

FİİLİ VE HUKUKSAL YENİ İHTİYAÇLAR ALMAN KANUNKOYUCUSUNU HASTA HAKLARINI İYİLEŞTİRECEK DÜZENLEMELERE ZORLAMAKTADIR

ACTUAL AND LEGAL NECESSITIES FORCE GERMAN LEGISLATOR TO REGULATE NEW PROVISIONS ON PATIENT RIGHTS

Yener Ünver

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

e-mail: yener.unver@ozyegin.edu.tr

DOI:10.5152/tcb.2014.007

Özet

20 Şubat 2013 tarihli Alman Hasta Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanun ile Alman Medeni Kanunu başta olmak üzere Hastanelerin Finansmanı Hakkında Kanun, Sosyal Kanun ve diğer alt mevzuatta değişikliğe gidilmiş ve bu değişiklikle, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin direktifleri de dikkate alınarak Alman hukukundaki hasta haklarına ilişkin mevzuatın, sorunlu belirli alanlar bakımından yeniden düzenlenmesine ve hasta hakları ihlallerinin önlenmesine çalışılmıştır.

Medeni Kanun'a yeni eklenen hüküm gereğince, ilgili kişinin tıbbi müdahaleye rızası konusunu düzenlemektedir. Buna göre tıbbi bir önlem, özellikle de vücuda veya sağlığa yönelik bir girişim öncesinde hastanın rızasının alınması hukuki bir yükümlülüktür. Ayrıca, hastanın aydınlatılması zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu aydınlatma olmaksızın hastadan alınan rıza hukuken etkili değildir.

Türkiye'de yapılacak benzeri bir kanunlaştırma hareketinde, düzenlemelerin otomatik şekilde Türk mevzuatına aktarılması yerine hem hatalı, eksik, çelişkili yönler görülmeli hem de mevzuatımızın diğer alanlarının Alman hukukundaki ile çok büyük ölçüde örtüşmediği dikkate alınarak bundan kaynaklanabilecek sorunları da önleyebilecek geniş kapsamlı bir reform yapılmalıdır.

Anahtar kelimeler: Hasta hakları, rıza, aydınlatma yükümlülüğü, ispat, tıbbi müdahale hatası, bilgilendirme yükümlülüğü, tıbbi standart

Abstract

Considering the directives of European Parliament and European Council, Code Of Improving German Patient Rights (dated 20th of February 2012) and German Civil Code being in the first place, Code of Financing of Hospitals, Social Code and the other regulations about patient rights in German law and its troubled provisions were changed and in this manner, breaches of patient rights were tried to be solved.

The new provisions that were added to Civil Code regulates related person's consent to medical treatment. Accordingly, it is mandatory to receive patient's consent before any medical treatment to human body or health. It was also regulated that patient has to be informed about this treatment. In this respect, without this informing, patient's consent would not be legally effective.

In the similar codification movement in Turkey, transferring the regulations to Turkish legislation automatically would be mistaken, inadequate and contradictory. Our regulation does not correspond to regulations in German law in general, thus, in order to avoid from possible problems, a wide-ranging law reform should be done on this issue.

Key words: Patient rights, consent, informing requirement, evidence, medical malpractice, medical standart

GİRİŞ

20 Şubat 2013 tarihinde çıkarılan Alman Hasta Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanun (BGBI 2013, Teil:1, nr.9 – 25.02.2013) ile Alman Medeni Kanunu başta olmak üzere Hastanelerin Finansmanı Hakkında Kanun, Sosyal Kanun, ve diğer alt mevzuatta değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliklerle, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin direktifleri de dikkate alınarak Alman hukukundaki hasta haklarına ilişkin mevzuatın, sorunlu belirli alanlar bakımından yeniden düzenlenmesine ve hasta hakları ihlallerinin önlenmesine çalışılmıştır.

Bazı önemli noktalara değinecek olursak, bu Kanun, 1. maddesi ile Alman Medeni Kanunu, 2. maddesi ile Alman Sosyal Kanunu, 3. maddesiyle Hasta Katılımı Tüzüğü, 4. maddesiyle Hastanelerin Finansmanı Hakkında Kanun, 4a maddesiyle Sözleşmeli Doktorlara İlişkin Tüzük, 4b maddesiyle Sözleşmeli Diş Doktorlarına İlişkin Tüzük ve 4c maddesiyle ise Federal Doktorlar Kanunu'nda değişiklik yapmıştır. Tüm bu değişikliklerin hedefi, hasta haklarının iyileştirilmesi, olası ihlallerin önlenmesi ve ihlal sonrası zararların hasta lehine daha kolaylıkla giderilmesidir.

Türk mevzuatında bir hasta hakları kanunu olmadığı gibi, aşağıda değinilen hükümlerle doğrudan paralel bir hüküm de bulunmamaktadır. Türk Hasta Hakları Yönetmeliği, hem yönetmelik düzeyinde bir düzenleme olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesinin gereklerini karşılamamakta, hem de içerdiği hükümler aşağıda değinilen konuları bu biçimde düzenlemediğinden büyük oranda eksiklik ve belirsizlik yaratmakta, uygulamaya yardımcı olmamaktadır.

Bu çalışmada özellikle Medeni Kanun'da yapılan önemli değişikliklere değinilmektedir.

HASTA VE DOKTOR ARASINDAKİ HUKUKSAL İLİŞKİ, TEDAVİ MASRAFI VE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜĞÜ

Medeni Kanun'a eklenen 630a paragrafına göre, tedaviyi üstlenen sağlık personelinin tedaviyle ve üçüncü bir kişi yükümlü kılınmadıkça hastanın tedavi bedelini ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiş ve 2. paragrafta özellikle kanuni bir yüküm olarak, yapılacak tıbbi müdahalede müdahale zamanında geçerli olan ilgili branşa ilişkin genel kabul görmüş standartlara uyulması gerektiği belirtilmiştir. Hasta ve doktor arasındaki sözleşmenin önemli bir unsuru olan tıbbi standarda uyulması gerekliliği kanun hükmü olarak düzenlenmiş olup, diğer kanuni sınırlar içerisinde tarafların bu kuraldan ayrılabilenliği vurgulanmıştır.

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630b paragrafına göre, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece hasta ile doktor arasındaki ilişki Medeni Kanun'un 622. paragrafı anlamında bir iş ilişkisi olmayıp, hizmet ilişkisine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630c paragrafı, sözleşmenin taraflarının sözleşme ve icrasını birlikte etkilemesi ve bilgilendirme yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu yeni düzenlemeye göre, tıbbi müdahalede bulunan ve hasta, müdahalenin icrasını birlikte etkileyeceklerdir. Ancak bunun için müdahalede bulunan kişinin hastayı müdahalenin başlangıcından önce ve anlaşılır bir biçimde müdahalenin gidişatı, önemli koşulları, yapılacak tedavi, tedavi sonrası hastanın sağlığındaki gelişmeler ve değişiklikler, tedavi sonrası alınacak önlemler ve olasılıklar konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Hastanın yapılacak muayene, tetkikler ve tedavi sonrası süreç bakımından öğrenmek istediği hususlarda doktor, hastanın durumu, hastalık ve müdahale ile bağlantılı olarak sağlıkla ortaya çıkabilecek tehlikeler ve bunların savuşturulmasına ilişkin tüm açıklamaları yapmalıdır. Bu bilgilendirme kuralı olarak hastaya ve istisnai hallerde kanunen yetkilendirilmiş diğer kişilere yapılacaktır.

Müdahalede bulunacak sağlık personeli, öğrendiği tıbbi müdahale hatasını hasta ve kanuni temsilcisine bildirmek zorundadır. Dikkate edilirse burada, o anda yapılan tıbbi müdahale hatası kadar daha önce yapılan bir tıbbi müdahale hatasını da bildirilmelidir. Her ne kadar bu, TCK m. 280'deki kadar geniş kapsamlı ve özellikle suçun ihbarına ilişkin genel bir hüküm değilse de, düzenlemeye konu tıbbi müdahale hatalarının çoğu aynı zamanda suç teşkil edeceği için bu anlamda bir bildirim yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Şüphesiz bildirim, adli makamlara değil hasta veya kanuni temsilcisine yapılmak zorunda olup, bildirim içeriğini teşkil eden verilerin ceza muhakemesi hukukuna ve tazminat kabiliinde para cezası yargılamasına ilişkin bir yargılamada delil olarak kullanılabilmesi, hastanın rızası olduğu sürece mümkündür. **Dikkat edilirse Türk mevzuatında bu tür özel bir hüküm bulunmamaktadır.** Alman hukukunda, hastanın rızası olmadıkça bu ispat aracının belirtilen yargılamalarda delil veya emare olarak kullanılamayacağı; fakat bu konuda bir soruşturma açılması için başlangıç şüphesi oluşturabileceği kabul edilmektedir. Yani, savcılık bu bilgilendirmeyi öğrendiğinde bir ceza soruşturmasına başlayabilecek ve diğer türlü delil elde ettiğinde ise ceza davası açabilecektir.

Hastanın tedavi masraflarının bizzat üçüncü bir şahıs veya kurum tarafından ne kadar ve hangi biçimde ödeneceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanuni düzenleme bu konunun hasta ve doktor arasında açıklığa

kavuşturulmasını ve tahmini sağlık gideri masrafının yazılı bir form içinde hastaya açıklanmasını, bu olası masrafı aşan hususlara ilişkin olarak ise mevzuattaki diğer düzenlemelerin mahfuz olduğunu düzenlemiştir. Çok çok özel koşulların bulunması ve bu koşulların hukuken kabul edilebilir olması halinde söz konusu bilgilendirmeye ihtiyaç olmayacağı gibi, özellikle müdahalenin derhal yapılması, geciktirilemez nitelikte bulunması ve hastanın açıkça bilgilendirmeden vazgeçtiği hallerde, bilgilendirme yapılmayabilir.

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HUKUKEN GEÇERLİ RIZA

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630d maddesi ise ilgili kişinin tıbbi müdahaleye rızası konusunu düzenlemektedir. Buna göre tıbbi bir önlem, özellikle de vücutta veya sağlığa yönelik bir girişim öncesinde hastanın rızasının alınması hukuki bir yükümlülüktür. Hastanın rıza verme ehliyetinin bulunmaması halinde kanunen yetkili kişiden bu rızanın alınması gerekir. Şüphesiz burada hastanın ileriye dönük irade açıklaması (hasta vasiyetnamesi) da dikkate alınmak zorundadır. Söz konusu hüküm genel kural olup bazı özel hallerle ilişkin olarak yasalarda yer alan rıza ile ilgili diğer kurallar mahfuzdur. Kanun'un bu maddesinin birinci fıkrasında hastanın varsayılan rızası açıkça düzenlenmiştir. **Türk hukukunda sadece bazı hukukçuların teorik olarak ilgilendiği, önce yargıda ve fiili uygulamada dikkate alınmayan varsayılan rıza, tıpkı rıza gibi söz konusu eylemin yapılıp yapılmamasına yönelik hukuksal etki gösteren bir unsur olup, hastadan yazılı veya sözlü olarak açıkça alınan rıza ile eşdeğerdir.**

Bu maddenin ikinci fıkrasında, çok açık bir biçimde ve birazdan değinilecek olan Medeni Kanun'un 630e paragrafının aradığı şekilde, hastanın aydınlatılması zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu aydınlatma olmaksızın hastadan alınan rıza hukuken etkili değildir. Yine, söz konusu paragrafın 3. fıkrası açıkça rızanın herhangi bir açıklama veya gerekçe gösterme zorunluluğu olmaksızın ve herhangi bir biçime bağlı olmaksızın her zaman geri alınabileceğini düzenlemektedir.

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630e paragrafı, tıbbi müdahalede bulunacak olan kişiye, hastaya verip vermeyeceği sorulan rızasını etkileyebilecek bütün önemli koşulları açıklanmayı/ hastayı aydınlatmayı yükümlülük olarak yüklemektedir. Özellikle tıbbi müdahalenin türü, biçimi, kapsamı, icrası, yöntem ve araçları, müdahaleden beklenen sonuçlar, alınan önlemlerin riskleri, müdahalenin gerekliliği veya acilliği, başarı şansı veya sağlayacağı umulan iyileştirmeler ve müdahale sonrası karşılaşılabilecek veya beklenen durum, bu aydınlatma yükümlülüğüne dahildir. Kanun aydınlatmada müda-

hale seçeneklerinin, çeşitli metotların olası sonuç ve risklerinin ve seçenek müdahalelerinin başarı şanslarının açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Aydınlatma anlaşılır bir dille, yetkili bir kişiye, mevcut somut durumun koşullarıyla bağlantılı olarak ve şekli bir form içerisinde yapılmalıdır. Kanun'un yazılı şekle tabi kılmadığı hallerde sözlü şekilde de yapılabilecek aydınlatma, hastanın sağlıklı bir tercihte bulunması için gerekli zaman aralığı hastaya tanınarak gerçekleştirilmelidir. Ancak istisnai olarak, önceden öngörülemez veya hastanın rızasının alınmasına zamanın bulunmadığı acil durumlarda ya da hastanın açıkça vurgulayarak vazgeçtiği hallerde bu aydınlatmaya ihtiyaç yoktur. Aydınlatma mutlaka somut hastanın içinde bulunduğu koşullar ve (yaş, eğitim, sosyal konum gibi) kişisel durumu dikkate alınarak ve anlayabileceği bir biçimde yapılmalıdır.

DOKÜMAN OLUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630f paragrafı ise tıbbi müdahalede bulunan kişiye, müdahale ile bağlantılı ve eşzamanlı olarak doküman oluşturma amacıyla yazılı kağıtta ve elektronik ortamda hasta ve müdahale ile ilgili bilgilerin tutulması yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu kağıt ve elektronik dosyalarda yapılacak kayıt değişiklikleri, ancak değişiklik öncesindeki mevcut verilere ulaşılabiliyor ve kimin yaptığı tespit edilebiliyorsa, hukuken kabul edilebilir. Müdahalede bulunan kişi, doktor mektupları dahil hastalık öyküsü, teşhis, muayene, tetkikler, tetkik sonuçları, bulgular, terapiler ve bunların etkileriyle müdahalenin sonuçları ve müdahaleden beklenenler ile hastanın aydınlatılmasını ve hastanın verdiği rızayı bu doküman içerisinde muhafaza etmekle yükümlüdür. Kanun'a göre (fıkra 2), hasta dosyaları tedavinin bitiminden sonra 10 yıl süre ile saklanmak zorundadır. Bu konuda mevzuattaki diğer hükümler saklıdır.

Medeni Kanun'un yeni 630g paragrafına göre söz konusu hasta dosyası, kanuni zorunluluklar ya da hukuka uygun ve üçüncü şahısların tedavisi yönünde bir zorunluluk olmadıkça üçüncü şahıslara gösterilmeyecek ve talep üzerine sadece hasta veya kanuni temsilcisine açık tutulacaktır. Hastanın ölümü, adli vakıalar veya kanuni zorunluluklar halinde ilgili kişiler söz konusu dosyadaki verileri yasal çerçevede talep edebilecek iseler de, bunlar dışındaki hallerde hastanın bu konudaki iradesi belirleyici olacaktır.

ÖZEL HUKUK YARGILAMALARINDA İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İSPATA İLİŞKİN KANUNİ KARİNELER

Medeni Kanun'a yeni eklenen 630h paragrafı, tıbbi müdahale veya aydınlatma hatasından kaynak-

lanın sorumluluktaki ispat külfetini düzenlemektedir. Kanuni düzenlemeye göre, müdahalede bulunan kişi tarafından egemen olunabilir ve hastanın vücut veya sağlığı ile yaşamını ihlal eden genel bir tıbbi müdahale riski gerçekleşmişse, bir tıbbi müdahale hatasının olduğu varsayılır. Tıbbi müdahaleye Medeni Kanun'un yeni 630d ve e paragraflarına uygun bir biçimde hastanın rızasının alınmış olduğunu ve öncesinde gerekli-yeterli aydınlatmanın yapıldığını aydınlatmada bulunan kişinin ispatlaması gerekmektedir. Sadece aydınlatma veya rıza yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunun değil, bunların hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirildiğinin de ispatı gereklidir (fıkra 1-2). Kanuni düzenlemeye göre, tıbbi müdahalede bulunan kişi tıbben gerekli, önemli bir önlemi aldığını ve bunun sonuçlarını hasta dosyasındaki verilerle ispatlayamıyor ise ya da hasta dosyası kanunda öngörülen bir biçimde muhafaza edilememişse, özel hukuk açısından söz konusu doktorun bu önlemleri almadığı kabul edilir. Aynı şekilde, müdahalede bulunan kişi kendisi tarafında gerçekleştirilen tıbbi müdahale açısından yeterli ehliyete sahip değilse, hastanın vücut, yaşam ya da sağlığı bakımından meydana gelen olumsuz netice bakımından tıbbi müdahalede bulunan kişinin hareketinin nedensellik değeri taşıdığı kabul edilir. Aynı şekilde hastanın vücut, yaşam ya da sağlığı bakımından bir zarar meydana getirmeye gerçekten elverişli büyük bir tıbbi müdahale hatası varsa, kural olarak tıbbi müdahale hatası ile bu netice arasında bir nedensellik bağının varlığı kabul edilir. Hatta buradaki kanuni düzenlemeye göre, söz konusu önlemler alınmış olsaydı dahi istenmeyen bu neticelerin ve bu tür büyük bir müdahale hatasının meydana gelebileceği bir durum söz konusu olsa da, yukarıda belirtilen ve nedenselliğin varsayımsal olarak kabulünü öngören kural geçerli olacaktır (fıkra 3-5).

SONUÇ

Bültende yer alacak yazıya ilişkin yer sorunu nedeniyle söz konusu kanunun sigorta, hastane finansmanı, ulusal temas merkezleri, hastanın katılımı, doktorlar ve dış doktorlarının yetkiliği ile Federal Doktorlar Kanunu'na ilişkin getirdiği değişikliklere burada değinilememektedir.

Alman hukukundaki gözlemimize göre, ceza davaları da en az özel hukuk davaları kadar tıbbi müdahale hatalarında geniş kapsamlı olarak açılmakta ve sonuç-

landırılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin arka planında, alınacak bazı önlemlerle özel hukuk alanında hasta hakları iyileştirilirken, yan kurumlarla sağlık çalışanlarının özellikle tazminat davalarında karşılaşabileceği sorunların azaltılması bulunmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler sağlık çalışanları hakkında açılacak ceza davalarını önleyici bir etkiye sahip olmasalar bile, bir taraftan hasta haklarını iyileştirmeleri ve geçmiş tecrübelerden yararlanılarak temel sorunlu alanları hukuksal koruma açısından geliştirmeleri, diğer taraftan ise söz konusu alana dahil diğer kişi ve kurumlarla ilgili bazı hukuksal koruma mekanizmalarını düzenlemeleri dolayısıyla tarafımızdan çok olumlu bulunmaktadır. Ancak bunlar içerisinde, kendi içinde hukuken çok tartışma götürür, muğlak ve çelişkili düzenlemelerin yer aldığı da görülmektedir.

Bu nedenle Türkiye'de yapılacak benzeri bir kanunlaştırma hareketinde, düzenlemelerin otomatik şekilde Türk mevzuatına aktarılması yerine hem hatalı, eksik, çelişkili yönler görülmeli, hem de mevzuatımızın diğer alanlarının Alman hukukundaki ile çok büyük ölçüde örtüşmediği dikkate alınarak bundan kaynaklanabilecek sorunları da önleyebilecek geniş kapsamlı bir reform yapılmalıdır.

Özellikle ceza hukuku alanında etkin, adil ve modern hukuka yakışır bir yargılamanın önündeki engeller kaldırılırken diğer taraftan normlar çağdaş düzenlemelere paralel hale kavuşturulmalı ve tıp ceza hukuku alanındaki yanlış işleyen mekanizmalar ile yargıyı olumsuz etkileyen bilirkişilik kurumu ve adli tıp alanında gerekli reform gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKLAR

- Alman Medeni Kanunu m. 1
- Alman Medeni Kanunu prg. 622, 630
- Alman Sosyal Kanunu m. 2
- Hasta Katılımı Tüzüğü m. 3
- Hastanelerin Finansmanı Hakkında Kanun m. 4
- Sözleşmeli Doktorlara İlişkin Tüzük m. 4a
- Sözleşmeli Dış Doktorlarına İlişkin Tüzük m. 4
- Federal Doktorlar Kanunu m. 4c
- Türk Ceza Kanunu m. 280
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 13