



UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
SAĞLIK HUKUKUNDA ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI DERSİ

KÜÇÜĞÜN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI

Selin KARAGAN
2107B0006

DOÇ.DR. ÖZGE YÜCEL

ANKARA

2022

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

I. KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELER VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ

- A. Küçüğe Yapılacak Tıbbi Müdahalelerde Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği
- B. Küçük Adına Yapılacak Hekimlik Sözleşmesinin Tarafları

II. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARINDAN BİRİ OLARAK AYDINLATILMIŞ ONAM

- A. Onam Hakkının Dayanakları ve Niteliği
- B. Onam Ehliyeti ve Aydınlatılmış Olma Şartı
 - 1. Aydınlatılmanın Amacı, Muhatabı ve Kapsamı
 - 2. Ayırt Etme Gücünün Onam Ehliyetindeki Belirleyiciliği

III. KÜÇÜĞÜN ONAM EHLİYETİNE İLİŞKİN FARKLI GÖRÜŞLER

- A. Ayırt Etme Gücünün Varlığını Yeterli Sayan Görüş
- B. Yasal Temsilcinin Rızası İle Küçüğün Görüşünün Alınması Gerektiğini Savunan Görüş
- C. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ile Yasal Temsilcinin Rızasını Birlikte Arayan Görüş

IV. ÖZELLİK GÖSTEREN TIBBİ MÜDAHALELER BAKIMINDAN KÜÇÜĞÜN DURUMU

- A. Deney ve Denemeler
- B. Organ ve Doku Nakli
- C. Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Sterilizasyon ve Kastrasyon

SONUÇ

KAYNAKÇA

GİRİŞ

Günümüzde tıp dünyasının ve teknolojinin hızla gelişmesiyle, sağlık hukuku ve tıp hukuku kapsamında yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili olan kişilerce hastalığın teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarıyla gerçekleştirilmekte olup kişilik hakkı kapsamında bir kişilik değeri olan vücut bütünlüğü hakkıyla bağlantılıdır. Zira tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın gerçekleştirilmesi halinde hastanın vücut bütünlüğü ihlal edileceğinden kişilik haklarına tecavüz durumu hâsıl olacaktır. Bu durumun önlenmesi için tıbbi müdahalenin hukuka uygun icra edilmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsurlardan en önemlisi müdahale öncesi hastadan alınması gereken aydınlatılmış onamdır. Hastanın tıbbi müdahale öncesinde durumu ile alakalı bilgilendirilerek rızasının alınması özerkliğe saygı ilkesi kapsamında kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının yansımasıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için rızayı gösteren hastanın ayırt etme gücüne sahip olması, rızayı verirken iradesinin sakatlanmamış olması ve tıbbi müdahale ile alakalı detaylı bilgiye sahip olması yani aydınlatılmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda hastanın çocuk olduğu durumlarda tıbbi müdahaleye rızanın ne şekilde ve kim/kimlerden alınacağı özel önem arz etmektedir.

Türk Hukuku'nda tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin birden fazla düzenleme bulunmakla birlikte konumuz olan küçüğün tıbbi müdahale rızası başlığı da mevzuat kapsamında özel olarak düzenlenmektedir. Öncelikle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde tıbbi müdahale için küçük hastanın veli/vasisinden izin alınacağı, 8049 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 16'ncı maddesinde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada veli/vasisinin rızasına bağlı olmadığı, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyotıp Sözleşmesi) 6'ncı maddesinde de rıza verme ehliyeti bulunmayan küçüğe sadece yasal temsilci veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi ve kurumun izni alınmak sureti ile tıbbi müdahalede bulunulabileceği ayrıca küçüğün görüşünün de yaşı ve olgunluk derecesiyle artan belirleyici bir faktör olarak dikkate alınmasının gerektiği, son olarak da Hasta Hakları Yönetmeliği'nin

(HHY) 24'üncü maddesi ile hasta küçük ise velisinden veya vasisinden izin alınacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Hukukumuzda küçükün tıbbi müdahaleye rızası farklı düzenlemelere konu olduğundan ve çocuğun korunması gereken üstün yararı bulunması sebebiyle bu çalışmada genel olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından aydınlatılmış onamdan bahsedildikten sonra hastanın küçük olduğu durumlarda onam ehliyetine ilişkin farklı görüşler üzerinde durularak özellik gösteren tıbbi müdahaleler bakımından küçükün durumuna değinilmesi yerinde olacaktır.

I. KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELER VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ

A. Küçüğe Yapılacak Tıbbi Müdahalelerde Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hekimlik sözleşmesinin konusu tıbbi müdahale olduğundan sözleşme kapsamında hekimin asli edim yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için teşhis ve tedavi aşamalarında işin niteliği gereği hastanın vücut bütünlüğü ihlal edilmek durumunda kalındığından hekimlik sözleşmesinde kişiliğin korunmasına ilişkin sorunlar ön plana çıkmaktadır.¹ Bu kapsamda hekim ile hasta veya hasta yakını arasında kurulan sözleşmeyle hekime teşhis, tedavi kapsamında yapılacak tıbbi müdahaleleri gerçekleştirme yükümlülüğü; diğer taraftan hasta veya hasta yakınına da ücret ödeme yükümlülüğü yüklemektedir.² Nitekim bu yönü ile hekimlik sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ve hekimin asli edimi yönünden iş görme sözleşmesi niteliği taşıyan atipik yani isimsiz bir sözleşmedir.³

TMK madde 16 uyarınca temyiz kudreti bulunan küçüklerin karşılıksız kazanmaları ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleri ile gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak hekimlik sözleşmesi hukuki niteliği itibari ile borçlandırıcı işlem olduğundan ve küçükün hekime ücret ödeme borcu altına gireceğinden; ayırt etme gücüne sahip küçükün kendi ad ve hesabına bu sözleşmeyi yapabilmesi için yasal temsilcisinin icazet veya izin şeklinde rızasına ihtiyacı bulunmaktadır.⁴ Ancak TMK madde 359 kapsamında ayırt etme

¹ ŞENOCAK, Zarife, "Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.4, 2001, s.67.

² YÜCEL Özge, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2021, s.334.

³ YÜCEL, s.335.

⁴ ŞENOCAK, s.69.

gücüne sahip küçüğün, kendi kazancı olması halinde hekimlik sözleşmesini yasal temsilcisinin rızası olmaksızın ancak bazı koşulların varlığı halinde yapabileceği kabul edilmektedir. Şöyle ki; tıbbi müdahalenin küçüğün iş gücünün korunmasına ya da yeniden kazanılması amacına hizmet etmesi halinde ve ayrıca küçüğün kişisel kazancı ile sınırlı olması şartıyla temyiz kudreti bulunan küçük tarafından yapılabilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵

Küçüğün yasal temsilcisinin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimle yaptığı hekimlik sözleşmesi hukuki niteliği itibari ile üçüncü kişi yararına sözleşmedir.⁶ Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 129'da düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiyi yararlandırma amacı taşıyan sözleşme taraflarının, sözleşmede üçüncü kişinin lehine bir edim yükümlülüğü kararlaştırmaları durumu söz konusudur.⁷ Bu kapsamda, küçüğün yasal temsilcilerinin küçüğün tedavisi için hekime başvurmaları durumunda, hekimlik sözleşmesi yasal temsilciler ile hekim arasında küçük lehine gerçekleşmekte olup; küçüklerin tedavilerinde hekim, yasal temsilciler ve küçük arasında üçlü bir ilişki oluşmaktadır.⁸

Küçüğün temyiz kudretine sahip olup olmadığına bağlı olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı yapılmaktadır. Bu kapsamda küçük temyiz kudretine sahip değil ise hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan borcunu talep etme hakkının yasal temsilciye ait olduğu ve bu durumda küçüğün isteme yetkisi olmadığından eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu kabul edilmektedir.⁹ Bunun yanı sıra küçüğün temyiz kudretine sahip olması halinde ise tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gereken kişi küçüğün kendisi olacağı doktrinde kabul edildiğinden yasal temsilciler, hekim ve küçük arasında tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapıldığı kabul edilmektedir.¹⁰

B. Küçük Adına Yapılacak Hekimlik Sözleşmesinin Tarafları

Hekimlik sözleşmesini uygulayan taraf, tıp mesleğini gerçekleştirmeye kanunen yetkili kılınmış olunan hekimlerdir ve hukukumuzda hekimlik mesleğinin kimler

⁵ ŞENOCAK, s. 70.

⁶ ŞENOCAK, s.71.

⁷ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 11. Baskı, İstanbul, 2014, s.429.

⁸ ATEŞ, Zeynep, "Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.64.

⁹ ŞENOCAK, s.71-72.

¹⁰ ŞENOCAK, s.72.

tarafından gerçekleştirilebileceği, 1219 sayılı Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile düzenlenmiştir.¹¹ Hekimlik sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan ve sağlık hizmetini talep eden taraf ise hastanın bizzat kendisi olmasına karşın; hastanın küçük olması durumunda anne, baba veya yasal temsilci küçük adına sözleşmeye taraf olacaktır.¹²

Anne ve baba birlikte evlilik birliği içerisinde küçüğün tedavisi amacı ile hekime başvurdıklarında, hekimlik sözleşmesinin tarafları anne, baba ve hekim olacaktır.¹³ Nitekim anne veya babadan her biri de küçüğün tedavisi için hekime başvurduğunda; TMK madde 188/1 uyarınca, ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsile yetkili olduğundan yapılan hekimlik sözleşmesinin tarafı yine anne ve baba olacaktır.¹⁴ Bunun yanı sıra küçüğe yapılacak müdahale tıbbi açıdan zorunluluk arz etmiyor ve pahalı ise; hekimin diğer eşin de rızasını alması gerektiği, rıza alınmamış ise sadece sözleşmenin yapıldığı anne ya da babanın borç altına gireceği kabul edilmektedir.¹⁵

Küçüğün anne ve babasının ayrılmış olması durumunda eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi sona ereceğinden; velayet yetkisi tanınan taraf küçüğün tedavisi amacı ile oluşturulan hekimlik sözleşmesinin tarafı olacaktır.¹⁶ Ayrıca anne veya babanın evli olmaması durumunda TMK madde 337 uyarınca velayet hakkı, anneye ait olduğundan hekimlik sözleşmesinin tarafı da anne olacaktır.¹⁷

II. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARINDAN BİRİ OLARAK AYDINLATILMIŞ ONAM

A. Onam Hakkının Dayanakları ve Niteliği

Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası, insan haklarına saygı bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ Anayasa madde 17 kapsamında yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı özerklik hakkıyla ilişkilendirilmekte ve rıza alınmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler özel hayata müdahale olarak kabul edilmektedir.¹⁹

¹¹ ATEŞ, s.66.

¹² ATEŞ, s.67.

¹³ ŞENOCAK, s.70.

¹⁴ ŞENOCAK; s.70.

¹⁵ ŞENOCAK, s.71.

¹⁶ ŞENOCAK, s.71.

¹⁷ ATEŞ, s.71.

¹⁸ YÜCEL, s.291.

¹⁹ YÜCEL, s.291.

Ancak rızanın geçerli olabilmesi için öncelikle hukuka ve ahlaka aykırı olmaması ayrıca rızayı veren kişinin de ayırt etme gücünün bulunması ve rızanın verilişi esnasında hastanın iradesinin sakatlanmamış olması gerekmektedir.²⁰ Bunun yanı sıra rızanın geçerlilik şartı olarak hastanın ne için rıza gösterdiğini öğrenmesine hizmet eden “aydınlatma yükümlülüğü” de sağlanmış olmalıdır.²¹ Zira hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi kapsamında aydınlatılmış hastanın iradesi hekimin tıbbi müdahalede sınırlarını oluşturmaktadır.²² Tıbbi müdahale ile kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilebilmesi için rıza veya rıza yerine geçen ve yasal düzenlenmeye dayanan bir başka hukuka uygunluk nedeninin var olması gerekmektedir.²³ Ayrıca Dural ve Ögüz’ün de ifade ettiği gibi; hasta tarafından verilen rıza ile kişiliğin tahribine değil idamesine yönelik olmalıdır.²⁴

Tıbbi müdahaleye onam hakkı ile hastanın vücut bütünlüğü, özerklik hakkı ayrıca tedavi durdurma ve reddetme hakkı korunmakta olup; bu hukuki değerler hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının tıp hukukuna yansımaları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁵ Bu kapsamda TMK madde 23, Biyotıp Sözleşmesi madde 5, HHY madde 4/h ve 25/1 uyarınca tıbbi müdahaleye verilen rızanın her zaman serbestçe geri alınabileceği ve verilen rıza sınırları çerçevesinde müdahalenin gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır.²⁶

C. Onam Ehliyeti ve Aydınlatılmış Olma Şartı

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için hasta tarafından verilen rızanın ön koşulu olarak belirtmemiz gerekir ki tıbbi müdahaleye onam veren hastanın bunu yapmaya ehliyetinin bulunması gerekmektedir.²⁷ Hasta yönünden rıza ehliyeti,

²⁰ ARAVACIK, Esra Dünder, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, İzmir Barosu Dergisi, 2017, S.1, s.13; ÖZCAN, Burcu/ ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S.1, 2007, s.6.

²¹ KURT, Munise Gülen, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Barolar Birliği Dergisi, S.146, 2020, s.193.

²² HENNİNG, Rosenu, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Çeviren: Ali Kemal Yıldız, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C.3, S.2, 2006, s.49.

²³ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13.Baskı, İstanbul, 2016, s.362.

²⁴ DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku Cilt II, 22.Baskı, İstanbul, 2021, s.108.

²⁵ KURT, s.199.

²⁶ YÜCEL, s.292-293.

²⁷ ATEŞ, s.19; ÖZCAN, Burcu/ ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S.1, 2007, s.67.

hekimin gerçekleştireceği tedavi ve müdahaleleri anlaması, değerlendirmesi ve bu değerlendirme sonucunda bedeni üzerinde müdahalelerin uygulanmasını istemesi olduğundan ehliyet hususunda belirleme yapılırken; hastanın karar verme, kavrama, anlama yeteneği esas alınmalıdır.²⁸ Bu kapsamda hasta, hukuki işlem ehliyetine haiz diğer bir anlatımla temyiz kudretine sahip, ergin ve kısıtlı değil ise onam ehliyetine sahip olduğu kabul edilir ve tıbbi müdahaleye sadece kendisi rıza verebilir.²⁹

Hekimin hastaya müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran onamın geçerli olabilmesini sağlayan bir diğer ön koşul da hastanın aydınlatılmış olmasıdır. Aydınlatma yükümlülüğü, rızanın bir koşulu olması ve tıbbi müdahale yapılabilmesi bakımından hastanın serbestçe karar alma özgürlüğünün sağlanabilmesi bakımından hekime yüklenen mesleki bir yükümlülüktür.³⁰ Aşağıda yer alan konu başlıklarında konuya ilişkin detaylı açıklama yapılacaktır.

1. Aydınlatılmanın Amacı, Kapsamı ve Muhatabı

Hekim ile hasta arasında kurulan güvene dayalı özel ilişkide hukuki açıdan iki temel menfaat karşı karşıya gelmektedir.³¹ Bir yanda hekimin meslek kuralları çerçevesinde tedaviyi gerçekleştirme ve güven tesis ederek hastayı bu aşamalara dâhil etme yükümlülüğü ile diğer yanda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından feragat etmeksizin tedavi olma talebi bulunmaktadır.³² Bu kapsamda hekim tarafından tıbbi müdahaleye yönelik yapılan aydınlatma ile saydığımız menfaatler arasında denge sağlanırken; tedavinin aşamaları arasında ilişki kurulur ve olası problemler önlenmeye çalışılır.³³ Bu sebeplerle hastanın aydınlatılması/bilgilendirilmesi özel önem arz etmekte olup; hukuki açıdan bilgilendirmenin geçerli olabilmesi için iki koşulu taşıması gerekmektedir.³⁴ İlk olarak, hekim tarafından hastalığın teşhisi, tedavisi ve komplikasyonlarına ilişkin tüm detaylarının hastaya aktarılması gerekmektedir.³⁵ İkinci şart da yapılan bilgilendirmenin hasta tarafından anlaşılması olup; hasta tarafından

²⁸ ATEŞ, s.19.

²⁹ YÜCEL, s.305.

³⁰ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.63.

³¹ ÖZCAN/ÖZEL, s.66.

³² OZANOĞLU, s.64.

³³ OZANOĞLU, s.64.

³⁴ KURT, s.204.

³⁵ GEMİCİ, Hatice Betül/ GÖKSOY, Özlem Evrim/ DOĞAN, Ahmet/ DOĞAN, Murat/ ARICA, Vefik, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar", Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5,S.3, 2014, s.497.

anlaşılamayan bir bilgilendirme hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yeterli olmayacaktır.³⁶

Aydınlatmanın kapsamı her somut duruma göre farklılık arz edeceğinden; müdahalenin hasta için hayati önem taşıyıp taşımadığı, müdahalenin ağırlığı ve taşıdığı riskleri, hastanın kültür ve bilgi düzeyi bilgilendirmenin kapsamının belirlenmesinde etkili olacaktır.³⁷ Nitekim tıbbi müdahalenin taşıdığı risk ne kadar fazla ise aydınlatmanın kapsamı genişleyecek; risk ne kadar hafif ise de aydınlatmanın kapsamı durumun niteliğine göre hekim tarafından objektif bir biçimde daraltılabilecektir.³⁸ Bu kapsamda tıbbi müdahaleye özgü tipik risk oluşturan durumun aydınlatmanın kapsamında olması zaruridir.³⁹

Kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı hastanın kendisi olmasına rağmen hastanın onam ehliyeti bulunmuyor ise hastanı yerine aydınlatma yasal temsilcisine yapılmalıdır.⁴⁰

2. Ayırt Etme Gücünün Onam Ehliyetindeki Belirleyiciliği

Onam ehliyetine ilişkin hukukumuzda yer alan hükümlere bakıldığında;

1219 sayılı Kanun madde 70/1'de, *"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."*

TMK madde 16'da, *"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bakımından karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilcisinin rızası gerekli değildir."*

HHY madde 24/1-2'de, *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."*

HHY madde 4/f'de, *"Yeterlik: Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede"*

³⁶ KURT, s.204.

³⁷ ATEŞ, 42.

³⁸ ATEŞ, s.42; KURT, s.205; YÜCEL, s.295.

³⁹ YÜCEL, s.296.

⁴⁰ YÜCEL, s.298.

karşılaşabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini”

Biyotıp Sözleşmesinin madde 6/2’de, “Yasaya göre bir girişime rıza gösterme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, yalnız temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile girişimde bulunulabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir konumda olmak kaydıyla göz önünde bulundurulacaktır.”

Hükümleri kapsamında müdahaleye rıza gösterme hakkı, vücut bütünlüğüyle ilgili olduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.⁴¹ Bu sebeple kural olarak hastanın kendi bedeni ile alakalı tıbbi müdahalelere onam veya ret hakkı sadece kendisine aittir fakat bu hakkın kullanılabilmesi için hastanın ayırt etme gücü bulunmalıdır.⁴² Konumuz kapsamında eylemin hukuki anlam ve neticelerini algılama kapasitesine sahip fakat henüz kanunen ergin olmamış küçüklerin onamının geçerli olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. TMK madde 16/1 uyarınca, aksine hüküm bulunmadıkça ayırt etme gücüne sahip küçükler yasal temsilcilerinin rızası bulunmaksızın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceklerdir. Ancak 1219 sayılı Kanun madde 70 ve HHY madde 24 hükümleri ile TMK madde 16/1 hükmüne istisna getirildiğinden, bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; hasta küçük veya kısıtlı ise ayırt etme gücü bulursa dahi kendi rızasıyla birlikte yasal temsilcisinin rızasının, ayırt etme gücü bulunmuyorsa da sadece yasal temsilcisinin rızasının aranması gerekmektedir.⁴³

Hukuk dünyasında çocukların, ruhsal ve yufiziksel olarak gelişimlerini tamamlayamamış olduklarından anlama ve karar verme yeteneklerinin tam olmadığı kabul edilmekte ve çocuklara ait olan hakların yasal temsilcileri aracılığıyla kullanılması gerekmektedir.⁴⁴ Bu kapsamda ilk kez Çocuk Hakları Bildirgesi’nde ve daha sonra da Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde bağlayıcı nitelikte olacak şekilde küçükler söz konusu olduğunda gözetilmesi gereken kıstasın “çocuğun üstün yararı ilkesi” olduğu belirlenmiştir.⁴⁵ Çocuğun üstün yararının somut durum itibari ile belirlenmesi bakımından özellikle çocuğun talebi ile yasal temsilcinin taleplerinin

⁴¹ YÜCEL, s.304.

⁴² YÜCEL, s.304.

⁴³ OZANOĞLU, s.72; ÖZCAN/ÖZEL, s.67-68; YÜCEL, s.305.

⁴⁴ ARAVACIK, s.25; KURT, s.207.

⁴⁵ YÜCEL, Özge, “Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s.39-40.

örtüşmemesi halinde sorunlar oluşmaktadır.⁴⁶ Bu durumda da, çocuğun yasal temsilcisinin küçük için en faydalı olan seçeneği tercih edeceği gerçeği bulunmasına rağmen ayırt etme gücü bulunan küçüğün de tedavi sürecine dâhil edilmesi ve tıbbi müdahaleye onamının alınması gerekmektedir.⁴⁷

Öğretideki diğer bir görüşe göre 15 yaşından küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinin bulunmadığı, 18 yaşına yakın küçüklerin ise rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir.⁴⁸ Konumuzla olan ilgisi nedeni ile T.C. Kamu Denetçilik Kurumu'nun 31/12/2015 tarihli Tavsiye Kararı'ndan⁴⁹ bahsetmemiz uygun olacaktır. Şikâyeteye konu olayda şikâyetçi, 18 yaşından küçük olduğundan ve yanında veli/vasisi olmadan Ağız ve Diş Sağlığı Merkezine başvurarak sağlık hizmeti talep etmiş ancak kendisine barkod verilmeyerek kayıt aşamasına dahi geçilmediğinden sağlık hizmeti alamamış bu nedenle mağdur olmuştur. Kararın hukuka ve hakkaniyete uygunluğunun değerlendirildiği kısımda, herkesin Anayasa uyarınca yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme dolayısıyla sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı olduğu ve bu hakkın hem erişkinlere hem de çocuklara tanınarak bu kapsamda devlet tarafından çocuklara ve erişkinlere sağlık hizmeti verilmesi gerektiği önemle belirtilmiştir. Küçüğe yapılacak tıbbi bir müdahale kural olarak yasal temsilcisinin izniyle yapılabilecek olsa da; kararda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılarak "çocuğun yüksek menfaati" nin öncelikli olarak benimsenmesi gerektiği ve çocukla ilgili her türlü kararda onun üstün yararının esas tutulması gerektiği üzerinde önemle durulmuştur. Sonuç olarak küçüklerin ne zamandan itibaren onam ehliyetine sahip oldukları konusu doktrinde tartışmaların yoğunlaştığı ve görüş birliğine varılamayan bir konudur.

III. KÜÇÜĞÜN ONAM EHLİYETİNE İLİŞKİN FARKLI GÖRÜŞLER

A. Ayırt Etme Gücünün Varlığını Yeterli Sayan Görüş

Ayırt etme gücüne haiz küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin rızası bakımından tasarrufun tamamen yasal temsilciye bırakılması kişinin kendi geleceğini belirleme

⁴⁶ YÜCEL, Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2013, s.118.

⁴⁷ GEMİCİ /GÖKSOY/ DOĞAN/ DOĞAN/ARICA, s.501.

⁴⁸ ALTUN, Abdurrahim, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2018, s.47.

⁴⁹ <http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>, E.T.28.12.2021

hakkının elinden alınması anlamına gelmektedir.⁵⁰ Şenocak'a göre; temyiz kudretine sahip küçüğe tedavi amaçlı tıbbi müdahalede onam hakkını bizzat küçük kullanabilmeli ve burada küçüğün korunması için yasal temsilcinin rızasının aranması gerekmemelidir.

TMK madde 339 kapsamında, anne ve babanın küçüğün bakımı ve eğitimi konusunda küçüğün menfaatlerine olacak şekilde gereken kararları almaları bunun yanı sıra da olgunluğu ölçüsünde küçüğün hayatını düzenlemesine ve kendisiyle ilgili konularda düşüncesini almaya özen göstermeleri gerekmektedir. Bunu hüküm ile velayetin ana işlevi olarak; küçüğün hak ve özgürlüklerinin bilincine varması ile bağımsız kişiliğinin gelişimi amaçlanmaktadır.⁵¹ Nitekim küçüğün tıbbi müdahalenin önemini, niteliğini ve sonuçlarını değerlendirebilecek olgunluğa erişmesi halinde, anne babanın velayet hakkını geri çekmesi sağlanarak; küçüğün karar verme özgürlüğü ile korunma ihtiyacı arasında denge bu şekilde oluşturulmalıdır.⁵²

Küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin temyiz kudretinin bulunup bulunmadığını tedavi ilişkisi içerisinde olduğu hekim tespit edecektir.⁵³ Temyiz kudretinin tespitinde hekim aydınlatma yükümlülüğü kapsamında; küçüğün tıbbi olarak paylaşılan bilgileri anlayıp anlayamadığı, kendi bilgi havuzundaki yargıları bakımından değerlendirip bir sonucuna varıp varamadığına göre küçüğün davranışlarından edinecektir.⁵⁴ Bahsedilen tüm bu belirlemeler yapılırken ceza ehliyeti katı bir sınır olarak kabul edilmeksizin ayrıca medeni hukukun belirlediği "fiil ehliyetine" bakılmaksızın bağımsız bir şekilde hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁵

B. Yasal Temsilcinin Rızası İle Küçüğün Görüşünün Alınması Gerektiğini Savunan Görüş

1219 sayılı Kanun madde 70 ile HHY madde 24 uyarınca, ayırt etme gücü olsun veya olmasın küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcisinin rızasının alınması gerektiği; fakat HHY madde 26 kapsamında da mümkün olduğu ölçüde küçüğün dinlenerek müdahaleye katılımının sağlanmasının uygun olacağı ifade

⁵⁰ ATEŞ, s.77.

⁵¹ ŞENOCAK, s.76.

⁵² ŞENOCAK, s.76-77.

⁵³ ATEŞ, s.78.

⁵⁴ ŞENOCAK, s.78.

⁵⁵ ATEŞ, s.78-79; ÖZCAN/ÖZEL, s.50-52.

edilmektedir.⁵⁶ Bu görüşün temelinde küçük ayırt etme gücüne sahip olsa dahi beden bütünlüğü üzerinde tek başına işlem yapmamalıdır düşüncesi yatmaktadır.⁵⁷

Anılan kanuni düzenlemeler kapsamında, küçüğün görüşünün bağlayıcı olmadığı ve son sözü söyleme hakkı yasal temsilciye bırakıldığından; tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve TMK madde 16/1 düzenlenmesinin göz ardı edildiğini söylemek gerekmektedir.⁵⁸ Özerklik hakkı çerçevesinde tıbbi müdahaleye onam hakkı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar söz konusu olduğunda; TMK madde 16 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerin onayı olmaksızın kullanabileceği hüküm altına alınmasına rağmen bu görüşün dayanağı olan yasal mevzuat kapsamında; yasal temsilci rızası şartı getirilerek temyiz kudreti bulunan küçükler bakımından tıbbi müdahaleye onam hakkı ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır.

C. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ile Yasal Temsilcinin Rızasını Birlikte Arayan Görüş

Bu görüş ile 1219 sayılı Kanun madde 70 ile tıbbi müdahaleye rıza gösterme yetkisinin yasal temsilciye tanınmış olduğu ancak bu hükmün TMK madde 16 ile birlikte yorumlanması gerektiği ve yasal temsilci ile küçüğün rızalarının birlikte alınması gerektiği savunulmaktadır. Tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen küçüğün rızası yanında yasal temsilcisinin rızasının da aranması gerektiğini savunan bu görüşün temelinde ise, küçüğün korunması yatmaktadır ve yasal temsilcinin müdahaleye ilişkin sadece bilgilendirilmesinin küçüğün kişilik haklarını korumak bakımından yeterli olmayacağı savunulmaktadır.⁵⁹

Şenocak'a göre⁶⁰; "Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, bu hakkın ilişkin olduğu kişilik değerinin türüne göre, karar verme özgürlüğü ve sınırlı ehliyetsizi koruma ihtiyacı arasındaki denge değişebilir. Vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren, özellikle uzun süre hastanede kalmayı gerektiren tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında, yasal temsilcisinin de rızası aranmalıdır. Ameliyat gibi küçüğün yaşam ve ölüm tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda, ana babaya söz hakkı tanınmaması düşünülemez."

⁵⁶ ŞENOCAK, s.74; YÜCEL, s.309.

⁵⁷ ATEŞ, s.76.

⁵⁸ ŞENOCAK, s.74.

⁵⁹ ATEŞ, s.79.

⁶⁰ ŞENOCAK, s.75.

Bu görüşün haklılığını değerlendirmede esas alınması gereken, küçüğün korunması açısından yasal temsilcisinin rızasının alınmasına ihtiyaç olup olmadığıdır.⁶¹ Bu kapsamda öğretilde temyiz gücüne sahip küçüğün, vücut bütünlüğü üzerinde karar verme özgürlüğüne sahip olduğu kabul edildikten sonra bu hakkın kullanımının yasal temsilcinin rızasına tabi tutulmasının amaca uygun olmadığı yönü ile eleştirilmektedir.⁶²

Bu aşamada belirtmemiz gerekmektedir ki; temyiz kudretinin varlığı halinde küçük ile yasal temsilcisinin iradesinin çatışması halinde bir başka deyişle küçüğün rıza verdiği bir müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde çeşitli olasılıklara göre durumu değerlendirmek gerekmektedir. Öncelikle acil müdahale gerektiren bir durum bulunmuyor ise; küçüğün temyiz kudretine sahip olup olmadığına bakılmaksızın HHY madde 24/4 uyarınca, TMK madde 346 ve 487’de belirlenen makamlar olan durumun mahiyetine göre aile mahkemesine veya vesayet makamına başvurularak koruyucu önlem alınması talep edilebilir.⁶³ Burada verilecek mahkeme kararı yasal temsilcinin kararı yerine geçmektedir.⁶⁴ Ancak temyiz kudretine sahip bir hasta tarafından rıza gösterilmiyor ise sadece yasal temsilcinin rızasına dayanılarak tıbbi müdahale uygulanmaması bu kapsamda küçüğün özerklik hakkına saygı duyulması gerekmektedir.⁶⁵

IV. ÖZELLİK GÖSTEREN TIBBİ MÜDAHALELER BAKIMINDAN KÜÇÜĞÜN DURUMU

A. Deney ve Denemeler

Öncelikle insan üzerinde yapılan deneyin tanımını yapmamız gerekir ise; bilimsel araştırma amacı ile bir ilacın veya tıbbi bir yöntemin iyileştirme maksadı olmadan bireyler üzerinde denenerak etkinliğinin belirlenmesi diyebiliriz.⁶⁶ Bu kapsamda tıbbi maksatla yapılan deneyin diğer müdahalelerden ayıran üç özelliği bulunmaktadır. Bunlar; bilimsel araştırma kapsamında yeni ilaç veya yöntemin etkinliğini belirleme maksadıyla yapılması, müdahalede tıbbi gereklilik diğer bir ifadeyle

⁶¹ ATEŞ, s.81.

⁶² ŞENOCAK, s.76.

⁶³ AYDIN, Erdem, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, S.2, C.46, 2003, s.150; YÜCEL, s.306.

⁶⁴ YÜCEL, s.306.

⁶⁵ YÜCEL, s.306.

⁶⁶ ERMAN, Barış, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.2, 2016, s.1.

endikasyon olmaması ve deneğe uygulanan ilaç veya yöntemin henüz tıbbi standartlara dahil edilmemesidir.⁶⁷

Konu başlığımızın diğer bir kavramı olan tedavi amaçlı denemenin tanımına geldiğimizde ise; henüz tıbbi standartlara dahil edilmemiş ilaç veya tıbbi yöntemin tedavi maksadıyla müdahalede uygulaması denilebilmektedir ve denemeyi, deneyden farklı kılan taraf hastanın tedavisi kapsamında tıbbi endikasyonun varlığı ve amacın araştırma değil iyileştirme olmasıdır.⁶⁸ Türk Hukuku'nda insan üzerinde deneme ve deney yapılabilmesi için belirli koşulların varlığını arayan hukuki düzenlemeler bulunmakta olup; özellikle konumuzun küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası olması sebebi ile de aşağıda ele alacağımız kanuni düzenlemeler küçükler açısından daha detaylı olarak incelenecektir.

İlk olarak küçük üzerinde gerçekleştirilebilecek tıbbi deneylere ilişkin mevzuatımızda birden fazla düzenleme bulunmaktadır. Konuya ilişkin Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 90/3 uyarınca, çocuklar üzerinde salt bilimsel araştırma maksadı ile deney yapılabilmesi; hedefe ulaşılabilmesi için çocuklar üzerinde de deney yapılmasının gerekli olması ile temyiz kudretine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra yasal temsilcisinin yazılı rızasının alınması şartına bağlanmıştır.⁶⁹ Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi madde 17 kapsamında da, çocuklar üzerinde deney yapılabilmesi için araştırma neticelerinin küçüğün sağlığına gerçek anlamda ve doğrudan yarar sağlayacağı beklentisi olması halinde yapılabilir. Bu kapsamda çocuk üzerinde hukuka uygun bilimsel deney gerçekleştirilebilmesi için TCK madde 90/2-3 ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerince aranan koşulların sağlanmış olmasının yanı sıra küçüğün temyiz kudreti bulunuyorsa dahi küçüğün deneye rıza göstermesinin yanı sıra yasal temsilcilerinden de yazılı rıza alınması gerekmektedir.⁷⁰

İkinci olarak iyileştirme amaçlı deneylerin küçükler üzerinde uygulanabilmesine ilişkin düzenlemelere baktığımızda; TCK madde 90/4'de, insanlar üzerinde yapılan iyileştirme amaçlı denemelerin bazı şartların varlığı halinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki; kişinin konuya ilişkin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması, tedavinin uzman hekim tarafından yapılması ve bilinen tedavi usullerini uygulamanın sonuçsuz kalacağına anlaşılmasıdır. Küçükler üzerinde

⁶⁷ ERMAN, s.5.

⁶⁸ ERMAN, s.5-6.

⁶⁹ YÜCEL, s.325.

⁷⁰ ATEŞ, s.112.

iyileştirme amaçlı denemelere ilişkin TCK'de ayrıca bir düzenleme öngörülmediğinden ergin kişiler için belirlenen şartların küçükler açısından da geçerli olacağı kabul edilmektedir.⁷¹ Nitekim Biyotıp Sözleşmesi madde 17/1 uyarınca, çocuklar üzerinde yapılacak denemelere ilişkin şartlar; ilgilinin sağlığına yarar sağlama beklentisinin olması, yasal temsilcinin yazılı rızasının olması ve denemeye tabi tutulan küçüğün denemeye direnmemesi olarak belirlenmiştir. Neticeten küçükler üzerinde iyileştirme amaçlı denemeler yapılabilmesi için TCK madde 90/4 ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerince aranan koşulların sağlanmış olması ve küçüğün yasal temsilcisinin yazılı şekilde rıza göstermesi gerekmektedir.⁷²

B. Organ ve Doku Nakli

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun (ODASANHK) ilgili maddeleri uyarınca konumuz kapsamında ikiye ayırarak canlı vericili ve ölü vericili organ ve doku nakilleri kapsamında alıcı ve vericinin küçük olması bakımından ele alarak konuyu açıklamaya çalışacağız. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; kişilik hakkı kapsamında korunan vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olan organ ve doku naklinin; alıcıya sağlık kazandırmak için canlıdan veya cesetten organ veya doku alınarak aktarılması üstün bir çıkarı hizmet ederken, verici yönünden kişilik hakları yani vücut bütünlüğü ihlali anlamına gelmektedir.⁷³ Bu kapsamda 2238 sayılı ODASANHK ile ilgili mevzuatta belirtilen şartlara uyularak ve tedavi amacına yönelik olması kaydıyla organ ve doku naklinin, hakkın kullanılması şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴

İlk olarak canlı vericili organ ve doku nakillerinde, alıcı veya vericinin küçük olması durumunda rızalarının hukuki geçerlilik koşulları konumuz kapsamında önem taşımaktadır. Canlı vericili naklin gerçekleşebilmesi için öncelikle ODASANHK madde 7 kapsamında vericinin aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmekte olup; ODASANK madde 5 hükmünde de, canlı vericili organ ve doku nakli yapılabilmesi için vericinin on sekiz yaşını doldurması ve ayırt etme gücüne sahip olması aranmaktadır.

⁷¹ ATEŞ, s.116.

⁷² ATEŞ, s.116-117;

⁷³ OĞUZMAN, Kemal/ SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, 2019.

⁷⁴ GÖKCEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli üzerine Düşünceler", SÜHFD, C.8, S.1-2,2000, s.64.

Bu kapsamda hukukumuzda ayırt etme gücünün var olup olmadığına bakılmaksızın küçükten organ ve doku nakli açıkça yasaklanmıştır.⁷⁵

Ölü veya canlı vericili organ ve doku nakillerinde alıcının küçük olması durumunda ise farklı bir durum söz konusu olmaktadır. Nitekim yapılacak tıbbi müdahale ile nakil alıcısı küçüğün sağlığını iyileştirmek ve hayatını kurtarmak amacı bulunduğu kabul edilmektedir.⁷⁶ Bu kapsamda 1219 sayılı Kanun madde 70 uyarınca, küçük hasta ve yasal temsilcisi nakle ilişkin detaylı bir şekilde aydınlatıldıktan sonra yasal temsilcinin onamı alınarak nakil gerçekleştirilebilecektir.

Ölü vericili organ ve doku nakillerinde ODASANHK madde 11 ila 14 arasında nakil için aranan şartlar sayılmakta olup önemi itibari ile; vericinin ölmüş olması ile ya nakle ilişkin ölmeden önce vericinin rızasının olması ya da öldükten sonra yakınlarının nakle rıza göstermesi gerekmektedir.⁷⁷ Ölüm öncesinde küçük nakle ilişkin rızasını ODASANHK madde 14/1 kapsamında belirtilen şekillerde açıklamış ve ayırt etme gücüne sahip ise küçüğün rızası geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.⁷⁸

C. Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Sterilizasyon ve Kastrasyon

Gebeliğin sona erdirilmesine, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun (NPHK) madde 5 uyarınca, tıbbi zorunluluk ve isteğe bağlı olmak üzere iki şekilde izin verilmektedir. Her iki durumda da gebeliğin sona erdirilebilmesi için NPHK madde 6 kapsamında ilgilinin rızası bulunmalıdır. Bu kapsamda, rahim tahliyesinde kadın reşit ise izni kendisi verecektir ama küçük olması halinde hem küçükten hem de yasal temsilcisinden rıza alınması gerekmektedir. Bunun yanı sıra vesayet altında bulunan küçük gebe kadının temyiz kudreti de bulunmuyor ise; gebeliğin sonlandırılabilmesi için kendisinden, vasisinden ve vesayet makamından izin alınmalıdır.⁷⁹ Eğer tüm bu durumlarda küçük gebe kadın evli ise eşinin de rızasının aranması gerekecektir.

Sterilizasyon, kişinin cinsel etkinlik kabiliyetine zarar vermeksizin; kadınlarda yumurta, erkeklerde sperm kanallarının kapatılarak üreme durumunun geri dönülemez şekilde ortadan kaldırılmasına yönelik bir tıbbi müdahaledir.⁸⁰ Geri dönülemez

⁷⁵ ATEŞ, s.124.

⁷⁶ ATEŞ, s.125.

⁷⁷ CİHAN, A. Hulki, "Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar", BÜHFD, C.1, S.2, 2015, s.90.

⁷⁸ ATEŞ, s.129'dan Naklen, SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, 2008, s. 342.

⁷⁹ ALTUN, s.48; ATEŞ, s.133.

⁸⁰ ATEŞ, s.138.

etkilerinin bulunması sebebi ile sterilizasyon müdahalesine ilişkin hukukumuzda özel düzenlemeler bulunmaktadır. NPHK madde 4/2 ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 10 hükümleri uyarınca, işlemin gerçekleştirileceği kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması ve tıbbi bir sakıncanın bulunmaması halinde müdahalenin yapılabileceği belirlenmiştir.⁸¹ Bu kapsamda reşit olmayan yani hukuken on sekiz yaşını doldurmamış küçüklere sterilizasyon ameliyatı yapılamayacaktır.

Kastrasyon, bireyin cinsel salgı bezlerinin alınarak, cinsel etkinlikte bulunma kabiliyetinin tamamen kaldırılması işlemidir.⁸² Türk Hukuku'nda rıza gösterilerek kastrasyon işlemi düzenlenmemiş olup; yalnızca NPHK madde 4/3 kapsamında, tıbbi zaruret hali oluşması halinde operasyonun genişletilmesi ile sınırlı olarak rıza alınmaksızın başvurulabilecek tıbbi bir yol olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple küçüklere bakımından kastrasyon işlemi ancak NPHK madde 4/2 kapsamında, rıza şartı aranmaksızın tıbbi bir zorunluluk oluşması halinde söz konusu olabilecektir.

⁸¹ ŞENOCAK, s.79.

⁸² ATEŞ, s.140.

SONUÇ

Kişinin kendi kaderini belirleme hakkı kapsamında; özerklik ilkesinin tıp hukukuna yansımaları olarak, tıbbi müdahaleye özgür iradesiyle rıza göstermesi gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulu olarak detaylı bir şekilde çalışmamızda ele aldığımız tıbbi müdahaleye rızanın geçerli olabilmesi için hastanın müdahaleye ilişkin aydınlatılmış olması ve yine hastanın rıza ehliyetinin bulunması zaruridir. Tıbbi müdahaleye rıza, nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması itibari ile TMK madde 16 uyarınca temyiz kudretine sahip küçük hasta tarafından bizzat kullanılabilmesi gerekmektedir. Ancak 1219 sayılı Kanun madde 70 ve HHY madde 24 hükümlerinde küçüğün temyiz kudretinin varlığı göz ardı edilmek sureti ile küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcisinin rızası şart koşulmuştur. Kanun koyucu burada küçüklerin "korunma ihtiyacını" ön planda tutmuş ancak zihinsel becerileri gelişmiş, kendi hakkında karar verme kapasitesi bulunan küçükleri göz ardı ederek genelleşici bir yaklaşıma yer vermiştir. Bu nedenle 1219 sayılı Kanun amacına uygun bir şekilde sınırlandırılmalı ve ancak temyiz kudreti bulunmayan küçükler söz konusu olduğunda yasal temsilcinin rızasına başvurulmalıdır.

Küçüğün temyiz kudretine sahip olup olmadığını, yaş unsuruna bağlı kalmaksızın küçükle tedavi ilişkisi kuran hekim belirleyebilecektir. Hekim bu belirlemeyi yaparken; özellikle onam öncesinde aydınlatma evresinde küçüğe verdiği bilgileri küçüğün kavrayıp, anlamlandırıp anlamlandıramadığını gözlemleyerek ayrıca müdahaleye ilişkin edindiği bilgiyi davranış olarak belirleyip belirleyemediğinden yol çıkararak hekim takdir edecektir. Onamın geçerlilik unsuru olan aydınlatma da bu çerçevede ayırt etme gücü olsun veya olmasın bizzat küçüğe karşı anlayabileceği bir dil seçilerek gerçekleştirilmelidir. Küçüğün zararına ve özerklik hakkının ihlaline neden olmayacak şekilde yasal temsilcilere de tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma yapılabilecektir.

Özel nitelikli tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda ise; tıbbi olarak yüksek risk durumu ve geri dönüşü mümkün bulunmayan sonuçların mevcudiyeti sebebi ile küçükle birlikte yasal temsilcisinin de rızasının alınmasının küçüğün korunması gereken üstün yararı ilkesine hizmet etmekte olduğu unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13.Baskı, İstanbul, 2016.

ATEŞ, Zeynep, "Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası", Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

AYDIN, Erdem, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, S.2, C.46, 2003, s. 148-152.

ARAVACIK, Esra Dünder, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", İzmir Barosu Dergisi, 2017, S.1, s.11-51.

ALTUN, Abdurrahim, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2018, s.37-52.

CİHAN, A. Hulki, "Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar", BÜHFD, C.1, S.2, 2015, s.89-97.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku Cilt II, 22.Baskı, İstanbul, 2021.

ERMAN, Barış, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.2, 2016, s.1-44.

GEMİCİ, Hatice Betül/ GÖKSOY, Özlem Evrim/ DOĞAN, Ahmet/ DOĞAN, Murat/ ARICA, Vefik, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar", Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5,S.3, 2014, s.496-503.

GÖKCEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli üzerine Düşünceler", SÜHFD, C.8, S.1-2, 2000, s. 63-85.

HENNİNG, Rosenu, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal Yıldız, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C.3, S.2, 2006, s.49-59.

<http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>, E.T.28.12.2021

KURT, Munise Gülen, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", Barolar Birliği Dergisi, S.146, 2020, s.187-218.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, 2019.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.55-77.

ÖZCAN, Burcu/ ÖZEL, Çağlar, "Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S.1, 2007, s.49-73.

SEROZAN, Rona, "Medeni Hukuk: Genel Bölüm Kişiler Hukuku", 8. Baskı, İstanbul, 2018.

ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.4, 2001, s.65-80.

YÜCEL, Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2013, s.117-137.

YÜCEL, Özge, "Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

YÜCEL Özge, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2021, s.287-347.