

TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

THE OBLIGATION OF INFORMING THE PHYSICIAN OF MEDICAL INTERVENTION

Ş. Berfin IŞIK YILMAZ*

Özet : Tıbbi müdahale, kişinin sağlığını koruma amacını taşısa da özünde vücut bütünlüğüne yöneliktir. Bu eylemi, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi belirlemektedir. Aydınlatma, hekim için bir borç iken hasta için bir haktır. Hekimin her müdahalesi, hastanın aydınlatılmış rızası alınmadığı takdirde hukuka aykırı olacağından hastanın aydınlatılması, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun temel şartıdır.

Anahtar Sözcükler: Hastayı aydınlatma yükümlülüğü, kişilik hakları, tıp hukuku, aydınlatılmış onam.

Abstract : Medical intervention is intended to protect the health of people but for the physical integrity is based on an action. This is significant to determine legal relationship between physician and patient. Obligation to inform is an obligation of physician also a right of patient. So that medical lawfull attention based on patient's informed consent, physicians each attention is unlawfull without giving informed consent and fullfill the obligation to inform the patient.

Key Words: Obligation To Inform The Patient, Personality Rights, Medical Jurisprudence, Informed Consent

GİRİŞ

İnsanın salt insan olması dolayısıyla elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz kişilik hakları vardır. Bu haklar başta Anayasa olmak üzere ulusal ve uluslararası belgelerle teminat altına alınmıştır. 1982 Anayasası¹ madde 17'ye göre; *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına*

* Avukat, Marmara Üni. Kamu Hukuku Yüksek Lisans Mezunu, berfinisik21@gmail.com

¹ 18.10.1982 Tarih ve 2709 sayılı T.C. Anayasası (Resmi Gazete Tarih: 09.11.1982, Sayı 17863).

sahiptir...” Türk Medeni Kanun² madde 23; “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...” Yasalarca güvence altına alınan kişilik haklarımızın en önemlilerinden biri de insanın maddi ve manevi varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan Anayasa madde 56’da düzenlenen sağlık hakkıdır.

Dünya Sağlık Örgütü(WHO), sağlığı *“sadece hastalıklardan ve mikroplardan korunma değil, bir bütün olarak fiziki, ruhi ve sosyal açıdan iyi olma hali”* olarak açıklar³. Bu tanıma uygun olarak hukuk süjesi bireyin, haklarını kullanabilmesi, yükümlülüklerini yerine getirebilmesi ve toplumu oluşturabilmesi için sağlıklı olması gerekecektir. Bir diğer ifade ile birey, sağlığını tehdit eden faktörlerin etkisiz hale getirilmesi için vücut bütünlüğüne rızasıyla müdahalede bulunma hakkını hekime vermektedir.

Kişi, sahip olduğu haklar üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkına sahiptir. Ancak yaşam, sağlık, vücut tamlığına yönelik olan haklara karşı müdahaleler temelde yasak olmakla birlikte kanunlar, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını ancak sınırlı bir biçimde kabul etmiştir⁴. Anayasa madde 17/2’ye göre; *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* Tıbbi müdahale kişinin vücut tamlığına yönelik bir eylem olsa bile belli şartların varlığı halinde kişilik haklarına saldırı sayılmaz ve ceza hukuku açısından yaptırıma tabi tutulmaz.

Çalışmamızda, tıbbi müdahale kavramı ve şartları; aydınlatmanın kavram ve kapsam olarak açıklanıp aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanakları, sınırı, tamamen ortadan kalktığı, daraldığı ve genişlediği haller; aydınlatma yükümlülüğünün kimde olduğu, aydınlatılacak kişi, zaman, tarz, şekil ve ispat hususlarında incelemelerde bulunulacak olup değerlendirmeler yapılacaktır.

² 22.11.2001 Tarih ve 4721 sy. Kanun ile (RG Tarih: 08.12.2001, S. 24607) kabul edilmiştir.

³ Sağlığın tanımı; Web: http://tr.wikipedia.org/wiki/Sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n_tan%C4%B1m%C4%B1 Erişim Tarihi 02.12.2009.

⁴ Yenerer Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, sayfa 19-138 ve devamı.

1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI ve ŞARTLARI

I. Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, kişilik sahibi olan insanın sağlığını korumak ve devamını sağlamak gibi amaçlara dayalı olsa da özünde vücut bütünlüğünü amaçlamaktadır.⁵ Tanım olarak; *tıbbi müdahale*, kişilerin ruh ve beden sağlığına yönelik herhangi bir noksanlığı veya hastalığı teşhis, tedavi etmek; tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletmek, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemek, acıları dindirmek, ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkları önlemek ya da yasadın kaynaklı olarak nüfus planlaması amacıyla yapılan, kanunun yetkilendirdiği kimselerce tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca gerçekleştirilen her türlü faaliyettir.⁶

II. Tıbbi Müdahalenin Şartları

Hekim hareketinin hukuka uygun sayılabilmesi için dört temel şart kabul edilmektedir. Bunlar;

A. Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişilerce Yapılması

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kanunda tanındığında hukuka uygun olacaktır. Bu yetkiye sahip olanlar; *hekim, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler, sünnetçiler ve diş protez teknisyenleridir.*⁷ Ayrıca “Acil tıbbi yardım ve bakım ile sırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”⁸

B. Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Bu Verilere Uygun Tıbbi Müdahale

Hekim, uygulayacağı yöntemi seçerken serbest olmasının yanında tıp biliminin kabul görmüş yöntemlerden yararlanmalıdır. Tıbbi

⁵ Deryal, Yahya, “Tıbbi Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması”, Web: www.haksay.org/files/yahya02.doc .

⁶ Y. Çakmut, s. 24; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 89.

⁷ 11.04.1928 Tarih ve 1219 sy. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 1, RG Tarih:14.4.1928, S 863.

⁸ Birtek, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2007,Cilt 81,Sayı 5, s. 1999.

Deontoloji Nizamnamesi⁹ madde 13'te bu husus şöyle belirtilmiştir; "...*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır...*". Bir diğer ifade ile hekim tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmamalıdır.

C. Kanunen Öngörölmüş Amaca Uygun Tıbbi Müdahale

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13/3'de; "...*teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın...*" ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁰ madde 2/1'e göre nüfus planlaması amacıyla tıbbi müdahalede bulunulabilir. Tıbbi müdahale, teşhis, tedavi, hastalıktan korunmak, hastalığı hafifletmek veya acıyı dindirmek ya da nüfus planlaması amacıyla yapılabilir.

D. Aydınlatılmış Hastanın Rızası

Bir fiilin tıbbi müdahale olabilmesi için yukarıda sayılı üç şartın yanında, fiili hukuka uygun hale getirecek olan şey; hastanın o müdahale hakkında bilgilendirilmesini de ifade eden aydınlatılmış olmasını ve ilgiliden rıza alınarak fiilin gerçekleştirilmesi gerekecektir.¹¹ Rıza fiili hukuka uygun hale geçirecektir.¹²

2. AYDINLATMA

I. Aydınlatma Kavramı

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için yukarıda açıklanmış olan dört temel şartın gerçekleşmelidir. Müdahalenin hu-

⁹ 13.01.1960 tarih ve 4/12578 sy. Bakanlar Kurulu Kararı, 23.01.1953 tarih ve 6023 sy. Kanuna dayanılarak çıkartılmıştır. (RG Tarih:19.02.1960, S. 10436).

¹⁰ RG Tarih: 27.05.1983, S. 18059.

¹¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 6297/2541sy. kararına göre; "... Yalnız bu rızanın hukuka geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken geçerli olan rızadır"

¹² 26.09.2004 Tarih ve 5237 sy. Türk Ceza Kanunu (RG Tarih: 12.10.2004, S. 25611) madde 26/2'ye göre; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

kuk düzenince kabul görmesi, hastanın o müdahaleye rıza vermesi ile mümkün olacaktır. Ancak rıza tek başına yeterli değildir. Bunun mutlak surette hukuken geçerli olabilmesi için hastanın ayrıntılı biçimde aydınlatılmış olması gerekmektedir¹³.

Aydınlatılmış terimi, sahip olma ya da bilgilenme anlamına gelmekte olup, kısaca yapılacak müdahale konusunda hastaya bilgi vermek ve hastanın neye onay verdiğinden haberdar olması şeklinde tanımlanabilir¹⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁵ madde 31’de de rıza alınırken hastanın aydınlatılması esası belirtilmiştir. “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilenirilirip aydınlatılması esastır...” Yine Hasta Hakları Yönetmeliği madde 7’de; “Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir...” denilmek suretiyle aydınlatılmanın hastaya tanınmış bir hak olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hekimin hastayı aydınlatması hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi açısından önemlidir; çünkü hekim ile hasta arasındaki ilişki iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan birincisi hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisidir¹⁶. Hasta duyduğu acıların en doğru ve hızlı şekilde dindirilmesi ve iyileşmesi için kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunması için hekime başvurmaktadır. Diğer bir ifade ile kendisini, hekime emanet etmektedir. Hekim ise kendisine verilen bu yetkiye mesleki bilgi ve becerisi katarak hastanın problemini çözmek için onun direkt vücudunu etkileyecek müdahalede bulunmaktadır¹⁷.

Hekim ile hasta arasındaki bir diğer unsur ise hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır.¹⁸ Hasta, hekim yardımından faydalanmak veya hastalığını akışına bırakma konusunda seçim hakkına sahiptir.

¹³ Çetin, Gürsel, “Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.176.

¹⁴ Ersoy Nermin, “Aydınlatılmış Onam”, Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Ayşegül Demirkan Erdemir, Özhan Öncel, Şahin Aksoy, İstanbul 2003, s. 213.

¹⁵ RG Tarih: 01.08.1998, S 23420

¹⁶ Y. Çakmut, s. 224.

¹⁷ Y. Çakmut, s. 224; Polat, Oğuz, Klinik Adli Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları, 3.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 223.

¹⁸ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Aydınlatma ve Rıza, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 105.

Hekimin hastayı aydınlatması hekimin ana ödevlerinden biridir¹⁹. Bu hekimin bizzat kendisi tarafından temsil edilemeyen kişisel edim yükümlülüğüdür²⁰. Bu ödev yerine getirilmeden alınan onam geçersiz sayılacak ve hatta hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şartlarından olan aydınlatma, hem hasta haklarından hem de hekimin yükümlülüklerindendir. Ancak kanaatimce en fazla ihlal edilen hasta haklarından bir tanesi aydınlatılmış onam alınmadan müdahalede bulunulmasıdır.

II. Aydınlatmanın Kapsamı

Hasta kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu için yapılacak müdahaleye rıza gösterebilmesi için durumu hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olması gerekmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan hastanın, hekim tarafından ne derecede bilgilendireceği aydınlatma kapsamının cevabıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2 hükmüne göre, "...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır." Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²¹ madde 26'ya göre; Hekim, hastasını

- Hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı,
- Önerilen tedavi yönteminin türü²²
- Amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi,
- Amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler²³,

¹⁹ Hakeri, s. 104.

²⁰ Hakeri, Hakan, "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 82.

²¹ Türk Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Yayın Tarihi: 01.02.1999.

²² Hekim, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkanı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalıdır. İlaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir (Hancı, Hamit, Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.73).

²³ Hastanın sağlığına ilişkin risklerinde aydınlatma kapsamında olması gerekmektedir. Örneğin konuya ilişkin Y13.HD 2008 / 10750 sy. kararına göre; "...işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususların kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir....davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu

- Verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri,
- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar,
- Verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri²⁴ konularında aydınlatır.

Bunların yanında aydınlatmanın kapsamına, hastalığın teşhisi için yapılacak girişimler, hastalığın olası sebepleri, tedavi seçenekleri²⁵, tedavinin şekli, süresi, hastalığın nasıl seyredeceği, müdahalenin amacı, anlamı, müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler gibi önemli hususlar konusunda hasta bilgilendirilmelidir.²⁶

Kanaatimizce *aydınlatma* kavramı, hastayı, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, zamanı, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek ve bu kapsamlı bilgilendirmenin hasta tarafından yeterince anlaşıldığına dayanarak, sonunda hastanın serbest iradesiyle önerilen tanı ya da tedavi yönteminin yapılmasını bilinçli ve gönüllü olarak kabul etmesi şeklinde ifade edilebilir.

yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz...”denilmek suretiyle aydınlatmanın tam yapılmaması dolayısıyla kararı bozmuş ve bilirkişi incelemesi istemiştir.

Y13.HD 2008/10750 sy. kararında; “...*Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi...*”denilmek suretiyle hekimin hastasını tedavinin arz ettiği riskler konusunda da aydınlatması gerektiğine değinilmiştir.

- ²⁴ Y4.HD 1977/2541 sy. kararında; “...*Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmiştir... O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanunu’nda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur...*” denilmek suretiyle seçilen tedavi yönteminin doğurması muhtemel riskli sonuç hakkında da hastanın aydınlatılması gerektiği vurgulanmıştır.

- ²⁵ Y10.HD 2003 / 4421 sy. Kararına göre; “...*Tedaviyi uygulayan doktorun, sigortalının geçirdiği kaza nedeniyle oluşan yaralanmasında, öngörülen yöntemlerden daha tehlikeli ve sonucundan emin olmadığı yönleme oranla riski daha az ve sonucundan emin olduğu yöntemi seçme olanağı bulunmakla birlikte, bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır...*”,

- ²⁶ Hakeri, s. 139; Y. Çakmut Özlem, “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, Roche Sağlık Hukuğu Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 10.

III. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yasal Dayanakları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın aydınlatılmış ve sonucunda rıza alınmış olması gerekmektedir olup bu, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70'de yer alan; "... Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar..." hükmü içermekte olup rızanın alınması için hekimin hastayı aydınlatması gerektiği belirtilerek aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu madde 23²⁷ ve 24²⁸, Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15²⁹'de hukuki dayanak teşkil edecektir. Ayrıca İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi³⁰'nin 5. maddesine göre; "sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir." Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2'e göre; "... Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır..." Aydınlatmanın hastanın rızası alınmadan önce işlemi hukuka uygun hale getirmesi için yapılmış yasal dayanaklardır.

²⁷ TMK m. 23: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez."

²⁸ TMK m. 24: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

²⁹ HHY m. 15: "Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenebilir. Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir."

³⁰ Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasıyla Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ad ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

IV. Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırı

Aydınlatma yükümlülüğü hastanın durumuna göre daralıp genişleyebileceği gibi ortadan kalkması da söz konusu olabilecek nitelikte olup hasta aydınlatılırken somut olayın özellikleri göz önüne alınacaktır. Bu da hastanın, ortalama ve makul düzeyde bir insan olduğu dikkate alınarak yapılacak aydınlatma şeklinde olacaktır.

Aydınlatmanın sınırı belirlenirken hastanın sosyal, ruhsal, kültürel yaşam düzeyi, içinde bulunduğu şartlara göre belirlenmelidir.³¹ Ancak teşhis ve tedavi bulguları, tedavinin başarı şansı, süresi, hatta seçilen tedavi dışındaki başka tedavi seçenekleri bunların neden uygulanmayacağı³², seçilen ve seçilmeyen yöntemler³³, olası tehlikeler ve riskler, müdahale sonucunda hastanın çekeceği acılar ve ağrılar tam olarak hastaya bildirilmelidir³⁴.

Y4.HD 1977/2541 s. kararında; “...Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeli-

³¹ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 128 ; “hekim, hastanın kültürel, toplumsal ve psişik durumunu göz önünde tutarak bilgilendirme yapmalıdır”

³² Y10.HD 2003 / 4421 sy. kararı; “...Tedaviyi uygulayan doktorun, sigortalının geçirdiği kaza nedeniyle oluşan yaralanmasında, öngörülen yöntemlerden daha tehlikeli ve sonucundan emin olmadığı yönteme oranla riski daha az ve sonucundan emin olduğu yöntemi seçme olanağı bulunmakla birlikte, bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır”

³³ Uygulamada seçilen tedavi yönteminin dışında seçilmeyen yöntemlerin hastaya anlatılmasıyla pek karşılaşmamaktadır. Bu açıdan aydınlatmanın tam olarak yapıldığı kuşkuludur. Tabii ki bu kadar ayrıntılı aydınlatma, hastanın durumu göz önüne alınarak yapılmalıdır.

³⁴ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 26: “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. 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 onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir....”

di...” ifadeleri hekimi, hastanın zararlı sonuçla karşı karşıya kalma riskinin bildirilmemesi, aydınlatma ödevini ifa ettiğini ispat edememesi dolayısıyla sorumlu kılmıştır. Adı geçen kararda “...*Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir...*” denilerek risklerin hastaya tam olarak bildirilmesi gerekliliğine de değinilmiştir.

Y13.HD 2008/10750 s. kararında; “*Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özensiz ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek çektiği elem ve ıstırapın...*” yapılan müdahale de kullanılacak maddelerin dahi hastaya bildirilmesi, hastanın bu maddenin kullanılmasına rıza gösterebilmesi için yeteri kadar aydınlatılmış olması gerekmektedir aksi takdirde kişinin müdahale sonucu -kararda olduğu gibi- çektiği acılardan haberdar olmayacağı dolayısıyla hekimi kusurundan sorumlu tutabilecektir.

V. Aydınlatmanın Ortadan Kalktığı Haller

Aydınlatma, bir yükümlülük olmasına karşın bazı hallerde ortadan kalmaktadır. Doğal afet, savaş anı ve toplu kazalara ile koma hali gibi durumlarda hekimin hastayı aydınlatma görevinden söz edilemeyecektir. Çünkü burada ivedilik söz konusu olmaktadır.³⁵

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm madde 8’e göre, “*acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.*” hükmü ile örneğin hastaneye tek başına, bilinci kapalı olarak acil servisten giriş yapan ağır yaralı hastaya ilk müdahalenin yapılabilmesi için içinde bulunulan ivedilik hali nedeniyle onay alınmadan yapılan müdahale yukarıda yer verilen maddeye göre hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

³⁵ Hancı, s. 74.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 27'ye göre; *"Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir."* hükmü uyarınca hasta tedavisinin sonuçları hakkında bilgi edinmek istemiyorsa, bilgi verilmemelidir.³⁶

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20'ye göre; *"...hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir."* hükmü hastaya bilgi verilmesini yasaklayabilmek hakkı tanımaktadır.

Öte yandan aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı haller de söz konusu olabilir. Bu durum hastanın tutumu ya da sübjektif özelliklerinden kaynaklanmaktadır.³⁷ Hasta uygulanan tedavi sırasında yapılacak açıklamaları anlamayacak durumda ise, planlanan ve genel anestezi altında yapılan operasyonun seyri ve riskleri değiştiğinde aydınlatma söz konusu olamayacaktır.³⁸

Hastanın bilincinin açık olmadığı ve kanunu temsilcisine ulaşılmayan hallerde veya bizzat müdahale sırasında aydınlatma gerekliliği ortaya çıkıyorsa hekim, makul bir hastanın bu müdahaleye aydınlatma sonucunda rıza göstereceğini kabul ediyorsa, aydınlatılmış rıza olmaksızın da hareket edebilir.³⁹

Hastanın hekim olması durumunda ya da aynı ameliyatın ikinci kez tekrarlanacağı hallerde ya da hekimin hastanın onamı bakımından gerekli olan bilgiye bir şekilde ulaşması konusunda kesin emin olduğu hallerde de aydınlatma ortadan kalkabilir.⁴⁰

Aydınlatmanın hasta açısından anlamı yitirdiği haller söz konusu ise örneğin, tedavi amacını yitiren artık acıların dindirilmesi için yapılan müdahalelerde kişinin ölümünün yaklaşmış olması durumunda o kişinin aydınlatılması artık amacını yitirecektir.⁴¹

³⁶ Hancı, s. 74.

³⁷ Y.Çakmut, Roche..., s. 15.

³⁸ Hancı, s. 78.

³⁹ Hakeri, s. 142.

⁴⁰ Hakeri, s. 145.

⁴¹ Özsunay, Ergun, *"Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları"*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu, Ankara 1982, s. 45.

Bir diğer hal ise aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunması halinde aydınlatma ortadan kalkmasıdır. Burada göz önünde bulundurulması gereken husus; otonomi (kendi geleceğini belirleme hakkı)⁴² aydınlatmasının tedaviye zarar verme ihtimalidir. Eğer tedavi nedenleri bilgilendirmeyi engelliyor ise otonomi aydınlatması yapılmamalıdır.⁴³

Kanaatimizce hastanın bilgilendirilmesi halinde yaşamına ve sağlığına yönelik tehlikeler söz konusu olacak ise aydınlatma ortadan kalkmamalı, kapsamı daralmalıdır. Çünkü hastanın, durumu hakkında bilgi sahibi olması onun en tabi hasta hakkındandır. Hastayı olumsuz etkilemesi sebebiyle aydınlatmanın ortadan kalkmaması ancak kapsamının daralması daha uygun olacaktır.⁴⁴ Aydınlatma yüzünden uğranılacak zarar hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ihlaline nazaran daha fazla ise aydınlatma hasta yararına daha fazla sınırlandırılabilir.⁴⁵ Bunun için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hastanın ruhen zarar görme ihtimali dikkate alınıp aydınlatmanın ortadan kaldırılması ya da kapsamın daraltılmasına karar verilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 19'a göre de "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*" denilmek suretiyle aydınlatmanın tamamen ortadan kalkmayacağını sadece teşhisin saklaması suretiyle sınırlanabileceğini belirtmektedir.⁴⁶

VI. Aydınlatma Kapsamının Daraldığı Haller

Müdahalenin aciliyeti arttıkça hastayı aydınlatmanın kapsamı da daralacaktır. Aynı şekilde taşıdığı tehlikeler son derece küçük olan müdahalelere ilişkin aydınlatma çok dar tutulabileceği gibi tamamıyla da ihmal edilebilir. Hastanın açıkça arzu ettiği hallerde de aydınlatma-

⁴² Hakeri, Hakan, "*Aydınlatma (Bilgilendirme)*", Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl 1, S. 2, İstanbul 2006, s. 7.

⁴³ Hakeri, s. 146.

⁴⁴ Y. Çakmut, Roche..., s. 15.

⁴⁵ Hancı, s. 76.

⁴⁶ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/2 de aynı doğrultuda düzenlemeye bulunmuştur.

nın kapsamı daraltılabilir.⁴⁷ Ayrıca aydınlatma hakkından vazgeçmesi hallerinde hasta, aydınlatmayı da ortadan kaldırabilmektedir.

VII. Aydınlatma Kapsamının Genişlediği Haller

Müdahalenin aciliyetine ve taşıdığı risklere göre kapsamı da genişleyebilecektir. Riziko ne kadar ağır ise aydınlatma da o kadar yoğun olacaktır.⁴⁸

“Yargıtay’a intikal eden ve yüksek yaşam tehlikesinin bulunduğu söylenerek, kısa bir aydınlatma yapıldığı bir olayda, bilirkişi ameliyatın hayati tehlike arz etmediği yönünde rapor vermiştir. Bunun üzerine mahkeme aydınlatmanın yeterli olmadığına karar vermiştir.”⁴⁹

Tıp bilimi tarafından yeteri kadar tanınmamış tıbbi müdahalelere ilişkin aydınlatma kapsamı geniş olmalıdır. Buna ilişkin hastanın aydınlatmadan feragat etmesi kabul edilmemelidir.⁵⁰

Ayrıca hastanın birden fazla tedavi yöntemini seçme olanağı bulunduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmek zorundadır.⁵¹ Aydınlatma sonucu alınacak rızanın hukuka uygun olabilmesi için hastanın yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olması gerekecektir. Bu da somut olayın özelliklerine göre hastanın sosyal, ekonomik, kültürel, ruhsal durumuna göre ya aydınlatma kapsamı genişleyecek ya daralacak ya da ortadan kalkacaktır.

VIII. Aydınlatma Yapmakla Yükümlü Olanlar

Hekim ile hasta arasındaki ilişki kural olarak güven unsuru, son derece önemli bir özellik olduğu vekâlet ilişkisidir. Hatta iş görme edimi ihtiva eden sözleşmeler içerisinde güven unsurunun en yoğun olduğu ilişki vekâlet sözleşmesidir.⁵² Söz konusu ilişki dolayısıyla hekimin

⁴⁷ Hancı, s. 76.

⁴⁸ Hakeri, s. 138.

⁴⁹ Hakeri, s. 139.

⁵⁰ Y. Çakmut, Roche...,s. 15; Hancı, s. 79.

⁵¹ Sert, Gürkan, Hasta Hakları: Uluslar arası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 228-229.

⁵² Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı, Web: http://www.an-kahukuk.com/index.php?option=com_content&view=article&id=449:aydnlatma-yuekuemluesue&catid=68:organ-naklinde-hekimin-aydnlatma-yuekuemluelueue&Itemid=105, Erişim Tarihi: 04.12.2009.

hastayı aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Zira hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel hukuk ilişkisi bakımından güven unsurunu ön plana çıkarmaktadır.⁵³ Güven unsuru açısından ve hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklı olarak aydınlatma yükümlüsü, sözleşmenin tarafı olan *hekime* aittir.

Tedavi sözleşmesinin tarafı olan ve aydınlatma yükümlülüğü altında olan hekim, sadece aydınlatmanın yapılmasını diğer bir hekime bırakabilir. Ancak organ naklinde hastayı aydınlatacak organ nakli gerçekleştirecek hekimdir. Bu görevin başkasına devredilmesi kural olarak mümkün değildir. Nakil birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilecek ise, bunlardan bir aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilir. Buna karşılık hasta farklı uzmanlar tarafından tedavi edildiği takdirde, her bir hekim kendi alanı ile ilgili olarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir⁵⁴ veya bu görevin heyetin yöneticisi durumundaki -şef hekim- tarafından yapılması da yeterli sayılabilir.⁵⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15; “*hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.*” Aydınlatmanın hekim dışında hastabakıcı, hemşire gibi diğer sağlık çalışanlarına bırakılmaması gerekir. Ancak hemşire kendi sorumluluk alanındaki tıbbi müdahaleler için aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Örneğin; kan alımında işlemi ve varsa rizikoları hastaya anlatmalıdır.⁵⁶

IX. Aydınlatılacak Kişiler

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi hastadır. Hastanın da kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için karşılaşacağı müdahale hakkında direkt bilgi sahibi olması gereken kendisidir. Bu nedenle aydınlatılması gereken kişi bizzat *hasta* olacaktır.

Y4.HD 1977/2541 sy. kararında da; “...Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar

⁵³ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Ankara 2003, C 52, S 3, s. 55.

⁵⁴ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuk, Seçkin Yayın, Ankara 2007, s. 129 vd.

⁵⁵ Hancı, s. 80.

⁵⁶ Hakeri, s. 135.

verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir, Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” denilmek suretiyle aydınlatılacak kişinin hasta olduğu vurgulanmıştır.

Aydınlatılacak kişi için aslında hastanın aydınlatılması ve yakınlarının aydınlatılması gibi bir ayrım yapılabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15'e göre; “...Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir.” Diğer bir ifadeyle aydınlatılacak kişi hastadır ancak hastanın ayırt etme güne sahip olup haklarını kullanabilmesi için ehil olması gerekmektedir. Eğer hasta bu özelliklere sahipse onun yerine yakınlarının örneğin; eşi, çocukları, anne veya babasının aydınlatılarak müdahaleye rıza göstermeleri bu rızayı geçerli hale getirmeyecektir.

Keza, hastalığın ağır ve ciddi olması hallerinde de hasta yerine yakınlarının aydınlatılması kural olarak doğru değildir. Çünkü hekim zaten hastanın ruhsal durumuna göre aydınlatmanın sınırı belirleyecektir. Hasta yerine yakınlarının aydınlatılması; ancak hastanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı, küçük veya kısıtlı olması hallerde mümkün olacaktır.⁵⁷

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 hükmüne göre; “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*”⁵⁸ hastanın kanuni temsilcisine bilgi verilmesi zorunlu ve amaca da uygundur.

Kanaatimizce kanuni temsilcisi yok veya o an da rızası alınamıyorsa ya da ayırt etme gücü geçici olarak kaybedilmiş ve zorunluluk

⁵⁷ HHY m. 15.

⁵⁸ Madde 70- (Değişik madde: 23/01/2008-5728 sy. karar m. 38.).

hali söz konusu ise buna dayanarak aydınlatmadan makul ölçüde müdahalede bulunulabilir.⁵⁹

Organ naklinde aydınlatılacak kişi, hem organ veya doku alınacak kimse hem de bunların kendisine nakledileceği kimsedir. Çünkü organ nakli gerek organ veya doku vereni ve gerekse bunların nakledileceği kimseyi yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple organ veya doku naklinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü birden fazla kimse için söz konusudur. Hatta organ veya doku vericisi veya alıcısı ayırt etme güne sahip olmakla birlikte ergin değilse, kanunî temsilcilerinin de aydınlatılması gerekmektedir. Böyle bir halde hekimin aydınlatacağı ve dolayısıyla rızasını alacağı kişi sayısı daha da artmış olmaktadır.⁶⁰

Bu düzenlemelerin yanında Hasta Hakları Yönetmeliği madde 26; *“Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.”* hükmü ile hastanın tıbbi müdahaleye iştirak etmesi hedeflenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi madde 6/2 ve 3’de; *“...Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.*

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır...” yer alan hükümler dikkate

⁵⁹ Hancı, s. 80.

⁶⁰ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun madde70:

Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.

alındığında hastanın küçük olması halinde dahi durumu göz önüne alınarak yinede aydınlatılması gerekmektedir çünkü *aydınlatma* en temel hasta haklarından biridir.

X. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma sonrası tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın rızası alınarak işlem yapılacağından dolayı rızadan önce aydınlatma yapılmalıdır. Aydınlatmanın yapılacağı zaman iyi ayarlanarak hastanın baskı altında karar vermesi söz konusu olmamalıdır. Hasta vereceği onamdan her zaman geri dönebilme hakkına⁶¹ sahip olduğu için aydınlatma mutlaka müdahaleye girişilmeden önce yapılmalıdır.

Somut olayın özelliklerine göre hastaya karar vermesi için uygun zaman tanınmalıdır. Acil durum söz konusu değilse hastaya düşünmesi için makul süre verilmelidir. Normal durumlarda tam ameliyat masasında ayaküstü ciddiyetten uzak yapılacak aydınlatma kabul edilemez.

Ancak acil durumlara da hayati tehlikenin varlığı, ağır bir zarara uğramayı önlemek için derhal müdahale söz konusu olaksa ameliyattan hemen önce veya ameliyat masasında da aydınlatma yapılabilir.⁶²

XII. Aydınlatmanın Tarzı

Hekim hastaya ayrıntılı tıbbi bilgi vermek zorunda değildir. Aksine hastanın gelişme seviyesi, yaşı ve sağlık anlayışına uygun bir aydınlatma yapılmalıdır⁶³.

Hekim aydınlatmayı hastanın ana dilinde yapacaktır. Bu mümkün değilse tercüman yardımıyla hastanın dilinde aydınlatma yapılabilir. Müdahaleden önce hastanın dilini bilen kimse yoksa uluslar arası bir dil kullanılır. Hasta artık onu da bilmiyorsa hekim inisiyatifi kullanabilecektir.⁶⁴

⁶¹ HHY m. 24; "...Üçüncü fıkırdaki belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır..."

⁶² Hakeri, s. 135 vd.; Hancı, s. 80; Çetin, s. 180.

⁶³ Hancı, s. 81.

⁶⁴ Gürsel, s. 180 vd.; Hancı, s. 81.

XII. Aydınlatmanın Şekli ve İspatı

Aydınlatmanın şekline ilişkin hukukumuzda genel geçerli bir hüküm bulunmamaktadır.⁶⁵ 2827 sy. Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun madde 5/4 de; “...Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları...” ve Organ ve Doku Nakli Kanunu⁶⁶ madde 6’ da; “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.” denilmek suretiyle aydınlatmanın şekline ilişkin düzenlemede bulunulmuştur.

Hekimin aydınlatma borcuna riayet etmediğini iddiasıyla açılan bir dava hekimin aksini ispatlaması çok güçtür. Nitekim Y13.HD 2008/10750 sy. kararına göre; “...Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi...” denilmek suretiyle hekimin aydınlatmayı ispat edememesi dolayısıyla sorumlu olacağı kararına varılmıştır.

Şekil açısından aydınlatılmış onam sözlü olabilir; ancak ispat yükünün hekimde olduğu unutulmamalıdır. Uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önlenmesi için hekimin aydınlatmasını yazılı olarak ispat edebilmesi ve belgeleyebilmesi hukuki sorumluluğunu etkileyecektir.⁶⁷ Bu nedenle kanaatimizce hekimin hastayı aydınlatması sözlü olmalı ancak daha sonra ispat gücü açısından yazılı belgeye dökülmelidir.

Hasta, aydınlatmanın sonucunda, hekimin hiçbir zararlı sonuçtan dolayı sorumlu olmayacağına ve hekim hakkında dava açılmayacağını kayda almış olsa dahi bu şekildeki bir yazılı taahhüt, hastanın dava açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır.⁶⁸

⁶⁵ Hakeri, s. 139.

⁶⁶ 29.05.1979 tarih ve 2238 sy. Organ ve Doku Nakli Kanunu, RG Tarih:03.06.1979, S 16655.

⁶⁷ HUMK m.228 ve 236 uyarında aydınlatma bir hukuki işlem olmadığı için her türlü delille ispat edilebilir.

⁶⁸ Gürsel, s. 178-179.

Hekimler tarafından çok yaygın olarak kullanılan formlar ancak ispat amacına hizmet edecektir.⁶⁹ Aydınlatmanın form ya da broşür yoluyla yapılması kabul edilmemelidir. Hastanın sözlü olarak aydınlatıldıktan sonra formun doldurulması söz konusu olabilir. Uygulamada pilot hastanelerde yapılan denemeler sonucunda hastanın formu okuduktan sonra olumsuz yönleri dikkate aldığı bu nedenle tedaviden vazgeçip hastaneden ayrıldığı görülmüştür. Ancak yine de sadece formla aydınlatmanın yapılması kabul edilemez bir uygulama olacaktır.⁷⁰

Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için geçerli bir rızanın varlığı aranmaktadır. Hukuka uygunluk sebebinde yararlanacak olan hekim, hastaya uygulayacağı tedaviyi anlatmış, hasta razı olmuş ve işlemi yapmış olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Ancak kanaatimizce aydınlatmanın genel geçerli bir düzenleme ile şeklinin belirlenmemiş olması yerindedir. Çünkü hasta ile hekim arasındaki ilişki, niteliği itibarıyla güven unsurunu önemli ölçüde barındıran bir ilişkidir. Bu sebeple aydınlatmanın şeklinin özel olarak düzenlenmemesi ilişkinin mahiyetine uygun düşecektir.

SONUÇ

Kişilerin yaşamı, sağlığı, vücut tamlığı gibi kişilik hakları üzerinde yapılan her türlü müdahalenin hukuk düzenince geçerli olmamasına rağmen; bunun yasalarca öngörülmüş şartların varlığı halinde fiil, hukuka uygun hale gelecektir. Hukuka uygunluğu sağlayan unsurlar; tıbbi müdahalenin kanunun yetkilendirdiği kişi tarafından, tıp biliminin verilerine ve genel kurallarına uygun olarak yapılan, kanunun öngördüğü amaca yönelik olan ve müdahaleye maruz kalacak kişinin aydınlatılıp rızasının alınmasıyla gerçekleştirilecek her türlü tıbbi eylemdir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi, hekimin sorumlu olmaması için gerekli olan dört şarttan biri olan aydınlatma; müdaha-

⁶⁹ Hakeri, s. 141.

⁷⁰ Gürsel, s. 179.

leye maruz kalacak *hasta*'ya müdahalede bulunacak hekim tarafından hastanın sosyal, ruhsal, kültürel durumu göz önüne alınarak belirli sınırlar çerçevesinde hastalığın teşhisinden en ağır tıbbi müdahaleye kadar tam ve ayrıntılı olarak yapılan bilgilendirmedir. Tedavinin yöntemi, amacı, şekli, olası tehlikeler, ağrılar, riskler gibi her türlü açıklamanın hastaya müdahaleden önce sözlü olarak yapılması ve ispat açısından yazılı olarak belgelendirilmesi sonucu alınan rıza ile yapılacak müdahale hukuka uygun olacaktır. Hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisini aydınlatması, tıbbi olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür. Şartlarının varlığı halinde yapılan aydınlatma ile alınan rıza hem işlemi hukuka uygun hale getirecek hem de hekimin ceza hukuku açısından sorumlu olmasını engelleyecektir. Ancak tüm şartlarının varlığı söz konusu olsa dahi hekimin dikkatsiz ve özensiz işlemleri dolayısıyla sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

KAYNAKLAR

- BAYRAKTAR, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.
- BAYRAKTAR, Köksal, *"Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal, *"Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu"*, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- BİRTEK, Fatih, *"Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı"*, İstanbul Barosu Dergisi, C 81, S 2007/5, İstanbul 2007.

- ÇETİN, Gürsel, *"Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi", II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007*
- ERDÖL, Cevdet, *"Organ Bağışı ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları", Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.*
- ERSOY, Nermin, *"Aydınlatılmış Onam", Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Aysegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003.*
- HAKERİ, Hakan, *"Aydınlatma (Bilgilendirme)", Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl 1, S. 2, İstanbul 2006.*
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku, Ankara 2007 (Tıp Hukuku).*
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku, Aydınlatma ve Rıza, 2. Bası, Ankara 2009.*
- HAKERİ, Hakan, *"Tıp Hukukunun Temel Kavramları", Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007.*
- HANCI, İ. Hamit, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.*
- NAMAL, Arın, *"Hasta Hakları ve Etik", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.*
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, *"Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 52, S 3, Ankara 2003.*
- ÖNAL, Gülsüm, *"Hasta Hakları ve Sağlık Sistemine Etkileri", II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.*
- ÖZSUNAY, Ergun, *"Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983*
- POLAT, Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara 2005.*

POLAT, Oğuz, *Klinik Adli Tıp*, Ankara 2007.

SERT, Gürkan, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, İstanbul 2004.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, *“Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 1. Bası, İstanbul 2007.

Tüm Yargıtay Kararları www.hukukturk.com adresinde alınmış olup üye olunarak erişilmektedir.