

Tıp hukukuna tarihsel bir bakış

Prof. Dr. Faik Çelik



1977 yılında İ.Ü. İstanbul Tıp Fakültesi'ni bitirdi. 1982'de Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Kliniği'nde uzman oldu. 1990'da Genel Cerrahi Doçenti, 1992'de Göztepe Eğitim Hastanesi'nde Klinik Şefi oldu. 2008'de bir yıl süreyle Hisar Intercontinental Hospital'de Tıbbi Direktör olarak çalıştı. 2009'da İ.Ü. Sağlık Bilimleri Fakültesi'ne Sağlık Yönetimi profesörü olarak atandı. "Çağdaş Türk Tıp Şiirleri/Seçki", "İlaç Kokulu Kitap" ve "Yüksek Ateşli Kitap" ve "Dolgun Nabızlı Kitap" isimli deneme kitaplarıyla "Hekimliğin Seyir Defteri" isimli kitabın yazarıdır. İÜ Rektör Başkanlığı ve Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyeliği de yapmış olan Çelik, Aralık 2013'te İstanbul Üniversitesinden emekli olmuştur.

Neden "tıp hukuku" terimini "sağlık hukuku" terimine tercih ettiğimize açıklık getirerek yazımıza başlayalım. Sağlık Hukuku, sağlık personelinde sorumluluk bilincinin varlığını ortaya koymaya çalışan, bu bilinç içinde hizmetin varlığı, sunumu ve hasta hakları ile kişilerin maddi ve manevi değerlerini koruyan ve kişilik haklarının birlikte ele alınmasını sağlayan tıbbi ve hukuki ortak bir alandır. Sağlık hukukunun kapsamı geniştir, çevre sağlığı ve gıda hukuku, hastanelerin hukuki yapısı, sağlık sigortası, sağlık harcamaları, Sağlık Bakanlığı teşkilat ve yönetimi gibi birçok alanı içerir. Tıp Hukuku ise, sağlık hukuku içinde bir alt başlıktır. Kapsamı sağlık hukukundan daha dardır. Sağlık personelinin hakları ve yükümlülükleri, hasta hakları, hatalı tıbbi uygulamalar, ilaç hukuku, gibi konuları içerir. Yani hekimlik ve sağlık çalışanları açısından daha özel bir kavramdır.

Tıp hukuku tarih boyunca birçok gelişmeyle günümüze kadar ulaşmıştır. Kardeş kavramları olarak kabul edilebilecek "hukuk" ve "etik" ile ilgili bazı temel kavramları hatırlatalım. **Hukuk**, toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen kurallar (yasalar) bütünüdür. Kişilerle kişiler, kişilerle devlet ve devletlerarası ilişkileri düzenleyen ve üstün kamu gücüyle desteklenen yaptırımlara bağlanmış, uyulması gereken zorunlu sosyal kurallar bütünüdür. Hukuk kuralları emir verici, yasaklayıcı, yetki verici veya izin verici özellikler taşırlar. **Etik** (*ethicus - ethica*), ahlakın temellerini inceleyen felsefe dalı olarak tanımlanır. Bir kimsenin davranışlarına temel olan ahlak, gelenek, töre, alışkanlık gibi kavramları içerir. **Ahlak** ise bir yandan kişinin sonradan edindiği tutum ve davranışlar için kullanılırken, diğer yandan toplumun benimsediği değer sistemlerin adıdır. Görüldüğü gibi hukukta yaptırım (ceza) ve uygulayıcı otorite vardır, yasalar aracılığıyla devlet adına bu yaptırımlar uygulanır. Kişi yasalarla doğan ödevini kendiliğinden

yerine getirmeye, devlet kuvvetleri hareketi geçer ve bireyi ödevini yapmaya zorlar. İşte hukukun esaslı ögesini teşkil eden bu zorlama araçlarına yaptırım denir. Buna karşın etikte bir yaptırım veya otorite yoktur. Burada özeleştirici veya toplum baskısı (kamu vicdanı) gibi faktörler devreye girer, ancak yine de tek belirleyici unsur kişinin kendi vicdanıdır. Hukuk ve etik, toplum düzeninde, insan hak ve özgürlüklerinde doğruyu veya iyiyi bulmayı hedeflerler, ancak doğaları farklıdır. Hukuk, etik ve ahlak arasında geçişler ve ilişkiler vardır ve bunlar "sosyal düzen kuralları" adı altında toplanabilir. Sosyal düzen kuralları farklı ilişkiler şeklinde görülür:

Hukuk Kuralları ile Din Kuralları Arasındaki İlişki

- Din kuralları değişmez, hukuk kuralları değişebilir.
- Din kuralları hem uhrevi hayatı hem de dünyevi hayatı düzenler, hukuk kuralları ise sadece dünyevi hayatı düzenler.
- Din kuralları davranışları sevap/günah olarak nitelendirir, hukuk kuralları ise davranışları haklı/haksız olarak niteler.

Hukuk Kuralları ile Ahlâk Kuralları Arasındaki İlişki

- Ahlâk kuralları bir davranışı iyi/doğru ve kötü/yanlış olarak düzenlerken hukuk kuralları haklı/haksız olarak değerlendirir.
- Ahlâk kurallarının yaptırımları manevidir, hukuk kurallarının yaptırımları maddidir.
- Ahlâk kuralları kişinin hem manevi hem de maddi alanını düzenlerken, hukuk kuralları sadece maddi alanı düzenler.
- Ahlâk kuralları yazılı olmayan kurallardır. Hukuk kuralları genelde yazılıdır.
- Ahlâk kuralları kişiye sadece yükümlülük yükler, hukuk kuralları hem yükümlülük yükler hem de yetki verir.
- Ahlakta niyet ve maksat dikkate alınırken hukuk şekil ve davranışı esas alır.

Hukuk Kuralları ile Örf ve Adet Kuralları Arasındaki İlişki

- Hukuk kuralları yetkili organlar tarafından konulurken örf ve adet kuralları, belli bir konuda bireylerin aynı şekilde davranmalarının sonucu ortaya çıkar.
- Örf ve adet kuralları ile hukuk kuralları muhatapları bakımından farklıdır. Hukuk kuralları ülkedeki tüm insanlar için geçerliken örf ve adet kuralları belli bir toplumsal çevrede yer alan insanlara hitap eder.
- Hukuk kurallarının yaptırımı maddidir, örf ve adet kurallarının yaptırımı ise manevidir

Hukuk Kuralları ile Görgü Kuralları Arasındaki İlişki

- Görgü kuralları genelde aynı çevreye mensup insanlar arasında uygulanır. Hukuk kuralları ise tüm topluma uygulanır.
- Görgü kuralları yazılı değildir, hukuk kuralları genelde yazılıdır.
- Görgü kuralları sadece sorumluluk yüklerken, hukuk kuralları hem sorumluluk yükler hem de haklar verir.
- Görgü kurallarının yaptırımı manevidir ve kişi "kaba, görgüsüz" olarak nitelendirilir. Hukuk kurallarının yaptırımları ise maddidir. Suçlu olup olmamak söz konusudur.

Toplumlarda etik ile hukuk arasında bir denge vardır. İşte hukuk ile etik arasındaki denge ne zaman etik aleyhine bozulursa, bir boşluk doğarsa, bu boşluğu hukuk doldurur. Tıp hukuku ve tıp etiğinde de denge bozulması nedeniyle tarih boyunca etik hatırlatmalar yapılmış veya yazılı kurallar yani yasalar çıkartılmıştır. Tarihsel gelişimi içinde hukuk ve etik birlikte seyretmişlerdir. Bu seyirde dikkati çeken bazı olaylar şunlardır.

MÖ 2600 yıllarında yaşamış olan ünlü Mısır devlet adamı, mimar ve doktor **Imhoetep**, "*Corpus Hermeticum*" isimli kitabında "*hastanın ödeme gücünün üstünde ücret istenmeyeceği*"ni yazmıştır. Bu bir etik istek gibi görülmekle birlikte

yazılı olarak yetkili bir devlet adamı tarafından bildirildiğinden aynı zamanda kanun niteliğinde de olmaktadır. Yani, hukuk-etik birlikteliği vardır. Mısır'da doktorlar, tapınaklarda düzenlenen deney ve uygulamalara dayanan tıp bilgilerini içine alan kitaplara dayanırlardı, bu kitaplardaki kuralları uygulayan doktor, hastanın ölmesi veya iyileşmemesi halinde sorumlu tutulmuyordu. Ancak, kurallardan ayrılma halinde meydana gelen ve istenmeyen durumlarda doktor sorumlu tutuluyordu. Kurallara uymama kusur kabul ediliyordu. Cezada tazminat cezası esastı.

Mezopotamya'da MÖ 1700 - 1500 yıllarındaki tıp uygulamalarına ilişkin kurallar ve yasaları içeren **Hammurabi Kanunları**'nda 282 maddeden 10 tanesi cerrahların alacakları ücretler ve uygulamada hata yaptıklarında çarptırılacakları cezalara ilişkindir. Bu kanunun bazı maddeleri şunlardır.

- 218. madde: Bir doktor operatör bıçağı ile derin bir yarık açarsa ve hastayı öldürürse ya da bıçak ile bir tümörü açıp gözü çıkarırsa doktorun elleri kesilir.
- 219. madde: Bir doktor operatör bıçağı ile hür bir adamın kölesinde derin bir yarık açarsa ve onu öldürürse o köleyi başka bir köle ile ikame etmelidir.
- 220. madde: Bir doktor operatör bıçağı ile bir kölenin gözünde bir tümörü açar ve gözünü kör ederse kölenin değerinin yarısını öder.

Anadolu uygarlıklarından olan Hititlerde MÖ 1400 yıllarında uygulamaya konulan **Hitit Kanunları**'nda ise "bilirkişilik müessesesi" tanımlanmış, kişilerin uğradıkları zararların karşılanmasına yönelik tazminat miktarları belirtilmişti.

Günümüzde dünya hukukunda yer alan tanıklık ile ilgili prensiplerin temelleri ise yine MÖ XIV. yüzyıllarda Hindistan' da uygulanmış olan **Manu Kanunları**'nda atılmıştı. *Manu ve Zoroastra Kanunları*'nda doktorun sorumluluğunun bir jüri tarafından saptanan kusura dayandırıldığı görülmektedir.

Roma'da MÖ 600'lü yıllarda *Pompilius* zamanında uygulanan kanunda, doğum sırasında ölen kadınların hemen karnının açılması şartı konulmuştu. Yine bu yıllarda zihinsel özürülülerin ceza sorumlulukları düzenlenmiş, hastasının ölümüne neden olan hekimin cezalandırılması prensip olarak kabul edilmişti. MÖ 449 yılında yürürlüğe konulan **Roma Kanunları**'nda ise, gebelik süresinin 300 günü aşamayacağı, uterustaki bebeğin medeni haklara sahip olduğu, puberte öncesi çocuklarda ceza indirimi uygulanması gerektiği belirtilmiş, ölümlerin defin işleminde uygulanacak kurallar tanımlanmıştı.

Hipokrat (MÖ 460-377) günümüzde tıbbi deontoloji ve hasta haklarının başlangıç metni kabul edilen ünlü "Hekim Yemini"nde "...*hastaların tedavisini,*

bütün güç ve düşüncemle onların yararına ayarlayacağım..... benden, istense bile, hiç kimseye zehir vermeyeceğim..... taş sancısı çekseler bile, hiç kimseye mesane ameliyatı yapmayacak, bunu söz konusu işle uğraşanlara bırakacağım..... mesleğimi yerine getirirken veya başka zamanlarda, toplum arasında gördüğüm ve işittiğim, gizli kalması gereken konularda ağzımı sıkı tutacak ve bunları sır olarak saklayacağım...." demekle tıbbi etik ve ilişkili olarak tıp hukuku temel kavramlarını da gündeme getirmişti.

Tarihi sırayla gidecek olursak MS 768-814 yıllarında yaşamış olan Alman İmparatoru Şarlman, insan sağlığı konusunda "*gün gibi aşikâr kanıtlar aranacağını*" bildirerek; yaralanma, tecavüz, çocuk öldürme ve evlenmenin iptali gibi konularda tıbbi bilirkişi görüşüne başvurulması gerektiğini belirtmişti.

İslam tıbbının en önemli cerrahlarından olan **Ebul Kasım el Zahravi** (*albucahis*) (936-1013) "*cerrahlar, tanrının gözü üzerindedir, sizin gerçekten gerekli olduğu için mi, para aşkı için mi ameliyat yaptığınızı biliri*" diyerek etik uyarıda bulunmuş, üstelik bunu kitabı "el Tasrif" te ilk sayfaya koyarak yazılı hale getirmişti.

Sabuncuoğlu Şerefettin "*Bir işi hor görüp adının kötüyü çıkmasına neden olmamasın, paraya tamah edip kendini halk katında saygın iken aşağılatmamalısın, insafının hırsından ve rağbetinden fazla olması gerekir*" demektedir. Görüldüğü gibi hukuk ve etik sıklıkla kol kola yürümektedir. Tıp Hukukunda gerçek gelişmeler yani kilometre taşları ancak XX. yüzyılda ortaya çıkmaktadır. Bu gelişmeler ağırlıklı olarak hasta hakları ve hastayı aydınlatma konularındadır. Bazı örnekler:

Mohr-Williams Davası (1905): "Ann Mohr, sağ kulağında yapılacak ameliyat için onam vermişti. Hasta anestezi altındayken, cerrah Williams, sağ kulaktan daha öncelikli olarak sol kulağının tedaviye gereksinimi olduğuna karar vermiş ve hastanın sol kulağını ameliyat etmiştir. Oysa Bayan Mohr'a, bilgilendirme sürecinde sol kulağın tedaviye gereksinimi olduğu söylenmiş ve onam sadece sağ kulak için alınmıştır. Hâkim, sol kulağa yapılan ameliyatın, "yetkilendirilmemiş müdahale" olduğuna ve hasta üzerinde kötü davranış ve saldırı meydana getirdiğine karar vermiştir. Bu karar ile "hastanın, bedenine yapılacak girişimler için yetkilendirmesinin, ancak, hekimine, her bir girişim için ayrı ayrı, gerçek-açık onam vermesi ile olası olacağı" sonucuna varılmıştır.

Nathanson-Kline Davası (1960): Dr. Kline, hastası Bayan Nathanson'a kobalt tedavisini önerirken riskleri açıklamamıştır. Dava sonunda, "Doktor-hasta arasındaki ilişkinin güvene dayanan bir ilişki olduğu vurgulanarak, hastaya hastalığı ve tedavisi ile ilgili tüm gerçeklerin, açık sözlülükle açıklanması gerektiği", açıklama ödevinin de doktora ait olduğu ve aydınlatılmış onam

için açıklamanın şart olduğu hükmüne varılmıştır.

Bu yüzyılda tıp hukukunda özellikle hasta haklarına yönelik bir dizi mevzuatın çıkarıldığını görüyoruz. Bunlardan en önemlileri şunlardır:

- Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam-1994)
- Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (ana sözleşmesi) Temel Doküman (Roma-2002)
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 2003/5013.

Son olarak ülkemizdeki yasalardan **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**'na ilişkin birkaç düşüncemi aktarmayı yararlı görüyorum. 2005 yılında çıkarılan bu kanun bana göre tarihte Hammurabi Kanunları'ndan sonra çıkarılan, sağlık çalışanını cezalandırıcı en sert kanunlardır. Çünkü hukuk devleti olan ve demokrasi ile yönetilen ülkelerde hekim "hapis cezası" ile cezalandırılmazken ülkemizde kanun yapıcı bu konuda farklı bir anlayışta yürümüştür. Örneğin; **TCK mad. 83**'de "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirilmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir... belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis yerine 20-25 yıl, müebbet hapis yerine 15-20 yıl, diğer hallerde ise 10-15 yıl hapis cezasına hükmolunabileceği...*" hükmü yer almaktadır. Keza **mad. 85**'de "*taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezasına çarptırılır, mad.89-(1) taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi 3 ay-1 yıl hapis cezası veya adli para cezası, (2) duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması, kemik kırılması, sürekli konuşma zorluğu, yüzünde sabit iz, prematüre doğuma neden olmuşsa, ceza yarısı oranında arttırılır, (3) iyileşmesi olanaksız bir hastalık veya bitkisel hayata, duyu ve organ fonksiyon kaybına, konuşma ve çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına, düşüğe, yüzün sürekli değişimine neden olmuşsa ceza bir kat arttırılır*" denmektedir. Hekime mesleki uygulamalarından dolayı hapis cezası vermeye hevesli bu yasa sağlık ortamında çalışmayı zorlaştırmaktadır.

Kaynaklar

Çelik F. : *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Rektörlük Binası, 30 Kasım 2007*

Çelik F. : *Hekimliğin Seyir Defteri, Deomed Yayınları, 2013, İstanbul*

Güzeldemir ME.: *Hasta Bilgilendirmenin Önemi, SENDROM Tıp Dergisi; Mayıs 2005*