

İnci EKİN

23.11.2015

Tıp Hukuku ve Etiğine Giriş

Doç. Dr. Gürkan SERT

BİLİNCİ AÇIK HASTANIN TEDAVİYİ RED HAKKININ SINIRLARI KONUSUNDAKİ ETİK VE YASAL TARTIŞMALAR

Bilinci açık hastanın tedaviyi red hakkının sınırları konusundaki etik ve yasal tartışmalar tartışmalara bakmadan önce sağlık hakkına bakmamız gerekmektedir. Sağlık; bedensel, ruhsal ve sosyal tam bir iyilik ve denge halidir. Herkesin hayatının beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlamak T.C. Anayasası 17 ve 56 ncı maddeleri gereğince devletin görevidir. Anaya'nın 17. Maddesi 1. fıkrasında *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz”* denilerek yaşama hakkı ve sağlık hakkına değinilmiş ve yine anayasamızın 56. Maddesi 3. ve 4. Fıkrasında, *“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” denilerek ikinci kuşak haklarından olan sağlık hakkının devletin görevi belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Haklar ve Özgürlükler kısmının 2. Maddesi'nde “yaşama hakkı” düzenlenmiştir. Buna göre; *“Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır”*.

Sağlık hakkı, *“Anayasa'da “temel haklar” arasında yer verilen bir hak olduğu gibi, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne göre iç hukukuna dahil ettiği uluslararası hukuk kaynakları tarafından düzenlenmiş bir “insan hakkı”dır. İnsan hakkı niteliği, sağlık hakkının hem Anayasa'nın 90. maddesinde konulan “esas alın(ma)” hükmü; hem de, 2. maddesinde yer verilen “insan haklarına saygılı (...) devlet” niteliği doğrultusunda anlaşılmasını gerektirir. Bu nedenle, ulusal hukukumuzda korunan sağlık hakkının özneleri, kapsamı ve*

sınırları incelenirken, doğrudan Anayasa’da düzenlenen hükümler yanında, insan hakları hukuku dolayısıyla ulusal hukukumuzda dahil olan hükümler de dikkate alınmalıdır”¹.

Herkesin sağlık hakkı ve yaşama hakkı olduğu gibi bilinci açık hastanın tedaviyi red hakkının olup olmadığına ulusal mevzuata ve Türkiye’nin taraf olduğu ve usulüne göre iç hukukuna dahil ettiği uluslararası hukuk kaynaklarına baktığımızda:

Dünya Tabipler Birliği’nin Eylül 1995 tarihinde Bali, Endonezya’da yapılan toplantısında kabul edilen Dünya Tabipler Birliği’nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi’nin Gözden Geçirilmiş Şekli’nin ilkeler kısmının 3. Maddesinde “Kendi kaderini belirleme hakkı” düzenlenmiştir. Buna göre;

“a. Hasta kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Hekim hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

b. Zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahiptir. Hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilmeye hakkı vardır. Hasta uygulanacak test veya tedavinin amacının ne olduğunu, bunun sonuçlarının ne olabileceğini, tedaviyi kabul etmeme durumunda olabilecekleri açık bir şekilde anlamalıdır.

c. Hastanın klinik çalışmalara veya tıp eğitimine katılmayı reddetme hakkı vardır” denilerek bilinci açık olan hastanın tedaviyi kabul etmeme hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Aynı bildirgenin 4. Maddesinde ise “Bilinci kapalı hasta” ile ilgili düzenleme yapılmış;

“a. Bilinci kapalı veya iradesini ifade edebilme durumunda olmayan hastalarda hastanın bilgilendirilmiş onayı en uygun zamanda yasal temsilcisinden alınmalıdır.

b. Yetkili yasal bir temsilcinin olmadığı ve acil tıbbi girişim gereken durumlarda daha önceden hastanın bu girişimi red ettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak tıbbi girişim yapılabilir.

c. Bununla birlikte bir intihar girişimi söz konusu ise hekimler her zaman bilinci kapalı bir hastanın yaşamını kurtarmaya gayret etmelidir” denilerek bilinci açık iken hastanın verdiği beyana göre hekimin müdahalede bulunabileceği anlaşılmaktadır.

¹ Dr. Özgür Temiz, *Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 69, No. 1, 2014, s. 172

3.12.2003 tarihinde kabul edilen Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'un "Muvafakat" kısmında 5. Maddede'sinde;

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir" ifadesi kullanılmış ve 9. Maddesinde ise, *"Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır"* denilerek sağlık ile ilgili müdahalelerde kişinin rızası aranmıştır ve kişinin rızası yok ise müdahale edilemeyeceği belirtilmiştir.

8.05. 2014 tarihli değişiklik ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY) "Tıbbi Müdahalede hastanın Rızası" kısmı md.24/1'de *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir"* denmiş ve aynı maddenin 5. Fıkrasında ise, *"Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır"* hükmü yer alarak adeta Biyotıp Sözleşmesi'nin benzeri şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ve böylelikle bilinci açık kişinin rızası olmadan tıbbi müdahale yapılamayacağı yani tedaviyi red hakkı olduğu HHY'nde de belirtilmiştir. Ayrıca HHY'nin 25. Maddesi açıkça *"Tedaviyi Reddetme ve Durdurma"*yı düzenlemiştir. Şöyle ki, *"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

*Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz"*denmiştir. Ancak *"Kanunen zorunlu olan haller dışında"* ile ne kastedilmektedir?

Türk Medeni Kanunumuzun(MK) "Kişiliğin korunması" başlığı altında 23. Maddede, *" Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"* denmiş ve 24. Maddede 2. Fıkrasında ise, *"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” denilerek kişinin rızası da olsa tedaviyi reddetme hakkının sınırlandırıldığını görmekteyiz. Ancak, normlar hiyerarşisi ve Anayasamız md. 90/5’e göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” İşbu hüküm gereği MK md.23 ve 24 hükmü değil Avrupa Biyotıp Sözleşmesi’nde yer alan hüküm geçerli olacağından mevzuatımız çerçevesinde hukuki açıdan bilinci açık hastanın tedaviyi red hakkının olduğunu söyleyebiliriz. Etik açıdan bilinci açık hastanın tedaviyi red hakkının olup olmadığına baktığımızda ise, Hekimlik Meslek Etiđi Kuralları md. 21, “*Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilenme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır”* denilerek etik açıdan hastanın tedaviyi reddedebileceği ve hekimin buna saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, yaşam nasıl bir hak ise tedaviyi kabul etmemek de bir haktır kanısındayım. Kişiliğin özerkliği açısından da bilinci açık veya bilinci yerinde iken kişinin tedaviyi red ile ilgili beyanı var ise hem etik açıdan hem de ilgili mevzuat çerçevesinde kişinin tedaviyi red hakkına saygı duyularak tıbbi müdahalede bulunulmamalıdır.