

# Sağlık hukukunda aydınlatılmış rıza

**Uğur Şimşek**



1982 yılında Denizli, Çivril'de doğdu. Selçuk Üniversitesi (SÜ) Hukuk Fakültesi'nden 2003 yılında mezun oldu. Ceza ve Ceza Usul Hukuku yüksek lisansının ardından Türkiye Barolar Birliği Sağlık Hukuku İleri Eğitim Programını tamamladı. Denizli'de serbest avukat olarak görev yapan Şimşek'in çalışma alanları sağlık hukuku, ceza hukuku ve tazminat hukukudur.

**S**on yıllarda özellikle bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmelerin tıp ve sağlık sektöründeki yansımaları üzerine bu alanda birçok çeşitlilik ve ilerleme meydana gelmiştir. Bununla birlikte sağlık alanındaki bu büyüme elbette hukuki açıdan süratle yeni düzenlemeler ve sorunları da beraberinde getirmiştir. Sağlık hukuku alanı çok genişler ve dağınık düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte konuya giriş yapmadan önce başlıca kavramların açıklanmasında fayda vardır.

Tıp; sağlığın korunması, bozulmuşsa tedavisi için uğraşın, bunun için gerekli teşhis, tedavi ve korumaya yönelik çalışmalarında bulunan birçok alt bilim dalından oluşan disiplinlerin genel adıdır. Sağlık, kişinin bedensel, duygusal, zihinsel ve toplumsal bakımdan çevresiyle uyum içerisinde işlev görebilme yeteneğine sahip olması, bedensel ve/veya ruhsal yapısında herhangi bir sakatlığın, işlev bozukluğunun olmamasıdır. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmamak değil; bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan iyi olma hâlidir. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de bu düzenlemeyle örtüşür şekilde "*Sağlık; yalnız hastalık ve maluliyetin*

*yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

Sağlık tanımlamasında sosyal ölçütlerin kabulü psikolojik ve rehabilite amaçlı tedaviler ile özellikle estetik müdahaleler açısından önem arz etmektedir. Zira endikasyon yani tıbbi zorunluluk açısından sosyal ölçütün kabulü müdahaleyi hukuka uygun hale getiren en önemli etken olmaktadır. Tıp hizmetinin sunumunda, sağlık arayanlar (hastalar) ve bu hizmeti sunanlar (hastane, hekim, teknik ve idari personel, sağlık çalışanları) ile bu hizmetin sunumunda yardımcı kuruluşlar (eczaneler, ilaç firmaları, medikal, sigorta kuruluşları gibi) sürekli etkileşim halindedirler. Bazı yazarlar, tıp hukukunun ilaç hukuku, hastane hukuku gibi sağlık hukuku kavramı içerisinde alt bir kavram olması gerektiğini, zira sağlık hukuku kavramının çok geniş bir yapıyı içine aldığı ifade etmektedirler.

Genel bir tanımlama yapmak gerekirse sağlık hukuku; sağlık hizmeti sunanlar, sağlık hizmetinden faydalananlar, yardımcı kuruluş ve kişiler ile devlet arasında, bu tarafların her birinin birbirileri ile aralarında meydana gelen ihtilafları konu alan özel hukuk ve kamu hukukuna ilişkin kurallardan oluşan karma ve çok geniş bir hukuk dalıdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere olayın tarafları arasındaki ilişkinin mahiyeti, tarafların niteliği, ilişkinin konusu gibi birçok etkene bağlı olarak uygulanacak hukuk kuralları, yargı yolu ve görevli mahkeme değişiklik gösterebilmektedir. Buradan hareketle

sağlık hukuku alanında uygulanan başlıca genel kanunlar medeni hukuk, borçlar kanunu, ticaret kanunu, idari yargılama usul kanunu, sosyal güvenlik mevzuatı ve cezai sorumluluk açısından Türk Ceza Kanunudur. Bunların yanında 1219 Sayılı Kanun başta olmak üzere birçok özel sağlık mevzuatı da uygulama alanı bulmaktadır. Bu kanunların olaya uygulanışına göre de açılan davalar adli yargı alanında asliye hukuk, ticaret ve iş mahkemelerinde görülmekte iken, idari uyuşmazlıklarda ise idare mahkemeleri görev yapmaktadır. Ayrıca cezai olarak askeri veya adli ceza mahkemelerinde de sağlık hukukundan kaynaklı olarak görevli sağlık personelinin ve ilgililerin yargılanması söz konusu olabilmektedir. Diğer yandan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yapılan düzenlemeler sonrasında tüketici işlemi kapsamında sayılan vekâlet sözleşmesi sebebi ile 28.05.2014 tarihi itibarıyla tüketici mahkemeleri de sağlık hukuku alanında görevli mahkemeler kervanına katılacak olup çoğu asliye hukuk davası tüketici mahkemesinin görev alanına girecektir. Uyuşmazlık mahkemesi ise bu mahkemeler arasında yargı yoluna ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesi ile görevlidir. Diğer yandan alternatif çözüm yolları olan sulh, tahkim ve arabuluculuk yolu ile de sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü mümkün olabilmektedir.

## Tıbbi müdahale

İnsanın yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü en temel haklardan olup, bu konuda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta

\*Bu çalışma, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde 08.05.2014 Tarihinde 28994 Sayılı Resmi Gazete' de Yayımlanan Yönetmelik ile yapılan değişiklikler doğrultusunda yeniden gözden geçirilmiştir.



olmak üzere birçok uluslararası düzenleme ve iç hukuk kaidesi mevcuttur. İç hukukumuzda bu konuda en bağlayıcı norm olan Anayasanın 17/2 maddesi ile insan vücuduna yapılacak müdahalenin sınırları açıkça belirtilmiştir. Buna göre *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."*

Her müdahale, tıbbi bir müdahale değildir. Örneğin bıçakla bir kişiyi yaralayan saldırganın fiili vücuda yönelik müdahaledir ancak tıbbi bir müdahale değildir. Diğer yandan bazı müdahaleler de tıbbi olmakla birlikte hukuka uygun değildir. Örneğin tıbbi standartlara uygun gerçekleştirilen bir böbrek nakli para karşılığı yapılmışsa yine hukuka aykırı hale gelecektir. O halde bir tanım yapmak gerekirse "Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim olarak tanımlanmaktadır.<sup>(1)</sup> Tıbbi müdahale en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi ameliyatlara kadar uzanır<sup>(2)</sup> Örneğin; cerrahi operasyon, ilaç tedavisi, psikoterapi, aşı, doğum kontrolü gibi...

#### **Tıbbi müdahalenin unsurları:**

#### **Tıbbi müdahale, yetkili kişi tarafından yapılmış olmalıdır**

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin istisnalar haricinde hekim olması gerekmektedir. Bu konuda 1219 Sayılı Kanunun 1. Maddesinde açıkça tıp mesleğinin icrası için tıp fakültesi mezunu olmak şartı aranmıştır. Bununla birlikte hekimin Türk vatandaşı olma şartı 2011 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Yine aynı kanunda dış müdahaleleri için de dış hekimin olunması gerektiği belirtilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere genel olarak tıbbi müdahalede bulunma yetkisi hekimlere ait olmakla birlikte bir kısım tıbbi müdahaleler hekim denetim ve gözetiminde yardımcı sağlık personeli tarafından yapıldığı gibi (örneğin ebenin gebe takibi, hastaya sonda takılması), bir kısım müdahaleler de hekim dışındaki sağlık personeli tarafından bizzat yapılır (fizyoterapistin fizik tedavi yapması, radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi).<sup>(3)</sup> Sağlık personelinin hangi konularda yetkili olduğu ise yasal mevzuatlarında ayrıntıları ile belirtilmiştir.

**Sağlık personeli:** Sağlık personeli tanımlaması geniş bir kesimi içine alsada tıbbi müdahale yetkisi verilen sağlık personeli tıbbi nitelikli faaliyet gösteren daha dar bir grubu ifade etmektedir.

Tıbbi müdahale tıbbi zorunluluk yani endikasyon koşulu ile yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesine rağmen aydınlatılmış rıza yükümlülüğü ihlal edilmiş ise hatalı tıbbi müdahale yani tıbbi malpraktis olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hukuka uygunluk şartını ortadan kaldırdığı için, ceza ve özel hukuk anlamında ağır sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Ceza hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, kasten yaralama veya öldürme fiilinin oluşmasına sebep olur.

Gerçekten ceza yargılaması açısından da "sağlık mesleği mensuplarının suçlu bildirmemesi" suçunun düzenlendiği 280.Madde de sağlık mesleği mensubu deyiminden "tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler" in anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>(4)</sup>

**Uzmanlık:** Hekimler kendi içlerinde uzman olup olmamasına göre pratisyen ve uzman hekimler olarak sınıflandırılmaktadır. Tıbbi müdahaleler açısından kanunda genel olarak pratisyen ya da uzman doktor ayrımına (açıkça yazılı istisnai haller dışında) gidilmemiştir.<sup>(5)</sup> Ancak Danıştay 10.Dairesi, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün fizik tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri ile ilgili yayımladığı genelgeye karşı açılan iptal davasında "Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, tıp alanındaki uygulamaların bilimsel olarak o dalda gerekli ve yeterli eğitimi almayı gerektirdiği, dolayısıyla her uzman hekimin yalnızca kendi uzmanlık alanında uygulama yapma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata uyarlılık bulunmamaktadır." şeklinde hüküm kurarak tıbbi müdahalelerde uzmanlık alanı dışına çıkılmaması gerektiğine işaret etmiştir.<sup>(6)</sup>

**Acil durumlar/ilk yardımlar:** Bir diğer mesele acil durumlarda sağlık personeli dışında kişiler tarafından kazazede veya yaralılara yapılan müdahalelerdir. Bu tip durumlar tıbbi müdahale kapsamında olmadığından, ilk yardım da bulunan kişilerin de hekim olması lüzumu yoktur. *Zira ilk yardım müdahaleleri, 24762 Sayılı İlk Yardım Yönetmeliği Kapsamında, ilk yardım eğitimi almış kişiler tarafından, tıbbi araç ve gereçler kullanılmadan ve ilaçsız olarak yapılan müdahalelerdir. Oysa tıbbi müdahale de tıbbi ve bilimsel yöntem ve araçlar kullanılır.* Bu kişilerce yapılan kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal mahiyetindeki müdahalelerin cezalandırılmamasının sebebi, zaruret hali kapsamında değerlendirilmesidir. Örneğin kaza anında araç içinde sıkışan veya kalbi duran bir yaralıya araç gereç veya ilaç kullanmadan ilk yardım eğitimi almış bir sivil şahsın yardım etmesi durumunda bu kişinin yaptığı müdahaleden bir zarar doğsa da eğer gerekli itina gösterilmiş ise sorumluluk doğmaz. Ancak ilk yardım eğitimi almamış ise şahsın, yaralı veya kazazedeye müdahale etmeyip hemen olayı polis ve ilk yardım görevlilerine bildirmesi gerekir. Zira aksi takdirde TCK md.98 gereği yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali sebebi ile yine cezai sorumluluk ile karşı karşıya kalınması muhtemeldir.<sup>(7)</sup>

Yukarıda açıklanan husus ilk yardım "görevlilerinin" izin verilen tıbbi müda-

halede bulunma yetkisinden farklıdır. Zira sivil vatandaşlar araç-gereç ve ilaç kullanmaksızın, ilk yardım eğitimi almış olmaları koşulu ile yalnız ilk yardımda bulunabilirken; ilk yardım görevlileri ise mevzuat dâhilinde izin verilen bir takım "tıbbi" müdahaleleri yapma yetkisine sahiptir. Bu da durumun aciliyeti sebebi ile belli başlı tıbbi müdahaleleri içermektedir.

**İhmalî davranışla kasten öldürme/yaralama(TCK md.83,88):** Burada temas edilmesi gereken önemli bir husus da TCK md.83 de düzenlenen "Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla Gerçekleştirilmesi" ve yine bu suçla paralel olarak düzenlenen TCK md.88 deki "Kasten Yaralamanın İhmalî Davranışla İşlenmesi" suçudur.<sup>(8)</sup> Bu suçlarda sorumluluk sebebi olarak için icrai davranışa denk bir ihmalin bulunması aranmıştır. Bu haller ise genel olarak kanuni zorunluluk, sözleşme yükümlülüğü ve önceden meydana gelen bir eylem sebepleri ile önleme yükümlülüğü olarak belirtilmiştir. Bu tip durumlarda sanık açısından bir nevi garantörlük olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında, hekimin hastanedeki çalışma saatleri dışında kendisi nöbetçi bulunmadığı bir dinlenme zamanında bulunsa bile, hekimliğinin yalnız kendi uzmanlık bölümü ile ilgili olan bir hastalığın muayene ve tedavisi için çağrıldığına hemen gitmesi ve gereğini yapmakla görevli sayılması gerektiğine karar vermiştir. (CGK, 09.01.1991, 1/1).<sup>(9)</sup>

Sağlık Mevzuatımızda 1219 Sayılı Kanun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md. 18 ve Özel Hastaneler Kanunu md. 32 hükümleri ile hekimlere acil durumlarda tıbbi yardımda bulunmaktan kaçınmamak konusunda kanuni bir ödev yüklenmiştir. Bu sorumluluk çerçevesinde hekimlerin acil durumda bulunan kişiye gerekli tıbbi yardımda bulunmaması halinde TCK md.83 veya md.88 gereği cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Bunun tipik örneği acil serviste gerekli tıbbi yardım yapılmadan yatak olmadığı gerekçesi ile hastanın başka hastaneye sevk edilmesi durumlarında yaşanmaktadır. Bu hallerde hastanede yatak bulunmaması tıbbi yardım yapılmaması için yeterli bir gerekçe olmayıp sorumluluk sebebidir.<sup>(10)</sup> Yine örneğin bir trafik kazasında, kazayı ve yaralıyı gördüğü halde tıbbi yardımda bulunmaksızın olay yerinden uzaklaşan bir hekim de aynı hüküm gereği sorumlu olacaktır.

**Yetkisiz kişilerin yaptığı tıbbi müdahaleler:** Sağlık personeli olmayan kişiler tarafından yapılan ve sayılan istisnalar dışında kalan tıbbi müdahalelerde ise 1219 S.K. md.25 ve TCK'nın taksirle yaralama veya öldürmeye ilişkin kuralları birlikte uygulanacaktır. Dış hekimliği diploması olmayan dış çekimi yapanlar

ise yalnız 1219 S.K.md.41 ile sorumlu olacak, TCK anlamında taksir ile sorumlu olmayacaklardır.

### **Müdahalede tıbbi zorunluluk bulunması: "Endikasyon şartı"**

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için yapılan müdahalenin aynı zamanda tıp biliminin verilerine göre zorunlu olması gerekmektedir. Tıp dilinde endikasyon olarak tabir edilen kavram hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum ya da belirti anlamına gelmektedir.<sup>(11)</sup> Tıbbi müdahalede bulunmak için tıbbi zorunluluğun bulunması gerektiği, başta Anayasanın 17. Maddesi olmak üzere Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde de ifade edilmiştir. Endikasyon şartı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurlardan biri olduğundan her durumda varlığı sıkıca araştırılmalıdır. Zira tıbbi gereklilik bulunmaması durumunda müdahale haksız olacak ve doğal olarak da ceza hukuku anlamında kasten yaralama/öldürme/görevi kötüye kullanma suçları vücut bulabilecek, özel hukuk anlamında ise tazmin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Danıştay endikasyonsuz tıbbi müdahale ile ilgili açılan bir tam yargı davası üzerine önüne gelen dosyada "... durumun hayati aciliyeti sebebiyle özel bir diyaliz merkezinde sekiz ay diyaliz tedavisi gördüğü; tedavinin davacıya 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 şikâyetinde bulunduğu; anılan kurumun müfettişlerince davacının Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporunda; tıp 2 DM + hipertansiyon + diyabetik nefropati tanısı konulduğu..." şeklinde açıklama yaptıktan sonra dava açma süresinin de "sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinin Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporuyla ortaya çıktığı"na yani öğrenme ile başlayacağına karar vermiştir.

Hekime hasta üzerinde tıbbi müdahalede bulunma yetkisi veren tıbbi gereklilik şartı, tıbbi müdahalenin tanımı ile alakalı olarak sadece bir hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik değil, aksine hazırlayıcı, teşhis edici veya sonraki müdahaleleri de kapsar şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin narkoz, ameliyat, ilaç tedavisi, kemoterapi, kan alma, röntgen gibi...<sup>(12)</sup>



Burada üzerinde önemle durulması gereken noktalardan biri de tıbbi endikasyon yanında, sosyal ve psikolojik endikasyonun da (örneğin estetik ameliyatlara veya erkek çocukların sünnet edilmesi gibi), tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olarak kabul edilmesidir. Zira sağlık, tıbbi müdahale ve endikasyon kavramlarının hepsinde sosyal ve psikolojik etkenler bir bütün olarak kabul edilmiş ve günümüzde oldukça tartışılan estetik ameliyatlara hukuka uygunluğunun temel dayanağı olmuştur. Bu açıklamalar ışığında yapılacak olan estetik müdahalelerin amacı iyi değerlendirilmeli, sosyal ve/veya psikolojik olarak "hasta"nın sağlığı açısından gerekli olup olmadığı tespit edilmelidir.

Diğer yandan yine organ naklinde verici bakımından herhangi bir endikasyon bulunmamasına, cinsiyet değişikliği, suni döllenme, tedavi amacına yönelik araştırma faaliyetleri doğrudan bir tedaviyi amaçlamamasına rağmen, dolaylı olarak tedaviyi amaçlayan müdahalelerdir. Bu sebeple, söz konusu müdahaleler bakımından da aynı esasların geçerli olduğu düşünülmektedir.<sup>(13)</sup> Ancak bu konuda açık olarak (verici açısından) doğrudan gereklilik bulunmadığından yasal düzenleme yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>(14)</sup>

### Müdahaleden önce hastanın "aydınlatılmış" rızasının alınması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için diğer tüm şartların bir arada olması halinde aranacak bir diğer unsur da ilgilinin yani hastanın, yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olmasıdır. Bu zorunluluk yasal mevzuatımızda da birçok yerde tekrarlanmak suretiyle dile getirilmiştir.<sup>(15)</sup> Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki bu insanın sağlığı

üzerindeki rızasını kullanma hakkı sınırsız değildir. Örneğin tıbbi araç ve gereçlerle ve hekim tarafından böbreği alınan bir kimsenin bu müdahaleye organını para karşılığı satmak için rıza göstermiş olması durumunda hem verilen rıza hukuka aykırı hem de tıbbi gereklilik bulunmadığından müdahale hukuka aykırı olacaktır. Yine ülkemizde olduğu gibi aktif ötenazi yasağı bulunan ülkelerde de kişinin yaşamının etkin bir müdahale ile sonlandırılması yasaktır. Buradan çıkarılan sonuç kişinin rızası ile endikasyon şartının paralel olduğu yani kişinin rızasının olağan durumlarda ancak tıbbi gereklilik bulunması koşulu ile geçerli olduğudur.

**Aydınlatılmış rıza:** Diğer yandan hastanın rızasının alınması da müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için tek başına yeterli değildir. İşte uygulamada aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza gibi kavramlarla da anılan *aydınlatılmış rıza, riskleri, (informed consent), "riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerin de risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ya da uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü"* olarak tanımlanabilir.<sup>(16)</sup>

Rıza konusunda yasal dayanakları yukarıda belirtmiş olsak da aydınlatılmış rıza konusu daha çok uygulamada başlangıçta hasta hakkı olarak gelişmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından aydınlatılmış rızanın temel dayanağının Anayasa da belirtilen onura, özgürlüğe, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına saygı ve koruma yükümlülüğü öngören temel prensiplerden geldiğini ileri sürmektedirler.<sup>(17)</sup> Ancak Hasta Hakları

Kişinin müdahale sonucunda iyileşip iyileşmemesi önemli değildir. Burada zarar kavramı özel hukuktakinden farklıdır. Örnek vermek gerekirse aydınlatma yapılmaksızın cerrahi operasyon geçiren bir hasta iyileşmiş olsa da ceza hukuku anlamında zarar kişiye neşter vurulmasıyla oluşmuştur. Hareket ve meydana gelecek netice hekim tarafından istenmiştir ve bu nedenle kasten yaralama fiili ile sorumludur.

Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan değişiklikler ile artık bu bir hak değil zorunluluk olarak mevzuatımızda yerini almıştır.

**Vekâletakdi:** *Kanaatimizce* yukarıdaki görüşler haklı olmakla birlikte, *aydınlatılmış rızanın hukuksal dayanağı yalnız sağlık hukukuna değil tüm vekâlet sözleşmelerine hitap eden bir içeriğe sahiptir. Şöyle ki; hekim-hasta arasında meydana gelen vekâlet sözleşmesi ve bu akitten kaynaklanan özenle ve basiretli bir vekil gibi hareket etme borcu kapsamında hekim-hastasını "bilgilendirmek" yükümlülüğü altındadır.* Zira vekil edenin sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için öncelikle bu konuda iradesinin oluşması gerekmektedir. *Vekil(hekim), vekil edenin(hastanın) sağlıklı karar alabilmesi için uygun zemini hazırlar(onu teşhis ve tedavi, riskler, vs. hakkında bilgilendirir, aydınlatır), karar verme yetkisini artık iradesi ve rızası aydınlanmış olan vekil edene bırakır(otonomi-yukarıda savunulan özerklik ilkesi).* Artık verilecek karar kişinin kendi tasarrufundadır.

Hekim, vekâlet sözleşmesinin genel özelliğinin neticesi olarak sonucu taahhüt etmez ve gerekli dikkat ve özeni göstermek koşulu ile meydana gelen olumsuz sonuçlardan da sorumlu değildir. Yargıtay bir kararında durumu şöyle özetlemiştir: *"Hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin*



*“tıp kural ve gereklerine” uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmişse artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.”<sup>(18)</sup>*

**Bilirkişilik:** Hekimin tıbbi müdahale sırasında gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğini tespit etmek teknik bir mesele olup hâkimin takdirinde değildir. Bu nedenle sağlık hukuku ile ilgili davalarda teknik bilirkişilerden görüş alınır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 2010 yılında 1219 S.K.md.75 ile ilgili olarak verdiği iptal kararına değin ceza davalarında Sağlık Bakanlığına bağlı olan Yüksek Sağlık Şurası zorunlu bilirkişilik müessesesi iken, bu tarihten itibaren artık hem hukuk hem de ceza davalarında mahkemeler; Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp ve üniversitelerin tıp fakültelerinden bilirkişi raporu olarak karar verebilmektedir. Mahkemeler bu raporlar ile yetinmeyip yeniden ek rapor alabilmekte, başka bir kurumdan rapor isteyebilmekte ve hatta istisnaen raporun aksine de gerekçeli olarak hüküm kurabilmektedir.

Yüksek Mahkeme de bir kararında *“Her ne kadar yerel mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının kamında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikâyetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektığında lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki*

*düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.”* şeklinde hüküm kurarak bu hususa işaret etmiştir.<sup>(19)</sup>

**Sorumluluk:** Vekâlet akdi gereği, hekim her türlü kusurundan sorumlu olacaktır. Ancak hastanın zarar oluşumunda veya artmasında etkisi varsa tazminattan indirim yapılabileceği gibi olayın özellikleri göz önüne alınarak takdiri bir indirim de yapılabilir (Borçlar Kanunu md. 51,52). Diğer yandan bu hususlar ceza hukuku anlamında kusurun/taksirin ağırlığı ve cezanın bireyselleştirilmesinde kuşkusuz göz önüne alınacaktır.

**Yüksek mahkeme kusur ve dolayısıyla özen borcu ile ilgili olarak** “Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 390/2). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/2). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüd ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören ve doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/1 uyarınca vekâleti

gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” “Şu durum karşısında orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özenin, davalıya gösterilmediği açık olup, ihmal ve kusurunun kabulü zorunludur” şeklinde karar vermiştir.<sup>(20)</sup>

Belirtilen Yargıtay Kararında da görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme; hekimin göstereceği dikkat ve özenin kriterini, orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özen olarak belirlemiş, ayrıca sadece mesleki değil genel hayat tecrübelerine de uygun hareket etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Hekim acil durumlarda dahi gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olup, Yüksek Mahkeme de bir kararında “ameliyatın acil olması, Pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi, fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamayacağına” karar vermiştir.<sup>(21)</sup>

**İspat:** Aydınlatmanın ispatı konusunda Yönetmelikte yapılan düzenleme ile birlikte artık fiili durum resmi şekil kazanmıştır. Eski uygulamada aydınlatma her şekilde ispat edilebilmekle birlikte (açıkça yazılı olmasının arandığı haller dışında) ispat yükü hekim veya hastane üzerinde olduğu için aydınlatma yapılmadığı iddiasına karşın yazılı olarak yapılması adeta bir zorunluluk oluşturmaktaydı.<sup>(22)</sup> Zira hasta tarafından aydınlatılmadığı iddia edildiğinde, tıbbi kayıtlar esas alınmakta ve aydınlatılmış rıza (onam) formlarının da içinde yer aldığı bu kayıtların tutulmaması/eksik, yanlış ve hatalı tutulması sorumluluk doğurmaktaydı.<sup>(23)</sup> Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan değişiklikle md.28 de Rıza'nın geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı belirtilmiş olmakla birlikte, md. 26 da “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır.” hükmü ile aydınlatmanın ispat şekli konusunda açıklamalarımız doğrultusunda düzenleme yapılmıştır.

Kişinin rızasının aydınlatılmış olarak alındığının kabulü için her olayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Zira tıbbi müdahalenin niteliği, şekli, kişilerin durumu gibi birçok kriterle bağlı olarak aydınlatmanın kapsamı ve ispat yükü de değişebilmektedir. Aydınlatılmış rıza ve rızanın varlığı konusunda İspat meselesinde dikkat edilecek temel nokta “ilk görünüş ispatı” ve “hayatın olağan akışı” kavramlarıdır.<sup>(24)</sup> Bu hususta, aşağıda incelenen Yargıtay kararı, aydınlatılmış rızanın ispatı açısından olayların çözümüne büyük ölçüde ışık tutacaktır.

Olayda; “...Eline çivi batan köylü vatan-

daş tedavisi için köyünden kalkıp şehir merkezindeki üniversite hastanesine gelir. Vatandaşın tedavisi pansuman yapılmak suretiyle yapılır ve köyüne geri gönderilir. Olayın ikinci aşamasında vatandaş tetanos iğnesi yapılmaması nedeniyle bir süre sonra tetanos olur, kasılmaları başlar ve tetanos sebebiyle yoğun bakıma alınır. Olay yargıya intikal eder. Sağlık personeli savunmasında "Biz ona tetanos aşısı olman gerekiyor dedik, o kabul etmedi" şeklinde beyanda bulunurlar, hatta bu konuda birçok tanık da dinletmişlerdir. Yargıtay ise kararında, köylü vatandaşın eline çivi battığı için köyünden kalkıp şehir hastanesine gitmesini yapılacak tedavileri kabul etmek olarak yorumlamış, karine olarak kabul etmiş, sağlık personelinin bu durumdaki bir vatandaşın tetanos aşısı yapılmasını kabul etmeyeceğine yönelik savunmalarını geçecek bulmamış ve itibar etmemiştir.<sup>(25)</sup>

Yine 13.H.D. 19.10.2006 Tarih, 10057 E. 13842 K. Sayılı İlamında "...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 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyuşmamaktadır..." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Sonuç olarak aydınlatma ve rıza konusunda ispat şekli konusunda tıbbi müdahalenin şekli ve önemine göre ispat şekli ve yükü de yer değiştirebilmektedir.

"Aydınlatılmış Onam" başlıklı Hekimlik Meslek Kuralları md.26/1 ve 08.05.2014 Tarihli Düzenleme ile Değişik Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Bilgilendirmenin Kapsamı" başlıklı 15.maddesi paralel hükümler içermektedir. Buna Göre;

#### **Hekim hastasını şu konularda aydınlatmakla yükümlüdür:**

- Sağlık durumu ve konulan tanı, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, Önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri
- Muhtemel komplikasyonları,
- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar

- Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği.

Yönetmelikte yapılan düzenlemelerle birlikte uygulamada kabul edildiği üzere aydınlatmanın bir yükümlülük olduğu Yönetmelikte de açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine aydınlatmanın kapsamı da uygulama doğrultusunda genişletilmiş ve önceki düzenlemede bulunmayan birtakım hükümler ilave edilmiştir.

Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim kişinin özgür ve aydınlatılmış rızası ile yapılabilir. Alınan rıza baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Uygulamada ispat açısından genellikle "aydınlatılmış onam formu" diye anılan matbu formlar ile hastaların aydınlatıldığı görülmekte ise de bu şekilde yapılan bir işlem olayın özelliğine göre sorumluluktan kurtulmaya her zaman yeterli olmamaktadır. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında, bir davacının ameliyat için gerekli rızasının alındığını gösteren yazılı belge olması nedeniyle davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozarak ameliyat için alınmış rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir. Kararda, 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.<sup>(26)</sup>

**Aydınlatmanın kapsamı:** Hekimin hastaya uygulanacak yöntemi seçme konusunda takdiri bulunmakla birlikte, tanınmış ve yerleşmiş bir tekniğin uygulanmasına nazaran, ender veya az kullanılan bir yöntem tercih edilmiş olması durumunda aydınlatmanın kapsamı genişler.<sup>(27)</sup> Diğer yandan rutin işlemlerde ve aşılarda aydınlatmanın kapsamı daralmakta ve form üzerinden yapılan aydınlatma yeterli görülmekte olup ayakta yapılan tedavilerde eğer özellik gerektiren bir durum yok ise sözlü aydınlatma ile yetinilmelidir.

**Aydınlatmanın şekli konusunda kanuni zorunluluklar dışında sözlü yapılması kural olsa da özellikle önemli müdahalelerde hem sözlü hem yazılı yapılması tavsiye edilir. Her olayda matbu formlar kullanmak yerine hastaya özel hazırlandığı belli olan ayırt edici formlar kullanılmalıdır. Bu formların ayır ediciliğini vurgulamak için bizzat hasta tarafından doldurulacak özel alanlar bırakılmalıdır.**

Hasta Hakları Yönetmeliğinde hasta hakkı olarak belirtilen rıza ve hastanın aydınlatılması, diğer yandan sağlık personeli veya hekim için de bir yükümlülük olarak kendini gösterir.<sup>(28)</sup> Bu haklar aynı zamanda aydınlatmanın da kapsamını belirlemektedir. Özel durumlar haricinde hasta, "sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir. Ancak bu durumda hastanın kararı yazılı olarak alınır." (Hasta Hakları Yönetmeliği md.20) Aydınlatma, rızanın temeli olduğu içindir ki kural olarak "bizzat hastaya" yapılır. Rızanın alınması konusunda belirtilen küçüklük, kısıtlılık hallerinde de yine aydınlatma bu kişilerin yasal temsilcilerine yapılacaktır. Küçüklük ve kısıtlılık hallerinde müdahalenin uygulanacağı hastaya da esas itibarıyla genel bir aydınlatma yapmanın faydalı olacağı şeklindeki görüşümüz de Yönetmeliğin 24/2 maddesinde yapılan düzenleme ile yasalaşmıştır.<sup>(29)</sup>

**Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.maddesine göre** "Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır... Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır... Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak

durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır...” Rıza, Yönetmeliğin 25. maddesi uyarınca kanuni zorunluluklar dışında geri alınabilir. Yönetmelikte ister rızanın alınması olsun isterse rızanın geri alınması ve tedaviyi durdurma ve reddetme ile ilgili olsun hastanın iradesini ön plana çıkaran düzenlemeler yapıldığını söylemek mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliğindeki düzenlemeler ve Türk Medeni Kanununun 10,11,12 ve 124.Madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde genel olarak 18 yaşını doldurmuş ve hakkında kısıtlılık kararı olmayan herkesin kullanacağı; Ancak istisnaen evlenme ile ve mahkeme kararı ile bu yaş sınırının 17,16 veya 15 yaşını doldurmuş olanlara da verilebileceği görülmektedir.Aydınlatmayı yapacak olan da yine kural olarak bizzat hekimdir. Hekim, aydınlatma görevini yalnızca başka bir hekime devredebilir. Yani başka bir personele, örneğin hemşireye devredemez. Yine aydınlatma görevini devrettiği bu halde de asıl hekimin aydınlatmadaki eksik ve hatalardan kaynaklanan sorumluluğu devam eder.<sup>(30)</sup> Tıbbi müdahale sırasında birden fazla hekim yer alıyorsa aydınlatma, müdahaleyi yürüten ekibin başındaki hekim tarafından yapılmalıdır. Diğer taraftan müdahalede eğer anestezi uygulanacaksa, ayrıca anestezi hekiminin de aydınlatma yapması gerekmektedir.<sup>(31)</sup>

Diğer yandan hekimin, hastanın üzerinden yıkıma yol açacak veya hastalığı arttıracak bir durumla karşılaşması halinde, bu husustaki teşhisini açıklayıp açıklamamak, hasta veya yakınlarına bilgi verip vermemek konusunda insiyatifi vardır.(Hasta Hakları Yönetmeliği md.19) Ancak burada şu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Yapılan aydınlatma hastayı korku ve endişeye sürükleyici şekilde olmamakla birlikte onun müdahalenin artı ve eksileri konusunda net bir şekilde aydınlatılmasını sağlamalıdır. Hekimin buradaki insiyatifini kullanırken kişinin kendi kaderi tayin edebilmesi(otonomi ilkesi) çerçevesinde, hastayı veya ailesini bilgilendirmek yönünde tercih kullanması kanaatimizce her açıdan doğru olacaktır.

**Aydınlatma türleri:** Yeri gelmişken değinilmesi gereken bir diğer husus aydınlatma türleridir. Uygulamada çoğu kez iç içe geçmekle birlikte aydınlatma, tedavi (güvenlik) aydınlatması ve otonom (karar) aydınlatması ve risk aydınlatması olarak üçe ayrılır.<sup>(32)</sup>

Tedavi aydınlatması, hastanın rızasını almaya yönelik olmayan, onu tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmek ve tedavinin başarısı veya

sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış şekillerine uyması konusunda uyarma içerikli aydınlatma türüdür. Tedavi aydınlatması, bu yönüyle rızaya ilişkin bir unsur içermediği için cezai açıdan önemli değildir, ancak hukuki tazmin açısından sorumluluk gerektirir. Örneğin Yönetmeliğin 15/a maddesinde “hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği konusundaki aydınlatma” buna örnek verilebilir.

Otonom (karar) aydınlatması ise hastanın kendi kaderini bilerek ve isteyerek tayin etmesine fırsat verilmesi için gereken aydınlatmanın yapılmasıdır. Hekim tarafından hastaya, teşhis ve tedavi süreci, kabul görmüş alternatif tedavi yolları, tedavi/müdahaleyi reddetmesi halinde karşılaşacağı durumlar anlatılmalıdır. Amaçlanan husus, konuyu bilmeyen ve dolayısıyla karar verme iradesi olmayan hastanın iradesini oluşturmaktır. Yine Yönetmeliğin 15. Maddesinin b,c ve d fıkralarında bu tip aydınlatmanın örneklerini görmek mümkündür.

Risk aydınlatması, tıbbi müdahalenin icrasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen, bu tıbbi müdahaleye bağlı olarak meydana gelmesi muhtemel ve önlenmesi tıp biliminin verilerine göre kesin olmayan kalıcı (daimi) veya geçici yan etkiler konusunda hastanın aydınlatılmasıdır. Bu husus da Yönetmelik md.15/ç de açıkça ifade edilmiştir.

**Komplikasyon(izin verilen risk):** Burada en önemli hususlardan biri de komplikasyon yani izin verilen risk kavramıdır. Komplikasyon tıbbi müdahalenin gerekli olduğu(endikasyon şartının oluştuğu) hallerde hekim tarafından gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine karşın meydana gelen istenmeyen durumlardır. Komplikasyon durumlarında hekim elinden gelen tüm dikkat ve özeni göstermiş ve bu durumun gerçekleşme ihtimali de hastaya önceden bildirilmiş olmalıdır. Eğer tıbbi müdahalenin olası komplikasyonu sonucu hasta zarar görmüş ise ancak bu komplikasyonun gerçekleşme ihtimali konusunda gerekli aydınlatma hastaya yapılmamış ise hekim bu kez de aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebi ile yine sorumlu olacaktır.

Nitekim Yüksek Mahkeme konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında da bu hususa işaret etmiştir. Şöyle ki; “22.12.2006 tarihli *Adli Tıp raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin*

*muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır...*”<sup>(33)</sup>

Riziko aydınlatmasında ve dolayısıyla komplikasyonda önemli olan, o ana kadar tıp biliminde bilinen oranlar değil, riskin ağırlığı ve muhtemel şekilleridir (34).Yine bu açıklamalara paralel olarak aydınlatmanın kapsamının genişlemesi veya daralması da olaya bağlı olarak değişebilir. Örneğin, şoför olarak çalışan bir hastaya tedavi uygulayan hekimin, tedavide kullanılan ilaçlar uyuşturucu tesiri yapıyor ise aydınlatmasının kapsamı genişleyecektir. Diğer yandan hasta aynı zamanda bir hekim ise doğal olarak aydınlatmanın kapsamı da daralacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili Yargıtay kararlarının çoğunun riziko aydınlatmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 13.HD. davalı hekimin davacı hastaya derhal gözünden ameliyat olması gerektiğini bildirmesi üzerine hastanın ameliyat edilmesi ve sonucunda göz bebeğinin tamamen kaybolarak görme yeteneğini yitirmesi üzerine, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali iddiası ile açılıp reddedilen davada, riziko aydınlatmasının yapıp yapılmadığının araştırılmasına yönünden aşağıdaki gerekçe ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme bozma kararının gerekçesinde “*Mahkemece yapılacak iş, Yüksek Sağlık Şurası raporu ile ameliyatı öncesi ve sonrası tüm gözlem raporları, tetkik sonuçları ameliyat raporu buna ilişkin tahlil sonuçları vs. ile birlikte davacının rahatsızlığı, yaşı ve diğer rahatsızlıkları birlikte değerlendirildiğinde böyle bir cerrahi operasyonda belirlenecek risk oranına göre hastanın aydınlatılmış rızasının alınıp alınmayacağı konusunda gerektiğinde hastanın da bizzat sevki suretiyle, üniversitelerinden ana bilim dallarından seçilecek konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek davalıya atfi kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda gerekçeli, dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alınması ve ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir*” şeklinde hüküm kurmuştur.

**Vekâletsiz gözme (izinsiz gelişen durumlar):**Tıbbi müdahalenin icrası sırasında ve özellikle ameliyatlarda, devam eden ameliyattan başka bir ameliyat daha yapılması zaruri hale gelebilmektedir. Bu tip durumlarda hukuka uygunluk sebebi olarak öğretide varsayılan rıza kavramına dayanılmaktadır. Buna göre, hastanın önceki rızası esas alınarak ya da kişiliğini esas alarak hekim rızasını belirler ve müdahale diğer koşullarında varlığı ile hukuka uygundur.

Rızanın alınmasının mümkün olmadığı bu tip durumlarda varsayılan rıza kavramı değil kanaatimizce Vekâletsiz İş Görme Sözleşmesi hükümleri devreye girmektedir. Ortada aydınlatma ve de rıza yoktur, dolayısı ile vekâlet değil artık hekim vekâletsiz olarak iş görmektedir. Burada da hekim tıpkı vekâlet sözleşmesindeki gibi her türlü ihmalden sorumlu olacak ancak sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilecektir.(BK md.527) Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan düzenleme ile değişik md.24/5 e göre de "Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır." Hükmü getirilmiş ve hastanın önceki olaylara dayanılarak muhtemel iradesinin ön planda tutulması gerektiği vurgulanmıştır. Vekaletsiz iş görme hükümlerinin tipik özelliğinin sonucu olarak, tıbbi müdahalenin genişleyeceği örneğin Yönetmelik md.24/7 ve 31/4 deki hallerde de md.24/5 hükmünün birlikte değerlendirilerek hastanın önceki olaylardaki iradesinden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## Değerlendirme ve tavsiyeler

Tıbbi müdahale yukarıda açıklandığı üzere tıbbi zorunluluk yani endikasyon koşulu ile yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesine rağmen aydınlatılmış rıza yükümlülüğü ihlal edilmiş ise hatalı tıbbi müdahale yani tıbbi malpraktis olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hukuka uygunluk şartını ortadan kaldırdığı için, ceza ve özel hukuk anlamında ağır sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Ceza hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi,kasten yaralama veya öldürme fiilinin oluşmasına sebep olur. Kişinin müdahale sonucunda iyileşip iyileşmemesi önemli değildir.Burada zarar kavramı, özel hukuktakinden farklıdır. Örnek vermek gerekirse aydınlatma yapılmaksızın cerrahi operasyon geçiren bir hasta iyileşmiş olsa da ceza hukuku anlamında zarar kişiye neşter vurulmasıyla oluşmuştur. Hareket ve meydana gelecek netice hekim tarafından istenmiştir ve bu nedenle kasten yaralama fiili ile sorumludur. Ancak özel hukuktan farklı olarak hekim, ceza hukukunda hastayı aydınlattığını her türlü delille ispat edebilir ve şüpheden de yararlanır.

Diğer yandan özel hukukta yani tazminat davalarında zarardan bahsedilmek için kişide, malvarlığında maddi açıdan bir eksilme veya azalma meydana gelmelidir. Bu sebeple aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan müdahale neticesinde hasta iyileşmiş ise genel olarak maddi bir zarar söz konusu olmaz. Ancak hasta kişilik değerlerinin zarar gördüğünden bahisle

manevi zarara uğradığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat davalarında ise ispat yükü aydınlatma konusunda açıkladığımız kurallar uyarınca genelde hekim veya sağlık kuruluşunun üzerindedir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde otaya çıkan cezai ve hukuki sonuçların esas sebebi güvenin kötüye kullanımudur. Zira vekâlet ilişkisinde güven unsuru esastır. Hasta, konusunda uzman olan hekime hastalığının tedavisi için başvurur, çünkü hasta bu konuda bilgisizdir. Hekim, onu var olan durumu ve geleceği hakkında aydınlatarak bilgi sahibi olmasını ve karar alma iradesine sahip hale gelmesini sağlayacaktır. İşte vekâlet ilişkilerinde vekil edenin karar alma iradesinin sağlandığı bu nokta kanaatimizce en önemli müşterek husustur. Bu yüzden son olarak faydalı görülen hususlar tavsiye niteliğinde belirtilmiştir.

## Pratik tavsiyeler

Aydınlatmanın şekli konusunda Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan düzenleme ile birlikte artık uygulamada kabul gören bir çok husus mevzuata dahil edilmiş, Rıza Formlarının düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak yine de bu formların geçerliliği her olayda ayrı ayrı değerlendirileceğinden, matbu formlar kullanmak yerine hastaya özel hazırlandığı belli olan ayırt edici formlar kullanılmalıdır. Zira yalnız şekil değil içerik olarak da aydınlatmanın yapıldığının ispatı gerekecektir. Bu formların ayırt ediciliğini vurgulamak için bizzat hasta tarafından doldurulacak (doktorun ismi, teşhis, tedavi, yapılacak müdahalenin içeriği, bu müdahaleyi bilgi sahibi olarak kabul ettiği, bilgi verilen tarih ve müdahalenin yapıldığı tarih gibi) özel alanlar bırakılmalıdır. Bu formlarda tanık olarak personel ve/veya hastanın rızası ile yakınlarından birinin de imzası alınmalıdır. Ayakta tedavilerde ise yazılı aydınlatma zorunluluğu bulunmamakla birlikte önemli durumlar var ise bu konuda ispat açısından reçete veya formlara notlar düşülmeli, gerekirse imza alınmalıdır.

## Kaynaklar

- 1) Göçmen, 19.02.2014 (Türkiye Barolar Birliği, 1-3 Kasım 2007) S.85
- 2) Ayan, 1991, s.5
- 3) Savaş A. , 2013ü, s.28
- 4) Hakeri, 2012, s.110
- 5) 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 bkz. Hakeri, s.261
- 6) Danişay, 2007
- 7) bkz. Savaş, s.38-39
- 8) TCK md.86/3 gereği ölümlü hallerde "...temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası

yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir. (Ağır Ceza Mahk.)

TCK md. 88/2 gereği yaralama hallerinde "... verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir." Denilmek suretiyle yaralama suçunda bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

9) Hakeri, 2012) s.664

10) 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu "Madde 32 - Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmî makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir ânza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lâzımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatıkları olmayan hastaneler bu fakir hastalar nakilleri kabul hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir."

11) Özpinar, 2014, s.9

12) Hakeri, 2012, s.402

13) Petek & Gürbüz, 2013, s.77

14) Hakeri, 2012, s.408

15) bkz. (SAVAŞ A. , 2013, s.40 "1219 Sayılı Tababet ve Şuabat San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md.70; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu md.24; 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Nakli Hk. Kanun md.6; 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hk. Kanun md.4,6; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Tüzüğü md.13; Hasta Hakları Yön. 5.Böl.md.24-31; Biyotıp Sözl. Md.5 olarak sayılabilir."

16) Petek & Gürbüz, 2013, s.61

Ayrıca Aydınlatılmış Onam/Rıza konusu her ne kadar yeni gelişen bir konu olsa da tarihimizde 1600 lü yıllara kadar uzanan "Rıza Senedi" adı altında ibra belgelerinin bulunduğu görülmektedir. Bkz. (Acıduman, 2012) (Yılmaz & Yılmaz)

17) Hakeri, 2012, s.269

18) Yargıtay, 1980

19) Yargıtay, 2011

20) Yargıtay, 2000

21) Hakeri, 2012, s.514

22) Örneğin: 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesine göre, büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı olarak alınması gerekir. Yine TMK md. 23; 2238 sayılı Kanun ile 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve HHY 6.Böl.md.34 de rızanın yazılı olarak alınması gereken haller belirtilmiştir.

23) Göçmen

24) Savaş H. A., 2012, s.276-278

25) Savaş H. A., 2012, s.277,278

26) Yargıtay, 2008

27) Hakeri, 2012, s.291

28) Bunun dışında Aydınlatılmış Rıza hususunda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde, TCK 90. maddesinde, Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 7. maddesinde de düzenlemeler bulunmakla birlikte Hekimlik Meslek Kuralları md.26 da ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

29) Bkz (Hakeri, 2012, s.301: "Avusturya Yüksek Mahkemesi 16 yaşındaki bir gencin ameliyatı için sadece ebeveynlerden rıza alınması ve gencin aydınlatılmaması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur."

30) Petek & Gürbüz, 2013, s.66

31) Hakeri, 2012, s.302

32) Petek & Gürbüz, 2013, s.65

33) Yargıtay, 2008)

34) Petek & Gürbüz, 2013, s.64