

Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hakkında Değerlendirme

16 Mart 2022 günü TBMM Başkanlığı'na sunulan 17 maddeden oluşan Kanun Teklifi 12 Mayıs 2022 günü TBMM Genel Kurulunda kabul edildi.

Sağlık alanı ile ilgili 5 maddesinde (7,9,13,14,15) Komisyon görüşmeleri sırasında herhangi bir değişiklik önergesi kabul edilmemişti. Genel Kurul görüşmeleri sırasında da verilen bütün değişiklik önergeleri reddedilerek teklif hükümleri aynen kabul edildi. TBMM sayfasında kabul edilen metin bu yazıyı hazırladığımız esnada henüz yayımlanmamıştır. Bilindiği gibi Kanun önce Cumhurbaşkanına gönderilecek, Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra yürürlüğe girecektir.

Yazımızda sağlık alanı ile ilgili beş maddeye ilişkin değerlendirme yapılacaktır. İçinde hatalı sağlık hizmeti verdikleri gerekçesi ile haklarında ceza soruşturması ve/veya tazminat davaları açılan sağlık çalışanlarına geçici madde düzenlemelerinin nasıl uygulanacağı hakkında da bilgi verilecektir.

I- Sağlıkta Şiddet İle İlgili Kanun Hükümleri:

1. Kanunun 7. maddesi ile Türk Ceza Kanununun "Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi" başlıklı 113. Maddesine ek düzenleme yapılmaktadır. Teklife göre, engellenen kamu hizmetinden yararlanma hakkı sağlık hizmeti ise, 2-5 yıl arasında öngörülen hapis cezası altıda bire kadar arttırılabilecektir. Artırımın üst sınırı 1/6 olarak belirlenmiş olmakla birlikte, alt sınırı belirlenmemiştir.

2. Kanunun 9. maddesi sağlıkta şiddete ilişkin yeni bir düzenleme içermemektedir. Yalnızca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 12. maddesinde yer alan, kasten yaralama suçunun tutuklamaya ilişkin katalog suçlar arasına alınmasına dair düzenlemeyi, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100. Maddesine aktarmaktadır. Teklifin 13. Maddesi ile yapılan aktarım nedeniyle 3359 sayılı Kanunun Ek 12. Maddesi yürürlükten kaldırılmaktadır.

Değerlendirme: Bu düzenlemeler, elbette sağlıkta şiddetin önlenmesi için gerekli, ancak yeterli değildir. Düzenleme yapılırken ceza normunun, norm ile korunması hedeflenen hak ve özgürlüklere etkisinin değerlendirilmesi zorunludur. Sağlıkta şiddet nedeniyle hekimlerin sağlık çalışanlarının öldüğü, hasta hekim ilişkisinin ciddi bir biçimde hasar gördüğü, şiddetin kontrol altına alınması bir yana sürekli artış gösterdiği bir toplumsal dönemi yaşamaktayız. Sağlıkta şiddeti önleyici düzenlemelerin tek bir maddeye indirgenmeden, bütüncül bir biçimde, sağlık alanına özgü, sağlık hizmetini, sağlık çalışanlarını korumaya dönük yapılması, bu durumun toplumda bilinir ve anlaşılır olması önem taşımaktadır.

Elbette sağlık işyerlerinde şiddetten arındırılmış bir çalışma ortamının sağlanabilmesi için salt ceza normları yeterli değildir. Çalışan sağlığı ve güvenliği yönünden denetim yapılmasına, denetim sonuçlarının şeffaf bir biçimde kamuoyu ile paylaşılmasına, TBMM Araştırma Komisyonu Raporunun önerileri arasında da yer aldığı üzere sağlık hizmetlerinde koruyucu sağlık hizmetlerini temel alan, kamucu bir sağlık sistemine ihtiyaç vardır. Sağlık hizmetlerini ücretli hale getiren, ekip hizmetini ve sağlık personelinin içsel motivasyonunu bozan, performans dayalı ödeme sisteminin acilen değiştirilmesi, çalışma ilişkilerinin demokratikleştirilmesi, güvenceli çalışma koşulları sağlanması şiddetin önlenmesi için acil ihtiyaçlardır.

II. Kusurlu Sağlık Hizmeti/Malpraktis Tazminatlarının Rücu edilmesine Dair Kanun Hükümleri:

Kanunun 14 ve 15. Maddeleriyle, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa, bir biri ile bağlantılı hükümler içeren iki adet ek madde eklenmiştir.

Bu Ek maddeler ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde Mesleki Sorumluluk Kurulu kurulmaktadır. Kurul, toplam 7 üyesinden beşi Bakanlık yöneticileri, iki üyesi ise nasıl seçileceği belirtilmeyen hekimlerden

oluşturulmaktadır. Kurul, aynı oluşum yöntemi ile Bakanlık tarafından ihtiyaç duyulacak sayıda çoğaltılabilecektir. **Kurulun iki temel görevi bulunmaktadır;**

1. Bütün hekim, diş hekimi ve sağlık meslek mensuplarının “sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar” nedeniyle yapılan soruşturmalarda 4483 Sayılı Kanununa göre soruşturma izni taleplerini karara bağlamak (Devlet Üniversiteleri ve Vakıf Üniversitelerinin akademik kadrolarında görev yapanlar hariç).

2. Kamu kurum ve kuruluşları ile Devlet üniversitelerinde, tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına karar vermek.

3. 4483 Sayılı Yasa Kapsamına Dahil Edilen Sağlık Personeli?

- Kanun; özel sağlık kurum ve kuruluşları ile Vakıf Üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında görev yapan ve akademik kadroda yer almayan hekim, diş hekimi, hemşire ve sağlık personeli 4483 kapsamına dahil etmektedir.
- Esasen kamu sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık personeli yönünden görevleri nedeniyle işledikleri ileri sürülen suçlardan, zaten yürürlükteki 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınmadan yargılama yapılamamaktadır. Bu nedenle yeni düzenleme, sağlık çalışanları için belirtildiği gibi haksız suçlamalara karşı önleyici bir sistem inşa etmemektedir.
- Devlet Üniversiteleri ve Vakıf Üniversiteleri öğretim üyeleri ve öğretim elemanları teklifteki soruşturma yönteminin kapsamına dahil değildir. Onlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. Maddesinde Kurumları tarafından yürütülmesi öngörülen ceza soruşturması yöntemi uygulanmaya devam edecektir. Akademik kadrolarda görev yapanlar yönünden teklif soruşturma izni bakımından bir değişiklik getirmemektedir.

4. Mesleki Sorumluluk Kurulunun Kararlarında Dikkate Alacağı Ölçütler?

- Mesleki Sorumluluk Kurulu, kapsama alınan hekim, diş hekimi ve sağlık meslek mensuplarının “sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle” işledikleri suçlardan yargılanabilmesi için soruşturma iznini vermeye yetkili kılınmaktadır. Diğer suçlar yönünden 4483 sayılı Kanunun tanımladığı yetkili merciler görevlerine devam edecektir. Kanunun gerekçesinde, uzman kişilerden oluşacak kurulun incelemeye dayalı kararı ile sağlık meslek mensuplarının haksız suçlamalara karşı korunacağı belirtilmektedir. Ancak kabul edilen düzenlemelerde Kurulun “uzman” sayılmasını gerektiren bir üye yapısı yoktur. Bunun yanında kararını hangi ölçütler üzerinden, nasıl vereceği de belli değildir.
- Kanun Kurula, kamu kurum ve kuruluşları ile Devlet üniversitelerinde, tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına karar verme yetkisi vermektedir. Böylece 2547 sayılı Kanunun ile Üniversite'nin bir tüzel kişilik olarak kendisine karşı açılan ve sonuçlanan davada kendi personeline yönelik rücu ilişkisini değerlendirme yetkisi Sağlık Bakanlığı'na devredilmektedir.
- Kurul bu yetkiyi kullanırken “**ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumunu gözeteyecektir**”. Kurul'un karar verirken uyacağı ölçütler yetersiz ve muğlaktır. İfadelerden kasten işlenmiş bir suçun varlığının mı aranacağı yoksa istemeden yapılan hatalara yönelik de mi rücu kararının verileceği belirsizdir. Sağlık Bakanının yaptığı açıklamada yer alan kastı olmayan sağlık personeline rücu edilmeyeceğine ilişkin ölçüte yasa da yorumla yer bırakmayacak bir biçimde yer verilmemiştir.
- Teklif, Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar ile Vakıf Üniversitelerinde çalışanlar yönünden hekim, diş hekimi ve sağlık meslek mensuplarına karşı tazminat davası öncesi bir başvuru kurumu

oluşturmamaktadır. Bu tür sağlık kuruluşlarına karşı açılan ve sonuçlanan davalarda rücu tazminat konusunda da dava öncesi başvuru kurumu kuruluşu teklif edilmemektedir.

- Teklifte, zarara neden olan sağlık hizmetindeki sorunların nedenlerine eğilen, kimin kusurlu olduğunu değil, zararın neden doğduğunu, asıl sebebin ne olduğunu bulmaya, sistemi iyileştirmeye dönük düzenlemelere de yer verilmemiştir.

III. Kanunun Mesleki Sorumluluk Kurulu İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Mesleki Sorumluluk Kurulu, soruşturma izni için yetkili kılınmaktadır. Böylece hekim, diş hekimi ve sağlık meslek mensuplarının “sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle” işledikleri suçlarda, tüketilmesi gereken bir başvuru yolu oluşturulmaktadır. Anayasa’nın 40. Maddesi ve AİHS’nin 13. Maddesi uyarınca, bu yolun teori ve pratikte etkili, ulaşılabilir ve ihlali ortadan kaldırmaya yeterli güvenceleri içerecek biçimde düzenlenmesi gerekir. Başvuru yolu iç hukukta açık, net ve bağlayıcı nitelikte düzenlenmiş olmalıdır.

1. Kanun hükümleri Açık Değildir; Belirsiz, Hatalı Yorum Ve Uygulamalara Neden Olacak İfadeleri İçermektedir.

1219 sayılı Kanununda 1-28 maddeleri arasında hekimlik, 28-46 maddeleri arasında diş hekimliği, 47 ve devamı maddelerinde ebelik, Yasa’nın Ek 13. maddesinde “sağlık mesleği” sayılan meslekler, 6283 sayılı Hemşirelik Kanununda hemşirelik, 6197 sayılı Kanunda ise eczacılık mesleği’ne yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

1219 sayılı Kanunun Ek 13. Maddesinde, *Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz*” kuralı konulmuş, aynı Kanunun 25. Maddesinde de tıp fakültesi ve diş hekimliği fakültesi diploması olmadan hasta tedavi etmek suç olarak düzenlenmiştir.

Teklifte, Kurulun “**hekim, diş hekimi ve sağlık meslek mensuplarının** sağlık mesleğinin icrası kapsamında **yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar** nedeniyle” işledikleri suçlardan yargılanabilmesi için soruşturma izni vermeye yetkili olduğu belirtilmektedir.

Hekim ve diş hekimi ile sağlık meslekleri üyelerinin sağlık hizmeti içinde görev alanlarına ilişkin fiillerinden “**muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem**” olarak aynı biçimde söz edilmesi yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerle çelişmektedir. Bu düzenleme hatalı yorum ve uygulamalara neden olacak ifadeleri barındırmaktadır.

Bunların yanında Hekim ve diş hekimi olmayan sağlık meslek üyelerinden, hastalıkları doğrudan muayene, teşhis ve tedavi etme fiili bulunan kişilerin hakkındaki şikayetlerin Kurul’un yetki alanında olup olmayacağı da belirsizdir.

Yine sağlık meslek mensubu olmamakla birlikte sağlık hizmetinde çalışan diğer meslek mensuplarının da sağlık hizmetinin yürütülmesinde işlevleri bulunmaktadır. Bunlar yönünden de bir belirsizlik bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Mesleki Sorumluluk Kuruluna ilişkin kabul edilen düzenlemeler; hekim, diş hekimi, hemşire, ebe, eczacı ve sağlık meslek mensuplarının, kanun hükümleri ile ayrı ayrı düzenlenen görevlerine ilişkin soruşturmalarda dava dışı bir iç hukuk yolu oluşturmaktadır. Bununla birlikte; Kurulun görev kapsamının hangi fiilleri içereceği, açık, ulaşılabilir bir biçimde gösterilmemiştir.

2. Mesleki Sorumluluk Kurulu düzenlemeleri etkili bir başvuru yoluna ilişkin gerekli güvencelerden yoksundur.

Kurul, sağlık meslekleri üyesi insanların ceza yargılamasına ya da tazminat ödemesine karar karar verecek organ olarak yetkilendirilmektedir. Bir tür yargılama yetkisi kullanacaktır. Bu yetkiyi kullanacak organın kararlarında tarafsız olması, etki altında kalmayacak bir işleyişle oluşturulması, karar verilecek konuda

uzmanlık bilgisine sahip olması veya uzmanlık bilgisinden yararlanmaya ilişkin işleyişin ve ölçütlerinin belirlenmiş olması gerekir.

Nasıl ki mahkemeler ve savcılıklar tarafından çözümü uzmanlığı, teknik/mesleki/bilimsel bilgi birikimini gerektiren hallerde Bilirkişilik Kanunu uyarınca "bilirkişilik" vasfına sahip ilgili uzmanlara başvuru yolları, işleyiş tanımlanmış ise; sağlık hizmetinde kusurlu bir işleyiş olup olmadığı, var ise bunun nedenlerinin ne olduğu konusunun da uzmanlık bilgisi gerektirdiğinden ve bu unsurların Yasa ile düzenlenmesi gerekeceğinden şüphe yoktur. Kanunda, kurulun etkili bir başvuru yolu olabilmesi için tarafsızlık, uzmanlık bilgisine dayanarak karar verme özellikleri güvence altına alınmamaktadır.

Bunların yanında Kurul'un kararları, sağlık mesleği üyelerinin hak ve özgürlükleri ile şikâyetçi kişilerin hak ve özgürlük alanlarını etkileyecektir. Kurulun bileşiminin idarenin temsilcilerinden oluşması, kurulun kararlarının aleniyetini ve böylece kamuoyu denetimini sağlayacak düzenlemelerin noksanlığı da etkili başvuru yolu gereklilikleri ile çatışmaktadır.

3. Kanun ile 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Geçici Madde 13'ün Uygulanması

Kanunun Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesinden önce, halen haklarında 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre ceza soruşturması izni verilen ve bu karara itirazları Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilerek kesinleşenler hakkındaki soruşturma ve yargılamalar devam edecektir.

Kanunun Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra, haklarında henüz kesinleşmiş bir soruşturma izni bulunmayanlar yönünden, dosyalarının Sağlık Bakanlığı Mesleki Sorumluluk Kuruluna soruşturma izni için gönderilmesi gerekmektedir.

Özel sağlık kuruluşlarında çalışanlar hariç diğer sağlık çalışanları hakkında verdikleri sağlık hizmetleri nedeniyle açılmış olan rücu tazminat davalarında, davacı olan idarelere Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurması için iki aylık süre verilecektir. Başvuru yapılması halinde Mesleki Sorumluluk Kurulu kararına göre sağlık çalışanından ödenen tazminat yeniden talep edilebilecek ya da edilemeyecektir. Davacının(idarelerin) başvuru yapmaması hâlinde dava usulden reddedilecektir.

3. Kanunun Sağlık Hizmetlerinde Ortaya Çıkan Zararların Karşılmasına İlişkin Önerisi?

Kanunda, sağlık hizmetlerinde ortaya çıkan zararların tazminini hekimlerin, sağlık personelinin üzerinde bırakan yaklaşım devam ettirilmektedir. 2010 yılından bu yana uygulanmakta olan Zorunlu özel sigortacılık sisteminin değiştirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme teklif edilmemektedir.

12 yıldır Ülkemizde uygulanan sigorta sisteminin kimi sonuçları Türkiye Sigorta Birliği'nin sektör raporları ve duyurularından anlaşılmaktadır. Birliğin 2020 yılı Sektör Raporuna göre, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın yer aldığı genel sorumluluk sigortaları kapsamında 2020 yılında toplam 571 milyon TL tazminat ödenmiş, 2.190 milyon TL prim üretilmiştir¹.

Birliğin duyurularına göre 2016 yılında Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında toplanan prim tutarı "**48.267.453 TL**" dir. Aynı yıl sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle ödenen tazminat(hasar) tutarı ise "**7.738.387 TL**"dir. Yani yıllık toplanan primin yalnızca **%16.03'ü** sağlık hizmetinden doğan zararları karşılamak için kullanılmış, yüzde **%84'ü** ise sigorta şirketlerine gitmiştir.

Bu sistem hastaların zararlarını karşılamamaktadır. Hekimleri de sağlık sistemine ve hastalara güvensiz hale getirmiş, çekinik tıp uygulamaya yöneltmiştir.

Sigorta şirketleri de topladıkları primlere oranla artan tazminat tutarları nedeniyle değil, yıllarca süren davalarda istenen tazminat tutarlarının muallak hasar olarak ikinci kez sigorta ettirilmesinden kaynaklanan bir "teknik zarar"dan söz etmektedirler.

¹https://tsb.org.tr/media/attachments/2020_YILI_SEKT%C3%96R_RAPORU.pdf

Uygulan sistem hastaların, hekimlerin kısaca toplumun zararına tehlikeli sonuçlar üretmektedir. Her an suçlanma kaygısı taşıyan hekimler, sağlık meslekleri mensupları mesleklerinden soğumakta, hasta ile hekim karşı karşıya getirildiği için şiddet artışına neden olunmakta ve olası hata durumlarında da sorunun üzerinin örtülmesi ve böylece sistemin kendi kendini iyileştirmesi kanalları kapatılmaktadır.

Özel sigortacılık sistemi ve dava yolu yerine, hasta ile hekimi karşı karşıya getirmeyen, kim suçlu diye kusur aramayan, sorunun neden kaynaklandığına ve tekrar etmemesi için çözümüne odaklanan kamusal zarar karşılama sistemi uygulayan ülkelerde ise kaynağın paylaşımına ilişkin oranlar tersine çevrilmektedir. Örneğin İsveç'te ayrılan kaynağın **%80'nin** hastaların zararını karşılamak için kullanıldığı ancak **%20'sinin** sigorta şirketi ve avukatlara gittiği bilinmektedir² Diğer taraftan zararlar dava öncesi oluşturulmuş sistemle karşılandığı için uyuşmazlıkların çok azı yargıya yansımaktadır.

- Kötü sağlık hizmetinden dolayı oluşacak zararlarda, hastaların zararlarının kısa sürede tespit edip karşılayacak bir kamusal zarar karşılama sisteminin oluşturulması, hasta ile sağlık personelinin karşı karşıya getirilmeksizin ve kusur karşılığı olmaksızın zararın karşılanması,
- Sağlık hizmetinin kötü işlemeden dolayı doğacak bütün zararların bu kamusal fon tarafından karşılanması, sağlık hizmetlerinde kesinlikle özel sigorta kuruluşları aracılığı ile sigortacılığın söz konusu edilmemesi,
- Kamusal fonun gelir kaynaklarının hekimlerden ya da diğer sağlık personelinin ücretlerinden değil, sağlık kuruluşlarının ödeyeceği bir biçimde oluşturulması, kişilerin değil kurumların risklerinin güvence altına alınması,
- Kamusal fonun yanı sıra kötü işleyen sağlık hizmetlerinin nedenlerini araştırarak tekrar etmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayıcı ulusal bir organizasyonun yapılması,
- Kast ve ağır kusur halleri dışında sağlık personeline yönelik tazminat vb. benzeri yaptırımların ortadan kaldırılması ,
- Hekimlerin, hemşirelerin, diğer sağlık personelinin yetiştirilmesinde ihtiyaca yönelik nitelikli mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim sisteminde bulunan sorunların hızla çözülmesi, sürekli mesleki gelişim/eğitim olanaklarının güvence altına alınması ve geliştirilmesi,
- Sağlık personelinin fazla çalışma ve dinlenme koşullarının sağlık hizmetinde hataya sevk etmeyecek bir biçimde yeniden düzenlenmesi,
- Sağlık çalışanlarının sağlık hizmetindeki diğer denetim mekanizmalarına sürekli etkin katılımının sağlanması gerekir.

Topluma, sağlık sistemine zarar verdiği bütün kanıtları ile ortaya çıkmış bir sistem kötü yönetim örneği değil, felaket derecesinde bir kötü yönetim örneğidir. Özel sigorta ve reasürans şirketlerine giden mali kaynağın çok azı ile bütün zararları karşılamak, sağlık sistemini giderek daha az hata ile hizmet verir hale getirmek, hekimlerin, hemşirelerin, diş hekimlerinin ve bütün sağlık çalışanlarının işlerini güvenli bir biçimde yapmalarını sağlamak mümkündür. 13.05.2022.2022

Özçelik Avukatlık Ortaklığı

Av. Ziyet Özçelik

² Doç. Dr. Müslüm AKINCI (Nordik Eksenli) Karşılaştırmalı Sağlık Hukuku Hakkında Genel Değerlendirme

TPRECD