

Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu -Bilgilendirilmiş Hasta Onayının Önemi-

Uzm. Dr. Selçuk DIŞIBEYAZ

Türkiye Yüksek İhtisas Hastanesi, Gastroenteroloji Kliniği, Ankara

GİRİŞ

Tıp ve Hukuk yüzyıllardır kardeş meslekler olarak görülmüştür. Bunun nedeni hiç kuşkusuz birinin insan yaşamını ve sağlığını, diğerinin ise temel hak ve özgürlüklerini korumaya adanmış kutsal meslekler olmalarıdır.

Hekimin kişinin yaşamını ve sağlığını korumak adına yaptığı müdahale, pek çok açıdan bir yandan etiğin, diğer yandan ise hukukun konusuna girmektedir. Zira bu müdahalenin kendisi, hastanın pek çok temel hak ve özgürlüğünü yakından ilgilendirmektedir. Bunlardan ilk akla gelen, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı olsa da, en azından bunlar kadar önemli olan bir diğeri, "kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı" veya "özerklığı"dir.

Günümüzde hekim ve hukukçuların üzerinde tartışılan temel konuların merkezinde yer alan sorun, bu hakların ne şekilde dengelenmesi gerektiğidir. Sınır kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik verecek şekilde çizildiğinde hekimlerin mesleklerini özgürce uygulamaları konusunda zorluklar ortaya çıkabilmekte ve hekimler insan yaşamını korumak için müdahale ettiklerinde hukuken sorumlu duruma düşebilmektedir. Aksi yönde bir

seçimde bulunulması durumunda ise hastanın, hekimin veya devletin "vesayeti" altında, kendi yaşamına ilişkin en temel kararları alma yetkisi kendisinden esirgenmiş bir "obje" ye dönüşmesi tehlikesi ortaya çıkar. İşte buradaki ince çizginin çizilmesi, bir yandan hekimlere, diğer yandan ise hukukçulara ortakça düşen, ağır ve sorumluluk gerektiren bir görevdir.

Bu görevin yerine getirilmesini zorlaştıran bir başka unsur ise, değişen toplumsal ilişkiler ve gelişen teknik olanaklardır. Eski çağlarda basitçe "hekimin hastaya zarar vermemesi" ve hastanın yararına hareket etmesi yükümlülüğünden veya "hastanın sağlığının en üstün yasa" (Salus aegroti suprema lex) söz etmek olanaklıyken, günümüzde hastanın yarar kavramının, hastanın iradesinden bağımsız, objektif bir değerlendirilmenin konusu olamayacağı tıp etiği açısından kabul edilmektedir. Artık, hekimin, hastanın yaşamını "her ne pahasına olursa olsun sağlama" gibi bir yükümlülüğü yoktur ve "hastanın iradesi en üstün yasadır" (Voluntas aegroti suprema lex)

CEZA HUKUKU AÇISINDAN TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Türk Ceza Kanununa göre (TCK), tıbbi müdahale, "müessir fiil" (etkili eylem) olarak nitelendirilmektedir.

TCK 'nin 456.maddesinde müessir fiil suç tipi "**Bir kimseye cismen eza vermek veya sıhhatini ihlale veya akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olmak**" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama ile her türlü tıbbi müdahale "müessir fiil" tipi suç tanımına girmektedir. Çünkü, "cismen eza vermek" terimi "Bir kimsenin acı çekmesine neden olacak her türlü hareketin yapılması" olarak açıklanmakta ve "sağlığa zarar verme" terimi ise yalnız patolojik durumların yaratılmasıyla sınırlı tutulmamakta, tedavi gerektirmeyen çeşitli sıynk,şiş veya morluklarla, sinir sistemini bozucu hareketleri de kapsamaktadır. Bu açıdan tıbbi müdahale "Vücut bütünlüğüne yönelik doğrudan bir hareket olarak ortaya çıkmakta ve kişi eza çeksin çekmesin ona bedensel bir zarar vermektedir.

Bu durumda Tıbbi müdahale bir suç mudur.? Hayır değildir. Çünkü yapılan eylem bir suçun tanımına girse de, "hukuka uygunluk" durumu sözkonusu olduğunda, suç olmaktan çıkmaktadır. Bu durumu, polislin bir kişiyi yakalamasına benzetebiliriz. Kişinin "özgürlük hakkı"elinden alınmakla suç tanımı oluşmaktadır ama polis bunu devletin verdiği yetkiye dayanarak yaptığından hukuka uygunluk sözkonusudur ve suç olmaktan çıkmaktadır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan, yani suç olmaktan çıkartan da benzer şekilde "Hekimin mesleğini yerine getirmesi hakkı"dır ve bu hak devlet tarafından, anayasaya ve yasalar ile verilmektedir.Yani devlet hekimin tıbbi mudahalede bulunmaya yetkili kılmakta ve bu yetki ile buna izin vermektedir. Bu yetki ile ilgili yasal gereklilikler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-I İcrasına Dair Kanununun 1. Maddesine göre; **Diploma sahibi olmak**, 6023 sayılı Türk Tabibler Birliği Kanununun 6. Maddesine göre ise **Tabib odalarına kayıt olmaktadır**.

HASTANIN İRADESİ

Bu şekilde yetkilendirilen hekimin yaptığı tıbbi müdahale hukuka uygun olmakla birlikte, önemli bir diğer unsur da hastanın "iradesi", yani bu müdahaleye "izin vermesi", "rıza göstermesi", "onayı"dır. Bu iki koşulun bir araya gelmesi, yani hekimin mesleğini uygulama hakkı ile hastanın bu hakkı

kabul etmesi durumunda tıbbi müdahale hukuka uygun olur ve suç oluşturmaz.

Anayasamızın 17/2'nci maddesi "**Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz**" diyerek kişinin kendi geleceğini belirleme, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının tanındığına işaret etmiştir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-I İcrasına Dair Kanununun 70/1.'inci maddesi ise "**Tabibler, dıştabibleri ve dışçiler, yapacakları her nevi ameliye için hastanın evveleminde muvafakatini alırlar**". hükmünü içermektedir. Bu da hastanın onayının yapılacak her türlü tıbbi müdahale açısından bir koşul olduğunu ortaya koymaktadır.

Yine hasta hakları yönetmeliğinin 5 / d maddesi gereği "**Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz**".

Aynı yönetmeliğin 22.maddesine göre ise "**kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz**".

Yine aynı yönetmelik, hastanın **tedaviyi reddetme** hakkını da resmen tanımıştır.

Yargıtay da konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararda "**Kişiler kendi vücutları üzerinde, ayrıntı durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilirler. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleşmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.**" diyerek hasta iradesini tanımış ve aynı kararda bu onayın "**aydınlanmış**", "**bilgilendirilmiş**" olması gerekliliğine, aksi halde bu onayın geçersiz olacağına da işaret etmiştir.

Türkiye tarafından imzalanan "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" nin 5/1'inci maddesinde "**Sağlık alanında herhangi bir müdahale ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.**", aynı maddenin 3.'üncü fıkrasında ise "**İlgili kişi muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir**" denmektedir.

HASTA ONAYININ ÖN KOŞULLARI

1-Onaya ehliyet:

Hastanın özgür, sağlıklı ve geçerli bir iradeyle kendine yapılacak tıbbi müdahalelere onay verebilmesi için, öncelikle bu onayı verebilmesi ehliyetinin bulunması gerekmektedir.Hasta açısından onaya ehliyet "Hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi" olarak tanımlanmaktadır.

Yaş, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle, müdahalenin yöneldiği yararların değerini veya önemini anlayacak durumda olmayan, onay açıklamasının hangi sonuç veya riskleri doğuracağını öngöremeyen veya onay ile amaçlanan sonuca ulaşmak için kendisine daha az yük getirecek hangi seçeneklerin bulunduğunu kavrayamayan kişiler, **onaya ehliyetsizdir**.

Yaş ve diğer ehliyetsizlik durumları:

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-İ İcrasına Dair Kanununun 70/1'inci maddesine göre "**Tabibler, dış-tabibleri ve dışçiler (...)** hasta küçük veya taht-i hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar" denmektedir. Burada bir yaş sınırının verilmemesi birlikte, ergenlik yaşının sınır alındığı düşünülebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.'üncü maddesinde de "**Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır**" denmektedir.

Görüldüğü gibi yasal düzenlemelerde onay yaşıyla ilgili bir boşluk bulunmaktadır. Ayrıca yasal velinin onay verdiği, küçüğün onay vermediği bir durumda nasıl davranılması gerektiği de açık değildir.

Hastanın küçük olması ve yasal velinin ise tıbbi müdahaleye onay vermekten kaçınması durumunda ise, Medeni kanununun 346'ıncı maddesinde yer alan hüküm gereği hakim velinin elinden bu hakkı alabilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/2'inci maddesinde de "**Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346. ve 487.'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.**" denmektedir.

Yasal veliye zamanında ulaşılması ve onayın aranmasının olanaksız olduğu durumda ise "var-

sayılan onay" durumunun koşulları aranmalı ve ona göre davranılmalıdır.Varsayılan onay durumu, kişinin irade beyan edebilecek durumda olması durumunda nasıl bir karar vereceğinin, daha önce aksi yönde bir beyanı olmaması durumunda, tahmin edilmesi ve buna göre davranılması demektir.Yani, bilinci kapalı bir biçimde hastaneye getirilen bir hastaya müdahale edilmesi gerektiğinde, kişi bilinçli olsaydı, vereceği karar da bu şekilde olurdu denerek hekimin uygun gördüğü müdahaleyi yapması durumudur.

Diğer ehliyetsizlik durumları ise Akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve Sarhoşluk halleridir.Bu durumlarda onay için bir vasi aranmalı veya vasi atanması için mahkeme kararı alınmalıdır.

2-Hasta iradesinin müdahaleye yetkili kişiye yönelmesi:

Daha önce belirtildiği gibi, geçerli bir onayın bulunması, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun bir duruma getirmeye yetmemekte, buna ek olarak müdahalede bulunan kişinin hukuk düzeni tarafından bu konuda yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-İ İcrasına Dair Kanununun 1. Maddesine göre; "**Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi sürette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.**"

Aynı yasanın 2'inci maddesine göre ise bu diplomanın **Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve sicile işlenmesi gerekmektedir.**

Diploma sahibi olmanın yanında ikinci bir koşul da asker, sivil veya memur olsun her hekimin **Tabib odasına kayıt olması gerekliliğidir.**

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-İ İcrasına Dair Kanununun çeşitli hükümlerinde, hekimler dışındaki sağlık görevlilerine de belirli tıbbi müdahaleler açısından yetki tanınmıştır. Bunlar, "Küçük sıhhiye memurları", "Sünnetçiler", ve "Hastabakıcı Hemşireler" olarak belirlenmiştir.

3-Hastanın bilgilendirilmiş olması:

Sağlıklı bir iradede söz edebilmek için öncelikle iradesini, onaylama veya onaylamama yönünde açıklayan kişinin, bu iradesinin konusu ve sonuçları üzerinde tam bir bilgisinin olması gerekecektir.

Yani hekim, müdahale öncesinde, hastanın kendi geleceğini saptama hakkı çerçevesinde, yapıla-

çak müdahalenin uygulama şeklini, olası sonuçlarını, doğabilecek istenmeyen durumları, bu müdahale dışındaki seçenekleri, bunların yarar ve olası zararlarını ayrıntılı bir şekilde hastaya anlattıktan sonra onayını almalıdır.

Bu zaten hekimlik etiğinin de ayrılmaz bir parçasıdır ve hekimin bir yükümlülüğüdür.

Yargıtay da bilgilendirme yükümlülüğünü tanımıştır. Konuya ilişkin kararda "**Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak tıbbi müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıların ile bilmesi., bu konuda yeteri kadar aydınlatılmasına bağlıdır**" denmiştir.

Türkiyede geçerli olan yasal düzenlemelerde, bilgilendirme yükümlülüğünün koşullarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14 / 2'inci maddesi gereği, hekime "**Hastanın manevi yatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin açıkça söylenmesi**" ödevi yüklenmiştir. Ayrıca Organ ve Doku Nakli hakkındaki 2238 sayılı yasada da, **hastaya bilgilendirmede bulunulması şartı** aranmaktadır.

Bizzat müdahaleyi yapacak olan hekim bilgilendirme işlemini üstlenmelidir. Ancak tıbbi olarak bir takım halinde çalışılması durumunda hiyerarşik açıdan en uygun kişi de bu görevi yapabilir. Broşür v.s türü belgelerin verilmesi yüzyüze görüşmenin yerini tutmaz ancak ek yarar sağlayabilir. Bu tür belgelerin müdahaleye özgülenmiş olması gerekir. Dolayısıyla, hastaya yapılacak işleme ilişkin üzerinde hiçbir bilgi yer almayan veya çok az ve yetersiz bilgi içeren yazıların verilmesi veya hastanın bilgilendirildiğine ilişkin bir kağıt imzalatılmış olması hiçbir şekilde bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamını taşımayacaktır. Yine bu gibi bir kağıdın imzalatılması, hekimin yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlaması açısından da belirleyici bir etken olmayacaktır. Zira sözkonusu olan herhangi bir borcun ibrası değil, hastanın kendisine yapılan müdahaleye gösterdiği rızanın geçerliliği yani temel bir hakka yönelen müdahalenin hukuka uygunluk ölçütüdür. Ancak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-I İcrasına Dair Kanununun 70'inci maddesine göre "**Büyük ameliyei cerrahiyeler için muvaffakatın tahriri (yazılı) olması lazımdır**" denmektedir.

Yargıtay, verdiği bir kararda rektal muayene sırasında kızlık zarı yırtılan bir hahtanın açtığı davada, böyle bir riskin varlığı konusunda hastayı bilgilendirmeyen hekimi sorumlu tutmuştur ve hastanın bilgi durumu da dikkate alınarak, muayene rektumdan yapıldığına göre hastanın böyle bir durumu önceden öngöremeyeceği ve dolayısıyla müdahale öncesi bilgilendirilmiş olması gerektiği kararına varmıştır.

Bilgilendirme yapılmaması durumunda, hasta onayı alınsa bile bu onay hasta iradesini değiştirebilecek bilgilendirme unsurundan yoksun olduğundan, onay da geçersiz sayılacak ve hasta onayı yok sayılacağından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu kalmayacak ve müessir fiil yönünden suç unsuru olabilecektir.

Tedaviyi red hakkı:

Çeşitli uluslararası tıp etiği belgelerinde açıkça yer almakla birlikte, Türk hukukunda, onayı tedavinin koşulu olarak kabul eden ve yukarıda sözü edilen çeşitli düzenlemelerin dışında, yasal düzeyde resmen kabul edilmemiştir.

Buna karşılık Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuda bir düzenlemede bulunmuştur. Bu yönetmeliğin 25'inci maddesine göre "**Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek ve durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.**

SONUÇ

Görüldüğü gibi, tıbbi müdahaleler, TCK 'da tarif edilen, müessir fiil suç tipi içinde yer almaktadır. Bu durumu suç olmaktan çıkartan ise, hekimin yaptığı işin hukuka uygunluğunun sağlanmasıdır. Hukuka uygunluk durumu için ise 2 önemli koşul aranır; hekimin amayasa ve yasalarla verilmiş yetkilerinin olması ve Bilgilendirilmiş hasta onayı. Bu iki koşulun bir arada olması durumunda hekimin yaptığı müdahale, suç kavramı içinde değerlendirilmez. Ancak, yapılan müdahaleden dolayı oluşabilecek, hata, kusur, ihmâl, kast gibi fiillerle oluşabilecek hukuksal durumları da engellemez.

KAYNAK

Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Barış ERMAN, Yayınlanmış Tez Çalışması, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2003 (Özetlenerek aktarılmıştır)