“sosyal ölçütler”*, özellikle psikolojik ve realiteye yönelik tedavilerle estetik müdahalelerin açısından oldukça önemlidir.

Hasta; sağlık hizmetlerini alma ve bunlardan faydalanma hakkı bulunan kimseler şeklinde tanımlanabilmektedir (Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. Maddesi).

Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişilere hasta denildiği gibi, sağlık bakımından bir sorunu olmadığı halde, örneğin estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dinî düşüncelerle ya da tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen kürtaj gibi sebeplerle hekime başvuran kişiler de hasta olarak değerlendirilmektedir.

Çünkü bu sebeplerle de olsa hekime başvuran kişi sonuçta sağlık hizmeti talebinde bulunmaktadır. Hastalık Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, ruh sağlığının bozulması durumu hastalık olarak ifade edildiği gibi, vücut veya zihinde meydana gelen, rahatsızlık,

⁵ Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir, 2015, ss. 3535-3556.

dert ve görev bozukluğuna sebep olan belirli bir anormal duruma da hastalık denilmektedir.

Tedavi Hastalıklardan korunma tedbirlerini, hastalıkları belirlemeye yönelik teşhisi, hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması ile hastalıktan sonraki bakımı da kapsayan sürece tedavi denilmektedir

Sağlık; “*kişinin hayat ile bağ kurarken bedensel, beş duyusunu ve toplumsal bakımdan çevresiyle uyum içerisinde işlev görebilme yeteneğine sahip olması, yapısında organik ve herhangi bir sakatlığın, bedeninde bozukluğunun olmamasıdır*”⁶.

Tıp; açıklaması ise bir sağlık dalı kapsamında sağlığın korunması tanı tedavi bozulan yerlerinin daha sonrasında da o kişinin sağlığını korumaya dönük olarak çalışmaları yapmakta disiplinlerin genel adı olmaktadır⁷.

Yukarıda verilen tanımlardan da anlaşılacağı şekilde hukuki ilişkinin taraflarındaki farklılık ve arasındaki ilişkinin önemi, niteliği ve konusuna yönelik çok sayıda unsura dayalı olarak olaya uygulanabilecek hukuki kuralları, yargı usul ve yöntemleri ile görevli olan mahkemeler değişiklik gösterebilmektedirler.

Sağlık hukuku; tıp biliminin ve hukuk alanının kesiştikleri, çalışılması çok da basit olmayan bir dal olup, yapılması gerekli olan şey söz konusu iki alanın arasındaki iş birliğinin güçlendirilmesidir.

Sağlık Hukuku; Sağlıkla ilgili hasta olan ve hizmetinden faydalananlar, faydalanma kapsamında hasta hane ve benzeri yerlerde sağlık hizmeti sunan ile onu tanı teşhis tedavi hizmetini gerçekleştirenlerin birbirleri ile ilgili ve münasebetlerinde ortaya çıkan ihtilaf durumlarını , düzenleyen , özel hukuk. Mevzuatlar ve kamu hukuku ve uluslar arası antlaşmaların yer aldığı ,kuralların oluşturduğu karma aynı zamanda oldukça geniş bir hukuk dalıdır⁸.

⁶ Selvi Özçetin ve Murat Balaban, **Sağlık Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2015, s. 13.

⁷ Özçetin ve Balaban, s. 14; Şimşek, s. 3535; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Mayıs 2012, s. 36.

⁸ Şimşek, s. 3536; Özçetin ve Balaban, s. 14; Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2011, s. 168; Hakeri, s. 30.

Sağlık hizmetinde; sağlığını arayan kişiler (hasta bireyler) ile sağlık hizmetlerini sunan bireyler (hastaneler, hekimler, teknik ve idari personel ile diğer sağlık çalışanı bireyler) ve söz konusu hizmetlerin sunulmasında destek kuruluş ve firmalar (eczane, ilaç firması, medikal firmalar, sigorta şirketleri benzeri) ile devamlı olarak etkileşimde bulunmaktadır.

Buradaki ilişkinin güçlendirilmesi için barolar, tabip odaları, hukuk fakülteleri, tıp ve eczacılık fakülteleri gibi kurumlar arasındaki ilişkinin güçlenmesi gerekmektedir⁹.

Tıp hukuku; sağlık hukuku dalının bir dalı durumdaki tıp hukukunda, hekim ve diğer yardımcı ve asli sağlık çalışanlarının tıbbi uygulamalardan doğan yasal sorumlulukları, hakları ve yükümlülükleri, hasta hakları ile ilaç hukuku benzeri konular ele alınmaktadır.

Bu nedenledir ki yazarlardan bazıları tarafından hastane hukuku, ilaç hukuku, tıp hukuku ve benzeri hukuk dalları, sağlık hukukunun alt dalı olarak kabul etmesi oldukça yerindedir¹⁰.

Hekim; tıp fakültesi mezunu diploma sahibi olan kişilerdir¹¹.

Hastalık; organizmanın üzerinde bazı değişimlerin meydana gelmesi ile birlikte sağlığın bozulma hali, rahatsızlıklar ve ruh sağlığın bozulması şeklinde tanımlanabilmektedir¹².

Tedavi; *“her türlü hastalıktan korunmaya yönelik önlemleri, hastalıkların belirlenmesine dönük teşhisler, hastalıkların iyileştirilebilmesi, hafifletilebilmesi ya da ümüyle bertaraf edilmesi ve hastalık sonrasındaki bakım sürecini içeren bir süreç şeklinde adlandırılmaktadır”*¹³.

⁹ Gürseler, s. 17.

¹⁰ Şimşek, s. 3536.

¹¹ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanununun 1’inci maddesine göre *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde hekimlik yapabilmek ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır”*.

¹² Özçetin ve Balaban, s. 14.

¹³ Özçetin ve Balaban, s. 14; Hakeri, s. 37; Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, **İÜHFİM 1979, 1980, 1981, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, Cilt XLV-XLVII, s. 37.

Tıbbi Müdahaleler¹⁴; tıp mesleğinin icra edilmesi konusunda yetkiye sahip bir kişinin marifetiyle tedavi amacıyla gerçekleştirilmekte olan her çeşit faaliyetleri kapsamaktadır¹⁵.

Hakeri'ye göre ise tıbbi müdahale, bir içtihadattan yararlanılarak şu şekilde tanımlanmıştır: “*insanların üzerinde tıp biliminin uygulanmasıyla bağlantılı bir şekilde gerçekleştirilen her çeşit müdahaleler*” olmakta ve örnek olarak; tanı, tedavi, korunma, ilaçların reçete edilmesi, tahlillerin yapılması, estetik cerrahi, psikiyatrik müdahaleler, adli muayeneleri vb. verilebilir¹⁶.

Sağlık hakkı; kişinin, devletinden ve toplumundan sağlığının korunmasını, ihtiyaç duyulması durumunda tedavisinin yapılmasını ve iyileştirilmesini talep etmesi ve bu bakımdan topluma verilen hizmetler ile olanaklardan faydalanabilmesini ifade etmektedir¹⁷.

Sorumluluk, tıbbi yardıma gereksinimi bulunan birey (hasta) ile bu alanda yetkin olan kimse (hekim) arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır¹⁸.

Tıbbi müdahalenin kötü uygulanması; “Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları”nın madde 13’ünde düzenlenmiş olup buna göre; tıbbi müdahalenin kötü uygulanması, bir diğer adıyla

malpraktis (malpractice); bilgi eksikliği, tecrübe eksikliği veya ilgi gösterilmemesinden dolayı hasta bir bireyin zarara uğraması diğer bir ifade ile hekimlik mesleğinin kötü bir şekilde icra edilmesidir.

Ülkemizde tıp hukukunu ilgilendiren konular; değişik kanun, tüzük ve yönetmeliklerde dağınık bir şekilde yer almaktadır ve özel bir kanunu bulunmadığı için de uygulamada, tıp hukukunu özel hukuk biçimlendirmektedir¹⁹. Bu yönüyle de sağlık hukuku multi-disipliner (disiplinler arası) bir alandır

¹⁴ Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol md 2/3’de bu durum; “*Bu protokolün amaçları bağlamında Müdahale; bir fiziksel müdahaleyi veya ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi kapsar*” şeklinde ifade etmiştir.

¹⁵ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s. 5.; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 25; Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 3; Şimşek, s. 3536.

¹⁶ Hakeri, s. 37: (Yargıtay 4. Hukuk dairesi, 07/03/1977, 6297/2541, YKD 1978, 906, Kaynak: Sinerji İchtihat).

¹⁷ Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ekim 2013, s. 17.

¹⁸ Kıcalıoğlu, s. 169.

¹⁹ Kıcalıoğlu, s. 140.; Hakeri ss. 40-41.

Ülkemizde henüz tıbbi malpraktisin hukuka aykırılığıyla ilgili olarak hali hazırda bir yasanın var olmamasından dolayı yorumlanmasında ve yargısal kararlar verilirken, borçlar veya ceza kanunları gibi mevzuatlardan istifade edilmektedir²⁰.

1.3. SAĞLIK KURUMLARI.

Cumhuriyetimizin kuruluşundan öncesine dayanan sağlık kurumları Selçuklulardan Osmanlı devletinden beri ile birlikte bu yapı geliştirilirken, bütün kurumları ile devlet örgütlenmesi ve hizmet politikalarının oluşturulmasında daha çok batıya dönük bir yol izlenmiştir.

Sağlık Bakanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisinin açılışını takiben 3 Mayıs 1920 tarihinde 3 sayılı kanun ile kurulmuştur. Bu dönemde savaştan yeni çıktığı için , daha çok savaş yaralarının sarılmasına ve mevzuat geliştirmeye odaklanarak gelişen Bakanlığımız tekrar tekrar düzenlemelerle bu güne kadar yeniden düzenlenmiştir.

Sağlık Bakanlığının Görevleri kanunla düzenlenmiş devletçilik ilkesi gereği ulusal ve uluslar arası . hastalık risklerinin azaltılması tedavi ve rehabilite tedavi ve rehabilite ve ülke dışından gelecek hastalıkların önlenmesi hastahane ve tıbbi kurumlara gerekli desteklerin verilmesi Başbakanı karşı sorumlu olan birimdir.

Bakanlık birimlerine gereken emirleri verir, amaç ve politikaları ile stratejik planına uygun olarak düzenler ve yürütür .Amaçlarının içinde ülkenin coğrafı ve ulaşım durumları ile tabiplerin toplu olarak buldukları iller göz önüne alınarak , sağlık müdürlükleri ile ihtiyaca göre ilçelerde kurulan ilçe sağlık müdürlüklerinin kurulması personel istihdami ile il teşkilatının koordinasyonunu yaparken Halk sağlığına ve hastalara fedakârlık ve feragatle hizmeti ideal bilen meslek geleneklerini korumaya ve geliştirmeye çalışmak, görevleri arasındadır.

Uzlaşma ve uzlaştırma kurulları Hastanın mağduriyetinin kısa zamanda gidermek için önerilen yaratıcı çözüm olarak sunulmaktadır. Türkiye'de sağlık uygulamaların önemli bir kısmı kamu eliyle yürütülmektedir. İnsan sağlığını ve tıp mesleğini ilgilendiren işlerde resmi makamlardan yardım alarak Uzlaşma halinde

²⁰ Günday, s. 34.

sağlık personeli ve özel sağlık kuruluşu sigortası üzerinde uzlaşılan tazminatı 15 gün içinde zarar görene ödeyerek toplumdaki dengeyi sağlar

TKU İzleme ve Uzlaştırma Üst kurul ve Kurulları Üst Kurul: Müsteşar veya yardımcısı başkanlığında, tedavi hizmetleri ve temel sağlık hizmetleri genel müdürleri, hukuk müşaviri, bakanın seçeceği meslek kuruluşlarını temsilen 1 üye, ülke çapında öne çıkmış kişilerden bakanın atayacağı 1 üye olmak toplam 6 üyeden oluşur.

Görevleri: Başvuruları incelemek, kusur oranı belirlemek, mümkünse uzlaştırmak, eğitim ve yayın yapmak, sigorta poliçesini bakana sunmak.

İl kurulları: İl Sağlık müdürü veya yardımcısı başkanlığında valilik hukuk müşaviri, ilin en yüksek yataklı hastanesi başhekimisi ve il tabip odası başkanından oluşur. sonuçta değerlendirme ve karar yetkisi bu kuruldadır. Zaten bakanlık bünyesinde bu görevi yerine getirmede yapısı ve niteliği bilirkişilik işlevine uygun,

ZORUNLU MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

"Meslek erbablarının mesleki uygulamalar sırasında oluşacak hatalar nedeniyle, tazminat ödemeleri gerektiğinde kullanılmak üzere sigorta şirketleri tarafından sigortalıdır." Sigorta kapsamı tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması hali ile sınırlıdır.

Tıbbi kötü uygulama ne demektir Tıbbi kötü uygulama(madde 32):

Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, Bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır.

Sorumluluğu kaldıran durumlar (komplikasyon) (27. madde): Tıbben önceden bir görülme imkanı olmayan ya da uygun tıbbi hizmet verildiği halde meydana gelen zararlar kapsam dışındadır.

Zarara yol açan diğer etkenler

Standart tıbbi uygulama kurallarının tanımlanmaması ve tıbbi hizmet için uygun koşulların sağlanmaması: Kamu sağlık kuruluşlarında gerekli standart

koşulların sağlanması, özel sağlık kuruluşlarını denetlenerek güvence altına alınması Sağlık Bakanlığının görevidir.

Bilgi ve beceri eksikliği: Eğitimin niteliğine ve sürekliliğine bağlı olup, standart koşullar sağlanmadan Tıp Fakültesi açan, öğrenci alan, sürekli eğitim dahil tüm eğitimle ilgili konularda görev ve yetki sahip olduğu halde, bunu yerine getirmeyen devlet sorumludur(TBMM, hükümet, YÖK, SB).

Zarar halinde sağlık kuruluşunun sigortası kusur aranmaksızın hastanın zararını tazmin etmelidir. "Tehlike sorumluluğu" temelinde, varsa, kurum ya da kuruluşa kusuru oranında dönmeli (sigorta şirketi kurumdan parasını almalı). Sağlık kurum ve kuruluşu da sigorta şirketine ödediği tazminatı, varsa hekimin müterafik kusuru ölçüsünde rücu etmelidir.

Hizmetin niteliği ile ücret/maaş karşılığı çalışan hekimin hukuki ilişkisinin gerektirdiği ve hastaya faydalı olabilecek sigorta ilişkisi ancak bu şekilde olabilir. Aksi durum, birden çok etkenin birleştiği bir ekip çalışmasında, peşinen hekimi haksız ve ağır bir sorumluluk altına sokmak ve çalıştığı kamu kurumu yerine veya özel sağlık kuruluşunun yanı sıra ayrıca prim ödeterek sigorta şirketlerine haksız kazanç sağlamaktan öte anlam taşımayacaktır. Sağlık hizmetinde riskler ve sorumluluk çalışanlara verilmekte; zararlar sigorta şirketlerine ödetilmektedir. Sonuçta Sağlık Bakanlığı olumsuzluk yaratan koşulları düzeltme ve iyileştirme çaba ve sorumluluğundan kurtulmayı amaçlamaktadır. Mevzuatımızda bu konu ile alakalı olarak en bağlayıcı norm durumundaki Anayasa'da yer alan 17/2 maddesinde insanların vücuduna yapılabilecek Müdahalelerin sınırlarının açık bir şekilde belirtilmiş olduğu görülmektedir. Bu kapsamda "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" ²¹.

Anayasanın açık olan bu hükmüne karşısında, hukuka aykırı durumlarda ceza hukuku hükümleri saklı olmak üzere, başta Borçlar Kanunu md. 56'da düzenlenen "vücut bütünlüğüne yönelmiş maddi ve manevi zararlardan doğan tazminatlar" olmak üzere bazı sorumluluklar gündeme gelecektir **Tıbbi kötü uygulama ile oluşan zararlara verilecek cezaları tanımlar:** · Hasta haklarına uymama, Ötanazi-intihara yardım, Sırların-kimliği ifşası, Tıbbi kayıtların korunmaması-saklanmaması,

²¹ Şimşek, s. 3536.

Acil-icapçı hizmet vermeme, İzinsiz bilimsel araştırma yapma, Delilleri kaldırma, İzinsiz cinsel muayene, İhbar mecburiyetine uymama, Tıbbi hizmetlere ticari yön verme. Gerçekleştirilen müdahalelerin tümü tıbbi bir müdahaleler olmamaktadır.

Örneğin Ötenazi “iyileşmesi mümkün olmayan hastanın öldürülmesi ya da tedavisinin kesilerek ölüme terkedilmesi” kasıtlı adam öldürme suçuna girmektedir (T.C.K 448. m). Tıbbi girişim esnasında neden oldukları yaralama ve ölüme sebebiyet durumlarında hekimler hakkında özel yaptırım getiren bir kanun yoktur. Genel olan T.C.K 455 ve 459. maddeleri kullanılmaktadır. Sağlık mensuplarının kusur oranları (kusurlulukları) Yüksek Sağlık Şurasınca tespit edilir

Bir başka açıdan da gerçekleştirilen müdahalelerin bazıları da tıbbi nitelikte olmakla beraber hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Mesela; tıbbi standartlar çerçevesinde gerçekleştirilmiş olan bir böbrek naklinin para karşılığında yapılmış olması da hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Bu durumda aşağıda yer alan; “*Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim,*” şeklinde tanımlanabilmektedir²²

Bu bağlamda Tıbbi müdahaleler en basit teşhis ile tedavi yöntemleri ile başlayıp en ağır cerrahi ameliyatlara düzeyine değin uzanmaktadır²³. Örnek olarak; cerrahi operasyonlar, ilaçlı tedaviler, psikoterapiler, aşı, doğum kontrolleri benzeri ...²⁴ hekimler tarafından yapılan ve kişinin sağlığını cismani bütünlüğü korumaya ,teşhis ve tedavi etmeye yarayan işlemlerdir de diyebiliriz

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca faaliyette bulunan *Yüksek Sağlık Şurası*, sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek amacı ile kurulmuştur.

Adli Tıp Kurumu Adli Tıp Kurumunun: Mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş

²² Erkin Göçmen, “Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk”, **Hukuk Rehberi**; <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

²³ Ayan, s. 5.

²⁴ Şimşek, s. 3537.

bildirmek, Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimi vermek, Adli tıp ve adli bilimler alanlarında çalışmalarını yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adli tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak amacıyla kurulan bir kurumdur

Özel Hastaneler Özel hastaneler, bu Yönetmelikte asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti verir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Verilen Özel Sağlık Kuruluşları Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, ayakta teşhis ve tedavi hizmeti verilen özel sağlık kuruluşları; tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvarlar, müessese ve muayenehanelerdir.

Poliklinik, en az iki tabip tarafından müştereken açılabilen, hizmet birimleri doğrudan birbiriyle bağlantılı olacak şekilde oluşturulan sağlık kuruluşudur.

Muayenehane, bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere müstakilen açılan, tıbbî işlemlerin yapılabildiği sağlık kuruluşudur.

Laboratuvar, 992 sayılı Kanun kapsamında tıbbî tahlil işlemi yapar. görüntüleme ve/veya radyoterapi, nükleer tıp, fizik tedavi gibi muayene, tanı ve/veya tedavi hizmeti sunar. Çalışma saatleri içerisinde kuruluştaki ilgili en az bir uzman bulunur

Anayasa yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır Devlet, ailenin huzur ve refahını korumak için gerekli önlemleri alırken devletin temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenler.

Milletlerarası Andlaşmalar Sağlık alanında da iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş birçok milletlerarası antlaşmalar bulunmaktadır Bunlar; İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşme İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Tüzükler, Bakanlar Kurulunca kanunların uygulanma esaslarını ve uygulama aşamasına ilişkin detayları göstermek ve kanunun emrettiği diğer hususları düzenlemek üzere Danıştay ın incelemesinden geçirilerek, Cumhurbaşkanının imzasından sonra kanunlar gibi Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan yazılı hukuk kaynaklarıdır

Sağlık alanında önem taşıyan bazı tüzükler aşağıda gösterilmiştir. o İspençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Nizamnamesi ,o Özel Hastaneler Tüzüğü

Yönetmelikler Başbakanlığın, bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yürürlüğe koydukları yazılı hukuk kurallarıdır.

Sağlık alanındaki önemli bazı yönetmelikler aşağıda verilmiştir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun da sağlık hizmetleri, İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbî faaliyetler sağlık hizmetidir. şeklinde tanımlandığından, sağlıkla ilgili konularda doğrudan düzenleme getiren ülkemizde bulunan başlıca sağlık kurumlarını kısaca şu şekilde sıralayabiliriz:

- 181 sayılı “Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)” ile kurulan **Sağlık Bakanlığı**;
- 6023 sayılı “Türk Tabipleri Birliği Kanunu” kapsamında kurulmuş olan “**Tabip Odaları ve Türk Tabipleri Birliği**”;
- 1593 sayılı “Umumi Hıfzısihha Kanunu”, 181 sayılı “Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki KHK” ve 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun”da yer alması nedeniyle **Yüksek Sağlık Şurası**,

2659 sayılı “Adli Tıp Kurumu Kanunu” ile düzenlenen “**Adli Tıp Kurumu**”, Bunlar dışında, tıp uzmanlık dernekleri (Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nün 1’inci maddesi), ayakta teşhisler ile tedavilerin verildiği tıp merkezi, özel sağlık kuruluşu, poliklinik, muayenehane,

laboratuvar ve müesseseler de sağlık hizmeti sunan başlıca sağlık kurumları arasında yer almaktadırlar.

1.4. İLGİLİ MEVZUAT

Türk hukukunda sağlık mevzuatı dağınık bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak sağlığın önemi dolayısıyla ilgili konular, hukuk sistemi tarafından dikkatli ve derinlemesine (*kazuistik*) bir şekilde hükme bağlanmıştır. **Kanunlar**, yetkili yasama organı (Türkiye Büyük Millet Meclisi) tarafından Anayasada öngörülen usul ve şekillerde (AY.m.88 vd.) kabul edilip Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan genel, soyut ve sürekli nitelikte yazılı hukuk kurallarıdır

Belirli bir zamanda belirli bir toplumdaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarına yürürlükteki hukuk (pozitif hukuk, müspet hukuk, mevzu hukuk), yazılı nitelikteki bu kuralların tamamına da **mevzuat** denilmektedir.

Genel kanunlar ve ilgili kısımların da elbette sağlık hukukunun kendine uygun düşen yönüyle uygulandığını söylemekle yetinerek burada doğrudan sağlık hukukunu ilgilendiren başlıca ulusal ve uluslararası mevzuatı sıralayacağız:

Başlıca Uluslararası Sözleşmeler: Sağlık hukuku alanında uygulanan ve özellik arz eden başlıca uluslararası sözleşmeler:

- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşme,
- Biyotıp Araştırmalarına ilişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol,
- İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi,
- Hasta Hakları Avrupa Statüsü.

Başlıca Ulusal Mevzuat²⁵:

²⁵ Ulusal mevzuatta sağlık hukukunu ilgilendiren mevzuat çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmelikle düzenlenmekle birlikte burada başlıca sıralanmıştır. Bunlardan başka önemli bazı mevzuat şunlardır: Gözlükcülük Hakkında Kanun (1940), Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (1953), Hemşirelik Kanunu (1954), Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (1979), Kan ve Kan Ürünleri Kanunu (1983), Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (1983), Kozmetik Kanunu (1994), Muhtaç Erbaş ve Er Ailelerinin Ücretsiz Tedavisi Hakkında Kanun (1998), Tıbbi Deontoloji Tüzüğü (1960), Hasta Hakları Yönetmeliği (1998), Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (1982), Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu, Radyasyon Güvenliği Tüzüğü, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, İlk Yardım Yönetmeliği, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Kaplıcalar Yönetmeliği, Halkın Sağlık Eğitimi

- “T.C. Anayasası”,
- “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun”,
- “Umumi Hıfzısıhha Kanunu”,
- “Hususi Hastaneler Kanunu”,
- “Türk Tabipleri Birliği Kanunu”,
- “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”,
- “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi”,
- “Özel Hastaneler Tüzüğü”,
- “Hasta Hakları Yönetmeliği”,
- “Özel Hastaneler Yönetmeliği”,
- “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği”,
- “Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği”.

1.5. UYUŞMAZLIK VE ANLAŞMAZLIK KAVRAMLARI

Uzlaşmazlık kavramı, herhangi bir şey üzerinde anlaşamama durumuna karşılık gelmektedir. **Anlaşamama** bir kişinin diğer kişiye karşı kabul edemeyeceği bir teklifi sunması ile başlar TDK sözlüğünde “anlaşmaya, uzlaşmaya yanaşmama durumu”1 olarak tanımlanmaktadır., TDK sözlüğünde, “iki veya daha çok tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, uyuşmazlık, ihtilaf, ikilik, maraza, sürtüşme” anlamına gelen **anlaşmazlık** sözcüğü ile eş anlamlı olarak da kullanılabilir.

Uluslararası ilişkiler literatüründe, uluslararası anlaşmazlık ve/veya uluslararası uyuşmazlık kavramlarının uluslararası uzlaşmazlık kavramı ile eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. (Murty, 1968: 675’den aktaran Mengiler, 2005: 1-2) lere göre uyuşmazlığın, “tarafardan birinin hukukunun ihlal edilmiş olmasını gerekçe göstererek ileri sürdüğü iddianın, diğer tarafça reddedilmesi” olarak

Yönetmeliği, Diş Protez Laboratuvarları Yönetmeliği...Yine sağlık hukuku hükümlerinin uygulanmasında; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 4721 sayılı Medeni Kanun, 6098 sayılı Borçlar Kanunu da sayılabilir. Uluslararası Adalet Divanı, Güney Batı Afrika Davası’na ilişkin 21 Aralık 1962 tarihli kararında, uyuşmazlık ifadesinin, iki tarafın karşıt iddialarının yanı sıra, iddianın diğer tarafın karşıt yöndeki fiiline neden olmasını ya da taraflardan birinin belirli bir yöndeki fiiline neden olmasını veya taraflardan birinin belirli bir yöndeki fiiline karşı diğer tarafın irade bildiriminde bulunmasından kaynaklanan karşıtlığı da içermesi gerektiği üzerinde durmuştur. (ICJ Reports 1962, 567’den aktaran Mengiler, 2005: 16). Bu kanunlar çerçevesinde doktor hastasına karşı taşıdığı sorumlulukları yerine getirmekle yükümlüdür.

tanımlamıştır.. Uluslararası hukuk açısından “uzlaşmazlık” (dispute) kavramının, taraflar arasında hak ya da çıkarlara ilişkin karşıt istek ya da görüşlerin varlığı , “çatışma” (conflict) kavramının ise, daha çok silahlı çatışmalara karşılık gelecek biçimde kullanıldığı görülmektedir.

Uluslararası ilişkilerde her çeşit uyuşmazlık "hukuksal uyuşmazlık" olarak kabul edilmemektedir. Bir uyuşmazlığa taraf olan devletler, bunun hukuksal bir uyuşmazlık olduğunu kabul ederlerse, bunu yargı veya hakemlik gibi hukuki yollardan çözmeyi tercih edebilecekleri gibi, siyasal yollarla çözümleme yoluna da (İnan, 1993: 243). gidebilirler²⁶.(Pekcanitez ve arkadaşları) Uyuşmazlık, hukuk düzeni tarafından hak olarak korunan mevcut bir menfaatin ihlali veya hukuk düzenince kurulmuş menfaat dengesinin bozulması sonucunda ortaya çıkar .(özbek 1993 ise) .Uyuşmazlık çeşitli meseleler üzerinde müzakere, arabuluculuk veya üçüncü kişinin kararı ile giderilmesi mümkün olan anlaşmazlıkları ifade eder şeklinde konuya açıklık getirilmiştir²⁷.

1.6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

1.6.1. Uyuşmazlık ve Çözüm Yolları Arabuluculuk / Uzlaşma Tahkim

İnsanlar arasında her zaman uyuşmazlıklar söz konusu olabilir. Burada **uyuşmazlıktan** kasıt, görüş ve kanılar arasındaki bağdaşamaz ayrılıklardır²⁸. Hukuk dünyasında ise **uyuşmazlık**, bir hakkın oluşumu, kapsamı veya sonuçları üzerinde ortaya çıkan ve dış dünyaya yansıyan anlaşmazlık olarak tanımlanır²⁹. Tanımdan da ortaya çıkarılacağı üzere uyuşmazlık, anlaşmazlık artık açıklık kazandığı durumlar için kullanılmaktadır; yani diğer bir ifade ile, anlaşmazlık ancak bir tarafın karşı tarafa bir talepte bulunması ile uyuşmazlığa dönüşecektir ³⁰. Bu uyuşmazlıklar, taraflar arasındaki iletişim ve etkileşime bakılarak ve her durumun kendine özgü halleri değerlendirilerek öncelikle tarafların kendi arasında anlaşmalarıyla ve barışçıl

²⁶ İnan, Yüksel (1993), Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları, Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları. s. 123.

²⁷ (Pekcanitez ve özbek 2013

²⁸ <http://www.tdk.org.tr>, (Erişim tarihi: 18.07.2017)

²⁹ Türk Hukuk Lügatı, s. 151.

³⁰ Elif Kısmet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2014, ss. 4-5.

yöntemlerle çözüme kavuşturulur. Bu yöntem, bir uyuşmazlığın taraflarının, birbirlerine yönelik taleplerinden karşılıklı şekilde fedakârlık yapmaları ile varılan ortak noktada bir araya gelerek uyuşmazlığın sona erdirilmesi yöntemidir. Örneğin bir birey tarafından talep edilen miktarın biraz indirilmesi ve karşı tarafın da ödeme gücüne uygun bir miktarı veya ödeyebileceği şekilleri ifade ederek borcunu ifa edebileceğini beyan etmesi, böylece tarafların söz konusu uyuşmazlığın çözümü adına ortak bir noktada buluşması gösterilebilir.

Özel hukuk kişileri, aralarındaki uyuşmazlığı, yukarıda da belirtildiği üzere yargıya taşımadan her zaman kendi aralarında anlaşma suretiyle sona erdirebilirler. Ancak tarafların kendi aralarında anlaşmaya varabilmeleri bazen gerçekleşmemektedir. Bu durumda aradaki uyuşmazlığın çözümü için başka yollara başvurmak gerekmektedir. İşte uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında çözüme kavuşamamaları halinde ya devlet yargısına başvurmaları ya da devlet yargısı dışında alternatif bir çözüm yolu bulmaları gerekir ki, bu durumda birden fazla çözüm yöntemi bulunmaktadır. Günümüzde kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda ilk olarak aklına gelen çözüm yeri devletin en önemli üç organından biri olan mahkemelerdir. Türk Yargı Sistemine göre tarafların yaşadığı tüm uyuşmazlıklar³¹ çözüme kavuşturulabilmesi maksadıyla mahkemeye taşınabilmektedir.

Bu durumdan dolayı artan iş yoğunlukları mahkemelerde uzun yıllar devam eden yargılama süreçleri meydana getirmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu yargılamalar neticesinde mahkemeler tarafından verilen kararların bir tarafın ya da her iki tarafın menfaatine ters düştüğü ya da tatmin etmediği görülmektedir. Bundan dolayıdır ki, uzun süren yargılamalar ve sonrasında mahkemelerin verdiği kararlar, dava süreci başında talep ettikleri haklarına süreç sonunda kavuşmalar bile memnuniyet sağlanamamaktadır.

Bu durum, uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafları, mahkemeler haricindeki çeşitli alternatif yöntemlere yöneltmektedir. Doktrinde, mahkemelerin konusu olabilecek uyuşmazlık durumlarında tarafların menfaatine uyacak şekilde çözüm yöntemlerinin getirilebilmesi maksadıyla geliştirilen yöntemler “*alternatif uyuşmazlık çözüm yolları*” şeklinde tanımlanmaktadır³².

³¹ Bu durumun zorunlu Tahkim gibi bazı istisnaları olabilmektedir.

³² Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011, s. 5.

Ortaya çıkan uyuşmazlıklara çözüm getirilmesinde; yargı yükünün azaltılarak uzun yıllar süren yargılamalar sonucunda karşılaşılabilecek mağduriyetlerin önüne geçilmesi ve iki taraf için de menfaatlerine uygun çözümlerin getirilmesi açısından en önemli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak görülen arabuluculuk kurumu çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

1.6.2. Mini duruşma

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaratıcısı olan kısa duruşma, tahkim, müzakere ve arabuluculuğa ilişkin unsurları bünyesinde barındırır. Tanıkların ve mahkeme heyetinin bulunmadığı bir ortamda taraflara kendi güçlü ve zayıf yanlarının gösterilmesi, her ikisini de tatmin edecek etkin bir çözüme kısa sürede ulaşılması amaçlanmaktadır. Kısa duruşmada taraflara davalarının umdukları gibi sonuçlanmama ihtimalinin bulunduğu gerçeklik testiyle gösterilmekte ve uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümü teşvik edilmektedir. En göze çarpan özelliği, avukatların dava özetlerini bir yargıca, hakeme, jüriye ya da bağlayıcı karar verebilecek herhangi bir üçüncü kişiye değil müvekkillerine sunmalarıdır,

Katılanların gereksinimlerine göre uyarlanabilen, özel tasarlanmış bir süreçtir. . Her iki tarafın avukatına, davalarının özünü anlatmaları için kısa bir zaman verilir. Sunumdan sonra taraflar uzlaşmaya çalışırlar Yargılama toplantısında taraflar, uyuşmazlığı sonlandırma yetkisi bulunan taraf temsilcileri, eğer taraflardan biri şirketse yetkili organında görev alan temsilciler ve çoğunlukla tarafsız üçüncü kişi yer alır. Kısa duruşmanın çok çeşitli uygulamaları vardır. Bazen avukatlar davayı tarafsız üçüncü kişinin (bu kişi genelde o konuda uzmanlaşmış bir başka avukattır) düzenlediği toplantıda kısaltılmış haliyle sunarlar. Üçüncü kişi, sorun yargıya taşınıyorsa ne olabileceği konusunda görüş bildirir.

Bundan sonra taraflar ya da yetkilileri, üçüncü kişinin bulunduğu veya bulunmadığı bir süreçte uyuşmazlığı sonuçlandırmak için müzakereye girişirler Müzakere alternatif çözüm yolları içinde en az şekli olan usuldür. Uyuşmazlık ve tahkimden bu yönden ayrılır. Müzakerelerde avukat ve temsilci yani tarafsız 3. bir kişinin katılımı gerekmez.

1.6.3. Müzakere

Menfaatleri arasında bazı çatışmalar olan tarafların, tahkim ya da dava yoluna başvurmadan önce, aralarındaki uyuşmazlıkları giderebilecekleri ve kesin bir sonuca varabilecekleri her hangi bir ortak karar verme sürecine girmelerini ve doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak birbirleriyle iletişim kurmalarını amaçlar

Uyuşmazlığın daha ileri ve geri dönülmesi güç bir safhaya taşınmadan çözülmesi amaçlanmaktadır. Hem geleneksel kökenleri hem de uygulanma kolaylığı dikkate alındığında, oldukça sık ve etkin kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bütün bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sosyal huzura ve toplumsal barışa zarar vermeden, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan hümanist, basit ve masrafi mahkemelere nispeten daha düşük olan bir çözüm yoludur³³.

Aralarındaki uyuşmazlığı rızai bir anlaşmayla çözmeye çalışan taraflara süreci ve sonucu denetleme imkânı vermektedir. Müzakere, herhangi bir konuda anlaşmazlığa düşen tarafların, karşılıklı konusu sözleşmenin, akla uygun ve gerekçeli olması gerekir. Bu anlamda iki tip müzakereden bahsedilebilir:

İlki, daha önce gerçekleşmiş olan uyuşmazlıkların konu edildiği; diğeri, gelecekte yapılacak olan sözleşme ve sözleşmenin hükümleriyle ilgili müzakeredir. Literatürde daha çok ilkine, yani uyuşmazlık çözümüne ilişkin olan müzakereye yer verilmektedir.

1.6.4. Arabuluculuk

Arabuluculuk, üçüncü bir kişinin uyuşmazlık çözümünde veya sözleşme hazırlanmasında taraflara yardım ettiği ancak çözüm önermediği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculukta, tahkim ve resmi yargılamadan farklı olarak, üçüncü kişinin karar verme yetkisi yoktur.

Hakem, hakim ya da arabulucu konumundaki kişinin tarafsızlık iddiası, diğer iki usulle kesişme noktasıdır. Arabulucunun rolü, tarafların uyuşmazlığı kendi

³³ Cemal Şanlı, *Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler*, Yeni Türkiye 1996/10, s. 400.

aralarında çözmelerini kolaylaştırmak, istek ve ihtiyaçlarını dikkate alarak uzlaşmaya teşvik etmek ve bu yönde yardımda bulunmaktır.

Arabulucu, tarafları birbirleriyle müzakerede bulunmaya yönlendiren, sonuçla ilgili herhangi bir menfaati bulunmayan, karar vermesi gerekmeyen, kendi yargısını taraflara dayatmayan ve kolaylaştırıcı bir rol üstlenen tarafsız kişidir. Böylece tarafların, şimdiye dek ne olduğunu ve bundan sonra ne olabileceğini düşünmelerine, farklı sonuçları göz önüne alarak başlangıçta öngördüklerinden farklı ihtimalleri değerlendirmelerine, menfaat ve isteklerinin nedenlerini ve sonuçlarını ayırt etmelerine yardımcı olur.

Arabuluculuk da tarafların sürece daha aktif bir şekilde sürece katılımları ve dahası uyuşmazlığın çözüm sürecinde kontrol sahibi de olmaları, tarafların sürece katılımında gönüllülüğün esas olması ve de en önemlisi de yargısal yollara başvuru olanağını ortadan kaldırmaması gibi etmenler sayılabilir³⁴.

1.6.5. Tahkim

Tahkimde taraflar uyuşmazlığı bu konuda altyapısı, bilgisi ve deneyimi bulunan, kendi seçtikleri üçüncü kişiye yani hakeme götürme konusunda uzlaşmalar yasal olarak bağlayıcı bir işlemdir. Bir kere tahkime karar verilirse, bu mahkeme içerisinde yürürlüğü olacak bir karardır. Hüküm vermede olduğu gibi tahkim kararlarına mahkemeler gözünde yürürlüğü olan bir karardır ve aynı şekilde uygulanmaktadır.

İhtilaflar tahkime her iki tarafta tahkim kararını kabul edeceklerini beyan eden bir sözleşme imzalanmadan gidemezler. Yani kısaca, bir tahkim durumu olabilmesi için sözleşme yapılması gerekmektedir ve bu sözleşme tahkimi bağlayıcı yapacaktır. Tahkim sadece bu konuda sözleşme imzalamış olanları kapsamaktadır

Taraflar mahkeme sürecinde olduğu gibi delillerini sunabilir, tanık dinlenmesini talep edebilirler. Hakem bu delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirip, hangisine ne ölçüde ağırlık vereceğini kararlaştırır. Tanıklara konuları ve kendilerinden beklenenler hatırlatılır, gerekli görüldüğü hallerde tahkim öncesinde veya sırasında keşif yapılabilir. Resmi delil kurallarının uygulanması zorunlu olmadığı için

³⁴ Süha Tanrıver, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış**, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006, s. 821.

hakemlerin yargılama sürecini değiştirme ve sunulan delillerden hangilerine ağırlık vereceğine karar verme yetkisi vardır.

1.6.6. Uzlaşma

Uzlaştırma kavramı kimi zaman arabuluculuk ile karıştırılarak kullanılsa da, çoğunlukla daha az resmi bir sürece veya daha az etkin rol alan üçüncü kişiye atıfta bulunmaktadır. Uzlaşma, mahkemeler haricinde bir alternatif uyuşmazlık çözüml yoludur. Arabuluculuğa benzer şekilde, uzlaşma da tarafların istemine bağlı, esnek, gizli ve tarafların çıkarlarını gözetken bir uyuşmazlık çözüml yöntemidir.

Alternatif uyuşmazlık çözüml yollarını tercih edilebilir kılan diğer etkenler; biçimsel olarak mahkemelere nazaran daha serbest bir forma sahip olması, tarafların sürece daha aktif bir şekilde sürece katılımları ve dahası uyuşmazlığın çözüml sürecinde kontrol sahibi de olmaları, tarafların sürece katılımında gönüllülüğün esas olması ve de en önemlisi de yargısal yollara başvuru olanağını ortadan kaldırmaması gibi etmenler sayılabilir³⁵.

Uzlaşma da uzlaştırıcının bu sürecin herhangi bir aşamasında taraflara, bağlayıcı olmamakla beraber, bir uzlaşma teklifi sunma yükümlüğü *tanınması*³⁶ ve bu yükümlüğün kanundan doğmasıdır.

Farklı sebeplerden dolayı, özellikle yargılama sonucu çözüml ulaşmanın yetersiz kalması ya da her zaman arzu edilen sonuca ulaşılammaması, birçok ülkenin mevcut klasik uyuşmazlık çözüml yolları yanında, yeni alternatifler geliştirmesine sebep olmuřtur³⁷.

³⁵ Süha Tanrıver, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüml Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış**, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006, s. 821.

³⁶ ř. Demir, s. 7.

³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, s.667.

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI SAĞLIK HUKUKU

2.1. GENEL OLARAK

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, devletin karşısında değil, devletin izin verdiği sınırlar içerisinde ve ona yardımcı olacak nitelikteki yollardır³⁸. Diğer bir tanıma göre ise arabuluculuk; uyuşmazlık içinde bulunan tarafların konuşarak müzakere yapmaları maksadıyla bir araya getirilmesini sağlayan, birbirlerini anlayarak kendi çözümlerini üretebilmelerini sağlamak üzere iletişimlerini kolaylaştıran uzman eğitime sahip, tarafsız, objektif ve bağımsız bir konumda yer alan üçüncü kişinin katılımı ve katkısıyla yürütülen ve gönüllülüğü esas alan bir uyuşmazlık çözme tekniği şeklinde açıklanmaktadır³⁹.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu 2. maddesine göre; “*Arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Arabuluculuk yöntemi; uyuşmazlık yaşayan tarafların, müzakere etmek ve konuşmak maksadıyla bir araya getirilerek birbirlerini anlayabilmelerini sağlamak suretiyle kendi çözümlerini üretebilmeleri doğrultusunda tarafların iletişimlerini kolaylaştıran, tarafsız ve bağımsız bir konumdaki üçüncü kişi tarafından yürütülen gönüllülük esasına dayanan bir usuldür⁴⁰. Günümüzde dünya üzerindeki birçok

³⁸ Kekeç, s. 57.

³⁹ Ayten Gökmen, Hacer Yaşar Teke ve Yaşar Bilge, **Adli Tıp Uygulamalarında Uzlaşma-Arabuluculuk Kavramı**, (Ed.: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.), s.81.

⁴⁰ Gizem Ersen Perçin, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, Sayı 2, 2011, s. 185.

ülkede en yaygın olan ve en fazla kabul gören, kural gereği mahkemeler haricinde yürütülen uyuşmazlık çözüm yönteminin arabuluculuk olduğu görülmektedir⁴¹.

Arabulucu, taraflar arası hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygun atmosferi oluşturarak, kendi çözümlerinin ortaya çıkarılması için birtakım tekniklerden faydalanarak ve tarafların iradesine dayanarak uyuşmazlığın giderilmesine yardımcı olan bağımsız ve tarafsız kişidir. Arabuluculukta uzman ve tarafsız temsilci (arabulucu), tarafların, aralarındaki uyuşmazlığa kendi sorumlulukları altında çözüm bulabilmeleri için taraflar arasında iletişim kurulmasını bilinen metotları uygulayarak sistematik olarak teşvik eder (AHUAFK md. 1/1). Arabulucu Türk Ceza Kanunu kapsamında bir kamu görevlisidir⁴².

2.2. ARABULUCULUK KANUNU VE SAĞLIK HUKUKU

6325 Sayılı kanuna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bu bağlamda ticaret, iş, tüketici hukuku gibi tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar arabuluculuğa müsait olup, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk elverişli değildir.

Yine aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ile ceza hukuku bağlamındaki uyuşmazlıklarda Arabuluculuk mümkün değildir.

Arabuluculuk tarafların serbest iradeleriyle karar verebilecekleri, cebri icranın söz konusu olmadığı, tarafların sözleşme yapabildiği konularda mümkündür. Bu bağlamda sağlık kurumu ile hasta arasındaki bazı anlaşmazlıklarda arabuluculuk mümkün kılınmalıdır. Daha önce de bahsettiğimiz gibi sağlık hukuku tarafları arasındaki tedavi (vekalet) sözleşmesi ilişkisi ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun olmalıdır.

Sağlık hukukunda haksız fiil ve sözleşme ilişkisine dair uyuşmazlıklarda arabuluculuk önerilebilir, ancak cezai sorumluluk konusunda uzlaşma yoluna gidilmesi daha olumlu olacaktır.

⁴¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 668.

⁴² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-c gereği "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiyi" ifade eder.

Yargısal yola müracaat durumunda sosyolojik, psikolojik, ekonomik ve hukukî maliyeti yüksektir. Alternatif çözüm sistemleri temel olarak; “sürece gönüllü katılım, taraflara bağlayıcılığı olmayan tavsiyelerde bulunabilme ve taraflardan birinin sonuçtan tatmin olmaması halinde mahkemeye başvuru hakkının tanınması”⁴³ ve de devlet denetiminde olmaması yani hukuk kurallarıyla bağlı olması da Sağlık Hukukunda Arabuluculuk kurumunun özellikle arabuluculuğa hakim ilkeler Sağlık hukukun da sistemde meydana gelebilecek tıkanıklıkları gidermek için kendine özgü çözüm yolları ile bu eleştir⁴⁴ önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre; devlet, üniversite, belediye, il özel idaresi ve diğer kamu tüzel kişileri hastanelerinin haricinde kalan ve gerçek kişilere ya da özel hukuk tüzel kişilerine ait olan, yatarak ve ayakta muayene, tıbbi müdahale, tıbbi bakım, ameliyat, tahlil, tetkik ve diğer tedavi hizmetlerinin verildiği en az 10 yatak kapasitesine sahip tedavi kuruluşlarını “özel hastane” olarak nitelendirilmektedir⁴⁵.

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda özel hastane tarafından sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olması, diğer bir ifadeyle; borcun ifa edilmemiş olması ya da gerektiği şekilde ifa edilmemesi durumlarında vekâlet sözleşmesi hükümlerinden veya yan yükümlülüklerin ihlali halinde onların dâhil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerden doğan sorumluluğu söz konusu olur⁴⁶.

Söz konusu bu eleştiriler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumlu yanlarının daha ağır basması karşısında, kendisinden vazgeçilmesi için değil ve fakat bu sistemleri yargı yolunun kapatılmasının ve güçlü olan tarafın zayıf olan tarafı ezmesinin ve kendi menfaatleri peşinde koşturmasının engellenmesi için sistemde meydana gelebilecek tıkanıklıkları gidermek için kendine özgü çözüm yolları ile bu eleştirilerin önüne geçilmesidir⁴⁷.

Yine kamu görevlisi doktorun kamu görevinden ayrılan kişisel kusuru mevcutsa bu kanun kapsamında arabuluculuğa gidilebilmelidir.

⁴³ Ş. Demir, s. 7.

⁴⁴ Tanrıver, Arabuluculuk, s.152.

⁴⁵ Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012, ss. 193-194.

⁴⁶ Doğan, s. 53.

⁴⁷ Tanrıver, Arabuluculuk, s.152.

İnsanlar arasında her zaman uyuşmazlıklar söz konusu olabilir. Burada **uyuşmazlıktan** kasıt, görüş ve kanılar arasındaki bağdaşamaz ayrılıklardır⁴⁸. Hukuk dünyasında ise **uyuşmazlık**, bir hakkın oluşumu, kapsamı veya sonuçları üzerinde ortaya çıkan ve dış dünyaya yansıyan anlaşmazlık olarak tanımlanır⁴⁹. Tanımdan da ortaya çıkarılacağı üzere uyuşmazlık, anlaşmazlık artık açıklık kazandığı durumlar için kullanılmaktadır; yani diğer bir ifade ile, anlaşmazlık ancak bir tarafın karşı tarafa bir talepte bulunması ile uyuşmazlığa dönüşecektir⁵⁰.

Bu uyuşmazlıklar, taraflar arasındaki iletişim ve etkileşime bakılarak ve her durumun kendine özgü halleri değerlendirilerek öncelikle tarafların kendi arasında anlaşmalarıyla ve barışçıl yöntemlerle çözüme kavuşturulur. Bu yöntem, bir uyuşmazlığın taraflarının, birbirlerine yönelik taleplerinden karşılıklı şekilde fedakârlık yapmaları ile varılan ortak noktada bir araya gelerek uyuşmazlığın sona erdirilmesi yöntemidir. Örneğin bir birey tarafından talep edilen miktarın biraz indirilmesi ve karşı tarafın da ödeme gücüne uygun bir miktarı veya ödeyebileceği şekilleri ifade ederek borcunu ifa edebileceğini beyan etmesi, böylece tarafların söz konusu uyuşmazlığın çözümü adına ortak bir noktada buluşması gösterilebilir.

Özel hukuk kişileri, aralarındaki uyuşmazlığı, yukarıda da belirtildiği üzere yargıya taşımadan her zaman kendi aralarında anlaşma suretiyle sona erdirebilirler. Ancak tarafların kendi aralarında anlaşmaya varabilmeleri bazen gerçekleşmemektedir. Bu durumda aradaki uyuşmazlığın çözümü için başka yollara başvurmak gerekmektedir. İşte uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında çözüme kavuşamamaları halinde ya devlet yargısına başvurmaları ya da devlet yargısı dışında alternatif bir çözüm yolu bulmaları gerekir ki, bu durumda birden fazla çözüm yöntemi bulunmaktadır.

Günümüzde kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda ilk olarak aklına gelen çözüm yeri devletin en önemli üç organından biri olan mahkemelerdir. Türk Yargı Sistemine göre tarafların yaşadığı tüm uyuşmazlıklar⁵¹ çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla mahkemeye taşınabilmektedir. Bu durumdan dolayı artan iş yoğunlukları mahkemelerde uzun yıllar devam eden yargılama süreçleri meydana getirmektedir.

⁴⁸ <http://www.tdk.org.tr>, (Erişim tarihi: 18.07.2017)

⁴⁹ Türk Hukuk Lügati, s. 151.

⁵⁰ Elif Kısmet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2014, ss. 4-5.

⁵¹ Bu durumun zorunlu Tahkim gibi bazı istisnaları olabilmektedir.

Bunun yanı sıra söz konusu yargılamalar neticesinde mahkemeler tarafından verilen kararların bir tarafın ya da her iki tarafın menfaatine ters düştüğü ya da tatmin etmediği görülmektedir. Bundan dolayıdır ki, uzun süren yargılamalar ve sonrasında mahkemelerin verdiği kararlar, dava süreci başında talep ettikleri haklarına süreç sonunda kavuşmalar bile memnuniyet sağlanamamaktadır. Bu durum, uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafları, mahkemeler haricindeki çeşitli alternatif yöntemlere yöneltmektedir.

Doktrinde, mahkemelerin konusu olabilecek uyuşmazlık durumlarında tarafların menfaatine uyacak şekilde çözüm yöntemlerinin getirilebilmesi maksadıyla geliştirilen yöntemler “*alternatif uyuşmazlık çözüm yolları*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵².

Ortaya çıkan uyuşmazlıklara çözüm getirilmesinde; yargı yükünün azaltılarak uzun yıllar süren yargılamalar sonucunda karşılaşılabilecek mağduriyetlerin önüne geçilmesi ve iki taraf için de menfaatlerine uygun çözümlerin getirilmesi açısından en önemli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak görülen arabuluculuk kurumu çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

2.3. ARABULUCULUK KAVRAMI

2.3.1. İlgili Kavramlar

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, devletin karşısında değil, devletin izin verdiği sınırlar içerisinde ve ona yardımcı olacak nitelikteki yollardır⁵³. Arabuluculuk da bu anlamda bir olumlu bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Yani arabuluculuk, yargı faaliyeti yapan çözüm yollarını dışlamayan ve onların yanında uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olan, “*alternatif nitelikli*” bir çözüm yoludur⁵⁴.

Arabuluculuk kurumu⁵⁵; uyuşmazlık yaşayan tarafların, objektif ve tarafsız olan üçüncü bir kişinin arabuluculuğu sayesinde ihtilaflarını müzakere etmek suretiyle çözüme ulaşabilmeleri için anlaştığı gönüllü yapılan bir süreci ifade

⁵² Şamil Demir, **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011, s. 5.

⁵³ Kekeç, s. 57.

⁵⁴ Muhammet Özkes, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, **HPD**, Sayı 7, 2006, s. 42.

⁵⁵ “Arabuluculuk” terimi yerine bazen “uzlaştırma” terimi de kullanılmakta ve fakat bu iki terim aynı anlamda kullanılıp kullanılmayacağı hususunda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

etmektedir⁵⁶. Başka bir deyişle arabuluculuk, meydana gelen bir uyuşmazlık karşısında, tarafların mahkemeye başvurmayarak, olaydan bağımsız kişi veya kişilerin yardım ve yönlendirmesi ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları konusunda anlaşmaya varma süreci olarak tanımlanır⁵⁷.

Diğer bir tanıma göre ise arabuluculuk; uyuşmazlık içinde bulunan tarafların konuşarak müzakere yapmaları maksadıyla bir araya getirilmesini sağlayan, birbirlerini anlayarak kendi çözümlerini üretebilmelerini sağlamak üzere iletişimlerini kolaylaştıran uzman eğitime sahip, tarafsız, objektif ve bağımsız bir konumda yer alan üçüncü kişinin katılımı ve katkısıyla yürütülen ve gönüllülüğü esas alan bir uyuşmazlık çözme tekniği şeklinde açıklanmaktadır⁵⁸.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu 2. maddesine göre; “*Arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Arabuluculuk yöntemi; uyuşmazlık yaşayan tarafların, müzakere etmek ve konuşmak maksadıyla bir araya getirilerek birbirlerini anlayabilmelerini sağlamak suretiyle kendi çözümlerini üretebilmeleri doğrultusunda tarafların iletişimlerini kolaylaştıran, tarafsız ve bağımsız bir konumdaki üçüncü kişi tarafından yürütülen gönüllülük esasına dayanan bir usuldür⁵⁹. Günümüzde dünya üzerindeki birçok ülkede en yaygın olan ve en fazla kabul gören, kural gereği mahkemeler haricinde yürütülen uyuşmazlık çözüm yönteminin arabuluculuk olduğu görülmektedir⁶⁰.

Arabulucu, taraflar arası hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygun atmosferi oluşturarak, kendi çözümlerinin ortaya çıkarılması için birtakım

⁵⁶ Ş. Demir, s.13.

⁵⁷ Kekeç, s.23; Özbek, s. 123. (Brown ve Marriot, ADR Principles and Practice, AUÇ İlkeleri ve Uygulaması, 3rd Edition, Sweet and Maxwell 2012’den aktaran Andrew Goodman, **Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği- Uygulayıcı Rehberi**, (Çeviren: Aşiyen Süleymanoğlu), Üçüncü Baskı, Ocak 2016, ISBN 9781858117201, Birleşik Krallık, s.7; Kekeç, s.25.

⁵⁸ Ayten Gökmen, Hacer Yaşar Teke ve Yaşar Bilge, **Adli Tıp Uygulamalarında Uzlaşma-Arabuluculuk Kavramı**, (Ed.: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.), s.81.

⁵⁹Gizem Ersen Perçin, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, Sayı 2, 2011, s. 185.

⁶⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 668.

tekniklerden faydalanarak ve tarafların iradesine dayanarak uyuşmazlığın giderilmesine yardımcı olan bağımsız ve tarafsız kişidir. Arabuluculukta uzman ve tarafsız temsilci (arabulucu), tarafların, aralarındaki uyuşmazlığa kendi sorumlulukları altında çözüm bulabilmeleri için taraflar arasında iletişim kurulmasını bilinen metotları uygulayarak sistematik olarak teşvik eder (AHUAFK md. 1/1). Arabulucu Türk Ceza Kanunu kapsamında bir kamu görevlisidir⁶¹.

2.3.2. Arabuluculuk Mevzuatı

Tarafların hukuki uyuşmazlıklarını “*dostane yollar*” kullanarak çözmeyi hedefleyen arabuluculuk kurumu, Türkiye’nin yanı sıra birçok dünya ülkesinde kullanılan bir sistem olarak öne çıkmaktadır. “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı*” Avrupa Birliği ve bu konuya ilişkin mukayeseli hukuk düzenlemeleri incelenerek hazırlanmış ve 25.10.2011 tarihi itibarıyla esas komisyon olan Adalet Komisyonu ile tali komisyon olan Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu’na gönderilmiştir. 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” olarak 07.06.2012’de kabul edilen söz konusu tasarı, 22.06.2012’de 28331 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tarafların hukuki uyuşmazlıklarını “*dostane yollar*” kullanarak çözmeyi hedefleyen arabuluculuk kurumu, Türkiye’nin yanı sıra birçok dünya ülkesinde kullanılan bir sistem olarak öne çıktığı ifade edilmiştir⁶². Arabuluculuk kurumu, Türk Hukuk Siteminde, **6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu”**nun⁶³ (HUAK olarak kısaltılacaktır) (RG. 22.06.2012-28331) yürürlüğe girmesi ile fiilen uygulanabilir hale gelmiştir. Bu Kanun, “**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği**”⁶⁴ (HUAKEY olarak kısaltılacaktır) (RG. 26.01.2013-28540) ile tamamlanmaktadır.

⁶¹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6/1-c gereği “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiyi” ifade eder.

⁶² Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (erisim tarihi: 20.6.2012); Ayrıca bu çalışmada da sık sık yararlanılan Cenk Akil, “Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Kanunu’nun Türkçe Çevirisi”, **ÜHFİM**, Cilt: LXX, Sayı: 2, 288, 2012.

⁶³ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/kanun.html>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

⁶⁴ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/HukukUyusmazliklarindaArabuluculukKanunuYonetmeliği.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere 23.06.2016 tarihli “İş Mahkemeleri Kanunu” tasarısına göre bazı iş davaları “zorunlu arabuluculuğa” yer vermektedir⁶⁵. Avrupa Birliği Resmî Gazetesi 24.05.2008 tarihli Arabuluculuk Yönergesinde, Avrupa Birliği üye devletlerinin iç hukuklarını arabuluculuk kurumuna uyumlu hale getirmesi öngörülmüş; böylece Türk hukuku için de arabuluculuk kurumu uygulamaya geçirilmeye başlanmış; yeni hukuki düzenlemeler, kanun tasarıları hazırlanmıştır. Ülkemizde de tahkim, arabuluculuk ve uzlaşma kurumları değişik alanlarda uygulanmaya başlanmıştır. Ayrıca çeşitli eğitim kurumlarında ve meslek kuruluşlarında da işbu konuyla ilgili seminer, konferans vb. şeklinde programlar düzenlenmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu madde 35/A’da avukatların arabuluculuğuna ilişkin oldukça önemli bir düzenleme getirilmiştir: “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.” Buna göre Türk hukukunda kanun koyucu, arabuluculuk görevini esas olarak avukatlara yüklemiştir.

Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünün, yargılama ile uyuşmazlık çözümüne göre amaç ve yöntem bakımından temel anlayış farklılığı bulunmaktadır. Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünde; sorunlarla, kişiler ve kişisel yaklaşımlar ayrılırlar; tarafların hukuki ve kişisel durumundan çok menfaatlerine odaklanılır; faklı çözüm imkan ve yollarının üretilmesi mümkündür; tarafların üzerinde uzlaştıkları esaslara göre çözüm aramak esastır; yargılama ve sonuç üzerinde tarafların tam hakimiyeti söz konusudur; taraflar arasındaki ortak menfaat dengesi korunur ve her iki tarafın ortak kazanımı esas alınır; iletişimin ve karşılıklı ilişkinin korunması ve geliştirilmesi ile çözüme ulaşırlar; gizlilik ve güvenilirlik, çözüme ulaşmada önem taşır⁶⁶.

⁶⁵<http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi-ikiliTABLO-istinaftansonra.pdf> . (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

⁶⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, ss. 670-671.

Yargısal çözüm için özel hukuki uzmanlığa ve bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Arabuluculuk yönteminde hukuki bilgilerin göz ardı edilmemesi gerekmele birlikte menfaatlerin yeniden oluşturulması nedeniyle yargısal çözümdeki kadar önem verilmemektedir. Yargısal çözüm yönteminde alenilik, arabuluculukta ise gizlilik ve güvenilirlik önem arz etmektedir. Arabuluculukta yargısal çözüm yönteminin aksine tarafların iletişimi öne çıkmakta, arabulucu ise bu iletişimin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır.

Yargısal çözümde sosyolojik ve psikolojik maliyet yüksek olduğundan gerginlik oluşması olağan olmakta ve getirilen çözüm yeni problemler doğurabilmektedir. Arabuluculukta söz konusu maliyetin daha az olması, yeni sorunların çıkma olasılığını düşürmektedir.

Yargısal çözümde kesin kurallar bulunmaktadır. Arabuluculukta ise esneklik olduğundan dolayı uygulanacak yöntem, her iki tarafın anlaşabildiği çözüm açısından en uygun olan seçilmektedir.

Yargısal çözümün neticesinde verilecek kararda tarafların en az biri kaybetmekte ve geleceğe ilişkin olarak taraflar arası ekonomik ve sosyal ilişkiler bozulmaktadır. Arabuluculuk yönteminde ulaşılan çözümde anlaşma esas alındığından ortaya çıkan sonuçta her iki tarafın da kazandığı görülecek ve geleceğe yönelik taraflar arası ekonomik ve sosyal ilişkiler devam edecektir⁶⁷.

Ülkemizde, uygulamada sağlık hukukunda arabuluculuğa ilişkin herhangi özel bir düzenleme olmadığından; sağlık hukuku uyuşmazlıklarında da uyuşmazlığın niteliğine uygun düştükçe, genel bir düzenleme olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na başvurulması gerekecektir.

2.2.3. Arabuluculuk Kurumunun Amacı

Arabuluculuğun amacı öncelikle uyuşmazlığın sahibi olan tarafların uyuşmazlıklarını çözmek iken diğer bir önceliği de her iki her iki tarafında kazanmasıdır⁶⁸.

⁶⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, ss. 671-672.

⁶⁸ Kekeç, s. 27.

2.4. ARABULUCULUK KURUMUNUN ÖZELLİKLERİ

Arabuluculuk süreci, tarafların çıkarlarını dengeleme esasına dayanmakta, geçmiş yerine geleceği gözetmektedir.

Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ilişkiler daha ön plânda tutulmaktadır. Bu sürecin işleyişinde deliller, hukuk kuralları ve delillerin değerlendirilmesi arka planda kalmakta, taraflara ait menfaatlerin gerçekleştirilmesi ve tarafların tatmin edilmesine yönelik hedefleri içeren optimal çözümlerin üretilmesi ön plâna çıkmaktadır.

Arabuluculukta, tarafların sürece daha aktif katılmaları söz konusu olduğu dolayısıyla yaratıcı çözümler üretilmesi daha muhtemeldir. Özel bir kanun hükmüyle arabuluculuğa başvurulmasının öngörüldüğü durumlarda, arabuluculuğun usûl ve esasları uygulanmalıdır.⁶⁹ tarafların menfaatlerinin dengelenmesinin esas alınmasını esas alan diğer arabulucuk kanununun ve yönetmeliğin öngördüğü bu modelin gerçek manasıyla bir arabuluculuk yöntemi olduğunu söylemek mümkündür.

2.5. ARABULUCULUK KURUMUNUN SAHİP OLDUĞU İLKELER

2.5.1. Genel Olarak

Arabuluculuk yöntemi işlevselliğinin korunarak devam ettirilebilmesi amacıyla bazı temel ilkelere sahiptir. Bu ilkeler hukuki uyuşmazlık durumlarında arabuluculuk yönteminin başarıya ulaşabilmesine etki etmektedir.

2.5.2. Arabulucunun Tarafsız Olması

Arabulucunun bağımsız ve tarafsız olması taraflar arasındaki davranışlarında eşit olması anlamına gelmektedir. Yöntemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, arabulucunun taraflara eşit şekilde davranmasına ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın arabulucu için bir menfaat doğurmamasına bağlıdır.

Arabulucunun rolü her arabuluculuk faaliyetinin başarısı açısından kilit rol oynar. Taraf vekilinin iş için en uygun kişiyi nasıl seçeceğini bilmesi ve onunla çalışması esastır. Arabulucu gerçekten tarafsız bir kişi olmalı ve taraflardan

⁶⁹ Özbek, s. 1021.

hiçbiriyle söz konusu uyuşmazlık ile ilgili ilişkili ve sonuçla bağlantılı herhangi bir menfaat sahibi olmamalıdır.

Arabuluculuk tüm tarafların arabulucuya güvenmesi ve yetki vermesini gerektirir. Taraflardan birinin bu yetkiyi geri çekmesi durumunda arabuluculuk sona erer. Aynı şekilde, arabulucuya duyulan güvenin bir şekilde bozulması halinde de, arabuluculuğun özüne aykırı düşmesi sebebiyle bir anlaşmaya varılması pek olası değildir. Arabulucunun rolü taraflara birbirleriyle olan müzakerelerinde destek sağlamak ve uyuşmazlık konusunda karşılıklı anlaşmaya dayanan bir çözüme ulaşmaya çalışmaları konusunda yardımcı olmaktır. Fakat taraflar kendi kararlarından bizzat kendileri sorumlu olmaya devam ederler ve varılan herhangi bir anlaşmanın şartlarından da mesuldürler⁷⁰.

Arabuluculuk görevini yapacak kişinin şahsen, tarafsız ve özenli bir şekilde faaliyetleri yürütmesi gerekmektedir. Arabulucu, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez. Arabulucunun, yapacağı faaliyetlerin başında, arabuluculuğa ilişkin esaslar, süreç ve sonuçlar ile ilgili tarafları yeterli düzeyde aydınlatması gerekmektedir.

Arabulucunun tarafsızlığından kasıt, arabulucunun taraflar ve uyuşmazlık ile ilgili herhangi bir beklentisinin olmamasıdır.

2.5.3. Arabulucunun Verdiği Kararın Bağlayıcı Olmaması

Sürece katılmanın taraflar açısından anlaşmaya varma konusunda bağlayıcılık doğurmaması açısından da arabuluculuk gerçek anlamda gönüllülüğe dayalıdır. Anlaşma yalnızca ilgili tarafların yetkisi dâhilinde sağlanabilir.

Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme konusunda yetkisi olmamasından dolayı, eğer taraflar mutabakata varamazlarsa bir anlaşma sağlanmaz. Fakat bir anlaşmaya varılırsa, kabul edilen koşullar uygulanabilir bir sözleşmenin bir

⁷⁰ Goodman, s. 9.

bölümünü oluşturur. Arabuluculuk yalnızca anlaşma konusunda bir çözümleyici görevi gören bir süreçtir⁷¹.

Arabulucu, önüne gelen uyuşmazlıkta kesin karar verici bir rol oynamamakta, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olmaktadır⁷², diğer bir ifade ile arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkında açıkladığı hükümler birer tavsiye niteliği taşımaktadır⁷³.

Buradan çıkartılacak sonuç şudur ki; arabulucunun verdiği kararların bağlayıcı herhangi bir hükmü yoktur ve şayet taraflar arabuluculuk süreci sonucunda herhangi bir anlaşmaya varamamış iseler mahkemelere başvurabilme imkanları her zaman vardır.

Yani arabuluculuk, tarafların hak arama hürriyetlerini kısıtlamamaktadır⁷⁴.

2.5.4. İradiliğin Esas Olması

İradilik, arabuluculuk yöntemine başvurma ve katılma iradesini de kapsayacak şekilde, uzlaşma baskısı olmayan, tarafların ortaya sunulan uzlaşma önerisini serbestçe kabul edebildiği ya da reddedebildiği ve arabuluculuk süreci esnasında arabuluculuğun istendiği zaman sonlandırılabilirdiği koşulları ifade etmektedir⁷⁵. Buna göre taraflardan birinin diğerini arabuluculuk sürecine katılması konusunda zorlayamamaktadır. Arabuluculuk tüm tarafların katılımı olmaksızın gerçekleşemez, taraflardan biri süreci terk ederse arabuluculuk sona erer ve tarafların istedikleri zaman süreci sonlandırma hakkı vardır⁷⁶.

Taraflar bu sürece dahil olmayı tamamen kendi iradeleri doğrultusunda kabul edebilmekte veya reddedebilmekte, ayrıca arabuluculuk yöntemine girmeyi ilk başta kabul etmelerine rağmen süreç esnasında herhangi bir tarafın isteği üzerine süreç sonlandırılabilir. Arabuluculuğu tarafların herhangi birinin sonlandırması durumunda, bundan dolayı her iki tarafın da bir külfete maruz kalmak zorunda olması söz konusu olmamaktadır⁷⁷. Diğer bir deyişle sürecin sonlandırılması sonraki

⁷¹ Goodman, s. 8.

⁷² Kekeç, s. 68.

⁷³ Hakan Pekcanitez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", **HPD**, Sayı: 5, Aralık 2005, s.16.

⁷⁴ T.C. Anayasası md. 16 kapsamında düzenlenen hak arama hürriyetine bir hanel getirmemektedir.

⁷⁵ Kekeç, s. 70.

⁷⁶ Goodman, s. 8.

⁷⁷ Yazıcı Tıktık, s. 35.

süreçte arabuluculuğu sonlandıran tarafın aleyhine herhangi bir olumsuz durum teşkil etmeyecektir.

Burada iradilikten kasıt hem uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk kurumuna başvurularında hem istedikleri arabulucuya başvurabilmelerinde hem de arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmayı kabul edip etmemesindeki serbestiyeti kapsar.

Bununla beraber arabulucu da önüne gelen uyuşmazlıkları kabul edip etmeme iradesinde serbesttir.

Bilinmektedir ki devlet yargısında bu iradilikten bahsetmek çoğu kez mümkün olmamaktadır.⁷⁸ Bu problemin önüne geçilebilmesi açısından Anayasanın 59. maddesine 2011 yılında getirilen değişikliğin⁷⁹ bir benzeri getirilebilir.

2.5.5. Arabulucunun Yetkisini Taraflardan Alması

Arabulucunun, arabuluculuk sürecine katılabilmesi için tarafların kendisine yetki vermesi gerekmektedir. Yetkinin bulunmaması veya daha sonra geri alınmış olması, arabuluculuk sürecinin başlayamaması veya sona ereceği anlamını taşır⁸⁰.

Arabulucu sadece tarafların rızasıyla görev alabilir. Arabulucu, tarafları arabuluculuğun mahiyeti ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatmak ve arabuluculuğu dürüstlük kuralına uygun bir biçimde, bizzat, doğrudan ve taraflara karşı objektif olarak yerine getirmek zorundadır (AHUAFK md. 16/2).

2.5.6. Gizliliğin Esas Olması

Gizlilik, arabuluculuk yönteminin taraflar arası karşılıklı güveni esas almasının bir gereği olarak bu güvenin oluşturulmasında sürecin gizlilikle

⁷⁸ <http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

⁷⁹ T.C. Anayasasının 59. maddesinin başlığı “B. Sporun geliştirilmesi” iken, 17/3/2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle “*Sporun geliştirilmesi ve tahkim*” şeklinde değiştirilmiş ve “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*” hükmü getirilmiştir.

⁸⁰ Kekeç, s. 77.

yürütülmesini, taraflarca ortaya konan her türlü ifade, belge vb. hususların sır şeklinde saklanarak güvence altına alınmasını ifade etmektedir⁸¹.

Bu da tarafların konunun mahkemeye taşınması durumunda farklı bir pozisyonda savunma yapmalarını engellemeyeceğini bilerek arabuluculuk sürecinde diledikleri gibi davranabilmeleri, örneğin bilgi açıklayabilmeleri, görüşlerini ifade edebilmeleri, önerilerde bulunmaları veya ödün sunabilmeleri anlamına gelmektedir⁸². Taraflar gelecekte mahkeme giderleri belirlenirken arabuluculuk sürecinde verdikleri kararların aleyhlerinde kullanılması riski olmaksızın arabuluculukta sunulan teklifleri reddetme ve hatta tamamen çekilme konusunda serbesttirler⁸³.

Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların kullandığı belgelerin ve/veya beyanların arabuluculuk sürecinden sonraki dönemde açılması muhtemel davalarda taraflar aleyhine kullanılmaması hususunun güvence altına alınması gerekmektedir. Nitekim tarafları arası güven duygusunun sağlanabilmesi ancak bu şekilde mümkündür.

Ancak burada hemen ifade edilmelidir ki arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma tutanağının bir örneği istatistik tutulmasının sağlanması gerekçesiyle Arabuluculuk Daire Başkanlığına gönderilmektedir.

Burada, istatistiksel bilgi toplamanın başka yollarının da bulunduğu değerlendirildiğinde söz konusu tutanakların Daire Başkanlığı'na gönderilmesi durumunu doktrinde, gizliliği ihlal eden durumlar arasında gösteren görüşler bulunmaktadır⁸⁴.

Özetle gizlilik ilkesi, arabuluculuğun aleni bir şekilde yürütülmemesini, sürece katılan üçüncü kişiler⁸⁵ de dâhil olmak üzere tarafların birbirleri karşısında sır saklama yükümlülüklerinin bulunduğunu ve süreç sonrasında açılması muhtemel

⁸¹ Yazıcı Tıktık, s. 29; Bkz. AHUAFK md. 18: “Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde doğrudan ya da dolaylı olarak vakıf olduğu sırları saklamakla yükümlüdür. Arabulucu, arabuluculuk çerçevesinde üretilmiş yahut ona tevdi edilmiş dokümanları saklamak zorundadır. Aynı şey arabulucunun istihdam ettiği yardımcı kişiler ile staj maksadıyla arabulucunun talimatı altında faal olan kişiler açısından da geçerlidir”

⁸² Goodman, s. 8.

⁸³ Goodman, s. 8.

⁸⁴ Muhammet ÖZEKES ve Diğerleri, **Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler Ve Öneriler Sonuç Raporu (Arabuluculuk Çalışma Toplantısı)**, AndHD, 2015, C.1, S.1, s. 131.

⁸⁵ Ferhat Yıldırım, **Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk**, (Erişim: <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ijsser/>) 2(3) 2016, s. 931.

davalarda arabuluculukta öne sürülen belge, beyan ve/veya bilgilerin kullanılmayacağına günece altına alındığını ifade etmektedir⁸⁶.

HUAK gizlilik konusundaki yükümlülük md. 4/1’de düzenlemiştir. Buna göre, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.”* Aynı maddenin 2. fıkrasında ise *“Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar”* demek suretiyle bu hususu tarafların keyfiyetine bırakmıştır.

Ayrıca HUAK madde 5’te; *“beyan veya belgelerin kullanılmaması”* başlığı altında da gizlilik hususu düzenlenmiştir.

Bu durum arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır (HUAK md. 5/4).’Bunun yanı sıra, tarafların rızası doğrultusunda gizliliğin ortadan kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Zaten HUAK md. 4/1’de *“aksi kararlaştırılmadıkça”* denildiğine göre, taraflarca gizliliğin aksi her zaman kararlaştırılabilir.

Gizliliğin bir istisnasını da TCK md. 279’da yer alan suç u bildirmeme suç u oluşturmaktadır. Uyuşmazlık konusu herhangi bir suç oluşturuyor ise, bu suçun yetkili makamlara bildirilmemesi yukarıdaki suçun oluşumuna sebebiyet vereceğinden dolayı gizlilik kuralının burada uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir. Ancak burada bazı yazarlar söz konusu suçun bildirilip bildirilmeyeceği hususunu avukatın iradesine bırakmaktadırlar⁸⁷.

2.6. ARABULUCULUĞUN OLUMLU TARAFLARI

2.6.1. Genel Olarak

Arabuluculuk dinamik olarak aktif biçimde yenilenmeyi ve barışmayı teşvik eder çünkü ilişkileri iyileştirmek için tasarlanmıştır. Arabuluculuk bunu yapmaz. Bu da arabuluculuğu tarafların ister bir iş bağlamında ister komşular olarak veya başka türlü bir yakın kişisel ilişki veya fiziksel yakınlık sınırları içinde olsun, gelecekte de

⁸⁶ Yazıcı Tıktık, s. 29.

⁸⁷ Özekes ve diğerleri, s. 129.

iş ilişkilerini ve etkileşimlerini sürdürecekleri durumlar için özellikle çekici bir yol haline getirir⁸⁸.

2.6.2. Arabuluculuk Süreci Hızlıdır

Dava süreci yavaştır ve ilişkileri tahrip eder⁸⁹. Arabuluculuk ise, anlaşmaya varılsa da varılmasa da nispeten hızlıdır.

Bu da yönetim zamanından tasarruf sağlar⁹⁰.

2.6.3. Arabuluculuk Süreci Ekonomiktir

Mahkemelerde görülen davalarda yüksek harç miktarları ve masraflar, daha hızlı ve etkin bir çözüm yolu olan arabuluculuğa göre daha fazladır.

2.6.4. Sadece Uzman Kişiler Arabulucu Olabilir

HUAK çerçevesinde sadece hukukçu olanların arabulucu olacağı ifade edilmiştir. Mahkemelerde hâkimlerin çoğu kez teknik konularda eksik kalması ile bilirkişilik müessesesinden faydalanılması suretiyle çözümlenen uyuşmazlıkların; arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenmesi halinde, tarafların uyuşmazlık konusu alanda uzman bir arabulucuya gideceği gerçeği göz önünde tutulduğunda,

2.6.5. Arabuluculukta Taraflar Kendilerini Daha İyi İfade Eder

Mahkemelerde çözümlenmeye çalışılan uyuşmazlıklarda taraflar çoğu kez kendilerini ifade edememekte ve uyuşmazlığın çözümü konusunda pasif kalmaktadırlar. Tarafların ileri sürdüğü hususların yanında süremediği pek çok iddiaları söz konusu olabilmekte ve bu durum da yargılama neticesinde mahkemece verilen kararların adil olup olmaması üzerinde fazlasıyla etkili olmaktadır.

⁸⁸ Goodman, s. 28.

⁸⁹ Goodman, s. 28.

⁹⁰ Goodman, s. 28.

2.6.6. Arabuluculukta Kontrol Taraflardadır

Dava Süreci uyuşmazlığa ilişkin tarafların kontrolünü ellerinden alır, öncelikle avukatlara daha sonra da mahkeme idaresine ve yönetim sistemine verir.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, arabuluculukta anlaşma ancak tarafların rızası ile mümkündür. Varılan herhangi bir mutabakatın şartlarından yine bu taraflar sorumludur. Arabuluculuk mutlaka tüm tarafların menfaatlerini en yükseğe çıkaran bir sonucu hedeflemekle birlikte (genelde “kazan-kazan” sonucu olarak anılır) doğası gereği, asla taraflardan birinin kesinlikle kabullenemeyeceği bir sonuca ulaşmaması gerekir.

Anlaşma koşullarına ulaşma mesuliyetinin taraflara ait olmasından dolayı, sürecin esnekliği bir mahkeme veya başka tahkim süreci tarafından verilen bir hüküm ile mümkün olacağından çok daha fazla yaratıcılığa ve hukuk dışı çözümlere imkân tanır⁹¹.

2.6.7. Mahkeme Yükünü Azaltır

Arabuluculuk kurumunun başlıca amaçlarından birinin de mahkemeler önündeki iş yükünün azaltılması olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Uyuşmazlık sahibi tarafların arabulucuya gitmeleri halinde mahkemeler önündeki dava sayısında ciddi bir azalma olacağı muhakkaktır.

2.6.8. Her İki Tarafı da Tatmin Sonuçtan Olur

Dava süreci resmidir ve taraflar açısından tatmin edilmeyen bazı dayatmalarda bulunur. Taraflara, genellikle birinin kaçınılmaz biçimde sonuçtan memnun olmadığı, hatta genelde ileri düzeyde hoşnutsuz kaldığı bağlayıcı bir çözüm dayatır. Hukuki giderler rejimi kazanan tarafın bile memnun olmasının önüne geçebilir⁹². Buna karşın arabuluculuk çoğu yönü itibariyle gayri resmi ve oldukça esnek bir süreçtir ve dayatılan çözümleri yoktur.

⁹¹ Goodman, s.10.

⁹² Goodman, s.28.

2.6.9. Karar Taraflara Göre Verilebilir

Mahkemelerde görülen uyuşmazlıklarda hâkimin vereceği karar tarafların kendi önüne getirdiği iddialara göre ve ilgili mevzuat çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ancak arabuluculuk kurumunda böyle bir zorunluluk olmayıp, arabulucu önüne getirilen uyuşmazlık hakkında tarafların iradesine ve isteklerine göre farklı kararlar da verebilir.

2.6.10. Arabuluculuk Süreci Gizlidir

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, arabuluculuk süreci gizlidir. Arabuluculuk, uyuşmazlığın tarafları arasında bir güven ilişkisine dayandığından dolayı bu güvenin sağlanabilmesinde sürecin gizliliği önem kazanmaktadır. Taraflar ile arabulucunun süreç esnasında ortaya koyduğu ve sır olarak saklanması gerektiği belgelerin ve ifadelerin gizliliği arabuluculuk kurumunun güvencesi altındadır. Bu durumda da tarafların konunun mahkemeye taşınması durumunda farklı bir pozisyonda savunma yapmalarını engellemeyeceğini bilerek arabuluculuk sürecinde diledikleri gibi davranabilmeleri, örneğin bilgi açıklayabilmeleri, görüşlerini ifade edebilmeleri, önerilerde bulunmaları veya ödün sunabilmeleri anlamına gelmektedir⁹³.

Arabuluculuğun bir diğer amacı da uyuşmazlıkların mahkeme önüne gitmeden çözüme kavuşturulmasıdır. Mahkemelerdeki ağır iş yükünün azaltılmasının sağlanması bu kurumun en önemli amaçlarından birini oluşturmaktadır. Bugün Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi Türk Hukuk Sisteminde mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması ve devlet açısından da daha ekonomik bir yol olan Arabuluculuk Kurumu çeşitli afişler, yayınlar ve reklamlar ile teşvik edilmektedir.

2.7. ARABULUCULUĞUN OLUMSUZ TARAFLARI

Diğer açıdan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitli açılardan eleştirilere de maruz kalmıştır. Bunlar; çoğunlukla geleneklere ve kişisel tecrübelere dayanarak teorik temellerden uzak olması⁹⁴, bireysel sorumluluğun uyuşmazlığın sebebi olarak

⁹³ Goodman, s.8.

⁹⁴ Kekeç, s.15.

görülmesi, iş, sağlık, çevre veya aile gibi sadece belli tür uyuşmazlıklarda yoğunlaşması ve bazı durumlarda bu yolların yetersiz kalması⁹⁵, uyuşmazlığı giderecek olan üçüncü tarafın tarafsızlığının bir varsayıma dayanması ve zayıf olan tarafın zararına olarak onu anlaşmaya zorlayabileceğinin her zaman ihtimal dâhilinde olması⁹⁶ gibi eleştirel güçlünün zayıf üzerindeki etkisini kolaylaştıracak menfaatlerin elde edilmesini rahatlatacak bir aracı olarak görülmesidir⁹⁷.

2.8. ARABULUCUNUN GÖREVİ VE ÖZELLİKLERİ

Arabulucu; iletişim becerisine ve yüksek sorun çözme gücüne sahip, gelişmiş benlik kavramı ve öz yeterliliği olan, empati kurabilen, sosyal becerilere sahip, grupla çalışmaya ve çevreye açık, farklı bakış açıları olan, olaylara küresel bakabilen ve eleştirel düşünebilen kişi⁹⁸ olarak tanımlanmaktadır.

Arabulucular, tarafların görüş ayrılıklarını makul ve sakin bir şekilde tartışabilmelerini sağlamak üzere gerekli çabayı sarf ederler. Bu bağlamda görüşmeler esnasında tarafların sinirlenmeleri, gerilmeleri ve gurur merkezli kaynaklanacak sorunların doğabileceği dikkate alındığında, arabulucuların en önemli rolü; tarafların stresten uzak akılcı ve ılımlı bir şekilde konuya yaklaşmalarının sağlanması olarak gösterilebilir⁹⁹.

2.9. ARABULUCULUK YÖNTEMİYLE ÇÖZÜLEBİLECEK

UYUŞMAZLIKLAR

2.9.1. Genel Olarak

Arabulucular, özel hukuk kapsamına giren anlaşmazlık konularının taraflarını müzakere yapma ve görüştürme maksadıyla bir araya getiren ve uyuşmazlıklarda uzlaşmanın sağlanmasına yardım eden tarafsız üçüncü kişilerdir. Süreçte bir hâkim sıfatına girmeyen arabulucu, son sözü söylememekte sadece tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaya çalışmaktadır.

⁹⁵ Kekeç, s.16.

⁹⁶ Kekeç, s.16.

⁹⁷ Ş. Demir, s.145.

⁹⁸ Nermin (Öner) Koruklu, "Eğitimde Arabuluculuk ve Okulda Arabuluculuk Sürecinin İşleyişine İlişkin Bir Model", *Eylül Üniversitesi Buca Eğitim Fakültesi Dergisi*, 20, 2006, ss. 11-20.

⁹⁹ Subaşı, s.761-762.

Arabuluculuk sistemi her türlü uyuşmazlığın çözümünden ziyade, tarafların üzerinde serbest olarak tasarruf edebildikleri¹⁰⁰ işlemlerden ve işlerden kaynaklı uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır.

Zira HUAK md. 1/2'nin ilk cümlesinde de bu husus “*yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır*” denilmek suretiyle hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamda, cebri icraya elverişli olan konular için arabuluculuk sistemine başvurulabilmekte,. HUAK md. 1/2'nin ikinci cümlesinde “... *aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*”. denilmiştir. Her ne kadar kanun koyucu burada sadece aile içi şiddet ifadesini kullanmış ise¹⁰¹ de bu durumu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bütün iş ve işlemleri de biz arabuluculuk kurumu dışında tutabiliriz. Bu düzenleme çerçevesinde genel olarak aşağıda belirtilen uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi vasıtasıyla çözülebileceği söylenebilir:

- İşçi-işveren, ticari, kira alacağı, tüketici uyuşmazlığı vb. gibi alacak davası ile ilgili uyuşmazlıklar,
- Tıbbi uygulama hataları kaynaklı uyuşmazlıklar vb. gibi maddi ve manevi tazminat talepleri
- Taşınır mal uyuşmazlıklarıdır.

Kanun metnine göre arabuluculuğun; yalnızca tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebilecekleri işlemler ve işlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları durumunda başvurulabilecek bir yöntem olduğu belirtildiğinden, tarafların hangi uyuşmazlıklar için serbest tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu noktada kanun koyucular tarafından kamu ve özel hukuk ayrımının açıkça belirtilmiş olması dikkate alındığında kamu hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklar için arabuluculuk yönteminin elverişli olmadığını belirtmekte fayda görülmektedir

¹⁰⁰Bkz. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu (AHUAFK) md. 1/2: “*Özel hukuk meselelerinde arabuluculuk ile hukuk mahkemelerinin hakkında karar vermeye yetkili olduğu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan arabuluculuk kastedilir*”

¹⁰¹ Bu düzenleme, Meclis Genel Kurul görüşmeleri sırasında aile işi şiddet konusundaki hassasiyetlerin gözetilmesi sebebiyle eklendiği dile getirilmiştir.

2.9.2. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemler

“Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler/işlemler” kavramına yönelik belirsizlikler olduğu ve özellikle aşağıdaki hususların tartışmalı olduğu görülmektedir:¹⁰².

- Ticaret hukuku ile ilgili bütün alanların bu çerçevede değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu (anonim ortaklığa ait genel kurul kararlarındaki iptaller vb.),
- Taşınmazın aynına yönelik hususlar kapsamında, belirli bazı konularda arabuluculuk yönteminin kullanılıp kullanılmayacağı (ferağ verme ile ilgili anlaşma vb. gibi),
- Aile hukuku açısından, boşanma ve velayet durumlarının mutlaka mahkeme kararı gerektiren meseleler olması nedeniyle bu durumların hangi yönleri ile arabuluculuk konusu olduğu,
- Nispi emredici hükümleri öngören iş ya da sağlık hukuku gibi alanlarda arabuluculuk faaliyetlerinin mümkün olduğudur.

Bu husus değerlendirilirken, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen işler ile kamu düzeni kavramlarının sınırlarının öncelikle çizilmesi gerekmektedir.

2.9.3. Üçüncü Kişiler Bakımından

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemler, sadece kendi taraflarını ilgilendiren alanlara ait olmalıdır. Kendileri dışında üçüncü kişi veya kişiler söz konusu uyuşmazlığın konusuna dâhil olduğunda veya bu durumdan hukuki anlamda etkilenmeleri söz konusu olduğunda, işbu üçüncü kişi veya kişiler arabuluculuk anlaşmasının dışında kalacaktır ve anlaşma üçüncü kişiyi bağlamayacaktır. Bu sebeple, uyuşmazlık konusu, taraf iradesinin rol alacağı bir alan olmasına rağmen arabuluculuk anlaşması kendi iradesi anlaşma dışında kalacağından dolayı üçüncü kişiyi bağlamayacaktır.

Netice olarak bu noktada tasarrufun sınırları üçüncü kişiye etki eden unsurlar tarafından çizilmektedir.

¹⁰² Özekes ve diğerleri, s.121-122.

2.9.4. Kamu Düzenine Giren Alanlar Bakımından

Kamu düzeni serbestçe tasarruf edilemeyecek alanın içinde yer alan ancak onu bütünüyle kapsamayan bir alandır. Yani tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği her işin kamu düzeninden sayılmayacağı; ancak, kamu düzeninden sayılan her işi de serbestçe tasarruf edemeyeceği bir alan olarak kabul edeceği belirtilmektedir.

Taraflarca serbestçe tasarruf edilemeyecek meydana gelebilecek iş veya işlemler arabuluculuk anlaşması dışında kalacaktır¹⁰³.

2.9.5. İcra Edilebilirlik Şerhi Bakımından

Taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek haller ile kamu düzeni ile ilgili hususlar, arabuluculuğa başvurulacak haller olarak değil icra edilebilirlik şerhi alınabilecek durumlar kapsamında değerlendirilmelidir.

Arbuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturacak tüm uyuşmazlıklar bakımından, sürecin sonucunda varılan anlaşmanın taraflar açısından sonuç doğurabilmesi için icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunlu değildir. Nitekim tarafların anlaşmasıyla birlikte mevcut uyuşmazlık çözülmüş olduğundan böyle bir halde icra edilmeye gerek duyan bir konu da bulunmayacaktır.

2.10. ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN İŞLEYİŞİ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, maddi hukuktaki sürelerle, arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığına, arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşların koşullarına, gizliliğe, arabuluculuk mesleğine ilişkin düzenlemelere ve arabuluculuk faaliyeti sonunda uzlaşma sağlanması halinde bu belgenin icra kabiliyetine ilişkin hususlara yer verilmiştir.¹⁰⁴ Dava açılmadan arabuluculuk yöntemine başvurulması dava açılmasına engel olmamakla birlikte bir davanın açılmış olması halinde de arabulucuya başvurabilmek mümkündür. Arabuluculuk için taraflar arası eşitlik esastır. Ayrıca taraflar arabulucuya başvurulması, sürecin devam ettirilmesi, sonuçlandırılması ya da süreçten

¹⁰³ Özkes ve diğerleri, s. 122-123

¹⁰⁴ Yazıcı Tıktık, s.31.

vazgeçilmesi konularında serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla ve taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür.

Arabulucuların, “Arabulucular Sicili” kaydı olması halinde arabulucu unvanını ve bu unvanın sahip olduğu yetkileri kullanma hakkı bulunmaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece bir tarafın arabulucuya başvurma teklifine karşı 30 gün içerisinde olumlu bir cevap verilmemesi halinde söz konusu teklif reddedilmiş sayılmaktadır. Arabuluculuk faaliyetleri sonucunda tarafların bir anlaşmaya varması halinde, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine yönelik “*şerh*” verilmesi talep edilebilmektedir. Bu şerhin bulunduğu anlaşma, ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmektedir (HUAK, m. 18).

Dava açılmadan evvel arabuluculuğa başvurulması durumunda, arabuluculuk süreci; tarafların katılımıyla gerçekleştirilecek ilk toplantıya davetin yapılması ve arabulucu ile tarafların arasındaki sürecin devamı konusunda varılacak mutabakatın tutanak altına alınarak belgelendirildiği tarih itibariyle işlemeye başlayacaktır. Açılan dava sonrasında arabulucuya başvurulması durumunda ise arabuluculuk süreci; tarafların mahkemece arabuluculuğa davet edilmesini tarafların kabul etmesi ya da tarafların arabuluculuğa başvuru konusunda anlaşmalarının duruşma dışında yazılı olarak mahkemeye sunulduğu veya duruşmada bu anlaşmayı tutanağa geçirdikleri tarih itibariyle işleme başlayacaktır. Arabuluculuk sürecinin başlangıç tarihinden sona erene kadar geçen süre, hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.

Taraflar dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma hususunda her zaman anlaşabilirler. Bu durumun ideal olanı ise; ön inceleme esnasında arabuluculuk sistemine başvurulmasıdır¹⁰⁵. Nitekim ön inceleme esnasında mahkemeler de tarafların arabuluculuğa başvurularını konusunda teşvik edebilmektedir. Yargılama aşamasında tarafların arabuluculuğa başvuracaklarını ifade etmeleri halinde ise

¹⁰⁵ Yıldırım, s. 934.

mahkeme dosyayı arabulucuya göndermek üzere bir ara karar tesis etmektedir. Bu kapsamda yargılama mahkeme tarafından üç ayı geçmeyecek şekilde ertelenmektedir. Tarafların talebi üzerine bu sürenin bir defalık olacak şekilde üç aya kadar uzatılabilmektedir

Bu sürelerde üst sınır üç ay olarak belirlenmiş ve mahkeme tarafından en fazla iki kere uzatılabileceğinden toplamda 6 ayı geçemeyecektir. Bu süreçte tarafların arabuluculuk vasıtasıyla uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturamaması halinde ise mahkeme kaldığı yerden davasına devam eder. Bir tarafın arabuluculuğa başvurma iradesi olması durumunda ise, aksi kararlaştırılmadıkça bir taraf arabuluculuk yöntemine başvurmasına müteakip teklifine otuz gün içerisinde olumlu cevap alamaz ise teklif reddedilmiş sayılır (17/1).Arabuluculuk Daire Başkanlığının yayınladığı arabulucular listesine istinaden taraflar istedikleri arabulucuyu tayin etmekte serbesttirler.

Hak düşürücü ve zaman aşımı süreleri arabuluculuk sürecinin başlamasından etkilenmektedir Dava açılmasından önce tarafların arabuluculuk yöntemini kullanmak için anlaşarak başvurmaları durumunda, arabulucunun en kısa zamanda her iki tarafı toplantıya çağırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Taraflar ilk toplantı sonucunda arabuluculuk sürecinin devam etmesi konusunda anlaşılırsa, bu durum bir tutanak ile arabulucu tarafından belgelenir ve bu tutanak imzalanarak arabuluculuk süreci başlatılmış olur¹⁰⁶.Davanın açılmasından sonra ise durum; *“Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.”*şeklindedir

Arabuluculuk süreçleri taraflar arası anlaşmanın sağlanması ya da sağlanamaması şeklinde sonuçlanabilmektedir.

Sürecin anlaşmanın sağlanamaması şeklinde sonuçlanması durumunda arabulucu bir tutanak tutarak bir aylık süre zarfında bu tutanağı “Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne” göndermelidir.

¹⁰⁶ Yıldırım, s. 936.

Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması durumunda ise arabulucu tarafların da imzasını içeren bir anlaşma metni düzenleyerek süreci sonlandırmaktadır.

Aynı şekilde bu anlaşma metni de arabulucu tarafından bir aylık süre zarfında “Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü”ne gönderilmelidir

2.11. ARABULUCULUK KANUNU KAPSAMINDA ARABULUCULUĞUN SONA ERMESİ VE UZLAŞMA SAĞLANMASI

6325 sayılı HUAK gereğince aşağıdaki hallerde arabuluculuk faaliyetleri sona ermektedir:

Taraflarca anlaşmanın sağlanması, taraflara danışılması sonrasında arabulucu tarafından arabuluculuğun yürütülmesi için daha fazla çabanın sarf edilmesine gerek olmadığı tespit edilmesi, taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetlerinden çekildiğini arabulucuya ya da karşı tarafa bildirmesi, Tarafların arabuluculuk faaliyetlerinin bitirilmesi konusunda anlaşması, uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi için elverişli olmadığı tespit edilmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre uzlaşma kapsamında olmayan bir suç ile ilişkili olduğunun tespit edilmesi durumunda **arabuluculuk faaliyetleri sona ermektedir:**

Taraflarca bu durum arabulucunun da imzası ile Arabuluculuk Daire Başkanlığına bildirilmektedir. Arabuluculuk faaliyetleri neticesinde tarafların anlaşmaları, anlaşamamaları ya da sürecin ne şekilde sonuçlandığı tutanak altına alınarak belgelenmektedir. Arabulucunun düzenleyeceği söz konusu belgeyi taraflar/vekiller ve arabulucu imzalamakta, tarafların belgeyi imzalamaması halinde ise bunun sebebi belirtilerek belge yalnızca arabulucunun imzasıyla düzenlenmektedir.

Tıbbi müdahale esnasında hekimin gerekli özeni ve dikkati gösterip göstermediğinin tespit edilmesi teknik bir konu olduğundan hâkimin takdirinde bulunmamaktadır. Bundan dolayı sağlık hukukuna ilişkin davalarda teknik bilirkişilerin görüşleri alınmaktadır¹⁰⁷. Taraflar bu sürece dahil olmayı tamamen kendi iradeleri doğrultusunda kabul edebilmekte veya reddedebilmekte, ayrıca

¹⁰⁷ Şimşek, s. 3545

arabuluculuk yöntemine girmeyi ilk başta kabul etmelerine rağmen süreç esnasında herhangi bir tarafın isteği üzerine süreç sonlandırılabilir. Arabuluculuğu tarafların herhangi birinin sonlandırması durumunda, bundan dolayı her iki tarafın da bir külfete maruz kalmak zorunda olması söz konusu olmamaktadır¹⁰⁸.

Arabuluculuk anlaşma sağlanırken taraflar isterse bu şekilde teknik bilirkişi görüşü ile Arabuluculuk neticesinde anlaşmaya varılması durumunda taraflar söz konusu anlaşma belgesine ait icra edilebilirliğe ilişkin şerh verilmesi talebinde bulunabilirler. Dava açılmasından önce başvuru arabuluculuklarda, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, asıl uyuşmazlık konusundaki görev ve yetki kuralları çerçevesinde belirlenecek mahkemeden talep edilebilmektedir. Davanın görülmesi esnasında arabuluculuğa başvurulması halindeyse anlaşmanın icrasına yönelik şerh verilmesi, davaya bakan mahkemeden talep edilebilmektedir.

Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir.

Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilebilir.

Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka resmî işlemlerde kullanabilirler. Arabuluculuk faaliyetinin son bulması ile birlikte faaliyete yönelik arabulucuya yapılan bildirim ile elinde bulunan ve tevdi edilen belgeler ve tutanak beş yıl süreyle arabulucu tarafından saklanmak zorundadır. Ayrıca düzenlenen tutanağın bir örneği arabulucu tarafından faaliyetin son bulmasından itibaren bir aylık süre içerisinde kanun gereği kurulan Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmektedir.

¹⁰⁸ Yazıcı Tıktık, s. 35.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

3.1. GENEL OLARAK

Sağlık hukukunda sağlık hizmetlerinin sunucusu ile hasta arasındaki rıza, aydınlatma, endikasyon ve komplikasyon yönetimi gibi konulardan doğan aykırılıklar, kısaca “malpraktis” olarak ifade edilen tıbbi müdahale hataları sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların ceza ve disiplin hukukunun yanı sıra tazminat hukuku bakımından da çözüme ulaştırılması gerekmektedir.

Sağlık alanında Hasta hakları kapsamında Özel hastahaneler Kamu hastahaneleri sağlık çalışanları hekimlerin mevcut sağlığın gözlemlemesi, geliştirilmesi ve devam ettirilmesi, sağlık hizmeti, sağlık çalışanlarının yada birimlerinin hastalıkların ve yaralanmaların önlenmesi, tıbbi açıdan sürekli yeniliklere açık hastalıkların tedavisi takibi kontrolü yaşam kalitesinin optimum düzeyde sağlıklı ve fonksiyonel olmasını sağlamak adına yapılan hizmetlerin eksik kusurlu hiç yapılmaması nedeniyle maruz kalınan zararlar Tıbbi malpraktisi konusunun hukuk alanına konu oluşturması açısından hukuka aykırılık durumunun oluşmasını gerektirmektedir.

Hasta ile sağlık çalışanları hastahaneler hekim arasında ki ilişki vekalet , vekaletsiz iş görme hizmet sözleşmesi tüketici veya eser sözleşmesi kapsamında Ülkemizde henüz tıbbi malpraktisin hukuka aykırılığıyla ilgili olarak hali hazırda bir yasanın var olmamasından dolayı yorumlanmasında ve yargısal kararlar verilirken, borçlar veya ceza kanunları gibi mevzuatlardan istifade edilmektedir¹⁰⁹. Bu istifa edilen kanunlar kapsamında davalar uzun sürmekte , arabuluculukta gizlilik iradilik ve taraflar isterse anlaşıp anlaşmamada serbest olması ayrıca tarafların bir araya gelerek süreçte kendilerini daha iyi ifade edebilmelerinin yanında maliyetin düşük tazminatın ise çabuk sonuçlanması açısından Sağlık ve Tıp hukuku açısından uygunluk arz etmektedir. Ayrıca arabuluculuk yöntemi yargıya göre daha kısa, daha az masraflıdır.

¹⁰⁹ Günday, s. 34.

Yargısal çözümdeki gibi süreç ve sonuç taraflar açısından belirsiz değil, tam aksine tarafların kontrolü altındadır. Yargısal çözümde geçmişe bakılarak bozulmuş menfaat dengesi yeniden kurulmaya çalışılır. Ancak arabuluculuk ile geleceğe bakılarak hukuki durum yerine geleceğe ilişkin menfaatin korunması esas alınmaktadır. Sağlık kamu hizmeti idari kamu hizmetlerindedir. Sağlık çalışanlarının, hizmet sunumu esnasında uymak zorunda olduğu bir takım kurallar vardır . Hukuk Tıp bilimi etik kuralları ile meslek odaları ve işverenin koyduğu kuralların bütünü oluşturulmaktadır.

Sağlık hukuku açısından, bu kuralların ihlali kendi içinde disiplin sorumluluğu yanında Kamu kuruluşlarında görevli sağlık çalışanlarının, eylemleri veya eylemsizlikleri ile oluşmuş yükümlülük ihlallerinde hastanın veya yakınlarının şikayeti üzerine veya idarece fark edildiğinde konunun soruşturulması için valilikler veya sağlık kuruluşu veya bağlı bulunduğu bakanlık tarafından müfettiş veya soruşturmacı görevlendirilir (Arısoy 2009)

Özellikle hukuki anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çözümünde uzlaşma kurumu önemli bir role sahiptir. Çünkü uzlaşmanın amacı tarafları kabul edilebilir şartlar üzerine anlaşmaya varmasını sağlamaktır. (Graht 1982) .Hukuki anlam da uyuşmazlığın giderilmesinin arkasındaki asıl amaç ise toplumsal düzenin devamını sağlamaktır. (Muldrew 1996 , Meierhenrich 2008) Uzlaşma kurumunun ortaya çıkış nedeninin temelinde bir uyuşmazlığın varlığı bulunmaktadır.Sadece yukarıda sayılan sebepler ışığında denilebilir ki; arabuluculuk kurumu ülkemizde bugüne kadar yaşanan birçok problemin giderilmesinde ve iş yükünü ciddi anlamda azalmasına yardımcı olacaktır.

Arbuluculuk yönteminin yalnızca sağlık hizmet sunucuları ve hastalar tarafından değil, mesleki sorumluluk sigortası nedeniyle sigorta şirketleri tarafından da alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak denenmesi önemlidir.

Yukarıda sayılan sebepler sigorta şirketleri açısından da bu alanda dava öncesi uzlaşma ve arabuluculuğun zaman ve diğer pratik sonuçları açısından oldukça önemli kazanımlar sağlayacağı anlaşıldığından alternatif yöntem olarak hekim mali mesleki sigorta kurumu karşımıza çıkmaktadır.

Mesleki mali sigorta kurumsal olarak sözleşme ile hekime veya sağlık çalışanlarına yada hastahanelere Tıbbi hatalı uygulama sonucu uygulamaya karşı açılacak tazminat davalarında yöneltilecek olan maddi tazminatlar için teminat verilmiştir.⁹⁵

Dolayısıyla gizlilik, arabuluculuk yönteminde önem arz eden işlevsel bir gereklilik olarak öne çıkmaktadır¹¹⁰. Her ne kadar arabuluculuğu reddetmenin maddi sonuçları olabilse de arabuluculuk süreci hem hukukun izin verdiği ölçüde “*tüm haklar saklı kalma kaydı*”na hem de gizliliğe tabidir. İlk amaç zarar gören hastanın mağduriyetinin en hızlı şekilde gidermektir. Mesleki sorumluluk sigortalarının zamanla pek çok ülkede zorunlu olmasının amacı budur.

Mesleki sorumluluk sigortaların olsa da Uyuşmazlık durumunun sağlık alanında görülmesi tarafların konuya daha duygusal yaklaşımlarına sebep olmaktadır. arabuluculuk yöntemi, taraflar arası ilişkiyi zedelemekten geçmişe odaklanmak yerine çözümlerinde geleceğe yönelik sonuçlara ulaşmaktadır.

3.2. İDARE, HASTA, HEKİM, HASTAHANE HAKLAR ÇATIŞMA YARGI ÖNCESİ UYUŞMAZLIK TA UYGULANMA

3.2.1. Hasta Hakları

Hasta Hakları; hastanın yitirdiği sağlığını mümkün olabilecek en kısa zamanda ve olabildiğince en iyi şekilde ve insan onuruna ve saygınlığına yakışan bir şekilde geri kazanabilmesi; hastalığına karşı yaşam kalitelerini muhafaza edebilmeleri ya da insanlık onuruyla bağdaşır biçimde hayatını kaybetmesi amacıyla gereksinim duyulan her tür desteğe veya hizmete kolaylıkla erişilebilmesini ifade etmektedir¹¹¹.

Hasta hakları kavramını, Hasta Hakları Yönetmeliği 4. Maddesinde belirtildiği üzere; “*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve T.C. Anayasası, milletler arası*

¹¹⁰ Christopher W. Moore, *Arbuluculuk Süreci Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler*,4. Bası, 2016, s. 316.

¹¹¹ Hakeri, s. 77.

antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları” şeklinde tanımlayabilmemiz mümkün olmaktadır.

Hasta hakkı kavramı sağlık hakkı kavramından bağımsız düşünülemez. Sağlık hakkı ile; *“kişinin toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı olanaklardan faydalanabilmesi”*¹¹² ifade edilmek istenmektedir.

Hasta Hakları başta *“BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi”*¹¹³, *“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”*¹¹⁴, *“Çocuk Hakları Sözleşmesi”*¹¹⁵ olmak üzere birçok uluslararası kaynakta¹¹⁶ ve başta T.C. Anayasası¹¹⁷ olmak ulusal mevzuatta kendine yer edinmiş, yaşam hakkı temelinde gücünü evrensel insan hakları kurallarından alan ve hasta olma statüsüne dayanan üçüncü kuşak haklardandır.

Bu bölümde başta Hasta Hakları Yönetmeliği olmak üzere ulusal veya uluslararası mevzuatta yer alan başlıca hasta hakları olarak şunlar sıralanabilir:

- “Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı”¹¹⁸,
- “Bilgi İsteme Hakkı”¹¹⁹,
- “Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı”¹²⁰,
- “Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme Hakkı”¹²¹,

¹¹² Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972, ss. 16-17.

¹¹³ Md. 25: Herkesin kendisine ve ailesine sağlık sayılacak bir yaşam standardına sahip olma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

¹¹⁴ Md. 12: Sözleşmeyi imzalayan ülkeler herkesin ulaşılabilir en yüksek derecede fiziki ve ruhsal sağlık hakkına sahip olduğunu kabul ettiğini hükme bağlamıştır.

¹¹⁵ Md. 24.: En yüksek derecede sağlık ve hastalıkların tedavisi için oluşturulan kurumlardan faydalanma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır.

¹¹⁶ Bkz. Dünya Hekimler Birliği’nce kabul edilen Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Lizbon, 1981.

Bkz. Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu’nce kabul edilen “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” 1994.

Bkz. Dünya Tabipler Birliği’nce kabul edilen “Bali Bildirgesi”, Endonezya, 1995.

Bkz. Dünya Tabipler Birliği’nce kabul edilen “Hasta Hakları Avrupa Statüsü” Roma, 2002.

¹¹⁷ 1982 T.C. Anayasası’nda Temel Haklar ve Ödevler başlığı altında 17. Maddede *“Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”* amir hükmü sağlık hakkı da bu kapsamda düşünülecek olursa en temel insan haklarından biri olarak yerini almıştır. (Ayrıca bkz A.Y. md. 56/1ve 56/3)

¹¹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 6; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 2; Biyo- Tıp Sözleşmesi md 3; Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md.2.

¹¹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 7, 15, 18,19ve 20; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 3 ve

¹²⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 8; Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği md. 24/1.

¹²¹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 9; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 5; Amsterdam Bildirgesi md 5-6; Lizbon Sözleşmesi md. 1.

- “Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı”¹²²,
- “Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakımını İsteme Hakkı”¹²³,
- “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı”¹²⁴,
- “Ötenazi Yasağı”¹²⁵,
- “Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme ve Mümkün Olabildiğince Acı ve Sıkıntılardan Korunma Hakkı”¹²⁶,
- “Kayıtları Talep ve İnceleme Hakkı”¹²⁷,
- “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi ve Bunu İsteme Hakkı”¹²⁸,
- “Bilgilerin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı”¹²⁹,
- “Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızasının Alınması”¹³⁰,
- “Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması”¹³¹,
- “Aile Planlaması Hizmetleri ile Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Rıza”¹³²,
- “Tıbbi Araştırmalarda Hasta Hakları ve Rıza”¹³³,
- “Güvenlik İçinde Olmayı Bekleme ve Bunu İsteme Hakkı”¹³⁴,
- “Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Faydalanma Hakkı”¹³⁵,
- “İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi, Ziyaret ve Refakatçi Bulundurmanı İsteme Hakkı”¹³⁶,

¹²² Hasta Hakları Yönetmeliği md. 10; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md. 11.

¹²³ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 11; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 9.

¹²⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 12.

¹²⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 13.

¹²⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 14; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 11; Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 5.

¹²⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 16; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 3/4; Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 31.

¹²⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 21; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md. 7.

¹²⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 23; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 6; Amsterdam Bildirgesi md 4; Lizbon Sözleşmesi md. 4.

¹³⁰ Genel kapsamda Türk Medeni Kanunu md. 272, 431; Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24, 25, 26, 28, 29 ve 31; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 4/4; Lizbon Sözleşmesi md. 3.

¹³¹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 27.

¹³² Hasta Hakları Yönetmeliği md. 30; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.

¹³³ Hasta Hakları Yönetmeliği Altıncı Bölüm; Amsterdam Bildirgesi md 3.10;

¹³⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 37.

¹³⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 38; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md. 193.

¹³⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 39 ve 40.

- “Bazı Hallerde Hizmetin Sağlık Kurum ve Kuruluşu Dışında Verilmesi”¹³⁷,
- “Hastaya Yeterli Vakit Ayrılması ve Hastanın Vaktine Riayet Edilmesi”¹³⁸,
- “Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı”¹³⁹,
- “Hasta Hakları Kurulları”¹⁴⁰ “(Hasta Hakları Kurulları ile Hasta İletişim Birimleri, hastaların hizmet alımları sürecinde karşılaştıkları sorunları çözmeye yardımcı olan, hak ihlaline veya haksızlığa uğradığını düşünen hastalar ile hasta yakınlarının mağduriyetlerini gidermeye yardımcı olan birimler)”

3.2.2. Hasta Yükümlülükleri

Hekimlerin tıbbi müdahalelerini hastanın sağlığına ve hukuka uyum bir şekilde yerine getirebilmeleri için uymak zorunda kalacakları birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin uyulması hem hastanın sağlıklı bir şekilde tedavi edilmelerine yardımcı olacak hem de ileride ortaya çıkması muhtemel zararların önüne geçilmesine yardımcı olacaktır. Bu yükümlülüklerin uyulmaması halinde hasta kusurlu hale gelecek ve kusuru oranında sorumlu olacaktır.

Bu bağlamda hasta yükümlülükleri başlıca aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- “Hastane ve hekim ile iş birliği yapma yükümlülüğü”,
- “Hekimin tavsiyelerine uyma yükümlülüğü”,
- “Hekimin müdahalesine ve tedavisine katlanma yükümlülüğü”,
- “Hastalığı ile ilgili hususları bildirme yükümlülüğü”,
- “Tedavi karşılığındaki ücreti ödeme yükümlülüğü”.

¹³⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 41.

¹³⁸ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 7.

¹³⁹ Genel Anlamda İYUK md. 12 ve 13; Hasta Hakları Yönetmeliği md. 42; Amsterdam Bildirgesi md 6.5.

¹⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliğinde belirlenen hakların uygulanmasını sağlamak üzere yayınlanan “Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına İlişkin Yönerge” kapsamında Bakanlık bünyesinde **Hasta Hakları Şube Müdürlüğü** kurulmuştur. İllerde ise bu görevi **Hasta Hakları İl Koordinatörleri** yerine getirmektedir.

3.2.3. Hekim Hakları

Hekim hakları ile diğer sağlık sektöründe çalışan personelin hakları, kamuoyu bilinci sayesinde hasta hakları ile kıyaslandığında daha zayıftır. Hekimlerin, özlük hakları, demokratik hakları ve çalışma koşullarına ilişkin genel haklar gibi her meslek sahibinin sahip olması gereken genel haklarının bulunduğundan hiç kuşku yoktur. Bununla birlikte hekimlerin kendine özgü nitelikli bir meslek olması sebebiyle sahip olduğu mesleğe özgü haklarından bazıları aşağıdaki şekilde sıralanabilir¹⁴¹:

- “Meslek bilgi ve beceri ile yeteneğini geliştirme hakkı”,
- “Danışmanlık hizmeti hakkı”,
- “Evrensel ve bilimsel eğitim alma/ Mesleki yayın yapma hakkı”,
- “Mesleğini icra ederken bağımsız ve özgür karar verme hakkı”,
- “Sağlık riskini en aza indireyecek çalışma şartlarını talep etme hakkı”,
- “Hukuki infazlarda bulunmayı reddetme hakkı”,
- “Kişisel güvenliğin, hasta/ hasta yakınlarının hukuka aykırı saldırılarından korunmayı isteme hakkı”,
- “Çalıştığı kurumda yönetime katılma hakkı”,
- “Mesleği ile ilgili konularda tanıklıktan çekinme hakkı”,
- “Muayene, teşhis ve tedavi için gerekli verileri gerekli yerlerden isteme hakkı”,
- “Kendisini hastalıklardan, enfeksiyonlardan koruma ve bunun için ilgili ve görevli kurum ve kişilerden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkı”,
- “Aydınlatmadan vazgeçme veya içeriğini makul oranda sınırlandırabilme hakkı.”

Kamu hukuku yönünden, hekimlerin haksız suçlama, ihbar, şikâyetler ile hakaret veya uydurma suç isnatlarına karşı 657 s. Devlet Memurları Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen “*isnat ve iftiralara karşı korunma*” başlıklı hak arama

¹⁴¹ Ersoy Erdoğan, **Hekim Hakları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 36; Kıcalıoğlu, s. 29; Yener Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2017, s. 221.

yollarına başvurabilirler. Bununla birlikte özellikle son yıllarda sık sık gündeme gelen hekimlere saldırılarla ilgili olarak gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 86/3. maddesinde düzenlenen¹⁴² “*Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle Kasten yaralam*” gerek aynı kanunun 106. maddesinde düzenlenen “*Tehdit*” suçu gerekse de yine aynı kanunun 125. maddesinde düzenlenen “*Hakaret*” suçlarından dolayı ilgili makamlara şikâyet yoluna gidilebilir.

Özel hukuk yönünden ise yukarıda belirtilen saldırılarla karşılaşan hekimlerin, söz konusu eylem ve işlemlerinden dolayı hukuk mahkemelerinde maddi/ manevi tazminat davası açma hakları bulunmaktadır.

3.2.4. Hekim Yükümlülükleri

Hekimin ve hastanenin asıl borcu hiç şüphe yok ki hastanın tedavisini yapmaktır. Gerek hekim gerekse hastaneyi işletenlerin amacı hasta bireylerin iyileşmelerini ve eski sağlıklarına kavuşmalarını sağlamak ya da hiç olmazsa acılarının ve ıstıraplarının azaltılması maksadıyla tıp biliminin ve uygulamalarının öngördükleri esaslar çerçevesinde itina ile faaliyetlerde bulunmaları gerekmektedir¹⁴³.

Söz konusu borç hekimlerin kendileri tarafından ifa edilirken, hastanenin işletenleri hastanelerindeki çalışan hekimlerin ve diğer yardımcı personelinin vasıtası ile ifa etmektedirler. Hastanelerde görev yapan hekimlerle hastanenin aralarında genel olarak bir hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Hekimler tarafından hastaların tedavileri hastanenin işletenleri namına gerçekleştirilmektedir.

Bundan dolayı borçların ifasının kendilerine bırakıldığı yardımcı şahıslar durumundaki hekimlerin, hukuka aykırılık teşkil edecek davranışları sebebiyle bir zararın doğması durumunda bundan TBK madde 116 (BK madde 100) uyarınca hastaneler sorumlu olmaktadır.

Böyle bir davranış aynı zamanda TBK madde 49 (BK madde 41) bağlamında haksız fiil oluşturuyorsa hastaneye karşı TBK madde 66 (BK madde 55) uyarınca da dava açılabilmektedir¹⁴⁴.

¹⁴² Söz konusu fıkra resen soruşturulan suçlar arasında yer aldığından şikâyet aranmamakta ve uzlaşmaya gidilememektedir.

¹⁴³ Ayan, s. 62.

¹⁴⁴ Doğan, s. 29.

Hekimin temel görevi mesleğini etik ve hukuki kural ve kaidelere uygun olarak ifa etmek olduğundan ve çalışmamızın ana başlığını oluşturduğundan dolayı hekim ve hastane işletenlerinin tabi oldukları hukuki yükümlülüklerin sıralanmasında yarar bulunmaktadır:

- Dürüst bir şekilde davranış sergilemeli, hasta bireylerin güvenlerini sarsmamalıdır,
- Kendilerinin maddi çıkarlarını, hasta bireylerin çıkarlarından daha üstte tutmamalıdır,
- Tedavilerin ücretlerini yükseltebilmek amacıyla hastalara hatalı bilgilendirme yapılmamalı, tedaviler gereksiz yere uzatmamalı, gerek duyulmayan bir tedavilerin daha fazla ücret alınabilmesi için uygulamaması gerekmektedir¹⁴⁵.

Hekimin bazı yükümlülükleri ilgili mevzuat çerçevesinde kısaca başlıklar halinde aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- “Hekimin Özen Yükümlülüğü”¹⁴⁶,
- “Kişisel Edim Yükümlülüğü”,
- “Muayene Yükümlülüğü”,
- “Teşhis (Tanı) Yükümlülüğü”,
- “Tedavi Yükümlülüğü”,
- “Tedaviye Uygun Reçete Yazma Yükümlülüğü”,
- “Tıbbi Teknik Kullanma Yükümlülüğü”,
- “Gerekli Olması Halinde Tedaviyi Kesme Yükümlülüğü”,
- “Organizasyon Yükümlülüğü”,
- “Kullanılan Ürün ve İlaçlarla İlgili Başlıca Yükümlülükler”,
- “Bilirkişilik Yapma Yükümlülüğü”,
- “Ölüm ile İlgili Yükümlülükler”,
- “Mesleki Bilgisini Geliştirme Yükümlülüğü”,

¹⁴⁵ Ayan, s.88; Doğan, s. 49;

¹⁴⁶ Hekimin en önemli yükümlülüğünün tıbbi müdahalelerde özenli davranmak olduğu söylenebilir. Doktor hastanın zarar görmemesi veya zarar kaçınılmaz ise süreci en az zararla atlatabilmesi için gerekli araştırmaları yapmak ve koruyucu tedbirleri almak suretiyle sadece mesleki değil aynı zamanda olağan hayat tecrübelerine göre model ajana yükletilebilecek gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Hakeri’ye göre; doktorların da tıpkı nitelik arz eden benzer meslek gruplarında arandığı gibi dikkat ve özen yükümlülüklerinin daha fazla olması gerektiği yönündedir.

- “Kimlik Tespiti Yapma Yükümlülüğü”,
- “Öykü Alma Yükümlülüğü”,
- “Kayıt Tutma Yükümlülüğü”,
- “Sır Saklama Yükümlülüğü.”

3.3. TIBBİ MÜDAHALE

İnsanların yaşama hakları ile benden bütünlükleri en temel insan haklarından olmakla beraber, bu konu ile ilgili olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta daha çok sayıda yapılmış olan uluslararası düzenlemeler ile iç hukuk düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu yasanın en önemli bölümünü mesleki sorumluluk ve bunun sonucun da ortaya çıkacak tazminatın nasıl karşılanacağına ilişkin kurallar oluşturmaktadır. Mesleki sorumluluk ile ilgili hükümler 25 ve 26 .cı maddelerde bildirilmektedir. Sağlık kurum/kuruluşunun sorumluluğu(25.madde): Tıbbi Kötü Uygulama (TKU) sonucu ortaya çıkacak zararlar ilgili sorumluluğun birinci derecede bu uygulamanın yapıldığı kurum ve kuruluşta olduğu bildirilmektedir.

Sağlık kurum ve kuruluşunun , tıbbi kötü uygulamaya neden olan personeline ödediği tazminatı kusuru oranında rücu edeceğini (ona ödeteceğini) belirtmektedir. Bu madde ayrıca tıbbi hizmet veren kamu ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarının , tıbbi kötü uygulama yapan sağlık personelini etkin olarak ortaya çıkaracak Kalite Güvence Bölüm ve Komisyonlarını kurar ve düzenli olarak çalıştırır demektir.

Sağlık personelinin sorumluluğu (26.madde): Sağlık personelinin TKU durumunda sağlık kurum/kuruluşları ile (müteselsilen) zincirleme sorumlu olduğu, yanlış uygulamayı bilerek gerekli tedbirleri almayan ve idareye bildirim yapmayan sağlık personeli ve amir durumundaki kimselerin doğacak zarardan kusuru ölçüsünde sorumlu olacağı, hekimin sorumluluğunun da kendisine yardımcı diğer sağlık personelinin hizmetlerini (kusuru oranında rücu hakları saklı olmak üzere) kapsadığı belirtilmektedir.

Hekimin hastayı tıbbi hizmet için başka bir sağlık personeli veya kurum/kuruluşa göndermesi halinde, gönderdiklerinin verebileceği zarardan "bunları seçmekte gösterdiği özenle sınırlı" sorumluluğu olduğu belirtilmektedir.

Yasaya göre hekim sağlık kuruluşunda (kamu-özel) yardımcı sağlık personelinin işvereni olmadığı ve kendisi de ücret/maaş karşılığında çalıştığı halde tüm sorumluluğı taşıyan olmaktadır. Amirin sorumluluğı ise bilerek tedbir almama ya da bildirimde bulunmama ile sınırlı tutulmaktadır. 26. Madde bu şekilde 25.maddenin 1. fıkrasını yok sayarak hekime zincirleme ve geniş kapsamlı sorumluluk yüklemektedir.

3.3.1. Tıbbi Müdahalenin Unsurları

3.3.1.1. Tıbbi Müdahale Yetkili Kişi Tarafından Yapılmalıdır

Tıbbi müdahalelerde bulunacak bireyin hekim olması gerekir.

Bu konu ilgili olarak 1219 Sayılı Kanun 1'inci maddesi uyarınca açık bir şekilde tıp mesleğinin icrası için tıp fakültesi mezunu¹⁴⁷ (diş müdahaleleri için de diş hekimliği fakültesi mezunu) olmak şartı aranmıştır.

Yukarıda ifade edilmiş olan genel anlamdaki tıbbi müdahaleleri gerçekleştirme konusunda yetkiler hekimlerde bulunmakla beraber tıbbi müdahalelerin hekim denetimi ve kontrolünde yardımcı sağlık personelinin marifetiyle yapılabildiğı gibi (mesela; ebelerin gebe takipleri, hastalara sonda takılması), bazı müdahalelerin gerçekleştirilmesinde de hekimlerin haricindeki sağlık personelinin tarafından bizzat yapılması (fizyoterapist tarafından fizik tedavilerinin uygulanması, radyoloji teknisyeni tarafından röntgenlerin çekilmesi gibi)¹⁴⁸.

Sağlık personeli çalışanların hangi konular ile ilgili yetkilerinin bulunduğu ve bunların neler olduğu ise yasal mevzuatlar içerisinde tatmin edici bir biçimde ayrıntılarıyla beraber ifade edilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Hekimin Türk vatandaşı olma şartı 663 sayılı KHK ile 2011 yılında yapılan değışiklikle kaldırılmıştır.

¹⁴⁸ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin, Ankara 2012, s. 28.

¹⁴⁹ Şimşek, ss. 3537-3538.

3.3.1.1.1. Sağlık Personeli Kavramı

“Sağlık personeli” kavramının tanımlanmasının içerisine geniş bir kesimi alıyor olsa da tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisine sahip olan sağlık personelinin tıbbi nitelikteki faaliyetleri yansıtan daha dar bir grup ifade edilmektedir.

Sağlık personeli deyiminden ne anlaşılması gerektiğini yukarıda detaylı bir şekilde ifade etmiştik.

3.3.1.1.2. Uzmanlık

Hekimlerin ayrıca kendi aralarında da uzman olup olmamalarına göre pratisyenler ile uzman hekimler şeklinde sınıflandırılması mümkün olmaktadır.

Tıbbi müdahalelerde bulunulması konusunda kanun kapsamında genel anlamda pratisyen veya uzman doktor ayrımı (açıkça yazılı istisnai durumlar) yapılmamıştır¹⁵⁰. Bu bakımdan uzman doktorlar kendi uzmanlık alanı dışındaki bir tıbbi müdahalede bulunabileceği gibi pratisyen hekimler de herhangi bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilirler¹⁵¹.

Ayrıca mevzuatımızda bazı müdahalelerin ancak o alanın uzmanı tarafından yerine getirilebileceği hükümleri saklıdır¹⁵². Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği md. 5’e göre uzman hekimler, pratisyen hekimlerden farklı olarak bu unvan ve yetkilerini kullanma hakkına sahiptirler.

1219 sayılı Kanununun 75. maddesine göre tıbbi uygulamalar sonrası oluşan durumların adli nitelik kazanması durumunda açılan ceza davalarında, ilgili mahkemenin diğer bilirkişilere başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla Yüksek Sağlık Şurasının görüşünün alınması zorunludur. Ceza Mahkemeleri için bağlayıcı niteliği

¹⁵⁰ 1983 Tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük de Rahim Tahliyesinin ancak Kadın Doğum uzmanları tarafından yapılmasına müsaade edilmektedir. Konu hakkında gbi. Ayrıca bkz. Hakeri, s. 261.

¹⁵¹ Ancak Danıştay 10. Dairesi, “Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, tıp alanındaki uygulamaların bilimsel olarak o dalda gerekli ve yeterli eğitimi gerektirdiği, dolayısıyla her uzman hekimin yalnızca kendi uzmanlık alanında uygulama yapma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurarak tıbbi müdahalelerde uzmanlık alanı dışına çıkılmaması gerektiğine işaret etmiştir.

¹⁵² Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun’un 2. maddesi; Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tıbbi İcrasına Dair Kanun’un 23. Maddesi ve Seriri Taharriyat ve Tahliyat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu’nun 1. maddesi.

olan bu husus, Hukuk Mahkemeleri için geçerli değildir. Bu doğrultuda tıbbi yardım ve müdahaleler sonrası oluşan durumlarda açılan tazminat davalarında mahkeme Yüksek Sağlık Şurasının görüşünü almadan diğer bilirkişilerin görüşü doğrultusunda da hüküm kurabilir.

Bununla birlikte her ne kadar hukuken her hekim her türlü tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebileceğinden bahisle sırf tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu ve bundan kaynaklanan sorumluluğunun bulunmayacağı söylenebilirse de bu durum “*hekimin üstlenme kusuruna*” yol açabilir

3.3.1.1.3. Yetkisiz Kişilerin Yaptığı Tıbbi Müdahaleler ile Acil Durumlar ve İlk Yardım

Sağlık personeli olmayanlar tarafından yapılan ve istisnai durumlar dışındaki tıbbi müdahaleler, Borçlar Kanununun ilgili maddelerine göre haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir.

Zorunluluk hali gibi bazı acil durumlarda yaralı veya kazazedelere sağlık personeli olmayan kişiler tarafından da ilk yardım müdahalesi yapılabilmektedir. Bu gibi durumlar tıbbi müdahale kapsamına girmediğinden¹⁵³, ilk yardım müdahalesi yapan kişinin de sağlık personeli olmasına gerek yoktur. 24762 Sayılı İlk Yardım Yönetmeliğinde, ilk yardım müdahalelerini, tıbbi araç-gereç ya da ilaç kullanılmadan, ilk yardım konusunda gerekli eğitimleri almış kişiler tarafından yapılan müdahalelerdir.

Tıbbi müdahale de ise tıbbi araç, gereçler ile bilimsel yöntemler kullanılmaktadır. Bu kişilerin, vücut dokunulmazlığı ihlali mahiyetindeki müdahalelerden sorumlu tutulmamalarının nedeni, zorunluluk hali olarak değerlendirilmesidir.

Örneğin; kalbi duran bir yaralıya veya kaza yapan bir araçta sıkışan kazazedeye tıbbi araç-gereç ya da ilaç kullanmadan ilk yardım konusunda eğitim almış bir kişinin yardım etmesi durumunda, bu kişi tarafından yapılan müdahale nedeniyle bir zararın doğması söz konusu olursa ve gereken itina gösterilmişse sorumluluk doğmamaktadır.

¹⁵³ Aksi görüş için bkz. Hakeri s. 265.

Fakat ilk yardım eğitimlerini almamış kişilerin, yaralılara ya da kazazedelere müdahalelerde bulunmayıp derhal polise ve ilk yardım ekiplerine durumu bildirmeleri gerekmektedir.

Yukarıda ifade edilen konu “ilk yardım görevlilerine” müsaade edilen tıbbi müdahalelerde bulunma yetkilerinden farklı bir konudur. Nitekim sivil şahıslar herhangi bir tıbbi araç, gereç ya da ilaç kullanılmadan ve ilk yardım eğitimi almış olmaları şartıyla sadece ilk yardım uygulamalarını yapabilirlerken; ilk yardım görevlilerinin ise ilgili mevzuatlar kapsamında yetkilerin verildiği bazı tıbbi müdahalelerde bulunabilmektedirler. Bu ancak acil durum nedeniyle belirli bazı tıbbi müdahaleleri kapsamaktadır¹⁵⁴.

3.3.1.2. Müdahalede Tıbbi Zorunluluk Bulunması: “Endikasyon Şartı”

3.3.1.2.1. Genel Olarak

Hukuka uygun bir tıbbi müdahale yapılmasındaki temel unsurlarından birisi de müdahalenin tıp bilimindeki güncel verilere uygun olarak yapılmasının zorunluluk olmasıdır. Tıp diliyle “endikasyon” adıyla bilinmekte olan bu kavram, hasta bireylere belli tedaviler ya da müdahalelerin uygulanması kararı verilmesinin gerektiği durumlar veya belirtiler anlamına gelmektedir¹⁵⁵.

Zira bu durum mevzuatımızda başta Anayasa’ımızda “*Tıbbi zorunluluklar... dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” amir hükmü olmak üzere; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. Maddesi uyarınca “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz*” biçiminde ve ayrıca “Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. Maddesi kapsamında da “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemetini azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez*” biçiminde tanımlanmaktadır.

¹⁵⁴ Şimşek, s. 3539.

¹⁵⁵ Şimşek, s. 3541.

Hekimlik mesleğini icra eden veya icra etmeye resmen yetkili olan kimseler, hayatı tehlikede olan bir hasta veya yaralının tedavisi için davet edilmeleri halinde, zamanında çağrıya uymak zorundadırlar.

Ancak davetin hastanın yakınları ya da resmi görevliler (polis, jandarma) tarafından yapılmış olması gerekir. Hasta ve yaralı ile ilgisi olmayan bir kişinin haber niteliğinde olmak üzere doktora bir hastanın ya da yaralının tehlikede olduğunu söylemesi çağrı sayılmaz.

Hasta ve yaralının yeri uzaksa doktor uygun bir taşıt aracı ile götürülür. Ancak ilkyardıma muhtaç hastanın bulunduğu bölgeye yakın yerde resmi sıfatlı ve bu işlere bakmakla görevli bir tabip (sağlık ocağı tabibi v. d.), sağlık merkezi ya da hastane gibi sağlık kuruluşları varsa, veya daha yakında başka hekimler bulunuyorsa, davet halinde hekim isterse hastaya gidebileceği gibi, yakında bulunan bir hekimin çağrılmasını ya da bir hastaneye götürülmesini de önerebilir.

Kamu kuruluşlarında ve tüzel kişiliği olan kurumlardaki hekim ve diğer sağlık mensupları hastayı kabul etmek zorundadır. Özel olarak çalışmasını yürüten bir hekim bir yerde yalnız çalışıyorsa hastayı kabul vermemezlik yapamaz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9.01.1991 tarih, E1, K1 sayılı kararı, acil durumlarda hekimin hastaya gitmek zorunda olduğunu, aksi halde sorumlu tutulacağını kabul etmektedir.

Tıbbi gereklilik şartı, hekime hasta kişi üzerinde müdahalede bulunma yetkisi tanır. Bununla birlikte tıbbi müdahale kavramının tanımı ile de ilgili olarak sadece hastalığın bertaraf edilmesi olarak değil, aynı zamanda hazırlanma, teşhis etme ve sonraki müdahaleleri de kapsamaktadır¹⁵⁶.

“Endikasyon” koşulu müdahalenin hukuki çerçeveye uygun şekle getiren temel unsurlarından birisi olmasından dolayı her koşulda varlığının titizlikle araştırılması gerekmektedir. Ülkemizde uygulamada maalesef endikasyon şartı gerçekleşmemesine rağmen sırf maddi kaygılar gözetilerek müdahalelerde bulunulduğuna rastlanılmaktadır¹⁵⁷.

Danıştay'ın endikasyon olmadan tıbbi müdahaleler konusunda açılmış olan bir tam yargı davasının üzerinde yaptığı incelemede; “...durumun hayati aciliyeti sebebiyle özel bir diyaliz merkezinde sekiz ay diyaliz tedavisi gördüğü; tedavinin davacıya

¹⁵⁶ Hakeri, s. 402.

¹⁵⁷ Hakeri, s. 402.

acı vermesi, vücudunun yorgun düşmesi ve kumunda düzelme olmaması üzerine kendi isteğiyle tedaviyi sona erdirdiği; tedavinin kesilmesinden sonra hiçbir olumsuz gelişme yaşamayan davacının, gereksiz yere özel merkeze yönlendirildiğinden şüphelenerek konunun araştırılması için Bağ- Kur Genel Müdürlüğü'ne şikâyette bulunduğu; tıp 2 DM + hipertansiyon + diyabetik nefropati tanısı konulduğu...” biçimindeki açıklamasının sonrasında davanın açılması süresi ile ilgili olarak da “sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinin Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporuyla ortaya çıktığına yani öğrenme ile başlayacağına” karar vererek tazminata hükmetmiştir¹⁵⁸.

Acil tedavi; hayatı tehlikede olan ve erken müdahale ile kurtulması mümkün olan hastalar ya da yaralılar için söz konusudur Hekimler acil durumdaki hastaya yardım etmekle yükümlüdürler.

Eğer hekim acil durumdaki bir hastaya yardım etmez ve hastanın ölümüne, hastalığının ağırlaşmasına veya hastalığının ağır durumunun sürmesine neden olursa “kusurlu etkili eylem” veya “adam öldürmeden” sorumlu olacaktır. Tazminat sorumluluğu da Türk Tabipleri Birliği Haysiyet Divanı kanunun yüklediği görevleri yerine getirmeyen hekimler hakkında inzibati (mesleki ve disiplin cezası) ceza vermeye yetkilidir.

3.3.1.2.2. Tıbbi Endikasyon Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Günümüzde dikkat çekilmesi gerekli olan noktaların birisi de tıbbi endikasyonların beraberinde, sosyal ve psikolojik endikasyonların da (mesela; estetik amaçlı ameliyat ya da erkek çocukların sünnet edilmeleri benzeri), tıbbi müdahalelerin hukuki açıdan uygunluk şartına paralel olarak hukuka uygun kabul edilmesidir¹⁵⁹.

Yukarıda sağlığın tanımında da belirttiğimiz üzere günümüzde sosyal ölçütlerin zorunlu kabulü ile hem psikolojik hem de rehabilitasyon maksatlı tedavilerde ve özellikle de estetik müdahalelerin kendisine yer buldukları ve hukuka uygun olması açısından temel dayanak oluşturduğu kabul edilmiştir.

¹⁵⁸ Danıştay 10. D. 12/03/2007, 896/899; Erişim: Sinerji Mevzuat.

¹⁵⁹ Hakeri, s. 404.

Söz konusu açıklamaların ışığında gerçekleştirilen estetik müdahalelerin amaçlarının çok iyi değerlendirilmesi gerekmekte, sosyal ve psikolojik yönlerde de hasta bireyin sağlığının açısından gerek duyulup duyulmadığının da tespit edilmesi gerekmektedir.

Bir başka açıdan da yine organ nakli yapılması esnasında vericinin açısından herhangi bir endikasyonun olmamasına, cinsiyet değişikliğinin yapılması, suni döllmeler ya da tedavi etme amacı taşıyan araştırma çalışmaları benzeri bazı eylemler doğrudan olmasa da dolaylı yollardan tedavi etmeyi amaç edinmiş müdahaleler olması nedeniyle, mevzu bahis olan müdahaleler açısından da yukarıda ifade edilen temel esasların geçerliliğinin bulunduğu düşünülmektedir¹⁶⁰.

3.3.1.3. Aydınlatılmış Rıza

3.3.1.3.1. Aydınlatma

3.3.1.3.1.1. Genel Olarak

Hastanın uygulanacak tıbbi müdahalenin hastanın rızasıyla yapılması ve bu rızanın da müdahalede bulunacak kişilerce aydınlatılması yani hastanın neye rıza gösterdiğinin bilinmesi gerekir. Çünkü herhangi bir tıbbi gerekliliğin yapılmasına zemin oluşmaması halinde müdahalenin haksız olacağı ve tabii olarak da özel hukuk anlamında sorumluluğu doğurabilecektir¹⁶¹.

Çünkü bunlar insan onuruyla, özgürlüğüyle, yaşam ve vücut bütünlüğüyle doğrudan ilişkilidir. Zira 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde ifade edildiği üzere "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar*". Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de aydınlatılmış rıza hasta haklarından biri olarak sayılırken sağlık mevzuatımızda birçok hüküm yer almaktadır.

Aydınlatılmış rıza; *hekimin hastaya uygulanacak olan tedavinin içerdiği risklerini ve yararlarını, yeteri düzeyde ve amaçları ile uyumlu biçimde açıklama yapılmasından ve hastanın açısından en ufak bir tereddütün oluşmasına meydan vermeyecek açıklıkta anlaşılmasının ardından, hasta tarafından tıbbi tedavinin ve*

¹⁶⁰ Hasan Petek ve Meral Gürbüz, **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2013, s. 77.

¹⁶¹ Şimşek, s. 3542.

*uygulamasının gönüllülük esasına dayalı olarak kabul edilmesi olarak ifade edilebilir*¹⁶².

Bu anlamda aydınlatılmış rıza, tedavi ve uygulamaya dönük hasta iradesinin serbestçe ve sağlıklı bir şekilde oluşmasını ve ilerde oluşabilecek muhtemel risklere karşı hastanın vücut bütünlüğünün korunmasını amaçlamaktadır. Aydınlatma görevi, hekimin temel yükümlülüklerinden biri ve her tedavinin ön koşuludur.

Yukarıda aydınlatılmış rızanın gönüllülük esasına dayalı olduğundan bahsedilmesinin sebebi, bu ön koşul gerçekleşmeden sırf iyileştirme amacına uygun olarak tıbbi tedavide bulunulmuş ve hasta da tedaviyi kabul etmiş olsa bile sorumluluk oluşabilmektedir¹⁶³.Tedavi süreci içerisinde yapılan aydınlatmanın doğru olmadığı veya durumun aşıldığının anlaşılması halinde, hekim aydınlatmayı hastanın lehine veya aleyhine olduğuna bakılmaksızın düzeltmelidir¹⁶⁴.

3.3.1.3.1.2. Aydınlatma Çeşitleri

Öğretide aydınlatma en genel haliyle üçe ayrılmaktadır¹⁶⁵: otonomi (karar aydınlatması, tedavi aydınlatması ve risk aydınlatması).

Otonomi (Karar) Aydınlatması; hastanın serbest ve kendi sorumluluğunun bilincinde olarak hekim tarafından hastasının hastalığının, türü, ağırlığı ve hastalık seyri Teşhis aydınlatması; süreç aydınlatması, tedavinin muhtemel alternatifleri konusunda aydınlatma ve tıbbi müdahalenin yapılmamasının sonuçları konusunda aydınlatmayı da ihtiva eder.

Tedavi Aydınlatması (Uyarı Yükümlülüğü); hekimin hastasını tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmesi ve tedavinin başarısı veya sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış biçimlerine uyulmasını amaçlamaktadır¹⁶⁶. Bu aydınlatmanın eksiz veya kusurlu yapılması veya yapılmamış olmasıyla hekimin özel hukuk anlamında sözleşme ve haksız fiilden sorumluluğu ve ceza hukuku açısından da cezai sorumluluğu doğacaktır.

¹⁶² Petek ve Gürbüz, s. 61; Ayrıca bkz. “Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”.

¹⁶³ Çetin Aşçıoğlu, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, 1982, s. 100.

¹⁶⁴ Petek ve Gürbüz, s. 65; Hakeri, s. 321.

¹⁶⁵ Hakeri, s. 275

¹⁶⁶ Hakeri, s. 284.

Risk Aydınlatması ise; gerekli özenin gösterilmesine veya tıbbi müdahalenin kusursuz yapılmasına rağmen hekim müdahalesi sonucunda meydana gelebilecek muhtemel neticeler konusunda hekimin hastasını bilgilendirmesidir¹⁶⁷.

3.3.1.3.1.3. Aydınlatılacak Kişi

Hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan rıza öncelikli olarak bizzat hastanın kendisine yapılmalıdır. Aydınlatma hasta tarafından talep edilmese bile hekim tarafından mutlaka yapılmalıdır. Hasta yerine yakınlarına yapılan aydınlatma çoğu durumda geçerli değildir. Ancak hasta küçükse, temyiz gücünden yoksunsa veya kısıtlı ise hastanın velisi veya vasisine de aydınlatma yapılabilir (Hasta Hakları Yönetmeliği md. 15).

3.3.1.3.1.4. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü esas olarak tıbbi müdahaleyi yapacak hekime aittir. Ancak hekim yükümlülüklerini gereğince yerine getireceğinden emin olan bir başka tabibe de aydınlatma yükümlülüğünü yükleyebilir .

3.3.1.3.1.5. Aydınlatma Zamanı

Aydınlatmanın tam olarak ne zaman yapılması gerektiği konusunda öğretide tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, yapılacak aydınlatmanın hem hasta hem de hekim açısından zaman baskısı olmaksızın, en sağlıklı şekilde ne zaman yapılması uygunsa o zaman yapılmalıdır.

Yapılacak tıbbi müdahalenin şartlarına, yerine ve zamanına göre bu durum farklılık arz edecektir. Burada önemli olan aydınlatılacak kişinin iradesine saygı ile birlikte kararlarını verebilmesini amaçlamaktadır.

¹⁶⁷ Hakeri, s. 289.

3.3.1.3.1.6. Aydınlatmanın Kapsamı

Mevzuatta söz konusu aydınlatma kapsamının nelerden ibaret olduğu belirtilmemesine rağmen “*Hekimlik Meslek Etiği Kuralları Yönetmeliği*”nde geçtiği kadarıyla şu şekilde sıralanabilir:“Hastanın sağlık durumu ve konulan tanı”,“Önerilen tedavi yönteminin türü”,“Başarı şansı ve süresi”,“Hastanın sağlığı için olası riskler”,“Verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri”,“Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi halinde hastalığın yaratacağı sonuçlar ile”.“Alternatif tedavi seçenekleri ve riskleridir”. Keza benzer şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği md. 15’e göre ise ; şu şekilde “Hastaya;hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, Muhtemel komplikasyonları,Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir.” Görüldüğü üzere hekimin hastasını yukarıda belirtilen hususlar konusunda bilgilendirmeli ve hastasının rızasını almadır.¹⁶⁸.

Aydınlatmanın kapsamı yapılacak tıbbi müdahalenin durumuna ve teşhise göre alınması gereken tedbirlerden hastaya açıkça söylenmesi gerekenlerden ibarettir

3.3.1.3.1.7. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın nasıl yapılması gerektiğine dair mevzuatımızda genel anlamda geçerli bir şekil şartı olmamakla ve bu durum hekime bırakılmış olmakla birlikte Öğretide aydınlatmanın mutlaka yazılı¹⁶⁹.olması gerekmediği, örneğin, video veya ses şeklinde kayıt tutmak suretiyle de aydınlatma yapılabileceği ve ancak her tıbbi müdahalenin kendine özgü koşullar taşıdığı gerekçesiyle matbu formlardan uzak durulması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁰.

Ancak aydınlatmanın yazılı yapılmasının ispat kolaylığı taşıdığı unutulmamalıdır. Bunun dışında aydınlatma anlaşılır bir dille yapılmalıdır. Zira

¹⁶⁸ Hakeri, s. 275.

¹⁶⁹ Hakeri, s. 275.

¹⁷⁰ Hakeri, s. 308.

Hasta Hakları Yönetmeliği md. 18’de “*Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir*” de bu duruma işaret edilmiştir. Yapılacak aydınlatma hastaların toplumsal, kültürel ve ruhsal durumunda özen gösteren bir uygunluk ile formda olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Örneğin; hastanın Türkçe bilmemesi halinde, kendi dilinde ve anlayacağı şekilde aydınlatma yapılmalıdır.

3.3.1.3.1.8. İspat Yükümlülüğü

Önceki uygulamada aydınlatma yapılmasının açık bir şekilde yazılı olarak yapılmasının arandığı durumlar haricinde her vaziyette ispat edilebilmekle birlikte ispat yükümlülüğü hastane veya hekim üzerindedir. Bu durum karşısında, aydınlatma yapılmadığına dair iddialar için aydınlatmanın yazılı bir şekilde yapılması fiili bir uygulamadan ibaretti. Ancak günümüzde aydınlatma yapılması resmi şekil şartına kavuşturulmuştur.

Örneğin; 1219 sayılı Kanun madde 70 gereğince, büyük cerrahi müdahale gerektiren durumlarda kişinin onayının açık bir şekilde yazılı olması gerekmektedir. Yine 2827 sayılı “Nüfus Planlaması Hakkında Kanun” ile 2238 sayılı Kanun ve HHY 6. Bölüm, 34. Maddesinde rızanın yazılı olarak alınmasının gerekli olduğu durumlar belirtilmiştir.

Günümüzde hastanın aydınlatılmadığı iddiasına karşın, tıbbi kapsamdaki kayıtlar esas alınmaktadır. Bu durum karşısında aydınlatılmış rıza (onam) formlarının da içinde yer aldığı bu kayıtların tutulmaması veya eksik, yanlış ve hatalı tutulması hastanenin ve hekimin sorumluluğunu doğuracaktır¹⁷¹.

Nitekim tıbbi müdahalenin, şekli, kişilerin durumu gibi birçok değişkene bağlı olarak aydınlatmanın kapsamı ve ispat yükü de değişebilmektedir. Aydınlatılmış rıza ve rızanın varlığı konusunda ispat meselesinde dikkat edilecek temel nokta “*ilk görünüş ispatı*” ve “*hayatın olağan akışı*” kavramlarıdır¹⁷².

¹⁷¹Erkin Göçmen, **Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk**, Hukuk Rehberi; <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92> , (Erişim Tarihi: 15.08.2017)

¹⁷² Halide Savaş, **Diş Hekimliğinde Aydınlatılmış Rıza**, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2012, ss. 276-278.

Bu hususta, aşağıda örnek olarak verilen iki Yargıtay kararı, aydınlatılmış rızanın ispatı açısından olayların çözümünde yardımcı olacaktır: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.09.2008 tarih ve 4219/10660 sayılı kararında; *"Hekimin müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektiği tüm önlemleri alması gerektiği, bu tip sonuçlar nadirde olsa görülebilecekse hastayı aydınlatıp"* uyarması ve onun rızasını muhakkak surette alması gerektiği," rizikolar ve "muhtemel" komplikasyonlar konusunda hastanın yeterince aydınlatıldığı ve buna rağmen ameliyata" bilerek rıza gösterildiğinin davalı hekimce ispatlanmasının" gerektiği ve fakat ispatlanamadığından hukuken geçerli bir rızadan söz" edilemeyeceği" belirtilmiştir. Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.10.2006 tarih ve 10057/13842 sayılı kararında; *"...Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve "gerekli önlemlerin" alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, "tedavi öncesi mide şikâyeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı gün kullanarak mide kanaması geçirmesine" sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. "Öyle olunca rapor, dosya" içeriği ile uyumamaktadır..."* şeklinde kararı bulunmaktadır.

3.3.1.3.1.9. Aydınlatmanın Mümkün Olmaması ve Ameliyat Sırasında Aydınlatma

Hekimin bilinci kapalı olan hastayı aydınlatması mümkün olmadığı, kanuni temsilcisine ulaşamadığı ya da bizzat müdahale esnasında aydınlatma gerekliliğinin ortaya çıktığı durumda, hekim; makul bir hastanın söz konusu durumda uygun bir aydınlatma sonrasında müdahaleye rıza göstereceğinin kabul edilebileceği halde, rıza olmaksızın da müdahale edebilir¹⁷³.

3.3.1.3.1.10. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı veya Yapılamayabileceği Haller

Hastanın aydınlatmadan vazgeçmesi kısmen mümkündür. : *"İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi,*

¹⁷³ Hakeri, s. 313; Bayraktar, s. 141.

sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir.

Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

Şu kadar ki; hastanın bilgisi bu durumda mevcut olmalıdır ve bu durum belgelendirilmiş olmalıdır. Burada değinilmesi gereken bir başka durum ise aydınlatma yapılacağı takdirde olumsuz bir etki yaratacağının ortaya çıkması veya tedavisi olmayan hastalığın bildirilmesi halidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği md. 19’a göre bazen teşhis saklanabilir ; *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde’ tabibinin ‘takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir.

Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

Uygulamada ve öğretilerde de günümüzde, hastanın bilgilendirilmesi halinde yaşamı veya sağlığına yönelik ciddi bir tehlike ortaya çıkacak ise aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı diğer bir tabirle hekimin aydınlatmayı göz ardı edebileceği savunulmaktadır¹⁷⁴. Acil hallerde de Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/1 *“Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, rıza şartının aranmayacağını”* hükme bağlamıştır.

3.3.1.3.1.11. Hukuka Aykırı veya Hatalı Aydınlatma ve Bunun Sonuçları

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne uymaması halinde, hastanın tıbbi müdahalede rızası sakatlanmış olur. Bu durumun doğal bir sonucu olarak aydınlatma yükümlülüğüne uymayan hekim hem ceza hukuku açısından belirli suçlardan sorumlu olacak hem de özel hukuk açısından -maddi veya manevi bir zarar meydana gelmiş ise- tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁷⁵. Türk Tabipler Birliği

¹⁷⁴ Hakeri, s. 317.

¹⁷⁵ Hakeri, s. 322.

Disiplin Yönetmeliği açısından ise bu durum ayrıca bir disiplinsizlik teşkil ettiğinden dolayı da ayrıca idari yaptırım uygulanabilir.

3.3.1.3.2. Rıza

Anayasa md. 17’de “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Başta Anayasa olmak üzere mevzuatta da dağınık bir halde düzenlenen bu en temel hak karşısında, hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesini sağlayan asıl unsurun rıza olduğu sonucuna varılabilir. Lizbon ve Amsterdam Bildirgelerince de kabul edildiği haliyle; “*Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul etme, reddetme veya durdurma hakkına sahiptir*”. Buna göre hekimin aydınlatılma yapması yeterli olmayacak ayrıca hastanın da aydınlatma neticesinde tedaviye rıza göstermesi gerekecektir. Aksi halde aydınlatma yapmanın bir anlamı kalmamaktadır.

3.3.1.3.2.1. Genel Olarak

Hukuka uygun olarak hasta tarafından verilen rıza ile hekim de hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulacaktır.

Burada bahsi geçen rızayı, temel hukuka uygunluk sebeplerinden olan “*rıza*” olarak düşünülebilir. Hekimin, hastasını tıbbi müdahale sözleşmesine göre tedavi etmesi, hastasının rızasına bağlıdır. Aydınlatma sonrasında tamamen kendi kararı neticesinde verilecek rıza ile tıbbi müdahaleden kaynaklanan riskleri hastanın kendi sorumluluğunun bilincinde olarak üstlenmiş olur ve tehlikeli bir işlemi kabul etmiş sayılır¹⁷⁶.

3.3.1.3.2.2. Rıza Açıklaması

Hukuka uygun olarak verilecek olan rıza, yine hukuka uygun olarak zımni veya açık bir şekilde açıklanmalıdır. Rıza açıklaması zaman olarak en geç müdahale sırasında verilmelidir. Zira müdahaleden sonra verilecek olan rıza, işlemi hukuka uygun hale getirmez;

¹⁷⁶ Bernat’tan aktaran Hakeri, s. 329.

ancak hekimin tazminat sorumluluğunu kaldırır. Rıza kural olarak hastanın kendisi tarafından; aşağıda açıklayacağımız istisnai hallerde de kanuni temsilcisi halinde açıklanabilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğine göre istisnalar dışında rıza açıklaması herhangi bir şekilde bağlı değildir.

Bu istisnaların en önemli örneği Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi oluşturur. Buna göre büyük ameliyatlarda verilmesi gereken rızanın yazılı olması gerekir.

3.3.1.3.2.3. Rıza Verme Yetkisi

Rıza verme yetkisinin hasta dışında hangi hallerde kime ait olduğu hukuki sorumluluk açısından önem arz etmektedir.

Ergin ve bilinci yerinde olan hastalarda rızanın bizzat hakkın sahibi olan ve bu hakkın kendisine sıkı sıkıya bağlı olduğu hastaya ait olduğunda tereddüt yoktur. Yetişkin olup da geçici veya başka nedenlerden dolayı bilinci kapalı ise veya rıza ehliyetine sahip değildir ise, yakınları rıza vermeye yetkili olacaklardır¹⁷⁷.

Bu tarz durumlarda rıza vermeye yetkili olan kişilerden hangisinin sırasıyla yetkili olacağı şu şekildedir: öncelikle eşi, sonra sırasıyla reşit çocukları, anne veya babası veya kardeşlerinden biri ve son olarak da bunlar da yoksa herhangi bir yakını veya tanıdığı vasıtasıyla rıza hukuka uygun olarak verilmiş sayılır¹⁷⁸. Tıbbi müdahalenin acil olduğu durumlar başta olmak üzere hastanın rıza vermeye ehil olup olmadığından hekimin emin olması gerekir. Zira aksi durumda rıza verilmesinin bir anlamı kalmayabilir. Hastanın çocuk olması durumunda ise;; *“hasta küçük ise mutlaka velisinden veya vasisinden izin alınır”*. Hasta çocuğun hangi yaş aralığında ve hangi durumlarda çocukların rızalarının geçerli olacağına dair Türk öğretisi ve içtihatlarında kesin bir görüş bulunmamakla birlikte, somut olaydaki çocuğun ruhsal gelişimi ile ilgili somut olgulara göre hekimin karar vermesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Karşı görüş için bkz. Özçetin ve Balaban, s. 45.

¹⁷⁸ Hakeri, s. 335.

¹⁷⁹ Hakeri, s. 338;

Ancak kanuni temsilcinin hasta çocuğun tıbbi müdahalesine rıza göstermemesi halinde Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri gereğince hâkim kararına başvurulması gerekmektedir.

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği 24/4. maddesinde de durum şu şekilde hükme bağlanmıştır: *“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346'ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır”*. Mahkemedен hâkim kararını aldırmanın bazen çok uzun sürebileceği düşüncesiyle bu durumlarda Çocuk Koruma Kanunu hükümlerine göre Çocuk Savcılıklarından tedbir kararı aldırma gerekebilir.

3.3.1.3.2.4. Rızanın Kapsamı

Rıza somut olarak hastanın karşı karşıya kalacağı tıbbi müdahale veya tedaviye ilişkin olmalıdır. Bu yüzden dolaydır ki hastanın bütün durumları kapsayacak nitelikte genel ve soyut anlamda rıza iradesinde bulunması geçerli değildir.

Hasta Hakları Yönetmeliği 24/4. maddesine göre, hastanın verdiği rıza aynı zamanda, tıbbi müdahaleyi gerektiren diğer tıbbi işlemleri de kapsamaktadır.

Ancak aynı müdahalenin icrası kapsamında ciddi risk içeren veya hasta açısından önem taşıyan müdahaleler için ayrıca rıza aranması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁰.

3.3.1.3.2.5. Rıza Gerekmeyen Haller

Hukuka uygun olarak hasta tarafından verilen rıza ile hekim de hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulacaktır. Yasal düzenlemeler ile birtakım müdahale veya tedavilerin zorunlu kılınmış olması hali... Örneğin; genel önleyici aşı zorunluluğu veya babalığın tespiti davasında gerekli örneklerin alınmasına müdahale zorunluluğunun getirilmiş olması (TMK md.)Akıl hastalarının rıza olmaksızın tedavi altına alınmalarına ilişkin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri

¹⁸⁰ Hakeri, s. 352.

Kanunu'nun md. 13 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u md. 432. maddelerine bakılabilir.

3.3.1.3.2.6. Tıbbi Müdahalenin Rızaya Rağmen Hukuka Aykırılığı

Hastanın rızasının bulunduğu her hal, tıbbi müdahale veya tedaviyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Örneğin; para karşılığında kendi organ veya dokusunun alınmasına veya hukuka aykırı olarak deneye tabi olmaya rıza gösterenin rızası hiçbir şekilde hukuka uygun değildir.

Yani endikasyon şartı gerçekleşmediği sürece hasta tedaviye veya müdahaleye rıza gösterse dahi ahlaka veya tıp biliminin gerekliliklerine aykırı bir durum söz konusu olduğunda yapılan işlem veya eylemin hukuka uygunluğu söz konusu olmayacak ve hekimin sorumluluğu doğacaktır.

3.3.1.3.2.7. Varsayılan Rıza ve Muhtemel Rıza

Varsayılan rıza, tıbbi müdahaleyi uygulayan hekimin, hastanın hukuksal menfaatine hukuka aykırı bir şekilde saldırıda bulunulduğu ve ancak objektif ölçütlere göre hastanın rızasının varsayılabilirdiği durumu ifade eder¹⁸¹. Zira Amsterdam Bildirgesi md. 3'e göre "*hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir*".

Rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu göz önünde tutulduğunda rızanın açıkça beyan edilmediği ve diğer koşullar uygun olsaydı hasta rıza gösterecek idiyse varsayılan rızadan bahsetmek mümkündür¹⁸².

Muhtemel rıza ise; hastanın eksik veya hatalı aydınlatılması neticesinde gösterdiği rızayı, yeterli ve doğru bir aydınlatma olsa dahi kabul edeceği durumlarda söz konusudur¹⁸³.

¹⁸¹ Hakeri, s. 381.

¹⁸² Hakeri, s. 381.

¹⁸³ Mosenheuer'den aktaran; Hakeri, s. 393.

3.3.1.3.2.8. Rızayı Sakatlayan Haller

Hasta, müdahaleye rıza gösterirken iradesi sakatlanmamış olmalıdır. İradeyi sakatlayan hallerden olan cebir tehdit veya hile gibi bir durum bulunmamalı, hekim de hastasının iradesine saygı göstererek onu doğru bir şekilde aydınlatmalıdır¹⁸⁴.

3.3.1.3.2.9. Rızanın Geri Alınması veya Durdurulması

Hastaya tanınmış bir hak olan “rıza”, bu hakkın bir gereği kanunen zorunlu olan haller dışında her an geri alınabilir.

HHY mad 25; *“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir”* denilmiştir. Aynı Yönetmeliğe göre tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların *hastaya veya kanuni temsilcilerine veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekmektedir ve bu durumda tedaviyi reddeden veya durduran kişiye karşı hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.*

3.3.1.4. Özenli Tıbbi Müdahale

Hekimin yukarıda açıklanan şartlarla birlikte tıbbi müdahalesini hekimlik sözleşmesine uygun olarak sadakatle ve tıp bilimi ile uygulamasının gerektirdiği biçimde ve özenli şekilde gerçekleştirmesi gerekir¹⁸⁵. Aksi halde cezai sorumluluğun yanında özel hukuk sorumluluğunun olması da kaçınılmazdır. Hekim, üstlendiği görevi gereği hastanın durumuna önem vermek, tıp biliminin kurallarına uymak ve bazı mesleki koşulları yerine getirmekle yükümlüdür.

Diğer taraftan hekim tedavisini eksik veya yanlış uygulamışsa, tıbbi müdahalenin gerekliliklerine yeteri veya gereği kadar uymamışsa mesleki sorumluluğu vardır denilebilir¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Hakeri, s. 393.

¹⁸⁵ Hakeri, s. 409.

¹⁸⁶ T.C. Yargıtay 4. HD. 29/6/1967, 2876/5612, Erişim: Sinerji Mevzuat.

3.5. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) ve SAĞLIK HUKUKUNDA SORUMLULUK

3.5.1. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)

3.5.1.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin, sağlığı düzeltme ya da hayatta kalma tehlikesi olan kişinin hayatta kalmasını sağlamak için araya girme olarak tanımlandığından bahsetmiştik.

Tıbbi müdahaleden doğan zarar, tıbbi müdahale sırasında, kişinin hukuk tarafından korunan maddi (malvarlığı) ve manevi (kişisel) değerlerinde bir kayıp ya da azalma biçimindeki bir olumsuzluktur. Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz¹⁸⁷.

Ayrıca hekimin sorumluluğunun doğması için hatanın kusurdan doğması gerekir. “*Yani tıbbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz*”¹⁸⁸. Hekimin kusurlu olup olmadığı her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle ortaya konulabilir. Örneğin bir uzman hekimin göstereceği performans ve istenilen özenin bir asistan veya pratisyen hekimden istenemeyeceği ve bu durumun kusur ve sorumluluğun ortaya konması açısından farklılıklar arz edeceği muhakkaktır.

Burada karşımıza çıkması muhtemel problemler “*tıbbi standart*” denilen kurum ile çözüme kavuşturulacaktır. Burada ifade edilen tıbbi standart; HHY md. 11’de “*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir*” olarak ifade edilen veya Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13/1-2’de “*... ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve tedaviyi tatbik eder/ Tababet prensip ve kaidelerine aykırı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır*” denilerek ortaya konan kavramdır.

Hekim tıbbi standarda uymak ve tıp biliminin son gerekliliklerini uygulamak zorundadır. Tıbbi standardın Türk hukuk öğretisindeki genel kabul gören tanımı ise şöyledir: “*tıp biliminin uzmanlarınca genel olarak tanınan ve kabul edilen*

¹⁸⁷ Kıcalıoğlu, s.155.

¹⁸⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18/09/2008 tarih ve 4519/10750 sayılı kararı, Erişim: Sinerji İçtihat.

kurallarıdır”¹⁸⁹. Yargıtay bir kararında tıbbi standardı şu şekilde açıklamıştır: “*Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken*” kişinin ‘yaşamını düzenlemek, sağlığını ‘sağlayabilmek amacıyla ‘çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır.

Bu faaliyetler , gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması , hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi” müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.

İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var emektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir.¹⁹⁰

3.5.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis)

Hekim, mesleğinin gereği olarak, kişinin vücut dokunulmazlığı, sağlığı ve beden bütünlüğüne yönelik birtakım müdahalelerde bulunması gerekmektedir. Bu müdahalelerde hekimin amacı, sözü edilen değerlere zarar vermek yada onlar açısından bir tehlike oluşturmak değil, tam tersine bu menfaatleri koruyarak daha da iyileştirmektir.

Tıbbi faaliyetlerin esasını oluşturan bu amaç, yasaların öngördüğü şartların varlığında hekimin sorumsuzluğunu gerekli kılmaktadır. Ancak, bu sorumsuzluğun sınırsız değildir.

Yapılan kasıtlı veya ihmalkar bir hareketin sonucunda meydana gelen durum, hekimin sorumluluğunun oluşmasına yol açacaktır. Sorumluluk, medeni hukuk çerçevesinde tazminat cezası şeklinde; ceza hukukunda ise işlenmiş bulunan eylemin yasal anlamda karşılığı olan ceza şeklinde gerçekleşmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ Ayan, s. 105; Aşçıoğlu, s. 77.

¹⁹⁰ T.C. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas: 1976/6297, Karar: 1977/2541; Karar Tarihi: 07.03.1977 Erişim: Sinerji İçtihat.

¹⁹¹ Özlem Yenerer Çakmut, **Hekimin Cezai Sorumluluğu, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**; On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 273-274.

Uygulama hatası (malpraktis), tıp bilimin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesidir¹⁹².

Diğer bir ifade ile; *“Yetkili bir sağlık çalışanının bilgisizlik, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizlik yahut hizmet koşulları’ nedeniyle hastasına uygulaması gereken standart tıbbi fiili” yapmaması veya yapması sonucu oluşan zararın öngörülebilir veya engellenebilir özelliğine rağmen gerekeni yapmaması,*

*konsültasyonu yapmaması veya konsültasyonda gecikmesi ya da standardize uygulamayı usulüne uygun olmayan başka şekilde yapmasıdır.*¹⁹³”

Hekimin gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar neticesinde meydana gelen zararlar veya istenmeyen sonuçlar olarak tanımlanabilen komplikasyonlar¹⁹⁴ tıbbi müdahale kavramı içerisinde yer almaz¹⁹⁵.

Komplikasyon diğer bir deyişle izin verilen risk kavramından; tıbbi müdahale yapılmasının lüzumlu olduğu durumlarda hekimin dikkatli ve özenli davranmasına rağmen sonuç olarak oluşan istenmeyen durumlar anlaşılmaktadır.

Komplikasyonun oluşması durumunda hekim tarafından tedavi süresince dikkatli ve özenli davranılmış, bu komplikasyonun gerçekleşme ihtimalinin olduğu hastaya tedavi öncesinde bildirilmiş ve her şeye rağmen birtakım komplikasyonlar sonucu hasta zarar görmüş ise hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır¹⁹⁶.

Tıbbi uygulamaların özellikle cerrahi müdahalelerin, doğası gereği hasta açısından bazı riskleri bulunmaktadır.

Çoğu kez izin verilen risk (komplikasyon) ile tıbbi uygulama hatasının ayırt edilmesi zorlaşmaktadır. Örneğin; hukuka uygun bir cerrahi müdahalede hastanın vücudunda dikiş ipi, gazlı bez gibi yabancı maddelerin unutulması neticesinde hastada maddi ve manevi bir zarar gerçekleşmesi durumunda olduğu gibi... Bu örnekte olduğu gibi ortada tıbbi uygulama hatası çerçevesinde bir hasta hakkına dair bir ihlal mi vardır yoksa izin verilen risk mi yoksa değerlendirme yapmak mı hukuka daha uygun düşecektir.

¹⁹² Hakeri, s. 529; Özçetin ve Balaban, s.31; diğer görüşler için bkz. Kıcalıoğlu, s. 17; Aşçıoğlu, s. 31.

¹⁹³ Hakeri, s. 530; Yaşar Bilge, **Adli Tıp**, Üçbilek Matbaası, Ankara, 2008, ss 83-89.

¹⁹⁴ Yaşar Bilge, **Tıpta Uygulama Hatalarının Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi**, Baskı Evi, Tarihsiz, İstanbul, s. 8.

¹⁹⁵ Özçetin ve Balaban, s. 32.

¹⁹⁶ Şimşek, s. 3552

Burada verilecek cevaba göre hekim ya hatalı tıbbi uygulamadan sorumlu olacaktır ya da izin verilen risk sebebiyle sorumlu olmayacaktır. Zira benzer haller karşısında hastaya kalıcı veya geçici zarar verebilir, hatta kişinin ölümüne neden olabilir.

Burada her somut olay kendi içerisinde ve özelliğine göre değerlendirilmelidir. Bu gibi durumlar gerçekleştiğinde hekimin rolünün ne olduğu çok önemlidir. Eğer hekim tedavi/cerrahi müdahale süresince dikkatli ve özenli hareket etmiş, tıp biliminin gerekliliklerine uygun bir şekilde davranmış fakat istenmeyen durumu engelleyememişse, meydana gelen durumun sonucu tıbbın doğal sonuçlarından biri olup komplikasyon yani izin verilen risk içerisinde yer almaktadır.

Hekim tıbbi müdahale esnasında, meslek etik ve mesleki disipline uygun hareket etmemiş, dikkati ve özenli davranmamış ve/veya çağdaş tıbbın tedavi yöntemlerini uygulamamışsa; bu ihmallerinin sonucu olarak, meydana gelen zarar tıbbın kötü ve/veya yanlış uygulanmasından sorumlu olacaktır.

TCK'nun 448. maddesine göre; "Hekim bir kimseyi acısını dindirmek için kasten öldürürse (ötenazi) 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına çarptırılır (adiyen katil). Öldürülen kişinin cinsiyet, ırk, milliyet ve sağlık durumu yönünden ayırımı söz konusu değildir. Anomalili doğan canlı varlıkların öldürülmesi de bu suç oluşturur. Uterustaki fetusa müdahale adam öldürme olarak nitelendirilmez.

Öldürme kastıyla aç bırakma da bu madde içinde değerlendirilir. Kişinin isteği ve izninin olması suçu kaldırmaz. Tedavi amacına yönelik olmayan yardımlar hastanın rızası bulunsa da hukuka aykırıdır. „Hukuka uygunluk için tıbbi girişimin tedavi amacına yönelmiş olması gerekir. Her ne sebeple olursa olsun (kanunda ayrıca belirtilmemişse) kişinin tedavi amacı dışında bir organının kesilmesine rıza göstermesi suç kastını ortadan kaldırmaz.

Somut olaylarda ve mahkemede görülen uyuşmazlıklarda tıbbi uygulama hatası veya izin verilen risk ikilemelerinde evvela vakanın tıp bilimi açısından değerlendirilmesi gerekmekte, bu değerlendireler ise teknik bilgisi olmayan hâkimler tarafından değil konunun uzmanı sağlık personelinden oluşan bilirkişi kurullarınca yapılmaktadır¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Harun Tuğcu, Coşkun Yorulmaz ve Sermet Koç, "Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis", **Klinik Gelişim Dergisi**, Cilt: 22 (Adli Tıp Özel Sayısı), İstanbul, 2009, s. 9; Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 31.

Mevzuatımızda malpraktisin tam olarak açıklaması bulunmamakla birlikte Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri madde 13'te "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi; hekimliğin kötü uygulanmasıdır*". şeklinde ifade edilmiştir. Malpraktis kavramı "*hekim hatası*", "*adam çalıştıran sağlık hizmeti sunucuları hatası*" veya "*tıbbi hata*" şeklinde de ifade edilebilmektedir¹⁹⁸.

Kamu görevlisi olarak çalışan hekimlerin ve diğer sağlık personelinin, idare hukuku açısından sorumlu olması için kamu görevini yerine getirirken bir suç ya da kabahat işlemiş olmalıdır. Bu durumda hasta tarafından idari makamlara yöneltilecek şikâyet ya da savcının idari makamların soruşturması için izin talebi söz konusudur¹⁹⁹. Burada şunu da belirtmekte fayda vardır; kamu görevlileri tamamen hizmet dışında kalan kusurlu tutum ve davranışlarından dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumludurlar²⁰⁰.

Hangi hallerde "*görevden ayrılabilir kişisel kusurları*" olduğu konusundaki bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde açıklanmıştır: "Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki türlü ilişki söz konusudur.

Bunlardan ilki *kamusal ilişki*, ikincisi ise; *sözleşme ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir*.

Doktor buradaki yetkisini kamu kurallarından değil, hasta ile yapılan özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri, idare hukuku değil, tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar.

Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır.

O halde doktor ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. Maddesinin uygulanması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü *zarar memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre*

¹⁹⁸ Özçetin ve Balaban, s. 31.

¹⁹⁹ Günday, s. 42.

²⁰⁰ Çınarlı, s. 203.

yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.

Görüldüğü gibi doktor “görevinden ayrılabilir” nitelikte “salt kişisel kusuru” söz konusu da olduğunda özel hukuk ilişkisi içerisinde değerlendirilmektedir²⁰¹.

3.5.1.3. Uygulamada Görülen Tıbbi Uygulama Hataları

Uygulamada en sık görülen tıbbi uygulama hataları; cerrahi ameliyatlara, anestezi olguları, ilaç reaksiyonları, ameliyat sonrası ortaya çıkan sıkıntılar, kan transfüzyonu ve hatalı laboratuvar teknikleri olarak sıralanabilir²⁰².

„Mutlak olarak kesin ve güvenilir bir teşhis ortaya koymak her zaman mümkün olmadığından dolayı hekimlerin teşhiste yüzde yüz başarılı olma veya olacakları önceden öngörme yükümlülükleri bulunmamaktadır²⁰³.

Ancak hemen söylenebilir ki hekim tıbbın gereklerini somut olaya uygulayarak tecrübelerine de dayanarak ortaya koyduğu teşhis, bulguların hatalı değerlendirilmesi, açık olan hastalık belirtilerinin tanınmaması halinde veya en temel teşhis tekniklerinin kullanılmamasından ileri gelmesi *halinde özen yükümlülüğünün ağır olarak ihlal edilmesi söz konusu olacağından hekimin hatasından ve sorumluluğundan* bahsetmek mümkün olacaktır.

Teşhis hatalarına örnek verecek olursak; eksik ön muayene yapılması veya hasta öyküsünün yetersiz alınması veya teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmamış olması gösterilebilir²⁰⁴.

Hekimin teşhis için lüzumlu bütün tıbbi müdahaleleri, yapılan tetkikler ve elde edilen sonuçların tıp biliminin gereklerine göre yorumlarken yapmış olduğu hatalar “**Teşhis Hataları**” olarak isimlendirilmektedir²⁰⁵.

Tıbbi müdahalede, tıp biliminin gereklerine aykırı olarak veya gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebeplerine bağlı olarak tıbbi standarda uymayan tedavilerden kaynaklanan hatalara ise “**Tedavi Hataları**” adı verilmektedir.

²⁰¹ Günday, s. 42.

²⁰² Polat, Adli Tıp 57’den aktaran Hakeri, s. 532.

²⁰³ Hakeri, s. 538.

²⁰⁴ Daha detaylı bilgi için bkz. Hakeri, ss. 536-545.

²⁰⁵ Hakeri, s. 536.

Bunlara örnek olarak; cerrahi tetkik, işlem ya da girişimde yapılan hatalar, tedavi verilişindeki hatalar, ilaç dozunda ve verilişinde yapılan hatalar, tedavinin uygulanmasındaki gecikmeler, uygun olmayan tedaviler, kırıklarda tespit edilen organın enfeksiyon ve sebebiyle amputasyonu, ilaç dağılımı etkilerinin mekanizmasını verme prosedüründeki hatalar, ameliyat yerini doğru belirleyememek, ameliyatta izlenmesi gerekli dokuları izlememek ya da ameliyat esnasında spanç unutmak²⁰⁶ gibi durumlar gösterilebilir

.Uygulama ve öğretilerde tedavi hatalarına örnek olarak başkaca şunlar sıralanabilir: müdahalenin yapılmaması, yanlış tedavi yönteminin seçilmesi, hasta vücudunda yabancı maddelerin unutulması, yanlış ilaç verilmesi, gerekli testlerin yapılmaması, hastaların ‘karıştırılması, tıbbi müdahalenin ölçsüz olması, taraf cerrahisinin yanlış olması, bir komplikasyonun fark edilememiş olması, ameliyat tekniğinin hatalı seçilmesi, teknik aletlerin hatalı kullanılması, acil olarak hastaneye yapılması gerekli sevk yapılmaması, hijyen ve enfeksiyon kurallarına uyulmaması, uzman doktora geç danışılması, üçüncü kişilerin uyarılmaması, kayıt ve testlerin incelenmeden müdahalenin yapılması ve son olarak da konsültasyon istenmemesi gösterilebilir²⁰⁷.

Nitelikli sağlık hizmetlerinin; kanıta dayanan, güvenli, zamanında ulaşılabilir, hasta odaklı, etkin, verimli ve hizmet bekleyen bireyler için eşit dağıtılmış olması gerekmektedir. Hastanın doğru ilacı kullanmasından daha acil olan ihtiyaçları mevcut ise bu durum hata değildir.

Ayrıca herhangi bir sorun yazışmaya ait hatalardan kaynaklanıyorsa bu da hata olarak görülmez. Dolayısıyla karşılaşılan düzensizlik durumu daha kötü şeylerin önlenmesi için yapılmışsa bu durum hata değildir²⁰⁸.

²⁰⁶ Hakeri, s. 539.

²⁰⁷ Daha detaylı bilgi için bkz Hakeri, ss. 545- 559.

²⁰⁸ Berna Eren Fidancı, Dilek Yıldız, Dilek Konukbay, Nalan Akbayrak ve Sevgi Hatipoğlu, “Gülhane Askeri Tıp Fakültesi Hastanesinde Görev Yapan Hemşirelerin Tıbbi Hastaya Eğilim Durumlarının Değerlendirilmesi”, **3. Uluslararası Sağlıkta Performans ve Kalite Kongresi**. Azim Matbaacılık, Ankara 2011, ss. 534-548’den aktaran Bilge, s. 8.

3.5.2. Tazminat Sorumluluğu

3.5.2.1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak hekim de mesleki uygulamasından yasalar önünde sorumludur. Hekimlerin kendileriyle ilgili yasaları ve yaptırımları bilmemeleri, onları sorumluktan kurtarmamaktadır. Hekimlerin hem cezai hemde sözleşmesel kusur sorumluluğu bulunmaktadır belirtmiştir". Kişi eyleminden doğacak sonucu tahmin edemezse bu eylem suç olarak kabul edilmez.

Sonuç öngörülebilir değilse, kişi kendisinden beklenen özeni gösterse bile netice meydana gelebiliyor, dikkat ve özene rağmen fiilin meydana gelmesine engel olunamıyorsa bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerden çekinmesi hiç kimseden istenmeyeceği için ortada kusurluluk yoktur.

Kasıtlı suçlarda kişi eyleminden doğacak sonucu öngörerek, tahmin ederek ve bu sonucu isteyerek suçu işler. Sağlık hukuku kapsamında “. Ötenazi “iyileşmesi mümkün olmayan “hastanın öldürülmesi ya da “tedavisinin kesilerek ölüme terkedilmesi” kasıtlı adam öldürme suçuna girmektedir (T.C.K 448. m). Tıbbi girişim esnasında neden oldukları yaralama ve ölüme sebebiyet durumlarında hekimler hakkında özel yaptırım getiren bir kanun yoktur.

Genel olan T.C.K 455 ve 459. maddeleri kullanılmaktadır Hukuki sorumluluğun koşullarından biri de sözleşmeye aykırı davranılması nedeniyle ortaya bir zararın çıkmasıdır. Sözleşme uyarınca yapılan tıbbi müdahale sırasında, hastaya bir zarar verilmesidir.

Doktorun hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir ²⁰⁹.

Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması sonucu hastanın ulaşamadığı sağlık durumu ile hatalı tedavinin sonucundaki durumu arasındaki parayla ölçülebilen farkı, manevi zarar ise; tıbbi müdahalenin hatalı yapılması nedeniyle hastanın duyduğu fiziksel ve ruhsal elem, ıstırap ve acılar ile yaşama bağlılığında oluşun azalmadır.²¹⁰

²⁰⁹ Kıcalıoğlu, s. 220.

²¹⁰ Kıcalıoğlu, s. 157.

3.5.2.2. Hekimin Sorumluluğu

Hekimin hukuki sorumluluğunun dayanağını, tıbbi teşhis ve müdahaleyi içeren tedavi/hekimlik sözleşmesinin kapsamı ve sonuçları oluşturur. Hekim ve sağlık çalışanlarının sorumluluk sınırı en temel çerçevede ‘‘Hipokrat Yemini’’²¹¹ ile belirlenmiştir. Doktorun mesleki çalışmalarıyla ilgili olan yasaların başında, 1219 sayılı ‘‘Tababet Ve Şuabatı ‘‘Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’’, 1519 sayılı ‘‘Umumi Hıfzısıhha Kanunu’’, 6119 sayılı ‘‘Adli Tıp Müessesesi Kanunu’’, 38 sayılı ‘‘Tababeti Adliye Kanunu’’, 3153 sayılı ‘‘Radyoloji, ‘‘Radyum Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun’’, 2219 sayılı ‘‘Hususi Hastaneler Kanunu’’, 6023 sayılı ‘‘Türk Tabipler Birliği Kanunu’’ ve 1960 tarihli ‘‘Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’’ sayılabilir.²¹²

3.5.2.2.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Daha önce de belirttiğimiz gibi ülkemizde sağlık hukukuna ilişkin mevzuatlar dağınık bir yapıda olduğundan doktorun sorumluluğu genel hükümlere göre çözüme kavuşturulmaktadır.

Doktorun sorumluluğu kural olarak sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Bu sözleşmeye ‘‘Tedavi/Hekimlik/Vekalet Sözleşmesi’’ denmektedir.

Hastanın muayene ve tedavi olmak için doktora başvurması, doktorun da hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hasta ile doktor arasında, özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan ve Borçlar Kanunu’nun 386. maddesinde düzenlenmiş bulunan ‘‘vekalet sözleşmesi’’ kurulmuş olmaktadır²¹³. Bu sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sorumluluk ise Borçlar Kanunu vekalet ilişkisi genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır.

²¹¹ **Hipokrat Yemini’nin Günümüzdeki Hali şu şekildedir;** ‘‘Tıp fakültesinden aldığım bu diplomanın bana kazandırdığı hak ve yetkileri kötüye kullanmayacağıma, hayatımı insanlık hizmetlerine adayacağıma, insan hayatına mutlak surette saygı göstereceğime ve bilgilerimi insanlık aleyhine kullanmayacağıma, mesleğim dolayısıyla öğrendiğim sırları saklayacağıma, hocalarıma ve meslektaşlarıma saygı göstereceğime, din, milliyet, cinsiyet, ırk ve parti farklarının görevimle vicdanım arasına girmesine izin vermeyeceğime, mesleğimi dürüstlük ve onurla yapacağıma namusum ve şerefim üzerine yemin ederim.’’

²¹² Kıcalıoğlu, s. 170.

²¹³ Kıcalıoğlu, s. 174.

Doktorun sorumluluğu; mesleki, idari, özel hukuk (tazminat) ve ceza sorumluluğu olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Mevzuattaki temel tıp kurallarına ve yönetmeliğe aykırı davranılması mesleki sorumluluğu; doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşunda yasal kurallara uymaması, idari sorumluluğu; mesleğini yapması sırasında başkalarına maddi/manevi zarar vermesi, hukuki sorumluluğu; mesleğini yaparken bir suç işlemesi halinde cezai sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

Biz burada sadece cezai sorumluluktan değil, tazminat sorumluluğundan bahsedeceğiz.

3.5.2.2.1.1. Doktorun Hukuki Sorumluluğunun Ortaya Çıkması

Teşhis doğru tedavi yolunu gösteren bir tıbbi işlemdir. Teşhis ile hastalığın ne olduğu ortaya konur²¹⁴. Ancak doktor teşhis için gerekli tüm sorumluluklarını yerine getirmediği takdirde yanlış teşhisten sorumluluğu doğacaktır.

Doktor, hasta ve hastane yönetimi arasında tedavi ilişkisinden kaynaklanan hukuki sorumlulukların dayanağını genel olarak, “sözleşme” ve “haksız eylem kusuru” oluşturmaktadır²¹⁵.

Mesleğini devlete ya da özel hastaneye bağlı olmadan sürdüren doktor kendine ait bir işyerinde çalışmaktaysa serbest çalışan doktor olup; hasta ile arasında tedavi sözleşme ilişkisi varsa, sözleşmeden doğan sorumluluk; hasta yararı için doğrudan hastaya el atması halinde, vekaletsiz iş görme sorumluluğu²¹⁶; hastaya karşı haksız eylem oluşturan bir davranışı olması halinde (eğer sözleşme ilişkisi yok ise) haksız fiil sorumluluğu doğmakta²¹⁷ ve sorumluluk bu hükümlere göre çözüme kavuşturulmaktadır.

Hekimi sorumlu tutabilmek için yapılan tıbbi müdahalenin maddi ya da manevi zarar doğurması gerekmektedir. Zarar, bireyin iradesi dışında mal varlığında ya da şahsında meydana gelecek eksilme olarak tanımlanabilir. Bu eksilmelerin kişinin mal varlığında ortaya çıkması maddi zarar; özellikle vücudun tamlığının ihlal edilerek bireyin kişilik hakkında ve şahıs varlığında ortaya çıkması ise manevi zarar olarak ifade edilmektedir. Zararın, hekim tarafından yapılan, sözleşmeye aykırı

²¹⁴ Kıcalıoğlu, s. 262.

²¹⁵ Kıcalıoğlu, s. 283.

²¹⁶ Özçetin ve Balaban, s. 51.

²¹⁷ Kıcalıoğlu, s. 285.

davranışlar sonucu ortaya çıkması durumunda ve tıbbi müdahale ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcutsa, illiyet bağı da bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın denetim görevini yerine getirmemesi durumunda, doğacak zararları tazmin yükümlülüğü vardır; özel hastanenin denetimsizlik nedeni ile hatalı tıbbi uygulaması sonucu zarara yol açmasında ilgili Bakanlığa karşı idari yargıda tam yargı davası açılabilecektir²¹⁸.

Sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ve idarenin bu hizmetin gereği gibi yürütülmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde bu hizmetin özel hukuk tüzel kişisi eliyle yürütülmesi, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta olduğu değerlendirilmektedir²¹⁹.

Özel hastane bünyesinde çalışan doktor ve hastane ile hasta arasında kurulan bir sözleşme vardır. Hasta ile hastane arasında kurulan, hasta kabul sözleşmesi uyarınca hastanın tedavisi, hastanede çalışan doktor ve sağlık personeli tarafından yerine getirilir²²⁰. Buradaki sorumluluk sözleşme ilişkisi kurallarına göre çözüme kavuşturulmaktadır. Özel hastanelerde durum böyle olmakla birlikte Kamu Hastanelerinde kamu hukuku devreye girmekte ve idare hukuku ilişkisi ortaya çıkmakta; uyuşmazlıklar idare hukukuna göre çözümlenmektedir.

Kamu kurumunda çalışan hekim ile hasta arasında vekâlet ilişkisinden söz edilemez. Böyle bir durumda hekim; kamu hizmeti sunan bir kamu görevlisidir²²¹. Sözleşmenin tarafı doktor olmadığı için; ifa yardımcısı doktorun hukuki sorumluluğu hastaneye karşı olup; hastane de hastaya karşı sorumludur.

Kamu hastanelerinde görevli doktorlar, kamu görevlisi statüsüne sahiptir. Bu durum ceza ve tazminat hukuku bakımından farklılık göstermektedir. Doktorun görevi esnasında işlediği suça yönelik olarak savcılık doğrudan soruşturma açmamaktadır. 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun*” gereğince izin esası vardır²²².

Kamu hastanelerinde “*hizmet kusuru*” nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde idare hukukuna göre sadece idare sorumlu tutulabilir. Kamu kurumunda

²¹⁸ Çınarlı, s. 91.

²¹⁹ Çınarlı, s. 92.

²²⁰ Kıcalıoğlu, s. 290.

²²¹ Çınarlı, s. 139.

²²² Günday, s. 24.

çalışan doktora yüklenebilecek bir kusur yoktur ve zarar gören hasta ancak idare aleyhine dava açabilir.

Anayasa madde 129/5: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir.” amir hükmüyle ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 13: “Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmüyle bu durumu açıklamıştır.

Öte yandan kamu görevlisi olan doktor için de görevin gereklerine uygun davranmaması sonucu “Türk Ceza Kanunu” madde 257’ye göre “görevi kötüye kullanma suçu” ortaya çıkacaktır.

3.5.2.2.1.2. Doktorun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Doktorun sözleşme dışı kusura dayanan sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Yani kural olarak doktorun haksız fiil sorumluluğu, hasta ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmaması durumunda söz konusu olmaktadır²²³. Bu konudaki uyuşmazlıkların çözümünde Borçlar Kanunu’nun madde 49 ve devamında düzenlenen “haksız fiil sorumluluğu” hükümleri uygulanacaktır.

Burada şuna değinmekte fayda vardır. Tazminat davasına bakan hukuk mahkemesi, failin kusuru ya da kusur ehliyeti ile ilgili ceza hukukunun sorumluluk hükümleri ile bağlı değildir.

Ceza mahkemesi fiilin suç teşkil etmediği ya da illiyet bağı bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı vermiş olabilir. Bu karar tazminat davası açısından bağlayıcı değildir²²⁴.

Tıbbi yardım ve müdahale, hukuken izin verilmiş bir faaliyet olmasına karşın, taşıdığı tehlikeler nedeniyle bazı teknik sınırlamalara bağlanmıştır. Sorumluluğu kaldıran genel hükümler yanında, doktorun tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren bazı özel nedenler hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.

²²³ Kıcalıoğlu, s. 417.

²²⁴ Deryal, s. 388.

Doktorun hukuki sorumluluğunu kaldıran genel nedenler; üçüncü kişilerin ya da zarar gören hastaların ağır kusuru, hastanın izni, zaruret/ıztırar hali veya mücbir/zorlayıcı sebepler ve sorumsuzluk anlaşmasıdır.

Doktorun hukuki sorumluluğunu kaldıran özel nedenler ise; hastanın tedaviyi kabul etmemesi, tıbbi müdahale nedeniyle birlikte sorumluluk, hastaya ilaç verilmesi sebebiyle sorumluluk, bireyin bedensel yapısında bulunan bozukluğun sorumluluğa olan etkisi, rapor düzenlenmesi nedeniyle sorumluluk, tıbbi sorumluluğun sigortalanması ve zaman aşımı olarak sayılmaktadır²²⁵.

3.6. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YÖNTEMİNE UYGUNLUĞU

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girmiş ve bu kararname ile idareye uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi için açık yetki verilmiştir²²⁶.

Sağlık Hukuku uyuşmazlıklarında karşımıza çıkabilecek uyuşmazlıklar genel olarak; hasta ile sağlık hizmeti sunucusu arasında, hastanın yeteri kadar aydınlatılmaması, hastaya gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin malpraktis mi, komplikasyon mu olduğu gibi konuları oluşturmaktadır.

Tıbbi müdahale nin açılımı ise *resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim,*” şeklinde tanımlanabilmektedir²²⁷

Kanunun lafzında da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecekleri iş ve işlemler ifadesi geçmesi nedeniyle arabuluculuğa konu olabilecek alanların neler olduğunu belirlemek adına bu sınırın çizilmesi bir sonuca varabilmek bakımından daha faydalı görülmektedir. Kamu düzeninde taraf iradeleri etkin olamamaktadır.

²²⁵ Kıcalıoğlu, ss. 435-485.

²²⁶ Çınarlı, s.347-348.

²²⁷ Erkin Göçmen, “Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk”, **Hukuk Rehberi**; <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

Ancak, kamu düzeni bunların sadece birini meydana getirebilmektedir. Nitekim tasarruf etmenin sınırı, salt kamu otoritesine ait bir sınır değildir

Kamu hasta haneleri ve özel hasta haneler ayrımında sağlık Hukuku'nda kamu görevlileri tamamen hizmet dışında kalan kusurlu tutum ve davranışlarından dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumludurlar²²⁸. Hangi hallerde “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” olduğu konusundaki bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde açıklanmıştır: “Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki türlü ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki kamusal ilişki, ikincisi ise; sözleşme ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir..

Bu sözleşmeye dayanan tazminat istekleri sözleşmeye dayanmakta ve tıp ilmini gereği gibi kullanmamaktan veya hatalı teşhis tedavi ile hastaya verdiği zararların bütünü oluşturmaktadır. Doktor buradaki yetkisini kamu kurallarından değil, hasta ile yapılan özel hukuk sözleşmesinden alır kısaca hekim yapılan tıbbi müdahale sırasında, hastaya zarar verdiğinde, Sağlık ve Tıp etik kurallarına aykırı davrandığında hasta haklarını kanun nizamnameler kapsamında ihlal ettiğinde özel hukuk kapsamında Arabuluculuk sağlık hukuku alanında etkin uygulama olanağı bulacaktır. Şöyle ki ; Bu koşulda *hekimin verdiği zarar memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.*

Doktorun hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir ²²⁹.

Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması sonucu hastanın ulaşamadığı sağlık durumu ile hatalı tedavinin sonucundaki durumu Yargısal çözüm için özel hukuki uzmanlığa ve bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Arabuluculuk yönteminde hukuki bilgilerin göz ardı edilmemesi gerekmele birlikte menfaatlerin yeniden oluşturulması nedeniyle yargısal çözümdeki kadar önem verilmemektedir.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre; devlet, üniversite, belediye, il özel idaresi ve diğer kamu tüzel kişileri

²²⁸ Çınarlı, s. 203.

²²⁹ Kıcalıoğlu, s. 220.

hastanelerinin haricinde kalan ve gerçek kişilere ya da özel hukuk tüzel kişilerine ait olan, yatarak ve ayakta muayene, tıbbi müdahale, tıbbi bakım, ameliyat, tahlil, tetkik ve diğer tedavi hizmetlerinin verildiği en az 10 yatak kapasitesine sahip tedavi kuruluşlarını “özel hastane” olarak nitelendirilmektedir²³⁰.

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda özel hastane tarafından sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olması, diğer bir ifadeyle; borcun ifa edilmemiş olması ya da gerektiği şekilde ifa edilmemesi durumlarında vekâlet sözleşmesi hükümlerinden veya yan yükümlülüklerin ihlali halinde onların dâhil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerden doğan sorumluluğu söz konusu olur²³¹.

Yargısal çözüm yönteminde alenilik, arabuluculukta ise gizlilik ve güvenilirlik önem arz etmektedir. Arabuluculukta yargısal çözüm yönteminin aksine tarafların iletişimi öne çıkmakta, arabulucu ise bu iletişimin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Yargısal çözümde sosyolojik ve psikolojik maliyet yüksek olduğundan gerginlik oluşması olağan olmakta ve getirilen çözüm yeni problemler doğurabilmektedir. Arabuluculukta söz konusu maliyetin daha az olması, yeni sorunların çıkma olasılığını düşürmektedir. Yargısal çözümde kesin kurallar bulunmaktadır. Arabuluculukta ise esneklik olduğundan dolayı uygulanacak yöntem, her iki tarafın anlaşabildiği çözüm açısından en uygun olan seçilmektedir.

Yargısal çözümün neticesinde verilecek kararda tarafların en az biri kaybetmekte ve geleceğe ilişkin olarak taraflar arası ekonomik ve sosyal ilişkiler bozulmaktadır.

²³⁰ Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012, ss. 193-194.

²³¹ Doğan, s. 53.

3.7. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) ve SAĞLIK HUKUKUNDA SORUMLULUK

3.7.1. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)

3.7.1.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin, sağlığı düzeltme ya da hayatta kalma tehlikesi olan kişinin hayatta kalmasını sağlamak için araya girme olarak tanımlandığından bahsetmiştik.

Tıbbi müdahaleden doğan zarar, tıbbi müdahale sırasında, kişinin hukuk tarafından korunan maddi (malvarlığı) ve manevi (kişisel) değerlerinde bir kayıp ya da azalma biçimindeki bir olumsuzluktur. Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz²³². Ayrıca hekimin sorumluluğunun doğması için hatanın kusurdan doğması gerekir. “*Yani tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz*”²³³.

Hekimin kusurlu olup olmadığı her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle ortaya konulabilir. Örneğin bir uzman hekimin göstereceği performans ve istenilen özenin bir asistan veya pratisyen hekimden istenemeyeceği ve bu durumun kusur ve sorumluluğun ortaya konması açısından farklılıklar arz edeceği muhakkaktır.

Burada karşımıza çıkması muhtemel problemler “*tıbbi standart*” denilen kurum ile çözüme kavuşturulacaktır. Burada ifade edilen tıbbi standart; HHY md. 11’de “*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir*” olarak ifade edilen veya Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13/1-2’de “*... ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve tedaviyi tatbik eder/ Tababet prensip ve kaidelerine aykırı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır*” denilerek ortaya konan kavramdır.

Hekim tıbbi standarda uymak ve tıp biliminin son gerekliliklerini uygulamak zorundadır. Tıbbi standardın Türk hukuk öğretisindeki genel kabul gören tanımı işeşöyledir: “*tıp biliminin uzmanlarınca genel olarak tanınan ve kabul edilen*

²³² Kıcalıoğlu, s.155.

²³³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18/09/2008 tarih ve 4519/10750 sayılı kararı, Erişim: Sinerji İçtihat.

kurallarıdır”²³⁴. Yargıtay bir kararında tıbbi standardı şu şekilde açıklamıştır: “Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var emektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ısrar hali asla durumu etkilemeyecektir.”²³⁵”

3.7.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis)

Hekim, mesleğinin gereği olarak, kişinin vücut dokunulmazlığı, sağlığı ve beden bütünlüğüne yönelik birtakım müdahalelerde bulunması gerekmektedir. Bu müdahalelerde hekimin amacı, sözü edilen değerlere zarar vermek yada onlar açısından bir tehlike oluşturmak değil, tam tersine bu menfaatleri koruyarak daha da iyileştirmektir.

Tıbbi faaliyetlerin esasını oluşturan bu amaç, yasaların öngördüğü şartların varlığında hekimin sorumsuzluğunu gerekli kılmaktadır. Ancak, bu sorumsuzluğun sınırsız değildir. Yapılan kasıtlı veya ihmalkar bir hareketin sonucunda meydana gelen durum, hekimin sorumluluğunun oluşmasına yol açacaktır. Sorumluluk, medeni hukuk çerçevesinde tazminat cezası şeklinde; ceza hukukunda ise işlenmiş bulunan eylemin yasal anlamda karşılığı olan ceza şeklinde gerçekleşmektedir²³⁶.

Uygulama hatası (malpraktis), tıp bilimin standardına ve tecrübeler göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesidir²³⁷.

²³⁴ Ayan, s. 105; Aşçıoğlu, s. 77.

²³⁵ T.C. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas: 1976/6297, Karar: 1977/2541; Karar Tarihi: 07.03.1977 Erişim: Sinerji İçtihat.

²³⁶ Özlem Yenerer Çakmut, **Hekimin Cezai Sorumluluğu, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**; On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 273-274.

²³⁷ Hakeri, s. 529; Özçetin ve Balaban, s.31; diğer görüşler için bkz. Kıcalıoğlu, s. 17; Aşçıoğlu, s. 31.

Diğer bir ifade ile;“Yetkili bir sağlık çalışanının bilgisizlik, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizlik yahut hizmet koşulları nedeniyle hastasına uygulaması gereken standart tıbbi fiili yapmaması veya yapması sonucu oluşan zararın öngörülebilir veya engellenebilir özelliğine rağmen gerekeni yapmaması, konsültasyonu yapmaması veya konsültasyonda gecikmesi ya da standardize uygulamayı usulüne uygun olmayan başka şekilde yapmasıdır.”²³⁸”

Hekimin gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar neticesinde meydana gelen zararlar veya istenmeyen sonuçlar olarak tanımlanabilen komplikasyonlar²³⁹ tıbbi müdahale kavramı içerisinde yer almaz²⁴⁰. Komplikasyon diğer bir deyişle izin verilen risk kavramından; tıbbi müdahale yapılmasının lüzumlu olduğu durumlarda hekimin dikkatli ve özenli davranmasına rağmen sonuç olarak oluşan istenmeyen durumlar anlaşılmaktadır.

Komplikasyonun oluşması durumunda hekim tarafından tedavi süresince dikkatli ve özenli davranılmış, bu komplikasyonun gerçekleşme ihtimalinin olduğu hastaya tedavi öncesinde bildirilmiş ve her şeye rağmen birtakım komplikasyonlar sonucu hasta zarar görmüş ise hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır²⁴¹.

Tıbbi uygulamaların özellikle cerrahi müdahalelerin, doğası gereği hasta açısından bazı riskleri bulunmaktadır. Çoğu kez izin verilen risk (komplikasyon) ile tıbbi uygulama hatasının ayırt edilmesi zorlaşmaktadır. Örneğin; hukuka uygun bir cerrahi müdahalede hastanın vücudunda dikiş ipi, gazlı bez gibi yabancı maddelerin unutulması neticesinde hastada maddi ve manevi bir zarar gerçekleşmesi durumunda olduğu gibi... Bu örnekte olduğu gibi ortada tıbbi uygulama hatası çerçevesinde bir hasta hakkına dair bir ihlal mi vardır yoksa izin verilen risk mi yoksa değerlendirme yapmak mı hukuka daha uygun düşecektir.

Burada verilecek cevaba göre hekim ya hatalı tıbbi uygulamadan sorumlu olacaktır ya da izin verilen risk sebebiyle sorumlu olmayacaktır. Zira benzer haller karşısında hastaya kalıcı veya geçici zarar verebilir, hatta kişinin ölümüne neden olabilir.

²³⁸ Hakeri, s. 530; Yaşar Bilge, **Adli Tıp**, Üçbilek Matbaası, Ankara, 2008, ss 83-89.

²³⁹ Yaşar Bilge, **Tıpta Uygulama Hatalarının Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi**, Baskı Evi, Tarihsiz, İstanbul, s. 8.

²⁴⁰ Özçetin ve Balaban, s. 32.

²⁴¹ Şimşek, s. 3552

Burada her somut olay kendi içerisinde ve özelliğine göre değerlendirilmelidir. Bu gibi durumlar gerçekleştiğinde hekimin rolünün ne olduğu çok önemlidir. Eğer hekim tedavi/cerrahi müdahale süresince dikkatli ve özenli hareket etmiş, tıp biliminin gerekliliklerine uygun bir şekilde davranmış fakat istenmeyen durumu engelleyememişse, meydana gelen durumun sonucu tıbbın doğal sonuçlarından biri olup komplikasyon yani izin verilen risk içerisinde yer almaktadır.

Hekim tıbbi müdahale esnasında, meslek etik ve mesleki disipline uygun hareket etmemiş, dikkati ve özenli davranmamış ve/veya çağdaş tıbbın tedavi yöntemlerini uygulamamışsa; bu ihmallerinin sonucu olarak, meydana gelen zarar tıbbın kötü ve/veya yanlış uygulanmasından sorumlu olacaktır.

TCK'nun 448. maddesine göre; "Hekim bir kimseyi acısını dindirmek için kasten öldürürse (ötenazi) 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına çarptırılır (adiyen katil). Öldürülen kişinin cinsiyet, ırk, milliyet ve sağlık durumu yönünden ayırımı söz konusu değildir. Anomalili doğan canlı varlıkların öldürülmesi de bu suç oluşturur. Uterustaki fetusa müdahale adam öldürme olarak nitelendirilmez.

Öldürme kastıyla aç bırakma da bu madde içinde değerlendirilir. Kişinin isteği ve izninin olması suç kaldırır. Tedavi amacına yönelik olmayan yardımlar hastanın rızası bulursa da hukuka aykırıdır. ,Hukuka uygunluk için tıbbi girişimin tedavi amacına yönelmiş olması gerekir. Her ne sebeple olursa olsun (kanunda ayrıca belirtilmemişse) kişinin tedavi amacı dışında bir organının kesilmesine rıza göstermesi suç kastını ortadan kaldırmaz.

Somut olaylarda ve mahkemede görülen uyuşmazlıklarda tıbbi uygulama hatası veya izin verilen risk ikilemelerinde evvela vakanın tıp bilimi açısından değerlendirilmesi gerekmekte, bu değerlendireler ise teknik bilgisi olmayan hâkimler tarafından değil konunun uzmanı sağlık personelinin oluşan bilirkişi kurullarınca yapılmaktadır²⁴².

Mevzuatımızda malpraktisin tam olarak açıklaması bulunmamakla birlikte Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri madde 13'te "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi; hekimliğin kötü uygulanmasıdır*". şeklinde ifade edilmiştir.

²⁴² Harun Tuğcu, Coşkun Yorulmaz ve Sermet Koç, "Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis", **Klinik Gelişim Dergisi**, Cilt: 22 (Adli Tıp Özel Sayısı), İstanbul, 2009, s. 9; Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 31.

Kamu görevlisi olarak çalışan hekimlerin ve diğer sağlık personelinin, idare hukuku açısından sorumlu olması için kamu görevini yerine getirirken bir suç ya da kabahat işlemiş olmalıdır. Bu durumda hasta tarafından idari makamlara yöneltilecek şikâyet ya da savcının idari makamların soruşturması için izin talebi söz konusudur²⁴³. Burada şunu da belirtmekte fayda vardır; kamu görevlileri tamamen hizmet dışında kalan kusurlu tutum ve davranışlarından dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumludurlar²⁴⁴.

Hangi hallerde “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” olduğu konusundaki bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde açıklanmıştır: “Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki türlü ilişki söz konusudur.

Bunlardan ilki kamusal ilişki, ikincisi ise; sözleşme ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Doktor buradaki yetkisini kamu kurallarından değil, hasta ile yapılan özel hukuk sözleşmesinden alır.

En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri, idare hukuku değil, tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar.

Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır.

O halde doktor ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. Maddesinin uygulanması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir.

Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır. Görüldüğü gibi doktor “görevinden ayrılabilir” nitelikte “salt kişisel kusuru” söz konusu da olduğunda özel hukuk ilişkisi içerisinde değerlendirilmektedir²⁴⁵.

²⁴³ Günday, s. 42.

²⁴⁴ Çınarlı, s. 203.

²⁴⁵ Günday, s. 42.

3.7.1.3. Uygulamada Görülen Tıbbi Uygulama Hataları

Uygulamada en sık görülen tıbbi uygulama hataları; cerrahi ameliyatlar, anestezi olguları, ilaç reaksiyonları, ameliyat sonrası ortaya çıkan sıkıntılar, kan transfüzyonu ve hatalı laboratuvar teknikleri olarak sıralanabilir²⁴⁶.

,Mutlak olarak kesin ve güvenilir bir teşhis ortaya koymak her zaman mümkün olmadığından dolayı hekimlerin teşhiste yüzde yüz başarılı olma veya olacakları önceden öngörme yükümlülükleri bulunmamaktadır²⁴⁷. Ancak hemen söylenebilir ki hekim tıbbın gereklerini somut olaya uygulayarak tecrübelerine de dayanarak ortaya koyduğu teşhis, bulguların hatalı değerlendirilmesi, açık olan hastalık belirtilerinin tanınmaması halinde veya en temel teşhis tekniklerinin kullanılmamasından ileri gelmesi halinde özen yükümlülüğünün ağır olarak ihlal edilmesi söz konusu olacağından hekimin hatasından ve sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacaktır.

Teşhis hatalarına örnek verecek olursak; eksik ön muayene yapılması veya hasta öyküsünün yetersiz alınması veya teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmamış olması gösterilebilir²⁴⁸. Hekimin teşhis için lüzumlu bütün tıbbi müdahaleleri, yapılan tetkikler ve elde edilen sonuçların tıp biliminin gereklerine göre yorumlarken yapmış olduğu hatalar “**Teşhis Hataları**” olarak isimlendirilmektedir²⁴⁹. Tıbbi müdahalede, tıp biliminin gereklerine aykırı olarak veya gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebeplerine bağlı olarak tıbbi standarda uymayan tedavilerden kaynaklanan hatalara ise “**Tedavi Hataları**” adı verilmektedir.

Bunlara örnek olarak; cerrahi tetkik, işlem ya da girişimde yapılan hatalar, tedavi verilmişindeki hatalar, ilaç dozunda ve verilmişinde yapılan hatalar, tedavinin uygulanmasındaki gecikmeler, uygun olmayan tedaviler, kırıklarda tespit edilen organın enfeksiyon ve sebebiyle amputasyonu, ilaç dağılımı etkilerinin mekanizmasını verme prosedüründeki hatalar, ameliyat yerini doğru

²⁴⁶ Polat, Adli Tıp 57’den aktaran Hakeri, s. 532.

²⁴⁷ Hakeri, s. 538.

²⁴⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. Hakeri, ss. 536-545.

²⁴⁹ Hakeri, s. 536.

belirleyememek, ameliyatta izlenmesi gerekli dokuları izlememek ya da ameliyat esnasında spanç unutmak²⁵⁰ gibi durumlar gösterilebilir

.Uygulama ve öğretilerde tedavi hatalarına örnek olarak başkaca şunlar sıralanabilir: müdahalenin yapılmaması, yanlış tedavi yönteminin seçilmesi, hasta vücudunda yabancı maddelerin unutulması, yanlış ilaç verilmesi, gerekli testlerin yapılmaması, hastaların karıştırılması, tıbbi müdahalenin ölçüsüz olması, taraf cerrahisinin yanlış olması, bir komplikasyonun fark edilememiş olması, ameliyat tekniğinin hatalı seçilmesi, teknik aletlerin hatalı kullanılması, acil olarak hastaneye yapılması gerekli sevk yapılmaması, hijyen ve enfeksiyon kurallarına uyulmaması, uzman doktora geç danışılması, üçüncü kişilerin uyarılmaması, kayıt ve testlerin incelenmeden müdahalenin yapılması ve son olarak da konsültasyon istenmemesi gösterilebilir²⁵¹.

Nitelikli sağlık hizmetlerinin; kanıta dayanan, güvenli, zamanında ulaşılabilir, hasta odaklı, etkin, verimli ve hizmet bekleyen bireyler için eşit dağıtılmış olması gerekmektedir. Hastanın doğru ilacı kullanmasından daha acil olan ihtiyaçları mevcut ise bu durum hata değildir. Ayrıca herhangi bir sorun yazışmaya ait hatalardan kaynaklanıyorsa bu da hata olarak görülmez. Dolayısıyla karşılaşılan düzensizlik durumu daha kötü şeylerin önlenmesi için yapılmışsa bu durum hata değildir²⁵².

3.7.2. Tazminat Sorumluluğu

3.7.2.1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak hekim de mesleki uygulamasından yasalar önünde sorumludur. Hekimlerin kendileriyle ilgili yasaları ve yaptırımları bilmemeleri, onları sorumluktan kurtarmamaktadır. Hekimlerin hem cezai hemde sözleşmesel kusur sorumluluğu bulunmaktadır belirtmiştir". Kişi eyleminden doğacak sonucu tahmin edemezse bu eylem suç olarak kabul edilmez.

²⁵⁰ Hakeri, s. 539.

²⁵¹ Daha detaylı bilgi için bkz Hakeri, ss. 545- 559.

²⁵² Berna Eren Fidancı, Dilek Yıldız, Dilek Konukbay, Nalan Akbayrak ve Sevgi Hatipoğlu, "Gülhane Askeri Tıp Fakültesi Hastanesinde Görev Yapan Hemşirelerin Tıbbi Hastaya Eğilim Durumlarının Değerlendirilmesi", **3. Uluslararası Sağlıkta Performans ve Kalite Kongresi**. Azim Matbaacılık, Ankara 2011, ss. 534-548'den aktaran Bilge, s. 8.

Sonuç öngörülebilir değilse, kişi kendisinden beklenen özeni gösterse bile netice meydana gelebiliyor, dikkat ve özene rağmen fiilin meydana gelmesine engel olunamıyorsa bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerden çekinmesi hiç kimseden istenmeyeceği için ortada kusurluluk yoktur.

Kasıtlı suçlarda kişi eyleminden doğacak sonucu öngörerek, tahmin ederek ve bu sonucu isteyerek suçu işler. eylem=darp) (T.C.K 456 ve 457. maddeleri) suçları örnek olarak verilebilir.

Ötenazi “iyileşmesi mümkün olmayan hastanın öldürülmesi ya da tedavisinin kesilerek ölüme terkedilmesi” kasıtlı adam öldürme suçuna girmektedir (T.C.K 448. m). Tıbbi girişim esnasında neden oldukları yaralama ve ölüme sebebiyet durumlarında hekimler hakkında özel yaptırım getiren bir kanun yoktur. Genel olan T.C.K 455 ve 459. maddeleri Sağlık mensupları açısından kusur oarakusur hukuki sorumluluğun koşullarından biri de sözleşmeye aykırı davranılması nedeniyle ortaya bir zararın çıkmasıdır. Sözleşme uyarınca yapılan tıbbi müdahale sırasında, hastaya bir zarar verilmesidir.

Doktorun hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir ²⁵³.Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması sonucu hastanın ulaşamadığı sağlık durumu ile hatalı tedavinin sonucundaki durumu arasındaki parayla ölçülebilen farkı, manevi zarar ise; tıbbi müdahalenin hatalı yapılması nedeniyle hastanın duyduğu fiziksel ve ruhsal elem, ıstırap ve acılar ile yaşama bağlılığında oluşan azalmadır.²⁵⁴

3.7.2.2. Hekimin Sorumluluğu

Hekimin hukuki sorumluluğunun dayanağını, tıbbi teşhis ve müdahaleyi içeren tedavi/hekimlik sözleşmesinin kapsamı ve sonuçları oluşturur. Hekim ve sağlık çalışanlarının sorumluluk sınırı en temel çerçevede Hipokrat Yemini²⁵⁵ ile

²⁵³ Kıcalıoğlu, s. 220.

²⁵⁴ Kıcalıoğlu, s. 157.

²⁵⁵ **Hipokrat Yemini'nin Günümüzdeki Hali şu şekildedir;** “Tıp fakültesinden aldığım bu diplomanın bana kazandırdığı hak ve yetkileri kötüye kullanmayacağıma, hayatımı insanlık hizmetlerine adayacağıma, insan hayatına mutlak surette saygı göstereceğime ve bilgilerimi insanlık aleyhine kullanmayacağıma, mesleğim dolayısıyla öğrendiğim sırları saklayacağıma, hocalarıma ve meslektaşlarıma saygı göstereceğime, din, milliyet, cinsiyet, ırk ve parti farklarının görevimle

belirlenmiştir. Doktorun mesleki çalışmalarıyla ilgili olan yasaların başında, 1219 sayılı “*Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*”, 1519 sayılı “*Umumi Hıfzısıhha Kanunu*”, 6119 sayılı “*Adli Tıp Müessesesi Kanunu*”, 38 sayılı “*Tababeti Adliye Kanunu*”, 3153 sayılı “*Radyoloji, Radyum Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun*”, 2219 sayılı “*Hususi Hastaneler Kanunu*”, 6023 sayılı “*Türk Tabipler Birliği Kanunu*” ve 1960 tarihli “*Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*” sayılabilir.²⁵⁶

3.7.2.2.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Daha önce de belirttiğimiz gibi ülkemizde sağlık hukukuna ilişkin mevzuatlar dağınık bir yapıda olduğundan doktorun sorumluluğu genel hükümlere göre çözüme kavuşturulmaktadır. Doktorun sorumluluğu kural olarak sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Bu sözleşmeye “*Tedavi/Hekimlik/Vekalet Sözleşmesi*” denmektedir.

Hastanın muayene ve tedavi olmak için doktora başvurması, doktorun da hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hasta ile doktor arasında, özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan ve Borçlar Kanunu’nun 386. maddesinde düzenlenmiş bulunan “*vekalet sözleşmesi*” kurulmuş olmaktadır²⁵⁷. Bu sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sorumluluk ise Borçlar Kanunu vekalet ilişkisi genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır.

Doktorun sorumluluğu; mesleki, idari, özel hukuk (tazminat) ve ceza sorumluluğu olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Mevzuattaki temel tıp kurallarına ve yönetmeliğe aykırı davranılması mesleki sorumluluğu; doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşunda yasal kurallara uymaması, idari sorumluluğu; mesleğini yapması sırasında başkalarına maddi/manevi zarar vermesi, hukuki sorumluluğu; mesleğini yaparken bir suç işlemesi halinde cezai sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

Biz burada sadece cezai sorumluluktan değil, tazminat sorumluluğundan bahsedeceğiz.

vicdanım arasına girmesine izin vermeyeceğime, mesleğimi dürüstlikle ve onurla yapacağıma namusum ve şerefim üzerine yemin ederim.”

²⁵⁶ Kıcalıoğlu, s. 170.

²⁵⁷ Kıcalıoğlu, s. 174.

3.7.2.2.2.1. Doktorun Hukuki Sorumluluğunun Ortaya Çıkması

Teşhis doğru tedavi yolunu gösteren bir tıbbi işlemdir. Teşhis ile hastalığın ne olduğu ortaya konur²⁵⁸. Ancak doktor teşhis için gerekli tüm sorumluluklarını yerine getirmediği takdirde yanlış teşhisten sorumluluğu doğacaktır.

Doktor, hasta ve hastane yönetimi arasında tedavi ilişkisinden kaynaklanan hukuki sorumlulukların dayanağını genel olarak, “sözleşme” ve “haksız eylem kusuru” oluşturmaktadır²⁵⁹.

Mesleğini devlete ya da özel hastaneye bağlı olmadan sürdüren doktor kendine ait bir işyerinde çalışmaktaysa serbest çalışan doktor olup; hasta ile arasında tedavi sözleşme ilişkisi varsa, sözleşmeden doğan sorumluluk; hasta yararı için doğrudan hastaya el atması halinde, vekaletsiz iş görme sorumluluğu²⁶⁰; hastaya karşı haksız eylem oluşturan bir davranışı olması halinde (eğer sözleşme ilişkisi yok ise) haksız fiil sorumluluğu doğmakta²⁶¹ ve sorumluluk bu hükümlere göre çözüme kavuşturulmaktadır.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre; devlet, üniversite, belediye, il özel idaresi ve diğer kamu tüzel kişileri hastanelerinin haricinde kalan ve gerçek kişilere ya da özel hukuk tüzel kişilerine ait olan, yatarak ve ayakta muayene, tıbbi müdahale, tıbbi bakım, ameliyat, tahlil, tetkik ve diğer tedavi hizmetlerinin verildiği en az 10 yatak kapasitesine sahip tedavi kuruluşlarını “özel hastane” olarak nitelendirilmektedir²⁶².

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda özel hastane tarafından sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olması, diğer bir ifadeyle; borcun ifa edilmemiş olması ya da gerektiği şekilde ifa edilmemesi durumlarında vekâlet sözleşmesi hükümlerinden veya yan yükümlülüklerin ihlali halinde onların dâhil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerden doğan sorumluluğu söz konusu olur²⁶³.

Özel hastaneyi sorumlu tutabilmek için sözleşmenin kusuruyla ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Genel kaidelerde kusurlar; kast ve ihmal şeklinde iki türlü

²⁵⁸ Kıcalıoğlu, s. 262.

²⁵⁹ Kıcalıoğlu, s. 283.

²⁶⁰ Özçetin ve Balaban, s. 51.

²⁶¹ Kıcalıoğlu, s. 285.

²⁶² Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012, ss. 193-194.

²⁶³ Doğan, s. 53.

ortaya çıkmaktadır. Kast; hekimin hukuka aykırı durumu bilinçli olarak istemesi durumudur. İhmal ise; borçlu tarafından hukuka aykırı durumun oluşmasının istenmemesine rağmen bu durumun şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesi nedeniyle ortaya çıkmasıdır.

Hekimi sorumlu tutabilmek için yapılan tıbbi müdahalenin maddi ya da manevi zarar doğurması gerekmektedir. Zarar, bireyin iradesi dışında mal varlığında ya da şahsında meydana gelecek eksilme olarak tanımlanabilir. Bu eksilmelerin kişinin mal varlığında ortaya çıkması maddi zarar; özellikle vücudun tamlığının ihlal edilerek bireyin kişilik hakkında ve şahıs varlığında ortaya çıkması ise manevi zarar olarak ifade edilmektedir. Zararın, hekim tarafından yapılan, sözleşmeye aykırı davranışlar sonucu ortaya çıkması durumunda ve tıbbi müdahale ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcutsa, illiyet bağı da bulunmaktadır.

Hususi Hastaneler Kanunu'nda özel hastanelere ait idari ve fenni işlemler ile tüm sağlık şartlarının Sağlık Bakanlığı denetiminde olduğu belirtilmekte, lüzum görüldüğü hallerde Bakanlık müfettişleri ile müdürlerinin, ilçelerde ise hükümet tabiplerinin teftişine tabi tutularak hastaneye ait bütün belgelerin incelenebileceği ifade edilmektedir²⁶⁴.

Sağlık Bakanlığı'nın denetim görevini yerine getirmemesi durumunda, doğacak zararları tazmin yükümlülüğü vardır; özel hastanenin denetimsizlik nedeni ile hatalı tıbbi uygulaması sonucu zarara yol açmasında ilgili Bakanlığa karşı idari yargıda tam yargı davası açılabilir²⁶⁵.

Sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ve idarenin bu hizmetin gereği gibi yürütülmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde bu hizmetin özel hukuk tüzel kişisi eliyle yürütülmesi, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta olduğu değerlendirilmektedir²⁶⁶.

Özel hastane bünyesinde çalışan doktor ve hastane ile hasta arasında kurulan bir sözleşme vardır. Hasta ile hastane arasında kurulan, hasta kabul sözleşmesi uyarınca hastanın tedavisi, hastanede çalışan doktor ve sağlık personeli tarafından yerine getirilir²⁶⁷. Buradaki sorumluluk sözleşme ilişkisi kurallarına göre çözüme

²⁶⁴ Deryal, s. 203.

²⁶⁵ Çınarlı, s. 91.

²⁶⁶ Çınarlı, s. 92.

²⁶⁷ Kıcalıoğlu, s. 290.

kavuşturulmaktadır. Özel hastanelerde durum böyle olmakla birlikte Kamu Hastanelerinde kamu hukuku devreye girmekte ve idare hukuku ilişkisi ortaya çıkmakta; uyuşmazlıklar idare hukukuna göre çözümlenmektedir.

Kamu kurumunda çalışan hekim ile hasta arasında vekâlet ilişkisinden söz edilemez. Böyle bir durumda hekim; kamu hizmeti sunan bir kamu görevlisidir²⁶⁸. Sözleşmenin tarafı doktor olmadığı için; ifa yardımcısı doktorun hukuki sorumluluğu hastaneye karşı olup; hastane de hastaya karşı sorumludur.

Kamu hastanelerinde görevli doktorlar, kamu görevlisi statüsüne sahiptir. Bu durum ceza ve tazminat hukuku bakımından farklılık göstermektedir. Doktorun görevi esnasında işlediği suça yönelik olarak savcılık doğrudan soruşturma açmamaktadır. 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun*” gereğince izin esası vardır²⁶⁹.

Kamu hastanelerinde “*hizmet kusuru*” nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde idare hukukuna göre sadece idare sorumlu tutulabilir. Kamu kurumunda çalışan doktora yüklenebilecek bir kusur yoktur ve zarar gören hasta ancak idare aleyhine dava açabilir. Anayasa madde 129/5: “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir.*” amir hükmüyle ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 13: “*Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” hükmüyle bu durumu açıklamıştır.

Öte yandan kamu görevlisi olan doktor için de görevin gereklerine uygun davranmaması sonucu “*Türk Ceza Kanunu*” madde 257’ye göre “*görevi kötüye kullanma suçu*” ortaya çıkacaktır.

3.7.2.2.2.2. Doktorun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Doktorun sözleşme dışı kusura dayanan sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Yani kural olarak doktorun haksız fiil sorumluluğu, hasta

²⁶⁸ Çınarlı, s. 139.

²⁶⁹ Günday, s. 24.

ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmaması durumunda söz konusu olmaktadır²⁷⁰. Bu konudaki uyuşmazlıkların çözümünde Borçlar Kanunu'nun madde 49 ve devamında düzenlenen “*haksız fiil sorumluluğu*” hükümleri uygulanacaktır.

Burada şuna değinmekte fayda vardır. Tazminat davasına bakan hukuk mahkemesi, failin kusuru ya da kusur ehliyeti ile ilgili ceza hukukunun sorumluluk hükümleri ile bağlı değildir. Ceza mahkemesi fiilin suç teşkil etmediği ya da illiyet bağı bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı vermiş olabilir. Bu karar tazminat davası açısından bağlayıcı değildir²⁷¹.

Tıbbi yardım ve müdahale, hukuken izin verilmiş bir faaliyet olmasına karşın, taşıdığı tehlikeler nedeniyle bazı teknik sınırlamalara bağlanmıştır. Sorumluluğu kaldıran genel hükümler yanında, doktorun tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren bazı özel nedenler hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.

Doktorun hukuki sorumluluğunu kaldıran genel nedenler; üçüncü kişilerin ya da zarar gören hastaların ağır kusuru, hastanın izni, zaruret/ıztırar hali veya mücbir/zorlayıcı sebepler ve sorumsuzluk anlaşmasıdır.

Doktorun hukuki sorumluluğunu kaldıran özel nedenler ise; hastanın tedaviyi kabul etmemesi, tıbbi müdahale nedeniyle birlikte sorumluluk, hastaya ilaç verilmesi sebebiyle sorumluluk, bireyin bedensel yapısında bulunan bozukluğun sorumluluğa olan etkisi, rapor düzenlenmesi nedeniyle sorumluluk, tıbbi sorumluluğun sigortalanması ve zaman aşımı olarak sayılmaktadır²⁷².

3.7.3. İdarenin Hukuki Sorumluluğu

İdare hukuku alanında, ülkemizin kamu düzenini oluşturan öğeler arasında; toplumu yaygın ve bulaşıcı hastalıklardan uzak tutarak yaşamın sağlıklı ortamda sürdürülebilmesi için son derece gerekli olan kamu sağlığı da yer almaktadır.

İdarenin sağlık hukukundaki sorumluluğunun da idari hukuk genel hükümlerine göre (özellikle Anayasa madde 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 13) doğduğundan bahsetmiştik. Söz konusu sorumluluğa ilişkin “*Hizmet Kusuru*” ve “*İdari Malpraktis*” kavramlarına değinmek gerekmektedir.

²⁷⁰ Kıcalıoğlu, s. 417.

²⁷¹ Deryal, s. 388.

²⁷² Kıcalıoğlu, ss. 435-485.

Kamu görevlisi idarenin sağlamış olduğu hizmeti yerine getiren görevli şahıs olmakla, bu hizmetin görülmesi esnasında ortaya çıkan aksaklıklara hizmet kusuru denilmektedir.

Hizmet Kusurları; idarenin kötü organizasyonu, kişi ya da kuruluşlara yanlış bilgi verilmesi ya da gereken süre zarfında bilgi verilmemesi, üçüncü kuruluşlara karşı alınan koruma önlemlerinin usulsüz olması, gözetim ile kontrolün yapılmaması ya da idarenin ihmalleri gibi sebeplerden kaynaklanabilir²⁷³.

Kamu görevlisinin, kamu görevinden ayrılabilen “*kişisel kusuru*” da söz konusu olabilir. Bu durumda doğrudan kamu görevlisine karşı tazminat davası açılmalıdır²⁷⁴. Yüksek Sağlık Şurasının Kuruluş ve Çalışma esasları, Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre yeniden düzenlenmiştir.

Bu anlamda hizmet kusuru; hizmetin görülmesi sırasında görevlinin kusuru olup idari bir işlem veya eylemden dolayı görevlinin kusurundan ortaya çıkan zararlardan, görevlinin bağlı bulunduğu kamu tüzel kişisi, birinci derecede sorumludur²⁷⁵.

Bu şekilde doktorun görev kusuru ile idarenin hizmet kusuru birleştiğinde; zarar gören hasta, zararın tazmini için ilgili kamu tüzel kişiliği (hastanenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı, Üniversite Rektörlüğü, Belediye Başkanlığı) aleyhine idari yargı yerinde, tam yargı davası açabilir. İdarenin de görev kusuru olan doktor aleyhine adli yargıda rücu davası açması gerekecektir²⁷⁶.

Özetle gizlilik ilkesi, arabuluculuğun aleni bir şekilde yürütülmemesini, sürece katılan üçüncü kişiler²⁷⁷ de dâhil olmak üzere tarafların birbirleri karşısında sır saklama yükümlülüklerinin bulunduğunu ve süreç sonrasında açılması muhtemel davalarda arabuluculukta öne sürülen belge, beyan ve/veya bilgilerin kullanılmayacağına günece altına alındığını ifade etmektedir²⁷⁸.

İdarenin sorumluluğu; devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, bireyle doğrudan iletişim içinde bulunan ve kanunları uygulayan makam ve organların,

²⁷³ Bilge, s. 8.

²⁷⁴ Kıcalıoğlu, s. 365.

²⁷⁵ Yılmaz, s. 306.

²⁷⁶ Kıcalıoğlu, ss. 363-364.

²⁷⁷ Ferhat Yıldırım, **Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk**, (Erişim: <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ijsser/>) 2(3) 2016, s. 931.

²⁷⁸ Yazıcı Tıktık, s. 29.

kişilere verdiği zarardan sorumluluğudur²⁷⁹. Ülkemizde 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin sosyalleştirilmesi Hakkında kanunun 2 maddesinde; Sağlık hizmeti ‘tanımlanırken 33359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3 madde k bendi ile 8 maddesinde koruyucu , teşhis tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden bahsederken (Çınarlı 67)sağlık hizmeti doğrudan doğruya yaşam hakkı ile ilgili olduğu için diğer kamu hizmetlerinden farklı kabul edilmiştir.

Anayasamızın 125 maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında belirtildiği üzere sosyal devlet anlayışı gereği. *Devlet sağlık uygulamalarının kuruluş ve işleyişinde aktif görev almaktadır.* Özel sektörün de sağlık faaliyetlerini takip ederek, kanunlar ve düzenleyici işlemler ile kontrol altında tutmaya çalışmaktadır..

Bu nedenle sağlık çalışanlarının tıbbi uygulamaları neticesi mesleki, idari ve cezai bir takım sorumlulukları bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğu kusurlu veya kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. ‘İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için temel şart ‘ortada bir zarar olması, zararın idari eylemden veya işleminden kaynaklanması ve zarar ile idarenin işlemi veya eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir

Bu sorumluluk bütünüyle idareyi kapsadığı gibi ,idare adına hareket eden veya öyle varsayılan kişilerin, ayrıca memurların veya diğer kamu görevlilerin ,yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan kaynaklanan zararları da kapsamaktadır. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’ye²⁸⁰ gidilebilir.

²⁷⁹ Çınarlı, s.161.idarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

²⁸⁰ 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK)’nın 12. maddesinde “İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri” başlığı altında düzenlenen genel nitelikli yargı öncesi çözüm yöntemi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu(İYUK) madde 13’ten farklı bir yargı öncesi çözüm yoludur. Buna göre KHK’nın 12. maddesinde “İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanununun 13’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.”

Son dönemde sağlık hizmetini yürüten idare ile bu hizmetten zarar görenler dışında yargı öncesi çözüm sürecine sağlık çalışanlarının ve sigorta şirketlerinin dahil edildiği de görülmektedir.

İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olan şahışlar idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede ve her halde beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.

Sağlık hukuku uyuşmazlıklarında da taraflardan birinin idare olması durumunda; idarenin eyleminden zarar gören tarafın tam yargı davası açması için idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini yani taraflarına tazminat ödenmesini istemeleri gereklidir

.Bu sebeple söz konusu güçlüklerin aşılmasında hâkimlerin istifade edeceği en önemli araçların bilirkişi raporları olduğu görülmektedir. Hekim müdahalelerine dayanana hukuki tazminat sorumlulukları belirlenirken kullanılan bilirkişi raporları; olayın oluşu ile ilgili kısımların dosya kapsamına uygun saptamaları içermesi, sonuç kısımlarının yasal dayanakları kapsayacak biçimde gerekçeli, anlaşılır ve açık olması gerekmektedir²⁸¹.

Yani 659 sayılı KHK'da isabetli olarak uyuşmazlık çözümünde ilk önce uzlaşmaya başvurulması, bundan netice alınamadığı takdirde son çare olarak dava açılması esası benimsenmiştir ²⁸².

Bu düzenleme bir yargı öncesi çözüm usl olarak kabul edilse de uygulamada genellikle zarar görenin, İYUK 13. madde kapsamındaki başvurusunun, idarece kabul edilerek, bu konuda idarenin, zarar görene herhangi bir ödeme yapmadığı görülmektedir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin sunumunda zarardan yönetimin sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde bahsedilen; tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sonucu meydana gelen maddi veya manevi zararın

²⁸¹ Grsel Yalvaç, **Hukuksal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları**, (Ed.: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.), s.21.

²⁸² zbek, s.810.

arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması için genel idare hukuku kuralları çerçevesinde; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu²⁸³ bahsedilen yöntemlerin, sağlık hizmetleri açısından da geçerli olduğu görülmektedir

Kendine özgü yönleri bulunan bir meslek olarak hekimlik; yapısı gereği bir organizasyona ihtiyaç duyması, mevcut iş bölümü, diğer meslek gruplarından daha çok uzman branşlara bölünmüş olması, kullanılan terminolojisi, teknolojik ve mesleki gelişmeleri ile ülkedeki sosyo-ekonomik yapı vb. konular dikkate alındığında, mahkemelerin hekimlerin tazminat sorumluluklarını belirlenmesinde



²⁸³ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK)'nun, doğrudan doğruya tam yargı davası açılması başlıklı 13. maddesi şu şekildedir: “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

4.1. GENEL OLARAK

Sağlık hukukunda sağlık hizmetlerinin sunucusu ile hasta arasındaki rıza, aydınlatma, endikasyon ve komplikasyon yönetimi gibi konulardan doğan aykırılıklar, kısaca “malpraktis” olarak ifade edilen tıbbi müdahale hataları sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların ceza ve disiplin hukukunun yanı sıra tazminat hukuku bakımından da çözüme ulaştırılması gerekmektedir.

Sağlık alanında Hasta hakları kapsamında Özel hastahaneler Kamu hastahaneleri sağlık çalışanları hekimlerin mevcut sağlığın gözlemlemesi, geliştirilmesi ve devam ettirilmesi, sağlık hizmeti, sağlık çalışanlarının yada birimlerinin hastalıkların ve yaralanmaların önlenmesi, tıbbi açıdan sürekli yeniliklere açık hastalıkların tedavisi takibi kontrolü yaşam kalitesinin optimum düzeyde sağlıklı ve fonksiyonel olmasını sağlamak adına yapılan hizmetlerin eksik kusurlu hiç yapılmaması nedeniyle maruz kalınan zararlar Tıbbi malpraktisi konusunun hukuk alanına konu oluşturması açısından hukuka aykırılık durumunun oluşmasını gerektirmektedir.

Hasta ile sağlık çalışanları hastahaneler hekim arasında ki ilişki vekalet , vekaletsiz iş görme hizmet sözleşmesi tüketici veya eser sözleşmesi kapsamında Ülkemizde henüz tıbbi malpraktisin hukuka aykırılığıyla ilgili olarak hali hazırda bir yasanın var olmamasından dolayı yorumlanmasında ve yargısal kararlar verilirken, borçlar veya ceza kanunları gibi mevzuatlardan istifade edilmektedir²⁸⁴.

Bu istifa edilen kanunlar kapsamında davalar uzun sürmekte , arabuluculukta gizlilik iradilik ve taraflar isterse anlaşıp anlaşmamada serbest olması ayrıca tarafların bir araya gelerek süreçte kendilerini daha iyi ifade edebilmelerinin yanında maliyetin düşük tazminatın ise çabuk sonuçlanması açısından Sağlık ve Tıp hukuku açısından uygunluk arz etmektedir.

Sağlık kamu hizmeti idari kamu hizmetlerindedir. Sağlık çalışanlarının, hizmet sunumu esnasında uymak zorunda olduğu bir takım kurallar vardır . Hukuk

²⁸⁴ Günday, s. 34.

Tıp bilimi etik kuralları ile meslek odaları ve işverenin koyduğu kuralların bütünü oluşturmaktadır.

Sağlık hukuku açısından, bu kuralların ihlali kendi içinde disiplin sorumluluğu yanında Kamu kuruluşlarında görevli sağlık çalışanlarının, eylemleri veya eylemsizlikleri ile oluşmuş yükümlülük ihlallerinde hastanın veya yakınlarının şikayeti üzerine veya idarece far edildiğinde konunun soruşturulması için valilikler veya sağlık kuruluşu veya bağlı bulunduğu bakanlık tarafından müfettiş veya soruşturmacı görevlendirilir (Arısoy 2009) Özellikle hukuki anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çözümünde uzlaşma kurumu önemli bir role sahiptir. Çünkü uzlaşmanın amacı, tarafları haklı çıkarmak değil kabul edilebilir şartlar üzerine anlaşmaya varmasını sağlamaktır. (Graht 1982) .

Hukuki anlam da uyuşmazlığın giderilmesinin arkasındaki asıl amaç ise toplumsal düzenin devamını sağlamaktır. (Muldrew 1996 , Meierhenrich 2008) Uzlaşma kurumunun ortaya çıkış nedeninin temelinde bir uyuşmazlığın varlığı bulunmaktadır.

Tanı ve tedavi aşamasında bir hata meydana geldiğinde güven ilişkisi zarar görür özel hukuktan kaynaklanan tazminat talepleri yargıya taşınmadan Arabuluculuk kurumu ile çözüm sürecine girebilir . Bu bağlamda Tıbbi müdahaleler en basit teşhis ile tedavi yöntemleri ile başlayıp en ağır cerrahi ameliyatlar düzeyine değin uzanmaktadır²⁸⁵.

Sadece yukarıda sayılan sebepler ışığında denilebilir ki; arabuluculuk kurumu ülkemizde bugüne kadar yaşanan birçok problemin giderilmesinde ve iş yükünü ciddi anlamda azalmasına yardımcı olacaktır.

Arabuluculuk yönteminin yalnızca sağlık hizmet sunucuları ve hastalar tarafından değil, mesleki sorumluluk sigortası nedeniyle sigorta şirketleri tarafından da alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak denenmesi önemlidir.

Yukarıda sayılan sebepler sigorta şirketleri açısından da bu alanda dava öncesi uzlaşma ve arabuluculuğun zaman ve diğer pratik sonuçları açısından oldukça önemli kazanımlar sağlayacağı anlaşıldığından alternatif yöntem olarak hekim mali mesleki sigorta kurumu karşımıza çıkmaktadır.

²⁸⁵ Ayan, s. 5.

Mesleki mali sigorta kurumsal olarak sözleşme ile hekime veya sağlık çalışanlarına yada hastahanelere Tıbbi hatalı uygulama sonucu uygulamaya karşı açılacak tazminat davalarında yöneltilecek olan maddi tazminatlar için teminat verilmiştir.⁹⁵ İlk amaç zarar gören hastanın mağduriyetinin en hızlı şekilde gidermektir. Mesleki sorumluluk sigortalarının zamanla pek çok ülkede zorunlu olmasının amacı budur.

4.1.1. Sağlık Hizmetlerinin Kötü Uygulanma Veya Hiç Uygulanmaması Hata Olması Kapsamında Mali Sorumluluk Sigortası Ve Uzlaşma Arabuluculuk

Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, hekimler için mesleklerini icra ederken hastalarına verebilecekleri zararlara karşı maddi teminat sağlar. Hekimin sorumlu bulunduğu standart tıbbi müdahaleler haricinde yapabileceği tıbbi yanlış uygulamalar (tıbbi malpraktis) teminat altına alınmış olur. Hekimlerin hatalı tıbbi müdahale sonucu maruz kalacağı maddi zararları karşılayacak olan bir sigorta türüdür. Maddi zararın karşılanmasına yönelik olan bu sigorta, hekimin cezai ya da idari sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ve bu yöndeki zararı karşılamaz.

4.1.2. Sağlık Hizmetlerinin Uygulanmasında Yaşanan Uyuşmazlıklar Açısından Arabuluculuk Kurumunun Rolü

Sağlık hizmetlerinin uygulanmasında ki uyuşmazlık Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz²⁸⁶. Sağlık hizmetlerinin teşhis tanı tedavi eya ameliyat veya sonrasında hizmetler ile ilgili uyuşmazlıklar memnuniyetsizlikle ortaya çıkar ve genellikle duygusal bileşenleri bünyesinde taşır

Hastaların bu uyuşmazlıkları yargıya taşımaları ise sınırlılık hali, hasta ile hekim arasında ki ilişkinin bozulması, Hastanın gerçekçi olmayan hikaye öykü ve fayda (her türlü hastalığın tedavi edileceği) beklentisi, Maddi destek arayışı, suçlama isteği, sosyal medya ve internette okuduğu kadarı ile sigorta şirketi ile sigortalanan

²⁸⁶ Kıcalıoğlu, s.155.

özel hasta hane ve ya sağlık çalışanları veya hekimden maddi kazanç elde etme isteği gibi gerçekçi olmayan beklentilerle de tazminat isteyebilirler.

. Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması, bilgisizlik, *dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizlik yahut hizmet koşulları nedeniyle hastasına uygulaması gereken standart tıbbi fiili uygulama ve prosedürleri yapmaması veya yapması sonucu oluşan zararın öngörülebilir veya engellenebilir özelliğine rağmen gerekeni yapmaması, konsültasyonu yapmaması veya konsültasyonda gecikmesi ya da standardize uygulamayı usulüne uygun olmayan başka şekilde yapmasıdır.*²⁸⁷”durumunda tazminat ve ceza sorumluluğu doğmaktadır. “*Yani tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz*”²⁸⁸.

Sağlık hizmeti sunan özel hukuk kişilerinin hukuka aykırı davranışları sonucunda doğal olarak hem kendileri bu davranışlarından dolayı sorumlu olmaktadır hem de özel hukuk kişileri üzerinde gözetim ve denetimin yükümlülüğü bulunan Sağlık Bakanlığı bu denetim görevini yerine getirmemesi durumunda doğacak zararları tazmin sorumluluğu bulunmaktadır²⁸⁹.

4.1.3. Sağlık Tıp İlmi Uygulama Hataları (Tanı Teşhis Tedavi Ve Sonraki Devamında Oluşacak) Uyuşmazlıkla Açısından Arabuluculuk Kurumunun Etkileri

Mevzuatımızda bu konu ile alakalı olarak en bağlayıcı norm durumundaki Anayasa’da yer alan 17/2 maddesinde insanların vücuduna yapılabilecek müdahalelerin sınırlarının açık bir şekilde belirtilmiş olduğu görülmektedir. Bu kapsamda “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”²⁹⁰.

²⁸⁷ Hakeri, s. 530; Yaşar Bilge, **Adli Tıp**, Üçbilek Matbaası, Ankara, 2008, ss 83-89.

²⁸⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18/09/2008 tarih ve 4519/10750 sayılı kararı, Erişim: Sinerji İçtihat.

²⁸⁹ Çınarlı, s. 91.

²⁹⁰ Şimşek, s. 3536.

Anayasanın açık olan bu hükmüne karşısında, hukuka aykırı durumlarda ceza hukuku hükümleri saklı olmak üzere, başta Borçlar Kanunu md. 56'da düzenlenen “*vücut bütünlüğüne yönelmiş maddi ve manevi zararlardan doğan tazminatlar*” olmak üzere bazı sorumluluklar gündeme gelecektir.

Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz²⁹¹. Ayrıca hekimin sorumluluğunun doğması için hatanın kusurdan doğması²⁹². Tıbbi müdahalenin, 'sağlığı' düzeltme ya da hayatta' kalma tehlikesi olan kişinin hayatta kalmasını sağlamak için araya girme ,tıbbi müdahaleden doğan zarar, tıbbi müdahale sırasında, kişinin hukuk tarafından korunan maddi (malvarlığı) ve manevi (kişisel) değerlerinde bir kayıp ya da azalma biçimindeki bir olumsuzluktur.

4.1.4. Sağlık Hukukunda Yargı Öncesi Alternatif Çözüm Olarak Arabuluculuk Mu Yada Uzlaştırma Mı Daha Etkin

Sağlık hukukunda uzlaşma ve / veya Arabuluculuk yapabilmek için taraflardan en az birisinin sağlık mesleği mensubu olması gerekmektedir.

Ceza hukuku " Kusursuz suç olmayacağını belirtmiştir". Kişi eyleminden doğacak sonucu tahmin edemezse bu eylem suç olarak kabul edilmez CMK 253 madde ve devamı sayılan suç türlerinden özellikle takibi şikayete bağlı suç kapsamında zararın tazmini durumların da **uzlaşma** , özel hukuk dan kaynaklanan maddi manevi tazminat talepleri ile hastanın hatalı tedavinin sonucundaki hekimin hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir²⁹³. Maddi zarar hatalı ameliyat tekrar ameliyat olma iş ten kalma ve ya uzuv kaybı ise bundan doğan maddi kazanç kaybı ,, manevi zarar ise; tıbbi müdahalenin hatalı yapılması nedeniyle hastanın duyduğu *fiziksel ve ruhsal elem, ıstırap ve acılar ile yaşama bağlılığında* oluşan azalmadan kaynaklanan zararı karşılamaktadır .²⁹⁴

Kusurluluğun kasıt (amaçlama) ve taksir (ihmal = savsama) olarak iki türü vardır. Her iki kusur tipinde de ortak olan zarar verme fiilin istenmesidir.

²⁹¹ Kıcalıoğlu, s.155.

²⁹² Özekes ve diğerleri, s. 122.

²⁹³ Kıcalıoğlu, s. 220.

²⁹⁴ Kıcalıoğlu, s. 157.

Dolayısıyla suçlar da kasıtlı ya da taksirli suçlar olmak üzere ikiye ayrılabilir Sağlık çalışanlarının kasıtlı zarar verme fiilleri tespiti halinde uzlaşma ve Arabuluculuk ile alternatif çözüm yöntemi uygulanmamakta, Hekim veya Sağlık hizmeti sağlayıcıları hastanın tedavisi ve devamı aşamasında komplikasyonun oluşması durumunda hekim tarafından tedavi süresince dikkatli ve özenli davranılmış, bu komplikasyonun gerçekleşme ihtimalinin olduğu hastaya tedavi öncesinde aydınlatma ile yazılı sözlü veya görsel dokümanla bildirilmiş ve her şeye rağmen birtakım komplikasyonlar sonucu hasta zarar görmüş ise hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır²⁹⁵.

Sağlık hukuku kapsamında zarar gören özel hukuk uyuşmazlığında tazminat ile sağlık çalışanlarının sıkıştırıldığı her yargı öncesi uyuşmazlık kapsamında Arabuluculuğa taraflar iradi olarak isterse katılırlar. Arabuluculuk görüşmeleri uzlaşmada olduğu gibi bizzat mağdur ve şüpheli davacı veya davalının gelmesine gerek olmadan vekiller aracılığı ile yürütülebilmektedir.

Arabuluculukta taraflar iradi veya tazminat sorumluluğunda kanuni olarak arabuluculuk teklif edilecek vekile görüşebilirken; Uzlaşma kapsamında Sağlık Hukukunda önce valilik disiplin soruşturması izin prosedürleri bittikten sonra da bizzat cumhuriyet savcısının uzlaşmacıyı görevlendirmesi veya uzlaşmada zarar gören ve zarar veren vekil ile değil, kendileri şahsen mağdur ve şüpheli olarak uzlaşmacı da görüşürken, ayrıca uzlaşma kapsamında cezai kovuşturma yürüten C Savcısı da tarafların kendisine bizzat sorular sorulabileceği uzlaşmaya davet edilebileceği gibi, uzlaşma kişiler arası C Savcısının talimatı ile zarar gören ile zarar veren arasında oluşurken uzlaşma teklifini vekile karşı ileri sürülemezdir.

4.1.5. Sağlık Hizmetlerinin Kötü Uygulanma Veya Hiç Uygulanmaması Hata Olması Kapsamında Mali Sorumluluk Sigortası Ve Uzlaşma Arabuluculuk

Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, hekimler için mesleklerini icra ederken hastalarına verebilecekleri zararlara karşı maddi teminat sağlar.

²⁹⁵ Şimşek, s. 3552

Hekimin sorumlu bulunduğu standart tıbbi müdahaleler haricinde yapabileceği tıbbi yanlış uygulamalar (tıbbi malpraktis) teminat altına alınmış olur.

Hekimlerin hatalı tıbbi müdahale sonucu maruz kalacağı maddi zararları karşılayacak olan bir sigorta türüdür.

Maddi zararın karşılanmasına yönelik olan bu sigorta, hekimin cezai ya da idari sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ve bu yöndeki zararı karşılamaz.

4.1.6. Sağlık Hizmetlerinin Uygulanmasında Yaşanan Uyuşmazlıklar Açısından Arbuluculuk Kurumunun Rolü

Sağlık hizmetlerinin uygulanmasında ki uyuşmazlık Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz²⁹⁶.

Sağlık hizmetlerinin teşhis tanı tedavi veya ameliyat veya sonrasındaki hizmetler ile ilgili uyuşmazlıklar memnuniyetsizlikle ortaya çıkar ve genellikle duygusal bileşenleri bünyesinde taşır

Hastaların bu uyuşmazlıkları yargıya taşımaları ise sinirlilik hali , hasta ile hekim arasında ki ilişkinin bozulması , Hastanın gerçekçi olmayan hikaye öykü ve fayda (her türlü hastalığın tedavi edileceği) beklentisi, Maddi destek arayışı , suçlama isteği , sosyal medya ve internette okuduğu kadarı ile sigorta şirketi ile sigortalanan özel hasta hane ve ya sağlık çalışanları veya hekimden maddi kazanç elde etme isteği gibi gerçekçi olmayan beklentilerle de tazminat isteyebilirler.,

. Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması “*Yani tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz*”²⁹⁷.

Sağlık hizmeti sunan özel hukuk kişilerinin hukuka aykırı davranışları sonucunda doğal olarak hem kendileri bu davranışlarından dolayı sorumlu olmaktadır .,

²⁹⁶ Kıcalıoğlu, s.155.

²⁹⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18/09/2008 tarih ve 4519/10750 sayılı kararı, Erişim: Sinerji İçtihat.

Hem de özel hukuk kişileri üzerinde gözetim ve denetimin yükümlülüğü bulunan Sağlık Bakanlığı bu denetim görevini yerine getirmemesi durumunda doğacak zararları tazmin sorumluluğu bulunmaktadır²⁹⁸.

4.1.7. Sağlık Tıp ilmi uygulama hataları (Tanı Teşhis Tedavi ve sonraki devamında oluşacak) uyuşmazlıkla açısından Arabuluculuk kurumunun etkileri

Mevzuatımızda bu konu ile alakalı olarak en bağlayıcı norm durumundaki Anayasa'da yer alan 17/2 maddesinde insanların vücuduna yapılabilecek müdahalelerin sınırlarının açık bir şekilde belirtilmiş olduğu görülmektedir.

Bu kapsamda “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”²⁹⁹. Anayasanın açık olan bu hükmüne karşısında, hukuka aykırı durumlarda ceza hukuku hükümleri saklı olmak üzere, başta Borçlar Kanunu md. 56’da düzenlenen “*vücut bütünlüğüne yönelmiş maddi ve manevi zararlardan doğan tazminatlar*” olmak üzere bazı sorumluluklar gündeme gelecektir.

Zarar koşulu gerçekleşmedikçe, hukuki sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olamaz³⁰⁰. Ayrıca hekimin sorumluluğunun doğması için hatanın kusurdan doğması³⁰¹. Tıbbi müdahalenin, sağlığı düzeltme ya da hayatta kalma tehlikesi olan kişinin hayatta kalmasını sağlamak için araya girme, tıbbi müdahaleden doğan zarar, tıbbi müdahale sırasında, kişinin hukuk tarafından korunan maddi (malvarlığı) ve manevi (kişisel) değerlerinde bir kayıp ya da azalma biçimindeki bir olumsuzluk olması durumudur.

4.1.8. Sağlık hukukunda Yargı öncesi Alternatif çözüm olarak Arabuluculuk mu yada Uzlaştırma mı daha etkin

Sağlık hukukunda uzlaşma ve / veya Arabuluculuk yapabilmek için taraflardan en az birisinin sağlık mesleği mensubu olması gerekmektedir. Ceza

²⁹⁸ Çınarlı, s. 91.

²⁹⁹ Şimşek, s. 3536.

³⁰⁰ Kıcalıoğlu, s.155.

³⁰¹ Özekes ve diğerleri, s. 122.

sorumluluğu açısında 5271 sayılı CMK 253 madde ve devamı sayılan suç türlerinden özellikle takibi şikayete bağı suç kapsamında zararın tazmini durumların da **uzlaşma** , özel hukuk dan kaynaklanan maddi manevi tazminat talepleri ile hastanın hatalı tedavinin sonucundaki hekimin hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir ³⁰².

Maddi zarar hatalı ameliyat tekrar ameliyat olma iş ten kalma ve ya uzuv kaybı ise bundan doğan maddi kazanç kaybı ,, manevi zarar ise; tıbbi müdahalenin hatalı yapılması nedeniyle hastanın duyduğu *fiziksel ve ruhsal elem, ıstırap ve acılar ile yaşama bağıllığında* oluşan azalmadan kaynaklanan zararı karşılamaktadır .³⁰³ Kusurluluğun kasıt (amaçlama) ve taksir (ihmal = savsama) olarak iki türü vardır. Her iki kusur tipinde de ortak olan zarar verme fiilin istenmesidir.

Dolayısıyla suçlar da kasıtlı ya da taksirli suçlar olmak üzere ikiye ayrılabilir Sağlık çalışanlarının kasıtlı zarar verme fiilleri tespiti halinde uzlaşma ve Arabuluculuk ile alternatif çözüm yöntemi uygulanmamakta, Hekim veya Sağlık hizmeti sağlayıcıları hastanın tedavisi ve devamı aşamasında komplikasyonun oluşması durumunda hekim tarafından tedavi süresince dikkatli ve özenli davranılmış, bu komplikasyonun gerçekleşme ihtimalinin olduğu hastaya tedavi öncesinde bildirilmiş ve her şeye rağmen birtakım komplikasyonlar sonucu hasta zarar görmüş ise hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır³⁰⁴.

Özel hukuk uyuşmazlığında tazminat ile sağlık çalışanlarının sıkıştırıldığı her yargı öncesi uyuşmazlık kapsamında Arabuluculuğa taraflar iradi olarak isterse katılırlar. Arabuluculuk görüşmeleri uzlaşmada olduğu gibi bizzat mağdur ve şüpheli davacı veya davalının gelmesine gerek olmadan vekiller aracılığı ile yürütülebilmektedir.

4.2. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YÖNTEMİNE UYGUNLUĞU

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname

³⁰² Kıcalıoğlu, s. 220.

³⁰³ Kıcalıoğlu, s. 157.

³⁰⁴ Şimşek, s. 3552

yürürlüğe girmiş ve bu kararname ile idareye uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi için açık yetki verilmiştir³⁰⁵.

Sağlık Hukuku uyuşmazlıklarında karşımıza çıkabilecek uyuşmazlıklar genel olarak; hasta ile sağlık hizmeti sunucusu arasında, hastanın yeteri kadar aydınlatılmaması, hastaya gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin malpraktis mi, komplikasyon mu olduğu gibi konuları oluşturmaktadır.

Tıbbi müdahale nin açılımı ise *resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim,*” şeklinde tanımlanabilmektedir³⁰⁶

Bu bağlamda Tıbbi müdahaleler en basit teşhis ile tedavi yöntemleri ile başlayıp en ağır cerrahi ameliyatlar düzeyine değin uzanmaktadır³⁰⁷.

Kanunun lafzında da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecekleri iş ve işlemler ifadesi geçmesi nedeniyle arabuluculuğa konu olabilecek alanların neler olduğunu belirlemek adına bu sınırın çizilmesi bir sonuca varabilmek bakımından daha faydalı görülmektedir.

Kamu düzeninde taraf iradeleri etkin olamamaktadır. Ancak, kamu düzeni bunların sadece birini meydana getirebilmektedir. Nitekim tasarruf etmenin sınırı, salt kamu otoritesine ait bir sınır değildir

Kamu hasta haneleri ve özel hasta haneler ayrımında ‘sağlık Hukuku’nda kamu görevlileri tamamen hizmet ‘dışında kalan kusurlu tutum ve davranışlarından dolayı haksız fiil ‘hükümlerine göre ‘sorumludurlar³⁰⁸. Hangi hallerde “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” olduğu konusundaki bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde açıklanmıştır: “Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki türlü ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki kamusal’ ilişki, ikincisi ise; sözleşme” ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir..

³⁰⁵ Çınarlı, s.347-348.

³⁰⁶ Erkin Göçmen, “Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk”, **Hukuk Rehberi**; <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

³⁰⁷ Ayan, s. 5.

³⁰⁸ Çınarlı, s. 203.

Bu sözleşmeye dayanan tazminat istekleri sözleşmeye dayanmakta ve tıp ilmini gereği gibi'' kullanmamaktan veya hatalı teşhis tedavi ile hastaya verdiği zararların bütünü oluşturmaktadır.

Doktor buradaki yetkisini kamu kurallarından değil, hasta ile yapılan özel hukuk sözleşmesinden alır kısaca hekim yapılan tıbbi müdahale sırasında, hastaya zarar verdiğinde, Sağlık ve Tıp etik kurallarına aykırı davrandığında hasta haklarını kanun nizamnameler kapsamında ihlal ettiğinde özel hukuk kapsamında Arabuluculuk sağlık hukuku alanında etkin uygulama olanağı bulacaktır.

*Şöyle ki ; Bu koşulda **hekimin verdiği zarar memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken'' değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.***

Doktorun hukuki sorumluluğu açısından maddi ve manevi zararlar söz konusu olabilmektedir ³⁰⁹.

Tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine (özen ve sadakat) borcuna uygun davranmaması sonucu hastanın ulaşamadığı sağlık durumu ile hatalı tedavinin sonucundaki durumu Yargısal çözüm için özel hukuki uzmanlığa ve bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Arabuluculuk yönteminde hukuki bilgilerin göz ardı edilmemesi gerekmele birlikte menfaatlerin yeniden oluşturulması nedeniyle yargısal çözümdeki kadar önem verilmemektedir.

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda özel hastane tarafından sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olması, diğer bir ifadeyle; borcun ifa edilmemiş olması ya da gerektiği şekilde ifa edilmemesi durumlarında vekâlet sözleşmesi hükümlerinden veya yan yükümlülüklerin ihlali halinde onların dâhil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerden doğan sorumluluğu söz konusu olur³¹⁰.

Yargısal çözüm yönteminde alenilik, arabuluculukta ise gizlilik ve güvenilirlik önem arz etmektedir. Arabuluculukta yargısal çözüm yönteminin aksine tarafların iletişimi öne çıkmakta, arabulucu ise bu iletişimin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır.

³⁰⁹ Kıcalıoğlu, s. 220.

³¹⁰ Doğan, s. 53.

Yargısal çözümde sosyolojik ve psikolojik maliyet yüksek olduğundan gerginlik oluşması olağan olmakta ve getirilen çözüm yeni problemler doğurabilmektedir.

,Arabuluculukta söz konusu maliyetin daha az olması, yeni sorunların çıkma olasılığını düşürmektedir. Yargısal çözümde kesin kurallar bulunmaktadır. Arabuluculukta ise esneklik olduğundan dolayı uygulanacak yöntem, her iki tarafın anlayabildiği çözüm açısından en uygun olan seçilmektedir.

Yargısal çözümün neticesinde verilecek kararda tarafların en az biri kaybetmekte ve geleceğe ilişkin olarak taraflar arası ekonomik ve sosyal ilişkiler bozulmaktadır.

4.3. SAĞLIK HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN ÖNEMİ

Uyuşmazlık durumunun sağlık alanında görülmesi tarafların konuya daha duygusal yaklaşımlarına sebep olmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıkların iyi bir şekilde yönetilmesi halinde tarafların maddi çıkarlarının yanı sıra “kazan-kazan” ilkesi doğrultusunda manevi çıkarları da sağlanmış olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere arabuluculuk yöntemi üç ana temel ilkeden oluşmakta ve uzun süren yargılamalara karşı tarafların çıkarlarına uygun sonuçlar doğurması maksadıyla tercih edilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öne çıkmaktadır. Mahkeme kararlarının tersine arabuluculuk yöntemi, taraflar arası ilişkiyi zedelemekten kaçınarak geçmişe odaklanmak yerine çözümlerinde geleceğe yönelik sonuçlara ulaşmaktadır.

Bu yöntemin temeli dostane çözüm yoluna dayanmakta ve tarafların ilişkisinin kötüye gitmesini engellemekle birlikte bozulan ilişkileri de iyileştirmeye katkıda bulunmaktadır. Örneğin bir mahkeme kararı sonrası taraflar arası ilişkilerin genellikle bittiği veya bozulduğu görülmekte, ancak arabuluculuk yöntemini kullanan taraflarda çözümün kendi talepleri doğrultusunda gerçekleşmiş olması nedeniyle tarafları arası ilişkiler devam edebilmektedir.

Sağlık hukukunda genel olarak karşılaşılan uyuşmazlıklar; tıbbi müdahale, tıbbi bakım, ameliyat, tahlil, tetkik ve diğer tedavi hizmetlerinin verildiği en az 10 yatak kapasitesine sahip tedavi kuruluşlarını “özel hastane” olarak nitelendirildiği ve

maddi manevi tazminat istendiği durumlar da nitelenmektedir³¹¹. Sağlık kuruluşu ve hasta arasında görülen, hastanın yeterince bilgilendirilmemesi veya hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin komplikasyon mu, malpraktis mi olduğu gibi konulardan kaynaklanmaktadır.

Basit ifadesiyle tıbbi uygulama hataları olarak kabul edilen bu tarz uyuşmazlıkların ceza ve disiplin hukuku konusu olmasının yanın sıra tazminat (maddi-manevi) hukuku konusunu da oluşturduğu belirtilmektedir³¹². Ayrıca bu davanın bir cerrah hekime açılması son derece yıkıcı etkiler doğurabilir .

Örneğin Ağır mesleki eleştirisi baskısı altında kalan hekim hem bütçe ,hemde kimi zaman da depresyon sinir bozukluğu hekimde oluşurken istatistiki incelemeler göstermiştir ki bu sinir bozukluğu depresyon ileri safhada intihar ile bile sonuçlanabilmektedir.

. Türkiyede açılan bu gibi davalarda hatanın ortaya çıkarılması ve zararın kanıtlanması haksız eylem ile bozulan düzenin tarafların adli yargıda kararlarla mağdur zararının giderilmesi adaletin sağlanması amacı vardır., Söz konusu tıbbi hata uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümü yerine dava yolu ile çözüm sürecine gidilmesi (Forehand, 1999 : Meili ve Packart, 1994) Hekim ile hasta arasındaki ilişki bazında güvensizlik ve yıkıcı etkisi olur ,Dava finansal açıdan yük getirir,Kişileri duygusal yönden etkiler,,Prosedur olarak verimsizagır işleyen bir dava zaman kaybına neden olur

Arabuluculuk yönteminin elverişli olduğu diğer uyuşmazlıklardaki gibi Sağlık Hukukuna giren uyuşmazlıklar için de arabuluculuk yönteminin seçilmesi sağlık hizmetleri sunucusu ve hasta açısından çok sayıda menfaat sağlamaktadır.

Bu yöntemin kullanılmasında ilk olarak

- yargılamada karşılaşılan uzun süreçler aşılmış olacak ve hastanın mağduriyeti kısa sürede çözümlenmiş olacaktır.
- Sağlık kurumu/kuruluşu veya hekimler de stresli ve uzun sürmesi muhtemel yargılama sürecinden kurtulacaktır.

³¹¹ Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012, ss. 193-194.

³¹² Ayfer Uyanık, <http://www.literaturaktuel.com/saglikta-arabuluculuk/> (erişim tarihi 14.04.2017)

- Arabuluculuk yönteminin mahkeme yargılamasından daha düşük maliyete sahip olması tarafların yüksek yargılama maliyetlerinden kurtulmasını sağlayacaktır.

Günümüzde görsel, yazılı ve sosyal medya aracılığıyla gerçekliği müphem çok sayıda haber bulunmakta, bu haberlerin sonuçları ne yazık ki yayınlanmamaktadır. Benzer haberler bazen yargısız infazlar yapılmasına ve kişi ya da kurumların haksız şekilde teşhir edilmesine sebebiyet vermektedir. Arabuluculuk sürecinin sahip olduğu gizlilik ilkesi prensibi tarafların aleniyet kazanılmasını istemediği hususlar ile ilgili haberleri engellemekte ve süreç boyunca taraflara ait belge ve beyanların gizliliği korunmuş olmaktadır.

Bu sebeple her iki tarafta da aleniyet kaygısı yaşanmamakta, endişe duyulmadan her konu arabuluculuk süreci boyunca görüşülebilmektedir.

Böylelikle tarafların güvene dayalı bir çözüme ulaşması sağlanmakta ve uyuşmazlık konusu gizliliğini korumaktadır.

Örnek olarak, alanında kazandığı tecrübesi ile tanınmış bir doktorun gerçekleştirdiği bir tıbbi girişim sonrası hastasının mağdur olması iddiasının mahkemede görülmesi, bu iddianın aleniyet kazanarak doktor açısından çeşitli olumsuzluklar doğuracağı bilinmektedir.

Dolayısıyla konunun arabuluculuk yöntemi sayesinde gizlilikle yürütülmesi önemlidir.

Kamu hukukunda görülen uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin uygulama alanı bulunmamakta, bununla birlikte tazminat hukukunda görülen uyuşmazlıklar için ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olması nedeniyle arabuluculuk yönteminin uygun olduğu görülmektedir³¹³.

Çalışmada incelendiği üzere arabuluculuk yönteminde karar verme yetki hâkim ya da hakem görevindeki bir kişide bulunmamakta, bu yöntem ile tarafların kendi iradeleri paralelinde her iki tarafın çıkarlarını gözetken bir çözüme varılması hedeflenmektedir.

³¹³ Mehmet Demir, **Tıbbi Uygulama Hatalarından Sorumlulukta Ülkemizdeki Hukuksal Süreç, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, Baskıevi, İstanbul, s.24-27.

Arabuluculuk yönteminde öne çıkan temel prensipler olarak gizlilik, iradilik, arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi hususlar sayesinde mahkeme yargılamasının yaptığı gibi geriye yönelik değil, geleceğe yönelik dostane ilişkilerin kurularak “kazan-kazan” prensibine yer verilmektedir.

Sağlık Hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin kullanılması; hastanın mağduriyetlerinin kısa sürede, düşük maliyette, dostane bir yaklaşımla, kendi kontrolünde çözümlenmesini sağlamaktadır.

Ayrıca diğer taraf olan sağlık hizmetleri sunucusu ve/veya hekim açısından da, gizlilik prensibi başta olmak üzere yukarıda belirtilen diğer ilkeler sayesinde uyuşmazlıkların “kazan-kazan” prensibi doğrultusunda çözüme kavuşturulmasına katkı sağlamaktadır.

4.4. TÜRK SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN UYGULAMALAR

Maddi hukuk dalı olan sağlık hukuku ve ülkemizdeki sağlık hukuku problemlerinden, bu problemlere sunulan hukuki çözümlerden bahsetmekle birlikte; Türk hukukunda yeni bir usul dalı olan arabuluculuk ve buna ilişkin mevzuattan genel olarak bahsettik. Sağlık hukukunda arabuluculuk uygulamasına değinmeden önce, Türk hukukunda sağlık alanında arabuluculuk/uzlaşma olanağı sağlayan belli başlı yasal düzenlemelerden bahsedecek olursak, arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemeler 6325 sayılı HUAK ile getirilmektedir.

Devletin sağlık hizmeti sunması, çoğu zaman sağlık hukuku problemlerinde uyuşmazlık taraflarından birisinin de idare olmasına sebebiyet vermektedir. Hal böyle olunca Türk İdare Hukuku’na ilişkin arabuluculuk ve sulh yöntemini içeren mevzuatlar, taraflardan birinin idare olması halinde; sağlık hukuku problemleri için de uygulanabilir hale gelmektedir:

Konumuz açısından özellikle belirtilmelidir ki; HUAK madde 13 ile HUAKY madde 17 başta olmak üzere kanun ve yönetmeliğin diğer maddelerinde arabuluculuk yöntemine yönelik işleyiş düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler

kapsamında, tarafların isteğine göre dava açılmadan ya da dava açılması sonrasında arabuluculuk sistemine başvurulabilmektedir³¹⁴.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 13'te taraflar için sulh olma imkânı getirilmiştir. Yine 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de madde 11 ve devamında adli ve idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli, uzlaşma ve vazgeçme yetkilerinden bahsedilmiştir.

Tüm bunlara ek olarak 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 74 çerçevesinde kabul edilen 6328 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” ile birlikte Türk hukukuna, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine benzetilen “Ombudsmanlık” müessesesi getirilmiştir.

Arabulucunun hedefi; uyuşmazlığın verilecek bir kararla çözülmesi değil, telkin ve ikna vasıtasıyla tarafların tekrardan müzakere edebilme ve anlaşma sağlayabilme ortamının oluşturulmasına katkıda bulunmaktır. Bu noktada arabulucu haksızı ya da haklıyı tespit etmekten ziyade; her iki tarafın menfaatlerinde optimal dengeyi öngören anlaşma ortamının oluşturulmasına çaba sarf etmekte ve uyuşmazlıkların çözüme ulaşmasında rol almaktadır³¹⁵.

Arabulucuların, tarafların ortak paydalarını ve üzerinde mutabık kalabilecekleri noktaları belirleyebilecek niteliklerde olması ve bu çerçevede çözüme ulaşabilmek için gerekli faaliyetleri başarılı bir şekilde yürütebilecek karaktere sahip olmaları gerekmektedir³¹⁶.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 253 ve devamında düzenlenen uzlaşma müessesesi, niteliği uygun düştükçe sağlık hukuku uygulamalarından kaynaklanan suç tiplerinde uygulanabilecektir.

Çalışmamızın bu aşamasında yukarıda adı geçen mevzuat ve kurumlardan ve sağlık hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilirliklerinden bahsedeceğiz.

³¹⁴ Yıldırım, s. 934.

³¹⁵ İbrahim Subaşı, **Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk** (Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 743-833), s.760-761.

³¹⁶ Subaşı, s.757-758.

4.5. İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUK VE SAĞLIK HUKUKU

İdarenin sorumluluğu; devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, bireyle doğrudan iletişim içinde bulunan ve kanunları uygulayan makam ve organların, kişilere verdiği zarardan sorumluluğudur³¹⁷.

Ülkemizde 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin sosyalleştirilmesi Hakkında ki kanunun 2 maddesinde; Sağlık hizmeti ‘tanımlanırken 33359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3 madde k bendi ile 8 maddesinde koruyucu, teşhis tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden bahsederken (Çınarlı 67)sağlık hizmeti doğrudan doğruya yaşam hakkı ile ilgili olduğu için diğer kamu hizmetlerinden farklı kabul edilmiştir.

Anayasamızın 125 maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında belirtildiği üzere sosyal devlet anlayışı gereği. *Devlet sağlık uygulamalarının kuruluş ve işleyişinde aktif görev almaktadır.* Özel sektörün de sağlık faaliyetlerini takip ederek, kanunlar ve düzenleyici işlemler ile kontrol altında tutmaya çalışmaktadır..

Bu nedenle sağlık çalışanlarının tıbbi uygulamaları neticesi mesleki, idari ve cezai bir takım sorumlulukları bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğu kusurlu veya kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. **‘İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için temel şart ‘ortada bir zarar olması, zararın idari eylemden veya işlemde kaynaklanması ve zarar ile idarenin işlemi veya eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir**

Bu sorumluluk bütünüyle idareyi kapsadığı gibi, idare adına hareket eden veya öyle varsayılan kişilerin, ayrıca memurların veya diğer kamu görevlilerin, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan kaynaklanan zararları da kapsamaktadır.

Son dönemde sağlık hizmetini yürüten idare ile bu hizmetten zarar görenler dışında yargı öncesi çözüm sürecine sağlık çalışanlarının ve sigorta şirketlerinin dahil edildiği de görülmektedir.

³¹⁷ Çınarlı, s.161. idarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olan şahıslar idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede ve her halde beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'ye³¹⁸ gidilebilir.

Sağlık hukuku uyuşmazlıklarında da taraflardan birinin idare olması durumunda; idarenin eyleminden zarar gören tarafın tam yargı davası açması için idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini yani taraflarına tazminat ödenmesini istemeleri gereklidir

.Bu sebeple söz konusu güçlüklerin aşılmasında hâkimlerin istifade edeceği en önemli araçların bilirkişi raporları olduğu görülmektedir. Hekim müdahalelerine dayanana hukuki tazminat sorumlulukları belirlenirken kullanılan bilirkişi raporları; olayın oluşu ile ilgili kısımların dosya kapsamına uygun saptamaları içermesi, sonuç kısımlarının yasal dayanakları kapsayacak biçimde gerekçeli, anlaşılır ve açık olması gerekmektedir³¹⁹.

Yani 659 sayılı KHK'da isabetli olarak uyuşmazlık çözümünde ilk önce uzlaşmaya başvurulması, bundan netice alınmadığı takdirde son çare olarak dava açılması esası benimsenmiştir³²⁰. Bu düzenleme bir yargı öncesi çözüm usûlü olarak kabul edilse de uygulamada genellikle zarar görenin, İYUK 13. madde kapsamındaki başvurusunun, idarece kabul edilerek, bu konuda idarenin, zarar görene herhangi bir ödeme yapmadığı görülmektedir.

³¹⁸ 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nın 12. maddesinde "İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri" başlığı altında düzenlenen genel nitelikli yargı öncesi çözüm yöntemi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK) madde 13'ten farklı bir yargı öncesi çözüm yoludur. Buna göre KHK'nın 12. maddesinde "İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir."

³¹⁹ Gürsel Yalvaç, **Hukuksal Açardan Tıpta Uygulama Hataları**, (Ed.: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.), s.21.

³²⁰ Özbek, s.810.

İdarenin sağlık hizmetlerinin sunumunda zarardan yönetimin sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde bahsedilen; tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sonucu meydana gelen maddi veya manevi zararın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması için genel idare hukuku kuralları çerçevesinde; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu³²¹ bahsedilen yöntemlerin, sağlık hizmetleri açısından da geçerli olduğu görülmektedir



³²¹ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nun, doğrudan doğruya tam yargı davası açılması başlıklı 13. maddesi şu şekildedir: "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir."

SONUÇ

Türkiye’de uzun yıllardan beri sağlık hukukundan kaynaklanan problemler hukuki uyumsuzlukların konusu olmuştur.

Sağlık ve tıp hukukunun ilerlemesi ve uzmanlık gerektirmesiyle birlikte bu alanda çeşitli mevzuat çalışmaları yapılmıştır. Bunun sonucu olarak sağlık hukukuna ilişkin dağınık yapıda pek çok mevzuat bulunmaktadır.

Alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının ilk defa 1960’ların başında Amerika’da Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte asıl gelişimini 1980’lerde İngiltere’de gerçekleştirerek sistemli bir hale gelmiş ve küreselleşme ile birlikte son dönemde Kara Avrupası Hukuk Sisteminde ve diğer hukuk sistemlerinde de hızla gelişmiştir³²².

Bugün uyumsuzluk çözüm yollarına genel olarak baktığımızda, temelde ikili bir ayırım yapılabilir: Birincisi yargılama yapılarak uyumsuzluğu çözüme kavuşturmak; diğeri ise yargılama yapılmadan uyumsuzluğun çözümüdür. Yargılama yapılarak uyumsuzluk çözümü devlet yargısı veya tahkim yargısı yoluyla gerçekleşebilir. Her ikisinde de uyumsuzluğu çözen merciin oluşum şekli ve yetkisinin kaynağı farklıdır ancak her iki şekilde de yargılama yapılmakta ve yargılama sonucunda son söz hakkı yargılama makamına geçmektedir³²³.

Uyumsuzluğun yargıya gidilmeden veya yargılama yapılmadan çözümünün sağlanacağı yöntemlere başvurulması durumunda ise, alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin devreye girdiği görülmektedir³²⁴. Farklı sebeplerden dolayı, özellikle yargılama sonucu çözüme ulaşmanın yetersiz kalması ya da her zaman arzu edilen sonuca ulaşılamaması, birçok ülkenin mevcut klasik uyumsuzluk çözüm yolları yanında, yeni alternatifler geliştirmesine sebep olmuştur³²⁵.

Mahkeme dışı uyumsuzluk çözüm yöntemleri, **alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri** olarak da tanımlanmaktadır³²⁶. Alternatif uyumsuzluk çözüm yolları

³²² Alper Bulur, “Alternatif Uyumsuzluk Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 4, Güz 2007, Ankara, s. 31; Elif Kısmet Kekeç, s. 3.

³²³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014, s.667.

³²⁴ Kekeç, s.12.

³²⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, s.667.

³²⁶ Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, s.5.

başlıca; arabuluculuk, mini yargılama, müzakere, tarafsız ön değerlendirme ve tahkim³²⁷ şeklinde sıralanabilir. Söz konusu çözüm sistemleri temel olarak; *“sürece gönüllü katılım, taraflara bağlayıcılığı olmayan tavsiyelerde bulunabilme ve taraflardan birinin sonuçtan tatmin olmaması halinde mahkemeye başvuru hakkının tanınması”*³²⁸ ve de devlet denetiminde olmaması yani hukuk kurallarıyla bağlı olmasına dayanmaktadır.

Ancak bu düzenlemelerden hiçbirisi sağlık hukuku kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin özel ya da genel hükümler içermemektedir. Bu durum Türk Sağlık Hukukunda büyük bir eksiklik olarak görülmektedir.

Sağlık hukukunda gerek tarafların çeşitliliği gerekse ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne ilişkin ihtiyaç, etkin çözüm yollarını zorunlu kılmakta ve bu surette tarafların mağduriyetinin de hızlı bir şekilde giderilmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır.

Ancak günümüzde insan ve toplum hayatını olumsuzluklara iten, olması gereken hayat standartlarını aşağı çeken anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların fazlaşması ve çeşitlenmesi ile bu anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların adil, dürüst ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması için çok katı bir şekilde çizilmiş kurallar içerisinde çaba sarf eden ve bundan dolayı da yer yer çözümsüz ve bazen de hantal kalan kurumlar, devlet organlarını yeni arayışlara itmiştir.

Kendine özgü yönleri bulunan bir meslek olarak hekimlik; yapısı gereği bir organizasyona ihtiyaç duyması, mevcut iş bölümü, diğer meslek gruplarından daha çok uzman branşlara bölünmüş olması, kullanılan terminolojisi, teknolojik ve mesleki gelişmeleri ile ülkedeki sosyo-ekonomik yapı vb. konular dikkate alındığında, mahkemelerin hekimlerin tazminat sorumluluklarını belirlenmesinde Sağlık hukuku uyuşmazlık tarafları, sağlık hizmeti sunucuları ve bu hizmetten faydalananlar olarak tazminat sorumlusu olarak yargıyı meşgul etmiştir. Yargılama yapma yerine Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tercih edilebilir kılan diğer etkenler Sağlık hukukunda; biçimsel olarak mahkemelere nazaran daha serbest bir forma sahip olması, tarafların sürece daha aktif bir şekilde sürece katılımları ve

³²⁷ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (Arabuluculuk)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 64, Ankara, 2006, s. 151-177; Mustafa Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?” **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2-3, Ankara, 1999, ss. 187-204.

³²⁸ Ş. Demir, s. 7.

dahası uyuşmazlığın çözüm sürecinde kontrol sahibi de olmaları, tarafların sürece katılımında gönüllülüğün esas olması ve de en önemlisi de yargısal yollara başvuru olanağını ortadan kaldırmaması gibi etmenler sayılabilir³²⁹. Sağlık hizmeti sunucuları Sağlık Bakanlığı denetimine tabi özel ya da kamusal nitelikteki kurum ve kuruluşlar ile burada görev alan sağlık personelinin kapsamaktadır. Sağlık hizmetinden faydalananlar ise, sağlık problemi yaşayan hastalar olmaktadır.

Sağlık hukuku mevzuatı; sağlık hukuku teşkilatlanmasına, sağlık uygulamalarına, sağlık hukuku kurumlarına, sağlık hukuku ekipmanlarına, sağlık hukuku yeniliklerine, sağlık kurumlarının hizmet sunumu ve finansmanına, çalışan sağlık personelinin hak ve yükümlülüklerine, hizmet sunulan bireyin haklarına, tıp hukukuna, hastalıklara, tedavi yöntemlerine ve daha birçok ayrıntılı hususa ilişkin düzenlemeyi içermektedir.

İnsanın en temel anayasal haklarının başında gelen ve bu hak olmadan diğer hakları kullanmanın çoğu kez anlamsız kaldığı “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” konusunda da elbette insanlar arasındaki ilişkiler ve ilişkilerin farklılığı doğal olarak anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların sayısının ve çeşitliliğinin hızla artmasına sebep olmuştur.

Sağlık hukukunda tıbbi hata hasta hekim ilişkisi açısından mahkemeler her ne kadar ilk çare olarak görülmüş ise de dava giderlerinin fazla ve süreçlerinin uzun olması, yargıçların anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların uzmanlığı yönünden ekseriyetle eksik ve yetersiz kalmaları ve gittikçe gelişen ve artık ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelere konu olan insan ve toplum ilişkilerinin çözülmesinde eksik ve yetersiz kalmaya başlamışlardır

Bütün bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sosyal huzura ve toplumsal barışa zarar vermeden, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan hümanist, basit ve masrafi mahkemelere nispeten daha düşük olan bir çözüm yoludur³³⁰.

Sağlık hukuku uyuşmazlık taraflarının uyacağı kuralların, sağlık hukuku mevzuatlarında ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğinden bahsetmiştik. Ancak bu

³²⁹ Süha Tanrıver, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış**, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006, s. 821.

³³⁰ Cemal Şanlı, **Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler**, Yeni Türkiye 1996/10, s. 400.

mevzuat hükümlerine aykırılık halinde uyulacak kurallar konusunda herhangi bir özel düzenleme olmadığından, genel nitelikli Türk Hukuku mevzuatı kurallarına gidilmektedir.

. İdare hukuku alanında, ülkemizin kamu düzenini oluşturan öğeler arasında; toplumu yaygın ve bulaşıcı hastalıklardan uzak tutarak yaşamın sağlıklı ortamda sürdürülebilmesi için son derece gerekli olan kamu sağlığı da yer almaktadır.

İdarenin sağlık hukukundaki sorumluluğunun da idari hukuk genel hükümlerine göre (özellikle Anayasa madde 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 13) doğduğundan bahsetmiştik. Söz konusu sorumluluğa ilişkin “*Hizmet Kusuru*” ve “*İdari Malpraktis*” kavramlarına değinmek gerekmektedir.

Yüksek Sağlık Şurasının Kuruluş ve Çalışma esasları, Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre yeniden düzenlenmiştir. Anılan kararnameye göre Yüksek Sağlık Şurası, önemli sağlık konuları hakkında ve tıbbi uygulamalar sonrası oluşan adli nitelik kazanmış olaylarda görüş bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Sağlık Bakanlığınca ülkede hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından 11 üye seçilmektedir. Görev süreleri 1 yıldır. Ayrıca Bakanlık Müsteşarı, Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu Başkanı, Temel ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürleri ile Birinci Hukuk Müşaviri Şuranın doğal üyeleridir. Yılda en az bir kere toplanma şartı getirilmiş olup, bakanlığın gerekli görmesi halinde olağanüstü toplantılar yapılabilmektedir.

Bu anlamda hizmet kusuru; hizmetin görülmesi sırasında görevlinin kusuru olup idari bir işlem veya eylemden dolayı görevlinin kusurundan ortaya çıkan zararlardan, görevlinin bağlı bulunduğu kamu tüzel kişisi, birinci derecede sorumludur³³¹.

Bu şekilde doktorun görev kusuru ile idarenin hizmet kusuru birleştiğinde; zarar gören hasta, zararın tazmini için ilgili kamu tüzel kişiliği (hastanenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı, Üniversite Rektörlüğü, Belediye Başkanlığı) aleyhine idari yargı yerinde, tam yargı davası açabilir. İdarenin de görev kusuru olan doktor aleyhine adli yargıda rücu davası açması gerekecektir³³².

Bu nedenle idari, hukuki, cezai nitelikte olan sağlık hukuku uyuşmazlıkları çözümünde; idare, borçlar ve ceza maddi hukuk kurallarına gidilmektedir.

³³¹ Yılmaz, s. 306.

³³² Kıcalıoğlu, ss. 363-364.

Arabuluculuk hukuku da Türkiye’de son yıllarda uygulanmaya başlayan ve gelişme sürecinde olan bir usul hukuku çeşididir. Türk hukuku içinde arabuluculuk kurumu uygulamaya geçirilmeye başlanmış; yeni hukuki düzenlemeler, kanun tasarıları hazırlanmıştır. Arabuluculuğa ilişkin genel bir mevzuattan söz edecek olursak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ndan, bahsetmek gerekecektir. Ancak bunun yanında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu gibi genel kanunlarda da arabuluculuğa ilişkin hükümler bulunmakta ve yine özel nitelikli bazı mevzuatta arabuluculuk düzenlemeleri mevcuttur. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 24. maddesindeki uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler ve Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması ile birlikte sağlık hukukuna özel olarak düzenlenen herhangi bir arabuluculuk mevzuatı Sağlık ve Tıp hukukunda mevcut değildir.

Şu durumda, sağlık hukuku uyuşmazlıkları çözümünde genel nitelikli kanunlara başvurulduğu gibi, sağlık hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa gidilmesi halinde de yine genel nitelikteki arabuluculuk mevzuatlarına başvurulacaktır. Devlet alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda güncel ve teknik hukuki düzenlemelere yönelmiştir.

Bununla ilintili olarak *“teknoloji çağı nedeniyle sağlık alanındaki beklentilerin diğer alanlarda olduğu gibi yükseldiğini, bir yandan hastaların beklentileri yükselirken diğer yandan ilaç endüstrisinin ve teknolojinin de çok güçlendiği görülmektedir”*³³³. Sağlık alanı ile hukukun kesiştiği nokta olan sağlık hukuku alanında da sağlık ve tıp alanındaki gelişmelerin yanında hukukunun detaylı ve karmaşık yapısı, sağlık hukukunda detaylı ve her biri kendi alanında uzmanlık isteyen yeni yasal düzenlemelere ihtiyacı da beraberinde getirmiştir.

Yani sağlık hukukundan kaynaklanan hukuki, idari, cezai uyuşmazlıklara; vekalet sözleşmesi, haksız fiil, suç ve ceza hükümleri başta olmak üzere genel nitelikli düzenlemeler çare olmaktadır.

Sağlık hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise; yeni ve kapsamlı bir arabuluculuk mevzuatı hazırlanmadığı sürece; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

³³³ Ahmet Gülle, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Ed.: Hakan Hakeri ve Cahid Doğan) Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2015, s.15.

Arabuluculuk Kanunu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlu Kanunu madde 13 kapsamında Yargı Öncesi Çözüm Yolu ve İdareye Başvuru, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname kapsamında uzlaşma, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda uzlaştırma, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu kapsamında ombudsmanlık hükümleri başta olmak üzere genel nitelikli arabuluculuk hükümleri uygulanmalıdır.

Öte yandan sağlık hukukunda arabuluculuğu uygulayacak kişilerin eğitimi de oldukça önem arz etmektedir. Arabulucular hem sağlık hukuku mevzuatlarına hem de arabuluculuk sürecine hâkim, uzlaşmayı benimsemiş, mesleki yeterliliğe sahip, tarafsız, bağımsız, yeterli kabiliyet ve liyakatte arabulucular yetiştirilmeli ve bu kişilerin eğitim süreci ve mesleğe yeterlilik koşulları yasal düzenlemelerle belirlenmelidir.

Aslında, arabuluculuk kurumunun Türkiye’de yeni bir kurum olması nedeniyle sağlık hukukunda da arabuluculuğa dair herhangi bir düzenlemenin olmaması normaldir. Bu anlamda ilk olarak alanında uzman sağlıkçıların, sağlık hukuku uzmanlarının, Türk hukukçularının ve yasama organının bu alanda kapsamlı ve titiz bir çalışma yaparak; hem sağlık hukuku problemlerine genel anlamda çözüm sunan hem de bu çözüm sürecinde arabuluculuğun uygulanmasına imkan tanıyan yeni bir mevzuat çalışması yapmaları gerekmektedir.

Sağlık hukukunun karmaşık yapısı, sağlık alanında uzman kişi görüşünü gerektirdiği gibi; uyuşmazlık taraflarından birisi “hasta” olduğu takdirde de bu kişilerin psikolojik tatmini için psikolog ya da psikiyatriste ihtiyaç duyulacağı açıktır.

Yine yapılacak yasal düzenlemelerle sağlık hukukunda belli uyuşmazlıklar için uzman bilirkişiler ve psikolojik danışmanlar zorunlu hale getirilmelidir. Arabuluculuğu uygulayacak kişiler kadar bu kişileri ve arabuluculuk faaliyetini denetleyecek kurumlar ya da oluşumlara da ihtiyaç duyulabilir.

Kanun koyucu ve akademik kadronun bu noktada sağlık hukukunda arabuluculuğu uygulamaya geçirmiş ülkelerin sistemlerini de incelemesi ve buna göre Türk hukuk sistemine uygun çareler geliştirmesi gerekmektedir.

Kamu görevlisi idarenin sağlamış olduğu hizmeti yerine getiren görevli şahıs olmakla, bu hizmetin görölmesi esnasında ortaya çıkan aksaklıklara hizmet kusuru denilmektedir.

Hizmet Kusurları; idarenin kötü organizasyonu, kişi ya da kuruluşlara yanlış bilgi verilmesi ya da gereken süre zarfında bilgi verilmemesi, üçüncü kuruluşlara karşı alınan koruma önlemlerinin usulsüz olması, gözetim ile kontrolün yapılmaması ya da idarenin ihmalleri gibi sebeplerden kaynaklanabilir³³⁴.

Kamu görevlisinin, kamu görevinden ayrılabilen “*kişisel kusuru*” da söz konusu olabilir. Bu durumda doğrudan kamu görevlisine karşı tazminat davası açılmalıdır³³⁵.Sağlık hukukunda arabuluculuk mevzuatlarının, sağlık hukuku uygulayıcılarının, denetim mekanizmalarının hukuki alt yapıya ulaşması önemli olduğu kadar; söz konusu uyuşmazlığa maruz kalacak tarafların bilinçlendirilmesi de önem arz etmektedir. Tarafların; arabuluculukta da adalete ulaşacaklarının, hem de davaya oranla daha hızlı ve az masrafla bu sonuca ulaşacaklarının ve barışçıl yollarla anlaşmanın çoğu zaman mücadelecı yöntemlerden daha avantajlı olacağını bilincinde olmaları gerekmektedir.

Bu bilince ulaşmış bir toplumda arabuluculuk daha kolay benimsenecektir. Yine ülkemizde, pilot bölge uygulamaları ile arabuluculuk denemeleri yapılması da toplumun Türk hukukunda yeni bir kurum olan arabuluculuğa adaptasyonunu hızlandıracaktır.

³³⁴ Bilge, s. 8.

³³⁵ Kıcalıoğlu, s. 365.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk. “Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Kanunu’nun Türkçe Çevirisi”, İÜHFM, Cilt: LXX, Sayı: 2, İstanbul, 2012.

Aşçıoğlu, Çetin. **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, 1982.

Ayan, Mehmet. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991.
Baskı Evi, İstanbul, Tarihsiz.

Bayraktar, Köksal. **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, 1972.

Bilge, Yaşar. **Adli Tıp**, Üçbilek Matbaası, Ankara, 2008.

Bilge, Yaşar. **Tıpta Uygulama Hatalarının Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi**,

Bulur, Alper. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 4, Ankara, Güz 2007, ss. 30-46.

Çilingiroğlu, Cüneyt. **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Demir, Mehmet. **Tıbbi Uygulama Hatalarından Sorumlulukta Ülkemizdeki Hukuksal Süreç, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, Baskıevi, İstanbul.

Demir, Şamil. **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011.

Deryal, Yahya. **Sağlık Hukuku Bibliyografyası (Türkiye’nin Sağlık Hukuku Birikimi)**, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Deryal, Yahya. **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012.

Doğan, Murat. **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Editörler: Hakan Hakeri / Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 306, Ankara, Kasım 2015.

Erdoğmuş, Ersoy. **Hekim Hakları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017.

Ersen Perçin, Gizem. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 31, Sayı: 2, 2011.

Goodman, Andrew. **Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği- Uygulayıcı Rehberi**, (Çeviren: Aşiyen Süleymanoğlu), Üçüncü Baskı, Ocak 2016, ISBN 9781858117201, Birleşik Krallık.

Göçmen, Erkin. “Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk”, **Hukuk Rehberi**; <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92>, 19.02.2014, (15.08.2017).

Gökmen Ayten, Yaşar Teke Hacer, Bilge Yaşar. **Adli Tıp Uygulamalarında Uzlaşma-Arabuluculuk Kavramı** (Editörler: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.)

Gülle, Ahmet. **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Editörler: Hakan Hakeri / Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2015.

Gültezer Hatırnaz, Erol. **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Günday, Rezzan. **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Gürelli, Nevzat. “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, **İÜHFİM 1979, 1980, 1981, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, Cilt: XLV-XLVII, ss. 267-275.

Gürseler, Güneş. **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Editörler Hakan HAKERİ / Cahid DOĞAN,) Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 306, Ankara, Kasım 2015.

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Mayıs 2012.

<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ijsser/>

http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi_ikiliTABLO-istinaftansonra.pdf

http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/HukukUyusmazliklarindaAr_abuluculukKanunuYonetmeliği .pdf

<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/kanun.html>

<http://www.literaturaktuel.com/saglikta-arabuluculuk/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622-1.htm>

<http://www.slideshare.net/mbolmez/ferit-saraolu>

<http://www.tamdestek.com.tr/haber/44/uc-hastadan-biri-bicak-parasi-oduyor>

<http://www.tdk.org.tr;>

Kıcalıoğlu, Mustafa. **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2011.

Kısmet Kekeç, Elif. **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2014.

Koruklu (Öner), Nermin. “Eğitimde Arabuluculuk ve Okulda Arabuluculuk Sürecinin İşleyişine İlişkin Bir Model”, **Eylül Üniversitesi Buca Eğitim Fakültesi Dergisi**, Sayı: 20, 2006, ss. 11-20.

Moore Christopher W. **Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process)**, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2016.

Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar ve Tepe İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014.

Özbek, Mustafa. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2-3, Ankara, 1999.

Özçetin Selvi ve Balaban Murat. **Sağlık Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2015.

Özdemir, Hayrunnisa. **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, 2004.

Özekes, Muhammet ve diğerleri. “Arabulucukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu (Arabuluculuk Çalışma Toplantısı)”, **AndHD**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015.

Özekes, Muhammet. “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, **HPD**, Sayı: 7, 2006, ss. 40-45.

Pekcanitez, Hakan. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, **HPD**, Sayı: 5, Aralık 2005.

Pekcantiez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeker. **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Petek, Hasan ve Meral Gürbüz. **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2013.

Polat, Oğuz. **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Savaş, Halide. **Diş Hekimliğinde Aydınlatılmış Rıza**, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2012.

Savaş, Halide. **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin, Ankara, 2012.
Serkan, Çınarlı. **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ekim 2013.

Subaşı, İbrahim. “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: II, İstanbul, 2003, s. 743-833.

Şanlı, Cemal. “Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler”, **Yeni Türkiye**, Cilt: 10, 1996, s. 461-465.

Şimşek, Uğur. “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcantiez’e Armağan, İzmir, 2015.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 64, Ankara, 2006, s. 151-177.

Tuğcu, Harun, Coşkun Yorulmaz ve Sermet Koç. “Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis”, **Klinik Gelişim Dergisi**, Cilt: 22 (Adli Tıp Özel Sayısı), İstanbul, 2009.

Uyanık, Ayfer. <http://www.literaturaktuel.com/saglikta-arabuluculuk/> (14.04.2017).

Ünver, Yener. “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2017.

Yakup ,Şahin (2013), “Çatışma Kuramları ve Kimlik Temelli Çatışmalar; Teorik Bir Giriş”, **Barış Araştırmaları Ve Çatışma Çözümleri Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1.

Yalvaç, Gürsel. **Hukusal Açından Tıpta Uygulama Hataları** (Editörler: Yaşar Bilge ve İ.Ethem Geçim, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, ISBN: 978-605-89639-2-4, İstanbul, Tarihsiz, Birinci Baskı, Baskı Evi.).

Yazıcı Tıktık, Çiğdem. **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Yıldırım, Ferhat. “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, **International Journal of Social Sciences and Education Research**, Cilt: 2 Sayı: 3, 2016, s. 748-762. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/389932>

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.