

T.C  
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**KÜÇÜKLERİN  
TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI**

Yüksek Lisans Tezi

ZEYNEP ATEŞ

İstanbul, 2010

T.C  
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**KÜÇÜKLERİN  
TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI**

Yüksek Lisans Tezi

ZEYNEP ATEŞ

Danışman: YARD. DOÇ. DR. FULYA İLÇİN GÖNENÇ

İstanbul, 2010

## GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : Zeynep ATEŞ  
Anabilim Dalı : Hukuk  
Programı : Özel Hukuk  
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ  
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Haziran 2010  
Anahtar Kelimeler : Küçük, Tıbbi Müdahale, Rıza

## ÖZET

### KÜÇÜKLERİN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI

Çocukluk döneminde yaşanan sağlık sorunları insanların gelecek yaşam süreçleri ile yakından ilgilidir. Bu sebeple tıbbi müdahalelerde çocukların rızasının alınması ayrı bir öneme sahiptir. Büyüme ve gelişim süreci içerisinde olan çocuklar, erişkinlerden farklı yapılara sahiptir. Bu çalışmamızda amacımız, hastanın küçük olması halinde rızanın nasıl alınması gerektiğini tespit etmek, küçüğün rızasının alınması hususunda ulusal ve uluslar arası belgelerde yer alan düzenlemeler hakkında bilgi vermek ve ne zaman kadar veli veya vasi tarafından rızanın verilebileceğini tespit etmektir. Temyiz kudretine sahip olduğu halde küçüğün tıbbi müdahaleye rıza konusundaki tasarruf hakkının tamamen yasal temsilciye bırakılması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının göz ardı edildiği anlamına gelmektedir. Kendi görüşlerini oluşturma kapasitesine sahip çocuklar, kendilerini ilgilendiren konularda düşüncelerini özgürce ifade etme hakkına sahip olmalıdır. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Hekim tarafından uygulanacak basit nitelikteki tıbbi müdahalelerde ayırtım gücüne sahip küçüğün tek başına rızası yeterli sayılmalıdır. Tıbbi müdahalenin ağırlığına göre de veli veya vasinin rızası ile birlikte çocuğunda rızası mutlaka alınmalıdır.

İstanbul, 2010

Zeynep ATEŞ

## **GENERAL KNOWLEDGE**

Name and Surname : Zeynep ATEŞ  
Field : Law  
Programme : Private Law  
Supervisor : Ass. Proffesor Fulya İlçin GÖNENÇ  
Degree Awarded and Date : Master – June 2010  
Keywords : Children, Medical intervention, Consent

## **ABSTRACT**

### **CONSENT TO MEDICAL TREATMENT OF MINORS**

Health problems, incurred during childhood, are closely related to the future life cycles of human beings. Therefore, in case of medical operations, taking the child's consent has a crucial importance. Children being in the growing and development process, have a different kind of structure from that of the grow up people. In this study, we are trying to determine that in case our patient is a little child, then how the consent of the child will be taken and giving information regarding the regulations stated in the national and international documents regarding taking the consent of a child, and determining until when the consent will be given by its parents or its custodian. Although it has the power of appeal, leaving the right of alienation with regard to the medical operation of the little child totally to its legal representative, means that the right of determining your own future has been ignored. Children who has the capacity of making their own opinions, must have the right to freely express their thoughts about the matters relating to them. Every concrete event should be assessed in itself. The sole consent of little ones, who has the strength of disjunction in the medical operations to be applied by the physician which are of a simple nature, should be deemed sufficient. And in accordance with the heaviness of the medical operation, along with the consent of its parent or its custodian, the consent of the child should be definitely taken as well.

İstanbul, 2010

Zeynep ATEŞ

## ÖNSÖZ

*Günümüz hasta hekim arasındaki ilişkin temelini, tıp hukuku anlamında tıbbi müdahaleler oluşturmaktadır. Tıbbi müdahaleye yönelik hastanın rızasının alınmasının gerekliliği ve önemi yadsınamayacak bir gerçektir. Kişilik hakkını ihlal etme olasılığı bulunan tıbbi müdahaleler açısından, çocukların rızasının alınması ayrı bir öneme sahiptir.*

*Bu düşüncelerden hareketle hazırlamış olduğum “küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası” başlıklı çalışmamda, bilgi ve tecrübelerinden her zaman faydalandığım, her aşamasında her türlü desteği veren tez danışmanım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ’e çok teşekkür ederim.*

*Tez konusunun seçiminden başlığın belirlenmesine kadar, yapıcı eleştiri ve katkıları ile benden yardımını esirgemeyen Av. Funda IŞIK ÖZCAN’a çok teşekkür ederim.*

*Tez çalışmamın sonuçlandırılmasında manevi desteğini benden esirgemeyen, Av. Bekir GÜLER’e çok teşekkür eder, çalışmanın tüm ilgililere faydalı olmasını dilerim.*

*İstanbul, 2010*

*Zeynep ATEŞ*

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAMLAR VE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

I.	ÇOCUKLUK KAVRAMI VE ÇOCUĞUN HUKUK DÜZENİ İÇERSİNDEKİ YERİ	4
	A. Genel Olarak	4
	B. Çocuklukta Önemli Yaş Basamakları	5
	C. Hukukta Çocuk Kavramı	7
	1. Genel Olarak	7
	2. Medeni Hukukta Çocuk Kavramı	9
	3. Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı	10
II.	TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE UNSURLAR	13
	A. Genel Olarak	13
	B. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme Unsuru	14
	C. Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması	15
	1. Teşhis	15
	2. Tedavi	16
	3. Önleme	17
	4. Nüfus Planlaması	17

D.	Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Kurallara Uygun Olması	18
E.	Hastanın Rızasının Bulunması	19
III.	TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	19
A.	Rıza Ehliyeti	19
B.	Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi	21
1.	Hekimler	21
a.	Hekimlik Mesleği Koşulları	22
aa.	Diploma Sahibi Olmak	22
bb.	Türk Vatandaşı Olmak	23
cc.	Tabip Odasına Kayıtlı Olmak	24
dd.	Hekimlik Mesleğinin İcrasını Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak	25
2.	Sağlık Çalışanları	26
C.	Hastanın Aydınlatılmış Olması	27
1.	Aydınlatmanın Kavramı ve Amacı	27
2.	Aydınlatmanın Yapılışı	29
a.	Aydınlatmada Bulunacak Kişi	29
b.	Aydınlatma Yapılacak Kişi	30
c.	Aydınlatmanın Zamanı	31
d.	Aydınlatmanın Şekli	33
3.	Aydınlatmanın Konusu	35
a.	Tanı ve Bulgular	35
b.	Müdahalenin Yürüyüşü	37
c.	Sonuçlar, Şans ve Riskler	37
4.	Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları	39
a.	Aydınlatmanın Kapsamı	39

aa.	Müdahalenin Aciliyeti ve Yaşam Tehlikesi	42
bb.	Komplikasyon Yoğunluğu ve Tipik Riskler	44
cc.	Tedavi Seçenekleri	44
dd.	Hastanın Özel Durumu	44
b.	Aydınlatmanın Sınırları	45
aa.	Hastanın Bilgi ve Anlayış Düzeni	45
bb.	Hastanın Aydınlanma Hakkından Vazgeçmesi	46
cc.	Tedavinin Gereği Olarak Aydınlatmanın Sınırlandırılması	47
D.	Rızanın Açıklanma Zamanı ve Şekli	49
E.	Rızanın Konusu	50
1.	Yaşama Hakkı	50
2.	Sağlık Hakkı	51
3.	Vücut Bütünlüğü Hakkı	53

## İKİNCİ BÖLÜM

### KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELERDE TEDAVİ SÖZLEŞMESİ, RIZA EHLİYETİNİN GEÇERLİLİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

I.	KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELERDE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARI	55
A.	Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	55
1.	Genel Olarak	55
2.	Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	57



a.	Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	57
b.	Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İstisna Sözleşmesi Olduğu Görüşü	59
c.	Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	61
3.	Küçük Adına Yapılan Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	64
B.	Küçük Adına Yapılan Tedavi Sözleşmesinin Tarafları	66
1.	Teşhis ve Tedavi Hizmetini Uygulayan Tarafı	66
2.	Teşhis ve Tedavi Hizmetini Talep Eden	67
a.	Anne ve babanın evli olması	68
b.	Anne ve babanın ortak hayatlarının sona ermesi	70
c.	Anne ve babanın hiç evlenmemiş olması	71
II.	TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDE KÜÇÜĞÜN RIZASININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE VELAYET HAKKI	71
A.	Küçüğün Rıza Ehliyet Yaşının Belirlenmesi	71
1.	Genel Olarak	71
2.	Küçüğün Rızada Bulunmaya Ehil Olması	72
3.	Küçüğün Yaşının Yeterliliği	73
a.	Yasal temsilcisinin rızasının geçerliliği ve küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş	75
b.	Ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rızasının yeterli olduğu görüş	77
c.	Yasal temsilci ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının birlikte aramasını gerektiğini savunan görüş	79

B.	Velayet veya Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması	82
1.	Velayet veya Temsil Yetkisinin Kapsamı	82
2.	Çocuğun Menfaati	84
3.	Hakkın Kötüye Kullanılması ve Kanunda Yer Alan Tedbirler	86
III.	KÜÇÜĞÜN RIZASININ ALINMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI	93
A.	Uluslararası Belgelerde Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler	93
1.	Hasta Çocuklar Bildirgesi	93
2.	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi	93
3.	Amsterdam Bildirgesi	94
4.	Lizbon Bildirgesi II	95
5.	Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	96
6.	Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Ana Sözleşmesi	98
B.	Ulusal Mevzuatta Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler	99

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZELLİK GÖSTEREN TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN KÜÇÜĞÜN DURUMU

A.	Klinik Araştırmalarda İnsan Üzerinde Deney ve Deneme	101
1.	Genel Olarak	101
2.	İyileştirme Amaçlı Denemeler	104
3.	Bilimsel Amaçlı Deneyler	105
4.	İnsan Üzerinde Deney ve Denemenin Hukuka Uygunluğuna İlişkin Düzenlemeler	106

a.	Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Küçük Üzerinde Salt Bilimsel Amaçlı Deneye İlişkin Düzenlemeler	111
b.	Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Küçük Üzerinde İyileştirme Amaçlı Denemeye İlişkin Düzenlemeler	115
c.	Değerlendirme	117
B.	Organ ve Doku Nakli	119
1.	Canlı Vericiden Yapılan Organ ve Doku Nakli	119
a.	Vericinin Rızası	120
b.	Alıcının Rızası	124
2.	Ölülerden Organ ve Doku Nakli	125
a.	Küçük Yaştaki Çocuklardan Organ ve Doku Nakli	125
b.	Ölmeden Önce Çocuğun Açıklanmış Rızası veya Yakınının Organ Alımı Yönünde Rızası	128
C.	Gebeliğe Sonlandırılması, Sterilizasyon ve Kastrasyon	132
1.	Gebeliğin Sonlandırılması	132
2.	Sterilizasyon ve Kastrasyon	138
a.	Sterilizasyon	137
b.	Kastrasyon	140
	<b>SONUÇ</b>	<b>143</b>
	<b>KAYNAKÇA</b>	<b>149</b>

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	Ankara Barosu Dergisi.
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
<b>BK</b>	Borçlar Kanunu.
<b>Bkz, bkz</b>	Bakınız.
<b>BMÇHS</b>	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.
<b>C</b>	Cilt.
<b>Çev</b>	Çeviren.
<b>ÇHDS</b>	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
<b>dn</b>	dipnot.
<b>E</b>	Esas.
<b>f</b>	fıkra.
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi.
<b>HGK</b>	Hukuk Genel Kurulu.

<b>HHY</b>	Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>HUMK</b>	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
<b>İBD</b>	İstanbul Barosu Dergisi.
<b>İÜHF</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
<b>K</b>	Karar.
<b>m</b>	madde.
<b>MÜHF</b>	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
<b>NPHK</b>	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.
<b>ODNK</b>	Organ ve Doku Nakli Kanunu.
<b>TDN</b>	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi.
<b>TMK</b>	Türk Medeni Kanunu.
<b>TTB</b>	Türk Tabipler Birliği.
<b>TŞSTİHK</b>	Tababet Şuabatı Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun.
<b>RG</b>	Resmi Gazete.

<b>S</b>	Sayı.
<b>s</b>	sayfa.
<b>T</b>	Tarih.
<b>TCK</b>	Türk Ceza Kanunu.
<b>TTB</b>	Türk Tabipler Birliği.
<b>vd</b>	ve devamı.
<b>Y</b>	Yıl.
<b>Yarg</b>	Yargıtay.
<b>YKD</b>	Yargıtay Kararları Dergisi

## GİRİŞ

Tıp biliminin sürekli gelişim içerisinde olması yeni hukuksal düzenlemelere ihtiyaç duyulmasına, var olan düzenlemelerinde gelişimine zemin hazırlamaktadır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun en önemli unsurlarından biri, hastanın rızasıdır. Bu durum kişinin özerkliğine gösterilen saygının neticesidir.

Tıbbi müdahaleler kişilik haklarını ilgilendirdiğinden, bunların gerçekleştirilmesinde karar verme yetkisine sahip olan kişi, hastadır. Hastanın tedaviye ilişkin bilgilendirilerek rızasının alınması ile amaçlanan, kişinin tedavi sürecinin oluşturabileceği fiziki veya psikolojik olumsuz etkilerden en az etkilenmesinin sağlanmasıdır. Serbest iradeleri ile verdikleri rıza sonucunda, kendi tedavilerine aktif olarak katılan hastaların, tedaviye uyum süreçleri de daha hızlı olmaktadır.

Çocukluk döneminde yaşanan sağlık sorunları, insanların gelecek yaşam süreçleri ile yakından ilgilidir. Bu sebeple tıbbi müdahalelerde, çocukların rızasının alınması ayrı bir öneme sahiptir.

Tezimizin amacı, hastanın küçük olması halinde rızanın nasıl alınması gerektiğini tespit etmek, küçüğün rızasının alınması hususunda ulusal ve uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler hakkında bilgi vermek, rızanın ne zamana kadar veli veya vasi tarafından verilebileceğini tespit etmektir.

Türkiye'deki sağlık sisteminde küçüğün rızası alınmadan veli veya vasiden izin alınarak tıbbi müdahaleler uygulanmaktadır. Kendi görüşlerini oluşturma kapasitesine sahip olan küçük, kendini ilgilendiren konularda düşüncesini özgürce ifade etme hakkına sahip olmalıdır. Kendi bedenine yapılacak tıbbi girişimleri anlayabilen ve fikirlerini ifade edebilme yeteneğine sahip olan küçüğün, rızanın alınmasının gerekliliği büyük önem taşımaktadır. Küçükler, en iyi sağlık hizmetine ulaşma, bilgilendirilme ve kişisel gizliliğine dikkat edilme haklarına sahip olmalıdır. Bu kapsamda tıbbi müdahalelere rıza gösterme konusunda, küçüğe kanunen tanınan ve tanınması gereken hakların, neler olduğunun tespit edilmesi gereklidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, çocukluk ve tıbbi müdahale kavramları, çocuğun hukuk düzeni içerisindeki yeri ve küçüğün tıbbi müdahale ile ihlal edilen sağlık, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkında genel bilgilere yer verilecektir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk unsurları olarak nitelendirilen, hukuki açıdan yetkili kişi tarafından icra edilebilme, tıp bilimine hukukten öngörölmüş amaçlara yönelik olabilme hususlarına değinilecektir. Ayrıca aydınlatmayı yapacak ve rızayı alacak kişi, aydınlatılacak ve bunun sonucu rızası alınacak kişi, aydınlatmanın ve rızanın alınmasının zamanı, şekli, konusu ve kapsamı konuları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın, “Küçüğe Yapılacak Tıbbi Müdahalelerde Tedavi Sözleşmesi, Rıza Ehliyetinin Geçerliliği ve Hukuki Dayanakları” başlıklı ikinci bölümünde, tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği açısından doktrinde yer alan tartışmalara yer verilecek ve küçük adına yapılacak tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği incelenecektir. Ayrıca küçük adına yapılacak tedavi sözleşmesinin tarafları ayrı ayrı ele alınarak, anne ve babanın evli olması veya boşanması halinde, çocuk adına tedaviye rıza gösterecek kişinin kim olduğu hususu incelenecektir.

Küçüğün tıbbi müdahaleye rıza göstermeye ehil olup olmadığı yönünde doktrinde yaşanan tartışmalar, ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu kapsamda tıbbi müdahaleye rıza göstermede, yalnızca küçüğün rızasının yeterli olduğu ya da veli veya vasinin rızası ile birlikte küçüğün dinlenmesi gerektiği, son olarak ise ikisinin birlikte rızasının alınması gerektiği yönündeki görüşlere ayrı ayrı yer verilecektir. Anne ve babanın çocukları üzerindeki velayet hakkının kapsamı ve bu hakkın kötüye kullanılması durumunda kanunda yer alan tedbirlere değinilecektir. Ayrıca küçüğün rızasının alınmasının, ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan hukuki düzenlemelere yer verilecektir.

Çalışmamızın “Özellik Gösteren Tıbbi Müdahaleler Açısından Küçüğün Durumu” başlıklı son bölümünde ise, korunan hukuksal değerler açısından küçüğün durumu ele alınacaktır. Özellik gösteren tıbbi müdahaleler üç başlık altında incelenecek olup; ilk olarak, klinik araştırmalarda, küçük üzerinde iyileştirme veya bilimsel amaçlı tıbbi müdahalenin mümkün olup olmadığı ve bu konudaki yasal düzenlemelere yer verilecektir. İkinci olarak yaşayan veya beyin ölümü gerçekleşen küçüklerden, organ ve doku naklinin gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğine değinilecektir. Son olarak ise,



küçüğün gebe kalması ve gebeliğinin sonlandırılmasında, tıbbi müdahaleye göstereceği rızanın geçerliliği üzerinde durulacaktır.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **KAVRAMLAR VE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI**

#### **I. ÇOCUKLUK KAVRAMI VE ÇOCUĞUN HUKUK DÜZENİ İÇERSİNDEKİ YERİ**

##### **A. Genel Olarak**

Bir insanın toplumsal kuralları öğrendiği çağ çocukluk dönemi olarak adlandırılır. İnsanın fiziksel gelişiminin yanında ruhsal ve sosyal yapısının hemen hemen tümü bu çağda oluşmaktadır. Bu nedenle çocuklar toplumumuzun en fazla korunmaya muhtaç kesimini oluşturur.

Bu dönemde yaşanan gelişim süreci çok boyutludur. Bir çocuğun toplumdaki uygun yerini alması için mutlaka eğitilmesi gerekmektedir. Büyüme ve gelişme süreci içerisinde olan çocuklara, erişkinlerden farklı yapıları nedeniyle özel eğitim, ilgi, dikkat ve bilgi ile yaklaşılması gerekmektedir<sup>1</sup>.

Çocukların özel olarak korunması gerektiği gerek hukuksal alanda Anayasa'nın, gerekse uluslararası anlaşmaların sosyal koruma kurallarında açıkça düzenlenmiştir. Onsekiz yaşından küçük çocukların genel olarak hukuksal koruma kapsamında, kendilerini ilgilendiren önemli konularda görüşlerini bildirme ve katılım haklarının geliştirilmesi sağlanmalıdır.

Çocuklarda oluşturulmaya çalıştırılan özerlik anlayışı, anne babanın gözetim hakkı ile çelişmemektedir. Anne ve baba kendilerine tanınan gözetim hakkını, tamamen çocuğun yararına kullanılmalıdır. Bu hak ile amaçlan çocuğun, gelişim sürecini sağlıklı bir şekilde tamamlayan birey olarak yetiştirilmesidir. Bu nedenle çocuğun yararına öngörülmuş olan geçici gözetim hakkının, çocuğun korunma gereksinimi kapsamında

---

<sup>1</sup>AKŞİT, Arif/TEKİN, Neslihan: "Çocuk Hekimliği ve Etik", Klinik Etik, (Editör: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/OĞUZ, Yasemin/ELÇİOĞLU, Ömür/DOĞAN, Hanzade), İstanbul 2001, s. 171.

kullanılması gerekmektedir<sup>2</sup>. Bu çerçevede aşağıda ilk olarak tez konumuz olan küçüğün, geçirdiği çocukluk evrelerine kısaca değinildikten sonra hukukta çocuk kavramı ele alınacaktır.

## **B. Çocuklukta Önemli Yaş Basamakları**

Çocukluluğun tanımının yapılabilmesi için insan ömrünün hangi zaman aralığının çocukluk devresi olarak kabul edildiğinin tespiti gerekmektedir<sup>3</sup>. Çocukluk hukuk bilimi dışında tıpta, biyolojide, psikolojide veya sosyolojide değişik ölçütlerle saptanarak; bebeklik, ergenlik, yeniyetmelik, delikanlılık, gençlik gibi değişik kavramlarla adlandırılmıştır<sup>4</sup>.

Küçüğün korunma gereksinimine göre düşünsel olgunluğun parametreleri olarak, hukukta değişik yaş basamakları söz konusudur. Hukuksal güvenliği koruma kaygılarıyla bağlantılı olarak, ayırt etme gücü benzeri değişken ve göreceli olgunluk yaşları yerine, kesin yaş basamakları öngörülmüştür<sup>5</sup>. Örneğin küçüğün, oniki yaşında ceza sorumluluğu, onsekiz yaşında hukuksal işlem sorumluluğu vardır.

Yaş dönemine göre gelişim evrelerinin tespitinde; kimi toplumlar yaş faktörünü dikkate alırken, kimi toplumlarda ise yasal, biyolojik gelişim aşamaları ve geleneksel ölçütler dikkate alınmıştır<sup>6</sup>. Gelişim evrelerini incelediğimizde;

0-2 yaş arası *süt çocukluk dönemi* olarak adlandırılarak; temel güven duygusunun geliştiği, biyolojik gereksinimlerin belirli bir çerçevede sağlandığının öğrenildiği dönemdir. Birey bu dönemde kendisinden farklı kişilerin olduğu ve bunların ilişkilerinin farklı olduğunu öğrenmektedir.

---

<sup>2</sup> SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 6.

<sup>3</sup> BALO, Yusuf Solmaz: Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 106.

<sup>4</sup> SEROZAN, s. 10.

<sup>5</sup> SEROZAN, s. 12-14.

<sup>6</sup> POLAT, Oğuz: Çocuk ve Hakları, İstanbul 1997, s. 13.

1-6 yaş arası *oyun ve okul öncesi dönem* olarak adlandırılarak; çocuğun vücudunu tanıma ve anlatım gücü ile söz dağarcığının gelişim gösterdiği evredir. Bu dönemde çocuklar toplumda oldukları yeri öğrenmeye başlamaktadır.

6-12 yaş arası *okul dönemi* olarak adlandırılıp, çocuğun topluma karıştığı ve cinsel kimliğinin iyice belirlendiği dönemdir. Çocuklar toplumun bireyi olma yolunda eğitime bu dönemde başlamaktadır.

12-18 yaş arası ise *ergenlik dönemi* olup, kişinin psikolojik, zihinsel ve sosyal açıdan bir gelişimin ve olgunlaşmanın yer aldığı çocukluktan yetişkinliğe geçiş dönemidir<sup>7</sup>.

Çocuk veya çocukluk kavramı farklı şekillerde ifade edilmesinin yanında gerek ceza hukuku, gerekse medeni hukuk alanında çocuk yaşı farklı düzenlenmiştir. Bu sebeple farklı yaşlardaki kişilere karşı kanun hükümlerinin eşit uygulanabilmesi için çocuk kavramını, bütün yönleriyle ortaya koyacak yaş sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir<sup>8</sup>. Günümüzde çocuğun kendi başına karar vererek hareket edebilmesi için bedensel ve cinsel olgunluk düzeyine değil, zihinsel olgunluğa önem verilmektedir<sup>9</sup>.

Doğumla başlayan çocukluk yaşının, başlangıcı konusunda tereddüt olmamakla birlikte, ne zaman biteceği konusunda mukayeseli hukukta farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Bu sebeple sorunun çözümünün, çocuğun hangi yaşa kadar korunması gerektiğinin tespitine bağlı olduğu savunulmuştur<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> AKŞİT/TEKİN, s. 172; SEROZAN, s. 12-13.

<sup>8</sup> ÇELİK, Cemil: "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi", e-akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2005, S. 36, s. 1.

<sup>9</sup> SEROZAN, s. 14.

<sup>10</sup> BALO, s. 106.

## C. Hukukta Çocuk Kavramı

### 1. Genel Olarak

Hukukta çocuk kavramı iki farklı anlamda kullanılmıştır. Birincisi, çocuğu yetişkinden ayırmak, ikincisi ise, çocuğun anne babayla olan soy bağıını belirtmek amacıyla kullanılmıştır<sup>11</sup>. Bundan sonraki çalışmalarımızda, birinci anlamda kullanılan çocuk kavramı ele alınacaktır. Çalışmamız içerisinde yer alan küçük ya da çocuk kavramları, benzer anlamda kullanılmıştır.

Türk hukukunda kavram açısından, doğumla başlayıp erişkinliğe kadar devam eden süreç, küçüklük veya yaş küçüklüğü olarak adlandırılmıştır. Belli bir yaşın altındakiler çocuk yani küçük olarak kabul edilmiştir. Çeşitli hukuk dallarında küçüklerin fizik, ruh ve ahlâk bütünlüğünü korumak amacıyla onsekiz yaş altında da yaş sınırlamaları yapılmıştır.

T.C. Anayasa'sının 41. maddesinde "Ailenin Korunması" kavramı içerisinde çocukların korunmasından söz edilmekte, fakat çocuk kelimesi ile hangi yaş gruplarının kastedildiğine dair herhangi bir açıklık yoktur.

Çocuk Koruma Kanunu<sup>12</sup> 3. maddesini<sup>13</sup> incelediğimizde, çocuk kavramı tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiler, çocuk olarak adlandırılmıştır.

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu<sup>14</sup>, nun 1. maddesinde<sup>15</sup>, onsekiz yaşın altındakilerden küçük tanımlamasıyla bahsedilmektedir.

---

<sup>11</sup> BALO, s. 41.

<sup>12</sup> RG. 3.07.2005-5395.

<sup>13</sup> Çocuk Koruma Kanunu 3. madde: "Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi"

<sup>14</sup> RG. 21.06.1927-1117.

<sup>15</sup> Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu 1. madde, "18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur."

Hukukumuzda gerek Medeni Kanunu'nda, gerekse İş Kanunu'nda da küçüklerle ilgili düzenlemelere yer verilmesine rağmen, küçüğün tanımlaması yapılmamıştır<sup>16</sup>. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>17</sup>'nin 6. maddesinde de çocuk; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır.

Adalet Sistemine Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları<sup>18</sup> 2.2/a' ya göre ise, işledikleri suçlar bakımından, devletlerin kendi hukuk sistemlerine göre yetişkinlerden farklı bir tarzda muameleye tabi tutulabilen çocuk veya gençlere, küçük denilmektedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>19</sup>'nin 1. maddesi<sup>20</sup> çocuğu, onsekiz yaşından küçük insan olarak tanımlamıştır. Bu tanımlamada çocukluğun başlangıç anı açık bırakılmıştır<sup>21</sup>. Çocuk hakları sözleşmesi onsekiz yaşına kadar olan insanları “küçük” olarak niteleyip, onların yaşama, koruma, gelişim ve katılım haklarını güvence altına almaktadır.

Çocuk kavramı, hukukumuzda çeşitli yasal düzenlemelerde yer almakla birlikte, aşağıda medeni hukuk ve ceza hukuku açısından bu kavram üzerinde durulacaktır.

---

<sup>16</sup> ÇELİK, s. 1.

<sup>17</sup> RG. 26.09.2004-5237.

<sup>18</sup> United Nations Standart Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice- The Beijing Rules, Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Bazı metinlerde Küçükler İçin Adalet Sistemine Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları/Pekin Kuralları olarak tercüme edilmiştir.)

<sup>19</sup> Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 20 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiş, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 29-30 Eylül 1990 tarihleri arasında yapılan “Çocuklar İçin Dünya Zirvesi”nde sözleşmeyi imzalamış, 09.12.1994 tarihinde Sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddelerini, TC. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 Tarihli Lozan Antlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun yorumlama hakkına ilişkin çekince koyarak 4058 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Sözleşme, Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanarak 27.01.1995-22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 1. madde: “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olabilme durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”

<sup>21</sup> Sözleşme, doğuma veya rahme düşme anına açık bir göndermede bulunmayarak, esnek ve ucu açık bir çözümü öne çıkarmakta, böylece çocukluğun veya yaşamın başlamış sayılacağı anın belirlenmesini ülkelerin kendi yasal düzenlemelerine bırakmaktadır (RACHEL HODGKIN, Peter Newel: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Uygulama El Kitabı, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, New York: UNICEF 1998, s. 1-3).

## 2. Medeni Hukukta Çocuk Kavramı

Hukuk düzeni tarafından kişinin korunması, haklara ve yükümlülöklere sahip olması için kişiliğın hangi andan başlayarak kazanılacağı önemlidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde<sup>22</sup>; kişiliğın, çocuğın sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı, ölümlle de sona ereceğđ düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, çocuğın hak ehliyetinin, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde edileceğđ düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'na göre kişiliğın kazanılabilmesi, dolayısıyla çocukluğın başlayabilmesi için çocuğın sağ olarak tamamıyla doğmuş olması gerekir.

Hukuk sistemimizi incelediğimizde, henüz doğmamış olan, ana rahmine düşerek, doğuma yönelik gelişim sürecindeki ceninin de belirli koşullarda hukuksal koruma altına alındığı görölmektedir<sup>23</sup>. Ceninin hak ehliyetinin var olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde ana rahmindeki ceninin, bu dönemde kendisine düşecek mirastan yararlanabilmesi ve bu mirastan rastlantı sonucu yoksun kalmaması düzenlenmiştir. Kanunda yer alan bu düzenlemenin, ceninin hak ehliyetinin varlığını gösterdiği savunulmuştur<sup>24</sup>. Bununla birlikte, gebelik süresi on haftayı geçen cenini düşürme, Türk Ceza Kanunu 99. ve 100. madde<sup>25</sup> hükümleri çerçevesinde, çocuk düşürme suçu olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin de Ceza Hukuku aracılığıyla ceninin korunduğunu gösterdiği belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, ergenlik 18 yaşın doldurulmasıyla kazanılır. Bu yaş küçük için düşünsel olgunluğın ve ekonomik

---

<sup>22</sup> Türk Medeni Kanunu 28. madde: “Kişilik, çocuğın sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.”

<sup>23</sup> BALO, s. 42.

<sup>24</sup> Türk Medeni Kanunu 582. madde: “Cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.” Türk Medeni Kanunu 643. madde: “Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.”

<sup>25</sup> Türk Ceza Kanunu 99. madde 2. fıkrası: “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğının düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” Türk Ceza Kanunu 100. madde: “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi hâlinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

<sup>26</sup> SEROZAN, s. 12.

bağımsızlığın kazanıldığı yaş olarak tanımlanır<sup>27</sup>. Ancak Türk Medeni Kanunu bazı durumlarda 18 yaşın tamamlanmasından önce de reşit olunabileceğini düzenlemiştir. Bunlar evlenme ve hakim kararıyla kazanılan rüştür<sup>28</sup>.

Onsekiz yaşından küçük yaşta evlenme, kişiyi daha erken yaşta reşit kılar. Türk Medeni Kanunu'na göre, evlenme yaşı erkeklerde ve kadınlarda 17'dir. Bu yaşları doldurmuş küçükler velâyet hakkına sahip ana ve babalarının izniyle evlenebilirler. Olağanüstü durumlarda ve önemli bir nedenin bulunması koşuluyla hâkim 16 yaşını bitirmiş bir erkekle, bir kadının evlenmesine izin verebilir. Burada amaçlananın, ev ve aile geçindirecek kişilerin başkalarına bağımlı kalmalarının önlenmesi olacağı savunulmuştur<sup>29</sup>.

Türk Medeni Kanunu, bir çocuğun normal rüşt yaşına gelmeden hakim kararıyla reşit olabileceğini de düzenlemiştir. Bunun için çocuğun 15 yaşını bitirmesi, reşit kılınmasına kendisinin rızasının bulunması, ana-babanın onay vermesi veya vasinin dinlenilmesi, bu durumun çocuğun yararına uygun olması ve asliye hukuk mahkemesinin kararı gerekmektedir.

Ergenliğe ulaşmakla çocuk, küçüklükten çıkarak medeni hakları kullanma bakımından tam ehliyetli bir yetişkin statüsünü kazanır. Çocuk velâyet altında ise velâyet, vesayet altında ise vesayet sona erer.

### **3. Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde açık olarak çocukluk kavramının tanımı yapılarak; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak kabul edilmiştir.

---

<sup>27</sup> SEROZAN, s. 92.

<sup>28</sup> Türk Medeni Kanunu 11. madde 2. fıkrâ: “Evlenme kişiyi ergin kılar.” Türk Medeni Kanunu 12. madde: “Onbeş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.”

<sup>29</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi Sözleşme'nin 2., 3., 6., maddelerine uygunluk açısından evlilik yaşının kız ve erkekler için eşit olması ve belirlenen yaşın da çok düşük olmaması gerektiğini vurgulamıştır (SEROZAN, s. 92).



Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasında<sup>30</sup>, çocukların ceza sorumluluğuna ilişkin temel hükümlere yer verilmiştir. Ceza ehliyeti açısından üç yaş grubu öngörülerek; fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı, bu kişiler hakkında ceza kavuşturmasının yapılamayacağını fakat çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu fıkranın gerekçesini incelediğimizde; fiili işlediği sırada küçüğün oniki yaşını bitirmemiş olması kusurluluğunu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir<sup>31</sup>. Bu düzenleme ile ceza hukuku karşısında sorumluluk yaşının oniki yaşın doldurulmasından itibaren başlatıldığı görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin 2. fıkrasında<sup>32</sup> ise, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğunun olmayacağı, ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı, işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suçun cezasına göre indirim yapılacağı öngörülmüştür. Çocukluk devresi ile erişkinlik arasındaki bu ara dönemde, algılama ve irade yeteneği her somut olayda ayrı ayrı tetkik edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme tarafından bu dönemde, öncelikle çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığını veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı yönünden bedeni, akli ve ruhi durumunun incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca küçüğün ceza sorumluluğu açısından, algılama yeteneğinin yanı sıra bu doğrultuda hareketlerini yönlendirme yeteneği de araştırılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Çocuk

---

<sup>30</sup> Türk Ceza Kanunu 31. madde 1. fıkra: "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir."

<sup>31</sup> ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku Külliyatı, Ankara 2005, s. 124.

<sup>32</sup> Türk Ceza Kanunu 31. madde 2. fıkra: "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz."

<sup>33</sup> ÖZBEK, Veli: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı TCK İzmir Şerhi, Ankara 2006, s. 420.

hakimi tarafından küçüğün sorumluluğu tespit edilirken de, içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenilmektedir<sup>34</sup>.

Son olarak Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrasında<sup>35</sup>, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında da suçun cezasının niteliğine göre indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Ceza Hukuku bakımından bu yaş grubunda yer alan küçüğün, hareketini anlayabilme ve sonuçlarını kavrayabilme, hareketlerini bu doğrultuda yönlendirme yeteneğine sahip olduğu kabul edilmiştir<sup>36</sup>.

Ceza hukuku açısından, yaş basamaklarına dayalı olarak küçük belirlenmeye çalışılmıştır. Bu nitelendirilmeye varılmasında gerekçe olarak; çocukların büyümesiyle orantılı, akli melekelerinde gelişme ve olgunlaşma meydana geldiği savunulmuştur<sup>37</sup>.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40. maddesinin 3. fıkrasını incelediğimizde; sözleşmeye taraf devletlerde ulusal ceza yasasının ihlali konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığını kabulü için çaba gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40. maddesi ile amaçlananın; çocuklara yönelik özel bir çocuk ceza adaleti sistemi getirilmesi, ceza yasasını ihlal eden çocuklarla kavuşturma olmaksızın ilgilenilmesine yönelik önlemleri ve kurumsal bakıma yönelik alternatif düzenlemeleri sağlamak için asgari bir ceza ehliyeti yaşı belirlenmesidir<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> ŞAHİN/ÖZGENÇ, s. 125.

<sup>35</sup> Türk Ceza Kanunu 31. madde 3. fıkra: “*Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.*”

<sup>36</sup> ÖZBEK, s. 421.

<sup>37</sup> ÇELİK, s. 3.

<sup>38</sup> RACHEL HODGKIN, s. 541.

Türk Medeni Kanunu gereğince elde edilen ergenlik kavramı ile Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen yaş küçüklüğünün, ceza hukukuna etkisi arasındaki bağlantıyı incelediğimizde; Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin b bendinde, onsekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmiş ve 31. maddenin üçüncü fıkrasında da, failinin tam ceza ehliyetinden bahsedilebilmesi için fiili işlediği sırada onsekiz yaşını tamamlaması aranmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında ise, ergenliğin onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlanılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümler açısından değerlendirildiğinde, kanun koyucunun ceza ehliyeti ile fiil ehliyeti arasında yaş sınırı açısından bir paralellik kurduğu ifade edilmiştir. Fakat Türk Medeni Kanunu'nda yer alan evlenme veya mahkeme kararı ile küçüğün erken reşit olmasının, Türk Ceza Hukuku ve ceza ehliyeti yönünden herhangi bir etkisi bulunmayacaktır. Küçük yargı kararlarıyla veya evlenmeyle reşit olsa dahi, ceza hukuku alanında hukuki anlama ve bilme yeteneğinin, belirli bir yaşı tamamlaması, fiziksel açıdan bireyin gelişim göstermesi aranmıştır<sup>39</sup>. Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre, daha erken yaşta ergin olursa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilecektir. Bu düzenleme ile de 5395 sayılı Kanunun Türk Ceza Kanunu'nun çocuk kavramına iştirak edilerek, ergenlik yerine yaş ölçütünün esas alındığı görülmektedir.

## **D. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE UNSURLARI**

### **A. Genel Olarak**

Kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerleri gibi kişilik değerlerini ihlal eden ya da ihlal etme olasılığı bulunan bir müdahalenin, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla yapıldığı sorularına verilecek yanıtlar, söz konusu müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda önem taşımaktadır<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> ŞEN, Erhan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul 2006, s. 32 (Kısaltma: TCK Yorumu).

<sup>40</sup> IŞIK ÖZCAN, Funda: "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2008, s. 15.

Tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıbbi müdahale kavramının içinin hangi unsurlarla doldurulması gerektiği hususuna bu bölümde değinilecektir.

Tıbbi müdahalenin unsurları, hukuki açıdan yetkili kişilerce icra edilme, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olma, tıp bilimi bakımından kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma ve hastanın rızasının alınması şeklinde dört başlık altında aşağıda ele alınacaktır.

### **B. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme Unsuru**

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değeriendirilmesinde, incelenmesi gereken ilk unsur, müdahalenin hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilmiş olmasıdır.

Tıbbi müdahaleler yöneldiği değerieler itibariyle, yaşamı etkileyen, rizikolu ve karmaşık girişimlerdir. Bu sebeple hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmelidir<sup>41</sup>. Kimlerin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler olduğu, Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>42</sup>, da açıkça düzenlenmiştir.

Bu kanunun ilgili maddeleri uyarınca, hekimler (m.1,2,3), dişçiler (m.29,30), ebeler (m.47), sağlık memurları (m.3), sünnetçiler (m.58), hastabakıcı ve hemşireler (m.68) tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişiler olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Kanun kapsamında yer alan düzenlemeleri incelediğimizde; tıbbi müdahalede bulunabilecek bu kişilerin, kanunen tıp mesleğini yürütebilme ya da tıbbi müdahalelerde bulunabilme yetkisine sahip olmaları gerektiği yer almaktadır. Bu kişiler açısından bu yetkinin elde edilmesinde, ne gibi koşulların gerçekleşmesi gerektiği kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu konu ileriki bölümde daha kapsamlı olarak ele alınacağından burada yer verilmemiştir.

---

<sup>41</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 16.

<sup>42</sup> RG. 11.04.1928-1219.

### C. Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması

Tıbbi müdahalenin unsurlarından bir tanesi de müdahalenin, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olmasıdır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü<sup>43</sup>, nün 13. maddesinin 3. fıkrası<sup>44</sup>, tıbbi müdahalenin, teşhis, tedavi ya da koruma amaçlarından en az birini taşıması gerektiğini, bunların dışında bir sebeple hekimin müdahalede bulunamayacağını hükme bağlamıştır.

Yasal mevzuatta yer alan düzenleme neticesinde; bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için aranan amaç unsurunun, teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ya da acıyı dindirmek, hastalığı önlemek ve hastalıktan korumak, nüfus planlaması amaçları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Fakat günümüzde tıp biliminin gelişmesi ile amaç unsurunun daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından öngörülen amaçları aşağıda incelemeye çalışacağız.

#### 1. Teşhis

Kişide, fiziksel veya ruhsal olarak bazı anomalilerin<sup>46</sup> bulunup bulunmadığının tespiti, bulunması halinde neler olduğunun tıbbi olarak belirlenmesine teşhis denilmektedir<sup>47</sup>. Örneğin, yakın çevresinde hepatit (B) virüsünün görülmesi üzerine test yaptırmak amacıyla hekime müracaat eden kişiden, kan örneği alma işlemi veya kendisine ya da ailesine konuyla ilgili sorular sorulması, teşhis amacına yönelik bir tıbbi müdahaledir<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> RG. 19.02.1960-10436.

<sup>44</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 13. madde 3. fıkrası: “*Tabip ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*”

<sup>45</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 28.

<sup>46</sup> Vücuttaki normalden uzaklaşma ya da sapma (Bkz. KOCATÜRK, Utkan: Tıp Terimleri El Sözlüğü, Ankara 1989, s. 23).

<sup>47</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; Karşıt görüş ise, teşhis, tıbbi bir görüş ve değerlendirme olup, hastalığın nedenlerinin kesin olarak belirlenmesi demek olmadığı savunulmuştur [HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 207 (Kısaltma: Tıp Hukuku)].

<sup>48</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 41.

Tedaviye geçmeden önce hekim, hastalığın teşhisini koymak mecburiyetindedir. Hastanın muayenesinden sonra somut olayın özelliklerine göre gerekli araştırmaları yaparak teşhisi koyar. Teşhisin doğru tespiti, uygulanacak tedavi yönteminin başarılı ya da başarısızlığı üzerinde son derece etkili olacaktır.

Hasta üzerinde yapılan incelemeler neticesinde mutlaka belirli bir rahatsızlığın ortaya çıkması zorunluluğu yoktur. Yapılan araştırmalar neticesinde hastalığa rastlanılmamış olması, teşhis niteliğini ortadan kaldırmayacaktır<sup>49</sup>.

## 2. Tedavi

Teşhis aşamasında tespit edilen rahatsızlığın, meydana getirdiği tehlike ve acıların ortadan kaldırılması veya azaltılması sürecine tedavi denilmektedir<sup>50</sup>. Hekim hastasının teşhisini belirledikten sonra en uygun tedavi yöntemini seçmek zorundadır<sup>51</sup>.

Tıbbi müdahalelerde amaç hastanın ve hastalığın tedavisi olup; örneğin, böbrek yetmezliği teşhisi konmuş olan bir hastanın yaşadığı sağlık sorunlarını asgariye indirmek amacıyla uygulanan ilaç tedavisi, diyalize bağlanma, yeni böbrek nakli, psikolojik destek tedavi sürecini oluşturmaktadır<sup>52</sup>. Kısaca, hastaya herhangi bir ilacın verilmesinden, karmaşık bir tıbbi müdahaleye veya psikolojik bir işleme kadar tüm faaliyetler, tedavi kapsamındadır<sup>53</sup>.

Hukuk düzeni kişinin rızası bile olsa; yukarıda belirtilen amaçlar dışında, ruhsal bütünlüğü ve vücut tamlığını bozacak tıbbi müdahalelerde bulunmayı yasaklamıştır (TDN m.13/3; TMK m.23-24). Bununla birlikte, hekim hastasına uygulanacak tedavi yöntemini seçmekte özgür olup; bu seçimin tıp bilimi tarafından

---

<sup>49</sup> ÖZKAN, Nazan: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2005, s. 14.

<sup>50</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 18.

<sup>51</sup> AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 112.

<sup>52</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 41.

<sup>53</sup> YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 36.

genel kabul görmüş ve tıp bilimin genel ilke ve kurallarına uygun olması (TDT m.13/1<sup>54</sup>) ve etkinliğinin de denenmiş olması gerekmektedir (TDT m.11/2<sup>55</sup>)<sup>56</sup>

### 3. Önleme

Önleme ise kişinin, yaşamına, sağlığına ve cismani bütünlüğüne zarar vermeye yönelik muhtemel bazı rahatsızlıkların kişilerden uzak tutulmasıdır<sup>57</sup>. Önleyici muamele neticesinde hastalıkların kötüleşmesi, hastalığın büyümesi ve varlığından şüphe edilen hastalıklara karşı tedbir alınması sağlanır<sup>58</sup>. Koruyucu sağlık hizmeti olarak nitelendirilen önleme amaçlı tıbbi müdahalelere örnek verecek olursak; ayağına paslı çivi batmış kişiye tetanos aşısı yapılmasında amaç, hastalığın oluşmasını önlemektir<sup>59</sup>.

### 4. Nüfus Planlaması

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun<sup>60</sup>'a göre nüfus planlaması; kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir (m.2). Yine tıbbi zorunluluklar hariç olmak üzere, çocuk sahibi olmak istemeyen erkek ya da kadına yapılan sterilizasyon müdahalesinde bulunulmasında (m.4) veya aynı amaçla kadının gebeliğinin sona erdirilmesinde (m.6) nüfus planlaması amacı güdülmektedir.

Bu kapsamda, nüfus planlaması amacına yönelik, hukuken öngörülen, oral kontraseptif ilaç verilmesi, gebeliğin sonlandırılması amacıyla kürtaj yapılması, tedavi amacı taşımasa da tıbbi müdahale olarak nitelendirilecektir<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 13. madde 1. fıkrası: “Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”

<sup>55</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 11. madde 2. fıkrası: “Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mutad tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır.”

<sup>56</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 21.

<sup>57</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 18.

<sup>58</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 205.

<sup>59</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 42.

<sup>60</sup> RG. 27.05.1983-18059.

<sup>61</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 33.

#### D. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Kurallara Uygun Olması

Kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal rahatsızlıkların önlenmesi, teşhisi ve tedavisi veya nüfus planlama amaçlarına yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin, tıbbi nitelik taşıması için aranan unsurlardan bir tanesi de, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun olarak yapılmasıdır<sup>62</sup>.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesini incelediğimizde; hekim ve diş hekiminin tıbbi kurallarına uygun teşhisi koyması ve gereken tedaviyi uygulaması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca tıp biliminin öngördüğü ilke ve kurallara aykırı teşhis ve tedaviyi yasaklamıştır.

Hekim, kişide var olan bedensel ve ruhsal rahatsızlıkları teşhis ettikten sonra bunun tedavisi için gerekeni yapacaktır. Uygulayacağı tedavi yöntemini serbestçe seçme hakkına sahip olmakla birlikte, tıp biliminin genel olarak tanınan, kabul edilmiş esaslarını bilmek ve bunlara göre hareket etmekle yükümlüdür<sup>63</sup>. Bu nedenle sürekli bir gelişim içerisinde olup, tıp dünyasını takip ederek, hastalıklarla mücadelede benimsenen uygulamaları bilmekle yükümlüdür. Tıbben kabul edilmeyen veya yeteri kadar denenerek faydalı olduğu konusunda kesin kanaate ulaşılmamış yöntemlerin, kişi üzerinde uygulanması mümkün değildir<sup>64</sup>.

Bir müdahalenin tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun olup olmadığının tespitinde, müdahalenin gerçekleştirildiği somut olayın özellikleri hesaba katılır. Tıp biliminin, o tarihte, o ülkede ulaştığı bilimsel ve teknik düzeye göre belirlenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>65</sup>. Hekim açısından önemli olan husus, yerleşmiş ve gerçekliği kabul edilmiş kuralları bilmesidir<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 33.

<sup>63</sup> AYAN, s. 18.

<sup>64</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 23.

<sup>65</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 34.

<sup>66</sup> ZEVKLİLER, Aydın: "Tedavi Amaçlı Müdahaleler Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DÜHFD. Y. 1983, S. 1, s. 23 (Kısaltma: Tedavi).



## **E. Hastanın Rızasının Bulunması**

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesinde aranılan, hastanın açık, sağlıklı ve özgür iradesine dayanan rızasının bulunması unsuru aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

## **III. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI**

### **A. Rıza Ehliyeti**

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesinin ön koşulundan biri, rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibinin bunu yapmaya ehliyetinin olmasıdır<sup>67</sup>. Hasta yönü ile rıza ehliyeti, hekimin gerçekleştireceği tedavi ve müdahaleleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerindeki gerçekleştirmesini istemesi olarak tanımlanmıştır<sup>68</sup>.

Rıza ehliyeti konusunda hastanın karar verme, kavrama, anlama yeteneği esas alınmalıdır. Hasta uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin, ana hatlarıyla taşıdığı rizikoyu ölçebilmelidir. Tıbbi müdahalenin esasını, anlamını ve acilliğini değerlendirecek durumda olmalıdır<sup>69</sup>.

Uygulanacak müdahalenin ağırlığı ve alternatiflerin fazla olması durumunda rıza yeteneğinin tespiti konusunda daha özenli ve dikkatli davranılmalıdır. Tam tersi basit tıbbi müdahalelerde, tıbbi olarak tek tip müdahalenin olduğu rahatsızlıklarda veya hayati tehlikenin olduğu derhal müdahale gereken durumlarda, rıza ehliyetin tespitinde daha esnek olunmalıdır<sup>70</sup>.

Küçüğün rıza ehliyeti konusunda kanundaki düzenlemeleri incelediğimizde, ülkemizde tıbbi müdahaleye rıza yaşı rüşt ya da ergenlik yaşı kabul edilmiştir. 1219 sayılı Kanun' un 70. maddesinde hekimlerin, yapacakları her tür tedavi için hastanın,

---

<sup>67</sup> ERMAN, Barış: Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 80.

<sup>68</sup> BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 130 (Kısaltma: Hekim).

<sup>69</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152.

<sup>70</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152.

hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin öncelikle muvafakatının alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>71</sup> 26. maddesindeki düzenlemeyi incelediğimizde ise, kanuni temsilcilerin hasta adına muvafakat göstermelerinin yeterli olduğu durumda bile, mümkün olduğu ölçüde, küçük ve kısıtlı olan hastanın da dinlenerek tıbbi müdahaleye katılması öngörülmüştür.

Müdahale açısından ehliyetsiz kişilerin belirlenmesini dikkat edilecek ilk hususlar, müdahalenin yöneldiği hukuksal yararın değerini ve önemini anlayacak durumda bulunamayan, rıza açıklamasının hangi sonuç veya riskleri doğuracağını öngöremeyen veya rıza ile amaçlanan sonuca ulaşmak için kendisine daha az yük getirecek hangi seçeneklerin bulunduğunu kavrayamayan kişiler, rıza gösterme açısından ehliyetsizdir<sup>72</sup>.

Hekim hastasının, yaş, fiziksel ve ruhsal durum, anlama yeteneğinin derecesi, kişinin kültürel yapısı, milliyeti vs. gibi yönlerine bakarak, rıza yeteneğinin olup olmadığını tespit etmelidir. Bu görev hekime aittir. Bu hususları değerlendirirken hekim şüpheye düşerse, müdahale aciliyet taşımadığı durumda, kanuni temsilcisinin onayını almalıdır. Aciliyet halinde ise, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 3. fıkrası<sup>73</sup> hükmüne göre, hastanın varsayılan rızasının<sup>74</sup> varlığı esas alınarak, hekimin müdahalesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Hekim, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunabileceği gibi, hastayı aydınlatma yükümlülüğü de daralmaktadır. Bu durumda

---

<sup>71</sup> RG. 01.08.1998-23420.

<sup>72</sup> ERMAN, s. 80.

<sup>73</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24. madde 3. fıkrası: “*Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.*”

<sup>74</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1970/10853, K. 1971/2096 sayılı kararı, “...davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında taşın alınmasının davacının sağlığını tehlikeye koyacağına, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret olduğuna, normal ve gerekli olanın yapılmış olduğuna, yaranın kapatılıp izin istihali ile ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğüne göre doktorun sorumlu olmadığına ve açılan manevi tazminat talebinin reddine...”

hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hastanın zarara uğradığı iddiası, dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyecektir<sup>75</sup>.

Tıbbi müdahaleye rıza konusunda asıl tartışma yaratan husus, temyiz kudretine sahip küçüklerdir. Bu konuda doktrinde üç görüş savunulmaktadır. Birinci görüş, tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşturmakla beraber, temyiz kudretine sahip küçüğün de görüşünün alınması gerektiği, ikinci görüş, yasal temsilcinin rızası yanında küçüğün rızasının da aranması gerektiği ve son görüş ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının tek başına yeterli olduğunu savunan görüştür<sup>76</sup>. Küçüğün rıza ehliyeti konusunda bu görüşler ayrıntılı olarak ikinci bölümde ele alınacağından, burada sadece başlıklar halinde değinilmiştir.

## **B. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi**

Geçerli bir rızanın, hukuka uygunluğunu sağlayan koşullarından biri de tıbbi müdahalede bulunan kişinin, hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır. Tıbbi müdahaleler, tıp meslek ve sanatını uygulamaya yetkili kişiler tarafından yapıldığı takdirde hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Kanunun izin verdiği ölçüde tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişileri başlıklar halinde aşağıda inceleyeceğiz.

### **1. Hekimler**

Tıbbi müdahale söz konusu olduğunda ilk akla gelen meslek grubu hekimlerdir. 1219 Sayılı Kanun ile 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu<sup>78</sup> hükümlerinde, hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi ve bunun koşulları düzenlenmektedir.

---

<sup>75</sup> ÖZCAN, Burcu/ÖZEL, Çağlar: “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Sonucu Çıkan Hukuki İlişkide Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, Sayı: 1, Cilt: 10, s. 69.

<sup>76</sup> ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.4, s. 74-76 (Kısaltma: Küçüğün Rızası).

<sup>77</sup> DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 251.

<sup>78</sup> RG. 23.01.1953-6023.

## a. Hekimlik Mesleği Koşulları

### aa. Diploma Sahibi Olmak

Türk Hukuku'nda düzenlenen hekimlik mesleği koşullarını incelediğimizde; 1219 sayılı Kanunu'nun 1. maddesinde<sup>79</sup> aranan koşullardan biri tıp fakültesi diplomasına<sup>80</sup> sahip olmaktır. Hekim bu diplomaya sahip olmakla birlikte, aynı yasanın 2. maddesinde bu diplomanın Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve sicile işlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Hekimler tarafından alınacak diplomanın, kural olarak, Türk Üniversiteleri Tıp Fakültelerinden<sup>81</sup> alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, Türk vatandaşların yabancı ülke tıp fakültesi diplomaları da belli şartlar altında geçerli sayılabilecektir<sup>82</sup>. 1219 sayılı Kanunu'nun 4. maddesi hükmü uyarınca, yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden diploma alanların, bu mesleği uygulayabilmeleri için, "Sağlık Bakanlığında ve Üniversitesi Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından" yapılan öğrenimin incelenmesi ve denkliğin saptanarak onaylanması koşulu aranmaktadır<sup>83</sup>.

1219 sayılı Kanunun 3. ve 23. maddelerine incelediğimizde de, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler açısından, hekimlik diplomasını yeterli saymayarak, uzmanlığı aramıştır<sup>84</sup>. Kabul edilen yasa hükmü uyarınca, genel veya lokal anesteziyi

---

<sup>79</sup> Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunu 1. madde: "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır."

<sup>80</sup> Diş hekimleri için ise, bir diş hekimliği fakültesinden alınmış diploma gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

<sup>81</sup> Kanun metninde, "Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden" deyimini yer almakla birlikte, burada yer alan tekil ifadenin sebebi, Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde Türkiye'de tek bir tıp fakültesi bulunmasından kaynaklandığından bu deyim genişletici yorumla ele alınarak kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulan tıp fakültelerini de kapsadığını belirtmek gerekir (BAYRAKTAR, Hekim, s. 113).

<sup>82</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 114; AYAN, s. 7.

<sup>83</sup> Sağlık Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen bu işlem, diplomanın usulüne uygun olarak yapılmış sınavlar sonucunda ve üniversitesi tarafından verildiğini belirleme amacına yönelik olduğundan kurucu değil, bildirici niteliktedir (BAYRAKTAR, Hekim, s. 113-114; YENERER ÇAKMUT, s. 28).

<sup>84</sup> 1219 sayılı Kanun'un 23. maddesinde, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler kavramı ile "umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler" in kastedildiği belirtilmiştir. Bu ifade doktrinde tıp biliminin bugünkü gelişimine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 116, dn. 20; AYAN, s. 7, dn. 9). Büyük-küçük cerrahi müdahale ayrımında, anestezinin, bir ekibin, özel bir teşkilatın ve araçların bulunması gerektiğini ve bu nitelikteki müdahalelerin yapılışı ve sonuçtaki

gerektiren büyük ameliyeler, ancak biri uzman iki hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Maddenin 2. fıkrasında ise, uzman bulunmamasının ya da celbinin mümkün olmadığı yerlerde, yapılması zorunlu görünen müdahaleler ile acil ve olağanüstü durumların bu hükme istisna teşkil ettiği düzenlenmiştir. Ayrıca, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunu<sup>85</sup>, da da, bu gibi tedavi kurumlarının, yalnız uzmanlık belgesi almış kişiler tarafından açılabilceği düzenlenmiştir<sup>86</sup>.

Tıp bilimi açısından, uzman olmayan bir hekimin, uzmanlık gerektiren müdahale ve faaliyetlerde bulunmasının yerinde olmadığı belirtilmiştir. Günümüz koşulları, çeşitli hastalıkların artması ve bunların teşhis ve tedavisi için yoğun çalışmaları gerektirmiştir. Tıp biliminde yaşanan hızlı gelişme, her alanda çok daha iyi ve yoğun inceleme yapan, uzman hekimlerin yetişmesini sağlamıştır. İnsan sağlığına ve hayatına doğrudan doğruya bağlı tüm müdahalelerin uzman hekimler tarafından gerçekleştirilmesi günün gereklerine en uygun yol olacağı kabul edilmektedir<sup>87</sup>.

#### **bb. Türk Vatandaşı Olmak**

1219 Sayılı Kanunu'nun 1. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tıp icrasında bulunabilmek ve her ne suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türk bulunmak şarttır". Bu hükümlerle yabancı ülke vatandaşlarının hekimlik yapması kural olarak yasaklanmıştır.

Bu hükme istisna teşkil etmek üzere, aynı kanunun 77. maddesinde, Türkiye'de kanuna dayalı kazanılmış hakkı bulunan yabancı hekimlerin, hekimlik mesleğini, bu kanun hükümleri çerçevesinde icra edebileceği hükme bağlanmıştır<sup>88</sup>. Ayrıca özel yasalarda hüküm bulunan hallerde, yabancılar Türkiye'de hekimlik yapabilmektedir<sup>89</sup>.

---

komplikasyonları bakımından hayati tehlike taşımamasının aranması gerektiğini vurgulamıştır (BAYRAKTAR, Hekim, s. 116, dn. 20).

<sup>85</sup> RG. 28.04.1937- 3591.

<sup>86</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 117.

<sup>87</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 117; YENERER ÇAKMUT, s. 30.

<sup>88</sup> Lozan'da imzalanmış "İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi"nin 4. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre, 1 Ocak 1923'ten önce Türkiye'de mesleklerini yürüten kimseler ve ayrıca hekimler bu faaliyetleri yerine getirmeye devam edeceklerdir.

<sup>89</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 114.

Bu bağlamda örneğin, 2546 Sayılı Kanun ile Türk ırkından olup yabancı ülkenin uyruğunda bulunan hekimlere Türkiye’de çalışma hakkı tanınmıştır<sup>90</sup>.

Yasal hükümler incelendiğinde, Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilme, Türk olma şartına bağlanmış olduğu ve hukuksal bir düzenlemeye yer verilmediği sürece yabancıların hekimlik mesleğini icra etmelerinin hukuken mümkün olmadığı görülmektedir.

Temel amacı insanlığa hizmet olan hekimlik mesleğinin, icrasının sınırlandırılmasının, tıp bilimin evrenselliğine, kişinin yaşama ve sağlık haklarına getireceği olumsuz etkiler nedeniyle bu düzenleme eleştirilmiştir<sup>91</sup>.

Avrupa Birliği’nde, hekimlerin serbest dolaşım hakkı kabul edilmiş olmakla, üye devletler birbirlerinin vatandaşı olan hekim, veteriner ve sağlık personelinin kendi ülkelerinde mesleklerini uygulayabilmelerini kabul etmiş ve bunların diplomalarının geçerliliğini de kendi ülkelerinde tanımışlardır<sup>92</sup>. Avrupa Birliği’ne üyelik ve uyum süreci çerçevesinde Türkiye’nin de bu konudaki değişiklikleri olanaklı kılması gerekmektedir.

### **cc. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak**

Türk Tabipler Birliği Kanunu’nun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; “bir tabip odası sınırları içinde, sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler”.

---

<sup>90</sup> KAYALI, s. 24.

<sup>91</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 119; AYAN, s. 6 dn. 6; YENERER ÇAKMUT, s. 31; ERMAN, s. 94; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 17. ER ise, yasanın yürürlüğe girdiği 1928 Türkiye ile Dünyadaki sosyal, siyasal ve ekonomik durumun göz önünde tutulması gerektiğini, hekimlik yapabilmenin bireysel özgürlükler konusundaki çağdaş görüşle bağdaşmadığını, fakat eleştirilecek bir yaklaşımla, içinde bulunulan ekonomik koşulların ülkeleri bu şekilde önlemler almaya zorladığını, ortamın Türkiye açısından uygun hale gelmesine kadar, hekimlik yapabilmeyi Türk olma koşuluna bağlamanın bir süre daha geçerli olabileceğini düşünmektedir (Bkz. ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 52-53).

<sup>92</sup> <http://europa.eu.int/eur-lex> (05.04.1993 tarih ve 93/16/EEC sayılı Komisyon direktifi (393L0016 sayılı doküman). Değişiklik yapan son metin: 21.05.1999 tarih ve 1999/46/EC Komisyon direktifi (399L0046 sayılı doküman).

Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkraya hükmüne göre ise, "mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler, tabip odasına üye olabilir". Bu düzenleme ile bu kişilerin tabip odasına üye olmaları zorunlu olmadığı, kendi isteklerine bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>93</sup>.

#### **dd. Hekimlik Mesleğinin İcrasını Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak**

Hekimin hangi hallerde geçici olarak mesleğini icra edemeyeceği, Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir. 6023 Sayılı Kanun'un 39. maddesinin 1. fıkrasının c. bendinde de, Haysiyet Divanı tarafından hekimlere verilecek cezaları düzenlenmiştir. Hükme göre, kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen hekimler hakkında, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilir. Aynı mıntıkada üç defa meslekten men cezası alan hekimlerin, o mıntıkada çalışmaktan men edileceği de düzenlenmiştir (m.39/1-d). Her iki ceza da itiraz olsun ya da olmasın, Yüksek Haysiyet Divanı'nca incelenir ve bu kurulun onayı ile kesinleşir (m.40/2). Yüksek Haysiyet Divanı kararlarına karşı Danıştay'a başvuru hakkı bulunmaktadır (m.47/2). Kanunda ayrıca, haklarında geçici olarak meslekten men cezası verilen hekimlerin, hiçbir surette mesleklerini icra edemeyecekleri ve hasta kabul ettikleri yerlerin kapatılacağı hükme bağlanmış ve meslekten geçici men cezasının neticeleri düzenlenmiştir (m.49/1).

Hekimlik mesleğini sürekli icra engeli doğuran haller ise, 1219 Sayılı Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık ya da meslek ve sanatın kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesinin olanaksız olduğu tespit edilen akıl hastalığına yakalanmış bulunan hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Yüksek Haysiyet Divanı'nın vereceği kararla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır.

---

<sup>93</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 70.

Kanunun bu hükmü eleştirilerek, maddenin ele alınış biçiminin fazlasıyla geniş olduğu, hekimlikle ilgisiz bir suçtan mahkum olanlara böyle bir yaptırım uygulanmaması gerektiği savunulmuştur. Meslekten sürekli çıkarılma gibi bir cezanın ancak, hekimlik gibi kişi sağlığını yakından ilgilendiren bir faaliyetin kötüye kullanılması halinde mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>94</sup>.

## 2. Sağlık Çalışanları

1219 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde, hekimler dışındaki sağlık görevlilerinin de belirli tıbbi müdahaleler açısından yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bunlara baktığımızda; küçük sıhhiye memurları (m.3), dişçiler (m.29-30), ebeler (m.47 vd.), sünnetçiler (m.58 vd.) ve hastabakıcı hemşireler (m.68 vd.) olarak belirlenmiştir.

Hekimler dışında kalan sağlık görevlileri, kendilerine yasalar veya diğer düzenlemeler yoluyla tanınmış bulunan etkinlik alanları çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunabileceklerdir<sup>95</sup>.

1219 Sayılı Kanun'da sınırlı sayıda düzenlenmiş sağlık çalışanları günümüz ihtiyacını karşılayamamaktadır. Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1928 tarihinden günümüze kadar tıp ve sağlık bilimlerindeki yaşanan gelişmeler ve bu alanlarda yeni sağlık mesleklerinin oluşturulması sebebiyle, kanun yetersiz kalmıştır<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s.121; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 71; KAYALI, s. 27; YENERER ÇAKMUT, s. 34-35.

<sup>95</sup> ERMAN, s. 95; Örnek olarak bkz. 6283 Sayılı Hemşirelik Kanunu, RG. 02.03.1954-8647.  
*Madde 4 - (Değişik madde: 25/04/2007 - 5634 Sayılı Kanun (RG.02.05.2007-26510) 3. md. ile değişik) Hemşireler; tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personelidir. Ayrıca aile hekimliği uygulamasına ilişkin kanun hükümleri ile bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuattaki görevleri de yaparlar.*

*Hemşirelerin birinci fıkrada sayılan hizmetlerde çalışma alanlarına, pozisyonlarına ve eğitim durumlarına göre görev, yetki ve sorumlulukları Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*

<sup>96</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 25.



## C. Hastanın Aydınlatılmış Olması

### 1. Aydınlatma Kavramı ve Amacı

Kişinin, beden bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin hukuka uygunluğunun vazgeçilmez koşulu rızasıdır. Hukuka uygun rıza, hastanın aydınlatıldıktan sonra serbest iradesiyle karar vermesidir. Hastanın, serbest iradeyle karar verebilecek duruma gelebilmesi için ise, vereceği rızanın, konusu ve sonuçları üzerinde tam olarak bilgilendirilmesi gereklidir.

Aydınlatılmış onam, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onlarında risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü” olarak tanımlanmaktadır<sup>97</sup>.

Aydınlatma ile amaçlanan, tıbbi müdahalenin ve buna gösterilecek rızanın niteliği, önemi ve kapsamı konusunda genel hatları ile hastanın bilgi sahibi olmasıdır. Bunun neticesinde, tıbbi müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını tartabilecek konuma gelebilecektir. Burada amaçlanan bir diğer husus da hastanın, hekim ile işbirliğinin sağlanmasıdır. Tedavi olanaklarından haberdar olan hastanın, kendisini kurtarabilecek tedavi olanaklarından yoksun kalma veya yanlış ilaç kullanma sonucu zarar görme riski azaltılacaktır<sup>98</sup>.

Hekim aydınlatma yaparken, hastalığın genel ve soyut özelliklerine değinmelidir. Bunun içinde hastasının bilgi ve eğitim düzeyi ile psikolojisini göz önüne almalıdır. Hekim, hastasının anlayacağı bir dil ve üslup kullanmalıdır. Müdahalenin kendine özgü özelliklerini genel olarak aktarmalıdır. Hastasında bu sayede kendi geleceğini belirleme iradesi oluşturacaktır<sup>99</sup>.

Büyüme ve gelişim süreci içerisinde olan çocuklar, erişkinlerden farklı yapılarla sahiptir. Bu nedenle hekim, çocuklardaki fiziksel ve ruhsal gelişim sürecinde yaşananları

---

<sup>97</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 103.

<sup>98</sup> ERMAN, s. 102.

<sup>99</sup> ERMAN, s. 103.

farklılıkları dikkate alınmalıdır. Küçüklere daha ilgili, dikkatli ve bilgili yaklaşılmalıdır. Normal bir çocuğun karar verebilme yeterliliğine sahip olabilmesi için, ruhsal gelişimi ve özellikle doğumdan ergenliğe kadar olan algılama, bellek, muhakeme etme, düşünme ve karar verme süreçleri, normal gelişim içinde olmalıdır. Her çocuğun sahip olduğu sosyal ve çevresel etkenler sonucu, zihinsel, psikolojik ve sosyo-kültürel gelişim süreçleri farklıdır<sup>100</sup>.

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”. Bu düzenleme ile herkesin vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini tayin hakkına sahip olduğu açıktır. Herkesin hekimin yardımından faydalanma veya hastalığı akışına bırakmak hususunda, seçim hakkı vardır<sup>101</sup>.

Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü özel hükümlerde düzenlenmiştir. 1219 Sayılı Kanun’un 70. maddesine göre, hekim, bütün tıbbi müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorundadır. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın rıza vermeden önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gereklidir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 14. maddesinin 2. fıkrasında ise, “Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gereklidir”.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun<sup>102</sup>,un 7. maddesinde de, hekime vericiyi aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’a göre ise, gerek gebeliğin ortadan kaldırılması, gerekse kısırlaştırma için ilgililerin rızası şarttır. Rıza beyanından önce hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın kapsamının nasıl olması gerektiği hususu ise, söz konusu kanuna dayalı olarak çıkarılmış bulunan 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzüğü<sup>103</sup>,nde izin belgesi örneğinde düzenlenmiştir.

---

<sup>100</sup> DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül: “Türkiye’ de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış”, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, (Editörler: NAMAL, Arın/ÖNCEL, Öztan), 2006, s. 104.

<sup>101</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 104.

<sup>102</sup> RG. 29.05.1979-2235.

<sup>103</sup> RG. 18.12.1983-18225.

## 2. Aydınlatmanın Yapılışı

### a. Aydınlatmada Bulunacak Kişi

Aydınlatmayı yapacak olan kişi, kural olarak, tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekimdir<sup>104</sup>. Hastalığı teşhis edip, tedavi için müdahalede bulunacak olan hekim, hasta veya hasta yakınlarını aydınlatmakla yükümlüdür<sup>105</sup>.

Aydınlatmayı tıbbi müdahaleyi bizzat yürüten hekim yerine getirmekle yükümlü iken, Borçlar Kanunu 100. madde kapsamında yardımcı şahıs sayılan<sup>106</sup> hekimlere de bu görevi devredebilir<sup>107</sup>. Hekim bir başka hekimi bu konuda yetkilendiriyorsa, meslektaşının bu yükümlülüğü yerine getirdiği konusunda emin olmalıdır<sup>108</sup>.

Tıbbi müdahale birden fazla hekim tarafından, birbirlerine bağlantılı aşamalarla, birlikte yürütülebilir. Bu durumda her hekim, kendi alanıyla sınırlı kalarak hastayı aydınlatma külfeti altında olabileceği gibi, heyetin yöneticisi konumunda bir hekim varsa, onun yapacağı aydınlatmada yeterli görülmektedir<sup>109</sup>. Ayrıca bu konuda, kıdemli hekimin, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesini, bu yükümlülüğü yerine getirebilme kapasitesine sahip hiyerarşik olarak daha altında çalışan hekime bırakabileceği ifade edilmiştir<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> HANCI, İ. Hamit: Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 79; AYAN, s. 81; 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, s. 31-60, s. 49; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, s. 103; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

<sup>105</sup> AYAN, s. 99.

<sup>106</sup> Borçlar Kanunu 100. madde kapsamında yardımcı kişi, bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi edilen kişi olarak tanımlanmıştır.

<sup>107</sup> HANCI, s. 79. Bu konuya ilişkin Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde düzenleme vardır. Buna göre: “hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.”

<sup>108</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

<sup>109</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; HANCI, s. 80; AYAN, s. 82; BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 200.

<sup>110</sup> ERMAN, s. 103. Karşıt görüş, bu tip durumlarda en kıdemli hekimin aydınlatmayı yapması, hem hasta psikolojisi açısından hem de verilecek bilginin kapsamı açısından daha yerinde olduğu ifade edilmiştir. [CİN, M. Onursal: “Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004, s. 20 (Kısaltma: Tıp Etiği)].

Aydınlatma yükümlülüğü aslen hekimlerin omuzlarındadır. Fakat tedavi sözleşmesi kapsamında yardımından istifade ettiği hemşire, hastabakıcı ve laborantlar da vardır. Örneğin, tedavi kapsamında yapılacak bir enjeksiyonun da belirli riskleri vardır. Bu durumda enjeksiyon öncesinde hastanın bilgilendirilmesi zarureti olup, tıbbi müdahale hemşire gibi yardımcı sağlık personeli tarafından yerine getirildiğinde, kendi sorumluluk alanları kapsamında, aydınlatmayı yapması gerekenler de bu kişilerdir<sup>111</sup>. Bu sebeple, hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da hukuken yapmaya yetkili kılındıkları müdahaleler bakımından, aydınlatmada bulunarak rıza alma yükümlülükleri vardır<sup>112</sup>.

Tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekim ile sözleşmenin tarafı olan hekimin farklı olması durumunda da aydınlatmanın kim tarafından yapılması gerektiği yönünde problemler yaşanmaktadır. Bu durumda doktrinde, her iki hekiminde aydınlatma yapması gerektiği savunulmuştur<sup>113</sup>.

#### **b. Aydınlatma Yapılacak Kişi**

Tıbbi müdahaleye rıza kişiye bağlı bir hakkın kullanılmasıdır<sup>114</sup>. Bu nedenle tıbbi müdahalenin fayda ve zararlarını tartarak serbestçe karar verebilecek durumda olan hasta, bizzat aydınlatılmalıdır.

Ülkemizde uygulama tam aksi yöndedir. Hastanın bilinci açık ve yaşı uygun olmasına rağmen yakınları aydınlatılarak, onların rızası ve imzası alınmaktadır. Hastanın eşinin, oğlunun, kızının ve babasının aydınlatılması, rızanın hukuka uygunluğunu sağlamamaktadır<sup>115</sup>.

Hekimin reşit ve mümeyyiz olan hastanın, eşine ve çocuklarına durumu bildirmesi ve aydınlatma yapma zorunluluğu yoktur. Fakat hastanın, kişisel konumu hastalığın gelişmesinden kuvvetle etkilenecekse ve aile hayatı bu durumdan zarar göreceksen, eşe bildirme zorunluluğu vardır. Örneğin, hastalık cinsel hayatla ilgili ise ya

---

<sup>111</sup> CİN, Tıp Etiği, s. 21.

<sup>112</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 94.

<sup>113</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 99; AYAN, s. 82.

<sup>114</sup> HANCI, s. 80.

<sup>115</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 128.

da yapılacak işlem, kastrasyon ya da sterilizasyon gibi cinselliği kuvvetle etkileyecek bir müdahale ise bu durumun eşe bildirilmesi gerekmektedir<sup>116</sup>.

Hak sahibi ayırtım gücüne sahip olması durumunda bizzat kendisi aydınlatılmalıdır<sup>117</sup>. Hekim bilgilendirme yaparken hastasının ruhsal durumunu koruyacak şekilde, tedavinin teşhis ve sonuçlarını hastasına söylemek zorundadır<sup>118</sup>.

Çocuk hastalar açısından, hasta hekim arasındaki birebir ilişkiye, üçüncü kişiler olan veli veya vasisi de katılmaktadır. Çocuk karar verme ve bunu belirtme yeteneğine sahip olmadığından, onun iyiliği için veli veya vasisi değerlendirme yapmak zorundadır. En iyi kararı vermek amacıyla hareket eden veli veya vasi, yeterince aydınlatılmadığı zaman, bu kararı doğru olarak veremeyecektir. Sonuçtan etkilenen çocuklar olup, bu sebeple bilgilendirme üç taraf açısından çok önemli ve gereklidir<sup>119</sup>.

Küçüklerin tedavisinde aydınlatılacak kişiler, yaşlarına ve anlama kapasitelerine göre çocuklar ile veli veya vasisidir. Tıbbi müdahalenin kapsamını ve önemini kavrayabilecek konumda olamayan çocuklara, hastalık basit şekilde anlatılmaya çalışılmalıdır. Veli veya vasisi ise, daha geniş kapsamlı aydınlatılmalıdır<sup>120</sup>. Bu konu ileride küçüğün rıza ehliyeti bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### c. Aydınlatmanın Zamanı

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan rıza, müdahaleden önce alınması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleden önce alınacak geçerli bir rıza, hastanın uygulanması düşünülen tıbbi müdahaleyi bütün kapsam ve sonuçlarıyla önceden bilmesi

---

<sup>116</sup> 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, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 101 (Kısaltma: Hasta).

<sup>117</sup> AYAN, s. 82; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; OZANOĞLU, s. 72; ÖZDEMİR, s. 110; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 128.

<sup>118</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 128.

<sup>119</sup> ÇOBANOĞLU, Nesrin/TANIR, Gönül: “Yeni doğan Alanı Özelinde, Pediatri’de Etik Sorunlar”, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Y. 1996, C. 4, S. 2, s. 71-73.

[www.turkiyeklinikleri.com/download\\_pdf.php?id=44442](http://www.turkiyeklinikleri.com/download_pdf.php?id=44442) (Erişim Tarihi: 25.03.2010).

<sup>120</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 129.

halinde mümkündür. Bu sebeple, aydınlatma işlemi, planlanan tıbbi müdahaleden önce gerçekleştirilmelidir<sup>121</sup>.

Hekim tarafından aydınlatma konuşması zamanında yapılarak, hasta karar verme baskısı altında bırakılmamalıdır<sup>122</sup>. Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce yapılması gerektiği konusunda kesinlik olmakla birlikte, tıbbi müdahaleden ne kadar önce yapılması gerektiği konusunda, kesin bir ölçüt bulunmamaktadır.

Hasta kavrama ve karar verme yetisinin bulunduğu sırada aydınlatılmalıdır. Acil durumlar söz konusu olmadığı sürece, hastaya düşünmesi için makul ve uygun bir süre tanınmalıdır. Duruma göre hasta, yakınlarına ve üçüncü kişilere danışarak, seçenekleri sükunet içinde değerlendirebilme imkanına sahip olmalıdır<sup>123</sup>.

Hekim, hastasını bilgilendirmek için, her hal ve şarta göre uygun zamanı tespit ederek, harekete geçmekle yükümlüdür. Bu konuda müdahalenin aciliyeti önemli ölçüttür. Hayati bir tehlikenin varlığı veyahut hastanın ağır bir zarara uğrama ihtimali halinde derhal müdahale gerekmektedir<sup>124</sup>. Normal durumlarda ise, aydınlatmanın hukuken geçerli olabilmesi için eylemden önce ya da tam eylem anında var olması ve bitene kadar sürmesi gerekmektedir<sup>125</sup>. Müdahaleden kısa süre önce gerçekleştirilen aydınlatma, hastada müdahale sürecini artık değiştiremeyeceği izlenimini yaratmamalıdır. Aksi takdirde hastanın, ilgili tedaviyi kabullenmiş ve itirazının mümkün olmayacağı düşüncesine sahip olacağı ifade edilmiştir. Ayakta tedavilerde ise aydınlatmanın gününde yapılması durumunda, zamanında yapıldığı kabul edilmektedir<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> HANCI, s. 80; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ERMAN, s. 103; ER, s. 80; ÖZDEMİR, s. 111; SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004, s. 233.

<sup>122</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

<sup>123</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 130; ERMAN, s. 104; SERT, s. 233; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; AYAN, s. 83.

<sup>124</sup> AYAN, s. 83.

<sup>125</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 53; ERMAN, s. 123.

<sup>126</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s.

#### d. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatma yükümlülüğünün şekli açıdan yerine getirilmesinde herhangi yasal düzenleme mevcut değildir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde şekil serbestisi olup, sözlü veya yazılı şekilde yapılması mümkündür<sup>127</sup>. Hekim, sorumluluk anlayışı içerisinde somut olaya göre aydınlatma konuşmasını kendisi şekillendirmelidir<sup>128</sup>. Aydınlatmada şekli açıdan takdir hakkı, hekime bırakılmıştır<sup>129</sup>.

Doktrinde aydınlatmanın yazılı yapılması gerektiğini savunan görüşler yanında, sözlü ya da hem yazılı hem de sözlü yapılması gerektiğini savunan görüşler ileri sürülmüştür.

Aydınlatmanın sözlü olması gerektiğini ifade edenler, hekimle hasta arasındaki güven ilişkisine en uygun düşen yöntemin, sözlü aydınlatma olduğunu savunmuşlardır. Gerekçe olarak, hastanın tıbbi müdahaleye yönelik ihtiyaç duyduğu soruları sorabilme ve anında cevap alabilme imkânına sahip olduğu, hekimin ise somut olayın özelliklerine göre verilmesi gereken bilgileri ayarlayabileceği belirtilmiştir<sup>130</sup>. Böylece hekim hastasının beklentilerini ve korkularını gözlemleyebilecektir. Hasta ise hekimi ile ilgili bizzat kanaat sahibi olacaktır<sup>131</sup>. Ayrıca hasta sunulan evraklarla bilgilendirilmeye çalışılsa da, hekimin jest ve mimiklerini, ses tonunu ve özgüvenini değerlendirmesi ve gözleme hakkı elinden alınmamalıdır. Bu nedenle aydınlatmanın interaktif bir şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur<sup>132</sup>.

Aydınlatmanın yazılı olması gerektiğini savunanlar ise, hekimin ispat açısından yazılı bir belgeye ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Bu nedenle hekime, aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması tavsiye edilmiştir. Fakat hastalığa ilişkin broşürlerin veya formların hastaya verilmesi ve hasta tarafından imzalanması, gerekli olan aydınlatma konuşmasını yerine getirmeyeceği, bu gibi bir kâğıdın hasta tarafından imzalanması da hekimi yükümlülüğü yerine getirdiğini kanıtlamayacağı ifade edilmiştir. Yazılı

---

<sup>127</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; AYAN, s. 84; SERT, s. 235; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 133; ER, s. 81; ERMAN, s. 104; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", AÜHFĐ, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 72.

<sup>128</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 133.

<sup>129</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 100.

<sup>130</sup> AYAN, s. 85.

<sup>131</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 134.

<sup>132</sup> CİN, Tıp Etiği, s. 23.

aydınlatma eleştirilerek, formların hasta tarafından imzalanması, bunların gerçekten okunduğunu ve anlaşıldığı anlamına gelmediği, hastanın elindeki metinleri anlayamadığı ayrıca hastanın aydınlatılması gereken konularda sorularını cevaplandırma imkanının tanınmadığı ifade edilmiştir<sup>133</sup>. İdeal olan aydınlatma şeklinin öncelikle temel bilgilerin ve hazırlanan formların verilerek, arkasından sözlü açıklamalar ve soruların cevaplandırılması şeklinde olacağı da savunulmuştur<sup>134</sup>

Her iki aydınlatmanın birlikte yapılması gerektiğini savunan görüş ise, sözlü açıklamadan sonra durumun hasta kâğıdına işlenmesi gerektiği yönündedir. Ayrıca aydınlatma yapılırken, orada bulunan kişilere, sözlü açıklamanın yapıldığını ve hastanın da buna muvafakat ettiğine dair tanıklık ettirilerek, tutanağın altında bu durumun yazılması gerekmektedir<sup>135</sup>. İspat görevi olan hekim, gerekli tedbirleri almalıdır. Hasta dosyası, hekimin ispat aracıdır. Bu sebeple matbu formu kullanması durumunda, her zaman hastasının ek kişisel bilgilerinin yer aldığı boşlukların formda yer almasına özen göstermelidir. Form ne kadar kişiye özgü düzenlenirse, ispat kuvvetinin de o kadar artacağı belirtilmiştir<sup>136</sup>.

Kanaatimizce, aydınlatmanın şekli açısından karma görüşün benimsenmesi gerekmektedir. Aydınlatma yapılırken, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkinin kurulması gereklidir. Hekimin gerçekleştirmeyi planladığı tıbbi müdahaleyi, hastasına anlayabileceği şekilde açıklaması gerekmektedir. Aydınlatma anlaşılır olmalıdır. Bunu yaparken de hastanın eğitim düzeyini, yaşını ve sağlık durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Bu durum da ancak sözlü aydınlatmayla gerçekleşir. Sözlü aydınlatma hastayı tıbbi müdahaleye hazırlarken, yazılı aydınlatma da hekime ispat açısından kolaylık sağlayacaktır.

Hukumumuzda tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma yazılı ya da sözlü yapılabilmesi mümkünken, özel bazı düzenlemelerde yazılılık şartı öngörülmektedir<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> AYAN, s. 84-85; SERT, s. 235; ÖZDEMİR, s. 114.

<sup>134</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 134.

<sup>135</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 100.

<sup>136</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 135.

<sup>137</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 142; ÇİLİNGİROĞLU, s. 73; YENERER ÇAKMUT, s. 210; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 151.



Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin 1. fıkrası hükmünde de aydınlatmada, mevzuatta öngörülen istisnalar haricinde genel kuralın şekil serbestisi olduğu düzenlenmiştir<sup>138</sup>.

1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, büyük cerrahi müdahaleler bakımından onam açıklamasının yazılı olması gerekmektedir. Hekim tarafından gerçekleştirilecek önemli tıbbi müdahalelerde, aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması ispat açısından önem arz etmektedir. Bu konuda, büyük tıbbi müdahalelerde ikinci hekim ve hemşirenin de hazır bulundurulması ve aydınlatmanın onların huzurunda yapılması gerektiği önerilmiştir<sup>139</sup>.

2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, organ ve doku nakilleri açısından yazılılık şartı öngörülmüştür.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde de yazılılık ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

### **3. Aydınlatmanın Konusu**

#### **a. Tanı ve Bulgular**

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması açısından önem taşıyan unsurlardan biri de, tıbbi bulgular ve tanı hakkında aydınlatılmasıdır<sup>140</sup>. Hastanın neye

---

<sup>138</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 28. madde 1. fıkrası: “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”

<sup>139</sup> 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, s. 31-60.

<sup>140</sup> ÖZSUNAY, s. 41; ERMAN, s. 106; Karşıt görüş, tedavi aydınlatmasının amacı, kişinin kendi geleceğini kullanmasını sağlamak olmayıp, asıl olanın hekimin tavsiyeleri ile hastayı yönlendirerek mümkün olan en iyi tedavinin yapılmasını sağlamak ve komplikasyonları önlemek olduğu ifade edilmiştir (HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 110).

rıza gösterdiğini bilmesi açısından teşhis ve buna bağlı tehlikeler hakkında aydınlatılması gerekmektedir<sup>141</sup>.

Hastanın, tıbbi müdahale hakkında sağlıklı bir karar verebilmesi için, bulgular üzerinde bilgi sahibi olması büyük önem taşımaktadır. Hastanın seçimini her zaman etkileyecek etken olarak görülen tanının, hastaya bildirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, bulgular üzerinde yeterli bilgilendirmenin, aydınlatma yükümlülüğünün bir parçası olduğu savunulmuştur<sup>142</sup>.

Bu tür aydınlatmalarda hekim, hastasına tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmelidir. Tedavinin başarısı ve kişinin sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için hekim, hastasına, belirli davranış şekillerine uyması gerektiğini açıklamalıdır<sup>143</sup>. Tanı ve bulgular konusunda hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın, ayrıntılı betimlenme olarak değil de hastalığın ağırlık derecesi üzerinde, genel bir bilgilendirmenin yapılmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir. Tanı konusunda bir kesinlik bulunmadığı takdirde ise, hekimin aydınlatma sırasında temkinli davranması, o anki bilgi ve görüş düzeyinin geçici olduğunu vurgulaması gerekmektedir<sup>144</sup>.

Hastanın, sağlığı ile ilgili bulgular ve bu bulguların anlamı hakkında özel bir haklılık sebebi olmaksızın teşhisin gizlenmesi, aydınlatma eksikliği bağlamında, hekimin özen yükümlülüğünün ihlali olarak ifade edilmiştir<sup>145</sup>.

İletişim kurabilen hasta çocuğun, tanı ve bulgulara yönelik haberdar edilmesinde, küçüğün anlama kapasitesine göre yapılacak müdahale anlatılmalı, korkmaması sağlanmalıdır. Hastalığın gidişatı kötü bir durum gösteriyorsa, durum

---

<sup>141</sup> KAYALI, s. 35.

<sup>142</sup> Karşıt görüş ise, teşhis ve bulguların, kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girmediği ifade edilmiştir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, özellikle ağır hastalıklar bakımından, teşhis ve bulgular konusunda hastaya bilgi vermektен kaçınılabileceği ya da yanlış bilgi verilebileceği, teşhisinin açıkça hasta tarafından talep edildiğinde açıklanması gerektiği savunulmuştur. Hastanın müdahaleye rıza göstermesi için, müdahalede bulunulmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlikeleri mutlaka bilmesi gerekiyorsa, bunun tersinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (ERMAN, s. 106-107).

<sup>143</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 110.

<sup>144</sup> ERMAN, s. 107.

<sup>145</sup> OZANOĞLU, s. 66.

hastaya doğrudan değil, dolaylı şekilde söylenmelidir. Çocuk hastalarda ise, çocuklara hastalığın kötü gidişi söylenmeyebilir. Ancak bu durumu çocuğun yakınlarının bilmesi gerekmektedir<sup>146</sup>.

### **b. Müdahalenin Yürüyüşü**

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu oluşturan tedavi sürecinde, hekim, hastasını öngörülen müdahalenin şekli, etkileri ve süreci hakkında bilgilendirmelidir. Hastanın seçimini etkileyecek her türlü noktaya değinerek, farklı tedavi seçenekleri konusunda da aydınlatma yapmakla yükümlüdür<sup>147</sup>.

Hekimlerin, teşhis neticesinde elde ettiği bulgular çerçevesinde belirlenen fiziksel ya da ruhsal bozuklukların tedavisi, bu tedavi sürecinde gerçekleşmesi muhtemel müdahalelerin gerekliliği, türü, gerçekleştiriliş tarzı ve kapsamı ile böyle bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda doğabilecek sonuçlar hakkında, hastalarını aydınlatmaları gerekmektedir<sup>148</sup>.

Müdahalenin yürüyüş ve kapsamında aydınlatılması gerekli olan bir diğer husus da, tamamen güvene dayalı hasta-hekim ilişkisinde, müdahaleden önce müdahalede bulunacak hekimin, hastaya, bizzat kendisini tanıtmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>149</sup>.

### **c. Sonuçlar, Şans ve Riskler**

Hekimin müdahale sonrasında ortaya çıkma olasılığı kesin olmamakla birlikte, değişik oranlarda oluşabilecek sonuçlar bakımından aydınlatma yükümlülüğü vardır<sup>150</sup>. Her tıbbi müdahalede komplikasyonlar veya planlanmayan gelişmelerin ortaya çıkması

---

<sup>146</sup> DEMİRHAN ERDEMİR, s. 124.

<sup>147</sup> ERMAN, s. 108.

<sup>148</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 60; ÖZSUNAY, s. 41; AYAN, s. 70; OZANOĞLU, s. 66.

<sup>149</sup> ERMAN, s. 108.

<sup>150</sup> SERT, s. 225.

olasıdır. Tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verecek olan hastanın, kendini ne gibi bir müdahaleye teslim ettiğini her yönüyle bilmesi gerekmektedir<sup>151</sup>.

Tıbbi müdahale sonucu, ortaya çıkması muhtemel bu olumsuz sonuçlar, risk olarak ifade edilmektedir. Risklerin ağırlığı ve oluşma oranlarındaki farklılıkların, yapılacak aydınlatmanın da içeriğini ve kapsamını etkileyeceği savunulmuştur<sup>152</sup>. Hastanın tedavisinde bilgilendirilmesi gereken riskler, tıbbi müdahalenin yapıldığı anda tıp bilimine bilinen ve öngörülmesi gereken tipik risklerdir. Müdahaleden önce öngörülme imkanı bulunmayan ve tıp bilimine henüz tanınmamış risklerin, hastaya bildirilmesi mümkün olmayıp, hekimin bu konuda sorumlu tutulması öngörülemezliği ifade edilmiştir<sup>153</sup>.

Erman, her müdahaleye bağlı olarak ortaya çıkabilecek olağan risklerle, her zaman kolaylıkla ve etkin bir şekilde ortadan kaldırılabilecek risklere işaret etmeye gerek olmadığını savunmuştur<sup>154</sup>. Ayrıca, tıbbi müdahalenin taşıdığı risk ne kadar büyükse, yapılacak aydınlatmanın kapsamının da o ölçüde, geniş olması gerekmektedir<sup>155</sup>.

Burada yaşanan sorun, riskler konusunda hekim aydınlatma yaparken, sınırlarını ne şekilde belirlemesi gerektiğidir<sup>156</sup>. Uygulanması düşünülen tıbbi müdahale neticesinde oluşabilecek komplikasyonlar açısından, gerçekleşmesi korkulan zararın ağırlığı ve kalıcılığı önem taşımaktadır. Ağır ve kalıcı zararlar, hastaya mutlaka bildirilmelidir<sup>157</sup>. Bu ölçütte, komplikasyonların sıklığı ve ağırlığı ile girişimin konu ve zaman itibarıyla ne zaman gerçekleştirileceği hakkında hastaya bilgi verilmektedir. Bu konuda savunulan bir diğer ölçüt ise, hastanın bireysel durumu dikkate alınarak, her hastanın durumuna uygun düşen aydınlatmanın yapılmasıdır<sup>158</sup>.

---

<sup>151</sup> ERMAN, s. 109.

<sup>152</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 109.

<sup>153</sup> AYAN, s. 74; ÖZSUNAY, s. 42.

<sup>154</sup> ERMAN, s. 110.

<sup>155</sup> OZANOĞLU, s. 68.

<sup>156</sup> OZANOĞLU, s. 67.

<sup>157</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 15; Örneğin, doğurma yeteneğinin kaybolması, dikkati çeken yara izleri, kişinin beden yapısı gereği sünnetten sonra ereksiyon fonksiyonunun zarar görmesi gibi ortaya çıkması kesin olarak istenmeyen sonuçlar hakkında, aydınlatılmada bulunulması gerekmektedir (ERMAN, s. 109).

<sup>158</sup> OZANOĞLU, s. 67.

Ülkemiz açısından, hekim başına düşen hasta sayısının fazlalığı, hastaların sık sık tedavi merkezi ve doktor değiştirmesi gibi nedenlerle, hasta hekim arasındaki ilişkiler yeterince gelişmemektedir. Bunun sonucunda hastanın kişisel ihtiyaçları ve bulunduğu somut durum dikkate alınarak aydınlatma yapılmasının olanaklı olmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle sıklıkla başvuru yönteminin, riskin ağırlığı ve sıklığı ölçütü olduğu belirtilmiştir<sup>159</sup>.

Bu konuda doktrinde kabul edilen genel görüş, uygulanması gereken ölçütün, her somut olayın kendi özellikleri içerisinde ele alınması gerektiği ve hekimin objektif kriterler ile hastanın durumunu gözeterek, aydınlatmanın içeriğini belirlemesinin yerinde bir yaklaşım olacağıdır<sup>160</sup>. Kanaatimizce de, hekim tarafından her tıbbi müdahale kendi koşullarına göre değerlendirilerek hasta bilgilendirilmelidir. Küçüklerin aydınlatılması ile kastedilen, iletişim kurabilen hasta çocuğa, şikayetin nedeni, ortadan kaldırma yöntemleri, bu yöntemin sağlayacağı yarar ile eğer tedavi olmazsa ortaya çıkabilecek zararlar hakkında bilgilerin verilmesidir. Böylece çocuğun anlayabileceği basit ifadelerle ve kısa cümleler kurarak verilmesi gereken bilgi ile çocuğun neye rıza gösterdiği konusunda aydınlatılması sağlanmalıdır<sup>161</sup>.

#### **4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları**

##### **a. Aydınlatmanın Kapsamı**

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, vereceği bilgilerin kapsamını belirlemek açısından, genel bir kural koymanın zorluğu ortadadır<sup>162</sup>. Aydınlatmanın kapsamına ilişkin mevzuatımızda, genel bir esas belirlenmemiş olup özel bazı düzenlemelere rastlamak mümkündür<sup>163</sup>.

İlk olarak Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nü incelediğimizde 14. maddenin 2. fıkrasında “...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.” hükmü yer almaktadır.

---

<sup>159</sup> OZANOĞLU, s. 68.

<sup>160</sup> CİN, Tıp Etiği, s. 26; OZANOĞLU, s. 68; IŞIK ÖZCAN, s. 111.

<sup>161</sup> ERSOY, Nermin/ÖZCAN ŞENSES, Müeeser/AYDIN ER, Rahime: “Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, Ocak 2010, s. 6.

<sup>162</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 112.

<sup>163</sup> AYAN, s. 75; ÇİLİNGİROĞLU, s. 63; ÖZDEMİR, s. 101.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde de “Hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır” düzenlemesine yer verilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları<sup>164</sup>,nın 26. maddesine göre de hangi konularda hekimin hastasını aydınlatması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda hekim hastasını, sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanışı ve olası yan etkileri, olası tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Aydınlatma yükümlülüğünün belirlenmesinde, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde hekimin vericiyi aydınlatma yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Söz konusu kanuna göre hekimin;

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

b. Organ ve doku vermenin alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorundadır.

Bunun yanında, 83/7395 Sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve

Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nde izin belgesi düzenlenmiştir. İzin belgesinde hekim; “İlgiliyi, gebeliğin ortadan kaldırılması ve sterilizasyon” işlerinin tıbbi sonuçları muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin almaksızın bu işlerin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsamı ve konusu üzerine aydınlatılacağı belirtilmiştir.

---

<sup>164</sup> 01.02.1999 tarihinde yayınlanmıştır.

Hastanın yapılacak tıbbi müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında kapsamlı olarak bilgi sahibi olması gerekmektedir. Aydınlatmanın kapsamı, kabul edilen bu düzenlemelerden hareketle genel bir esasın elde edilmesi yerine; her somut olayın kendine özgü durumu gözetilerek belirlenmelidir<sup>165</sup>. Ölçü, makul bir kimsenin ne kadar bilgi almak isteyeceği şeklinde genel nitelikte değil, somut hastadır. Aydınlatmanın içeriği hekimin takdirine bırakılmamıştır<sup>166</sup>. Bu husus hastanın beklentilerine göre tespit edilmelidir. Hekim, hastasını gerçekleştirmesini planladığı tıbbi müdahale hakkında, serbestçe karar verebilecek bilgi düzeyine ulaştırabilecek nitelikte aydınlatmalıdır<sup>167</sup>. Hekim bunu yaparken hastanın subjektif özelliklerini<sup>168</sup> dikkate almalı, anlama kabiliyetini göz önünde bulundurmalıdır<sup>169</sup>.

Hekim hastasını aydınlatırken gerçekleri gizlememelidir. Aydınlatmadaki amaç, tıbbi açıdan yapılması gereken müdahaleler için hastanın hazırlanması ve müdahaleyi desteklemesidir. Böylece hasta kendi geleceğini bizzat tayin hakkını en uygun biçimde kullanabilecektir. Hasta tedaviye rıza gösterip göstermemekte serbesttir. Hekim tarafından hastalığın niteliği, nedenleri, etkileri mümkün olduğunca açıklanmalıdır. Hekim, hastalığı bütün açıklığıyla belirtmekle birlikte genel biçimde çeşitli olasılıkları ve gelişmeleri de ortaya koyabilmelidir<sup>170</sup>.

Sonuç olarak, uygulanacak tıbbi müdahale ile ulaşılmak istenen amaç konusunda hasta ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir. Bu sayede kendisi için en uygun tedavi yönteminin uygulanmasında hukuka uygun rızayı verebilecektir. “Hastanın sağlığı en yüksek kanundur” ilkesi gereğince hareket etmesi gereken hekimin,

<sup>165</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 64.

<sup>166</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 132.

<sup>167</sup> Hastanın bunun gerçekleştirilebilmesi için kapsamlı bir şekilde aydınlatılması gerektiği yönünde görüşler hekimler tarafından eleştirilmiştir. Hekimler tarafından hastanın geleceğini tayin hakkının güvence altına alınmaya çalışılırken, kendi yükümlülükleri ile ilgili takdir haklarının aşırı derece sınırlanmaması gerektiği savunmuşlardır. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının abartılması durumunda, hastanın ümitsizliğe düşerek iyileşme iradesinin azalacağı iddia edilmiştir. Bu durum günümüz şartlarında kabul edilemez. Hekimin paternalist yaklaşıma iter (ERMAN, s. 113).

<sup>168</sup> Hastanın kültürel, toplumsal ve psikik durumu dikkate alınmalıdır (HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 132).

<sup>169</sup> AYAN, s. 64.

<sup>170</sup> Yargıtay 4. HD, 1964 T, E.6458/K.4925 “...davacı tarafından daha başlangıçta davacıya beyninin içinde ur bulunduğu ve kafatasının açılarak bu urun alınması gerektiği açıkça belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve eşin bu ameliyatın ağır ve mühim bir ameliyat olduğunu bilmediklerini kabule imkan yoktur” denilerek, davacının yeterli bir şekilde aydınlatıldığı kabul edilmiştir [REİSOĞLU, Seza: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 6 (Kısaltma: Hekim)].

hastalarını, tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalenin etkileri konusunda aydınlatması gerekmektedir<sup>171</sup>.

Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesi, müdahalenin hasta için hayati önem arz edip etmediği, hastanın kültür ve bilgi düzeyine ve müdahalenin ağırlığı ve taşıdığı risklere göre değişmektedir. Tıbbi müdahalenin gerekliliği azaldıkça, aydınlatmanın kapsamı genişlemektedir. Tıbbi müdahalenin taşıdığı riziko ne kadar ağır ise, o kadar yoğun aydınlatma, ne kadar hafif ise o ölçüde de sadece değinme yeterli sayılabilecektir<sup>172</sup>. Bu durumda uygulanacak olan tıbbi müdahalede hastanın hangi riski önemli hangi riski önemsiz göreceğini belirleme yetkisi hekimin takdirine bırakılmamalıdır. Aksi halde, hastanın iradesini hekim lehine tek taraflı olarak sınırlandırma anlamına gelecektir<sup>173</sup>.

Aydınlatmanın kapsamı her müdahalenin kendine özgü taşıdığı özellikleri nedeniyle yerine göre genişlenmekte veya daralmaktadır. Kapsamın belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken durumlar aşağıda kısaca izah edilmiştir.

#### **aa. Müdahalenin Aciliyeti ve Yaşam Tehlikesi**

Uygulanacak tıbbi müdahalenin aciliyeti durumunda, hastanın ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi zaman kaybına neden olabilir. Bu durumda, hastayı bilgilendirmek uğruna sağlığını tehdit eden bir durumla karşılaşan hekim, aydınlatmanın kapsamını dar tutmalıdır<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> BORAN, Bedia: “Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 99.

<sup>172</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 132. Klasik ceza hukukunda, hastalığın ağır durumunun ve ameliyatta çok seyrek olarak meydana gelebilecek tehlikelerin hastaya bildirilmesinin doğru olmadığı yönündedir. Bunun yanı sıra yapılacak ameliyatın hastanın kurtulması için zorunlu olması durumunda aydınlatmanın kapsamının çok dar tutulması ve olası tehlikelerin açıklanmaması yönündedir (BAYRAKTAR, Hasta, s. 99).

<sup>173</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 133.

<sup>174</sup> ERMAN, s. 110.



Tıbbi müdahalenin aciliyeti ile aydınlatma yükümlülüğü kapsamı arasında tersine bir orantı olduğu kabul edilmektedir. Müdahale ne kadar gerekli, tedavi ne kadar acilse, aydınlatma yükümlüğünün kapsamı da o kadar dar tutulmalıdır<sup>175</sup>.

Hekim, müdahalenin aciliyeti ile aydınlatma yükümlülüğü kapsamı arasındaki dengeyi tespit ederken, hasta haklarının korunması açısından en elverişli noktayı belirlemelidir. Acil durumlarda ve hayati tehlikenin varlığı halinde verilecek bilgi, en temel noktaya indirgenebilmektedir. Bu durum hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının elinden alınması anlamına gelmemelidir. Hastaya yaşam tehlikesi altında olsa bile müdahalede bulunup bulunulmayacağı hususunda, şuuru açıksa seçim hakkı tanınmalıdır<sup>176</sup>.

Küçüklerin tedavisinde, veli veya vasinin rızasının alınması etik ve yasal yükümlülük olmakla birlikte, çocuğun acil müdahaleye ihtiyacı olduğunda, bu kuralın aranmadığı istisnai durumların olduğu ifade edilmiştir.

Amerikan Pediatri Birliği (American Academy of Pediatrics) acil pediatrik tıp komitesi 1993 yılında çocuk ve adölesanlar için acil servislerde aydınlatılmış onama ilişkin bir rehber kural yayımlamıştır. Çocuğun veli veya vasiden aydınlatılmış onamı elde etmeksizin, acil müdahaleyi haklı çıkartan durumlar, çocuğun tıbbi durumuna ve sosyal konumuna göre biçimlendirilmiştir. Bunlar; acil hasta çocuğun evli, hamile veya çocuk sahibi olması veya kendi geçimi için parasını kazanan, üniversite öğrencisi olan ya da sokakta yaşayan küçük olması veyahut da psikiyatrik hastalık, gebelik, doğum, HIV taşıyıcısı, iletişim sorunu, ilaç, alkol ve madde bağımlılığı ile ilgili suçlu çocuk olması durumlarıdır. Acil hekiminin bu özelliklerden bir ya da bir kaçını taşıyan çocuğun, veli veya vasinin rızası alınmaksızın acil müdahalede bulunması etik açıdan savunulmuştur. Acil hasta çocuğun veli veya vasisi yaşam kurtarıcı müdahaleyi reddettiği durumda da acil hekimi çocuğun üstün yararını gözeterek veli veya vasinin rızasını aramaksızın acil müdahalede bulunabileceği ifade edilmiştir<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> AYAN, s. 76; ÇİLİNGİROĞLU, s. 65; OZANOĞLU, s. 70.

<sup>176</sup> ERMAN, s. 111.

<sup>177</sup> ERSOY/ÖZCAN ŞENSES/AYDIN ER, s. 6.

## **bb. Komplikasyonun Yoğunluğu ve Tipik Riskler**

Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaledeki komplikasyonun sıklığı ve tehlikenin büyüklüğü halinde aydınlatmanın kapsamı da genişleyecektir. Hastanın müdahale sonucu, gerçekleşme ihtimali bulunan zararın geçici olup olmadığı önem taşımaktadır<sup>178</sup>. Geri dönülemez sonuçlar doğuracak tıbbi müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı genişlemeli ve hastanın neye rıza gösterdiğinin tam olarak kavraması sağlanmalıdır.

## **cc. Tedavi Seçenekleri**

Hekimin iyileştirmede uygulayabileceği tedavi yöntemlerinin birden fazla olması halinde, her birinin hastaya ne gibi etkilerinin olacağı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı içerisinde yer almaktadır.

Birden fazla tedavi seçeneği olan hastanın, her birinin oluşabilecek riskleri konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Böylece hastaya, tedavi seçeneği konusunda seçim şansı tanınmış olacaktır. Uygulanacak tedavi yönteminin yeni olması ve deneysel nitelik taşıması halinde de hekimin müdahalenin yürüyüşü ve sonuçları üzerinde aydınlatmanın kapsamını geniş tutması gerekmektedir<sup>179</sup>.

## **dd. Hastanın Özel Durumu**

Gerçekleşmesi düşünülen tıbbi müdahalelerinin etkileri hastanın kişiliğine, toplumsal statüsüne, mesleğine ilişkin özel bir öneme sahip olması aydınlatmanın kapsamını etkilemektedir. Bu durumda gerçekleşme ihtimali olan risklerin hasta için taşıdığı subjektif önemde göz önüne alınmalıdır. Örneğin bir sanatçıya yapılacak tıbbi müdahale onun durumunu etkileyebilecek nitelikte olabilir<sup>180</sup>.

İkinci olarak da, hastanın belirli konularda aydınlatma talep etmesi halinde hekim bu isteğini olanaklar ölçüsünde karşılamakla yükümlüdür. Bu durumda hasta, talep ettiği bilginin kendi seçimi açısından önem taşıdığını belirtmiş olmaktadır<sup>181</sup>. Bu

---

<sup>178</sup> AYAN, s. 77.

<sup>179</sup> ERMAN, s. 114.

<sup>180</sup> ERMAN, s. 115.

<sup>181</sup> ÖZDEMİR s. 104; ERMAN, s. 115.

durumda hastanın soruları ile muhatap olan hekim, tıbbi müdahalede nadiren vuku bulabilecek komplikasyonları da açıklamakla yükümlüdür<sup>182</sup>.

Hastanın önerilen tedavi şeklini ve müdahaleyi reddetmesi halinde hekimin bu duruma saygı göstermesi gerekmektedir. Fakat hekim tarafından tedaviyi reddeden hastaya, bu reddin sonuçlarını tam olarak açıklamalı ve sonrasında tedavi sonlandırılmalıdır<sup>183</sup>. Hekimin bu uyarıyı yapmaması halinde, tedavi sözleşmesinden kaynaklanan bakım ve özen yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmediği savunulmuştur<sup>184</sup>.

## **b. Aydınlatmanın Sınırları**

### **aa. Hastanın Bilgi ve Anlayış Düzeyi**

Hasta kitaplardan, broşürlerden, mesleki kişisel tecrübesinden<sup>185</sup>, başka bir hekim tarafından bilgilendirilmiş olmasından veya önceki hastalıkları gibi sebeplerle tedavisi konusunda bilgi sahibi olabilir<sup>186</sup>.

Hastanın önceden hastalığına ve kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin yeterli bilgi sahibi olması veya düşünülen tıbbi müdahaleye ilişkin başka bir hekim tarafından iyice aydınlatılmış olması halinde; müdahalede bulunacak hekimin tekrar kendisine bilgi vermesi gereksiz olarak değerlendirilmektedir<sup>187</sup>. Fakat hekimin,

---

<sup>182</sup> AYAN, s. 77.

<sup>183</sup> ERMAN, s. 115.

<sup>184</sup> BORAN, s. 100, dn. 36.

<sup>185</sup> Hastaya yapılan safra kesesi ameliyatı öncesinde, iyot içeren maddenin kullanımı sonrasında hastada triot oluşmuş. Hastanın meydana gelen zararları hekimden talep etmesi sonucu mahkeme, tıbbi müdahaleyi yapan hekimin, hastanın da hekim olduğunu bildiğini; söz konusu rizikonun tıp öğrenimi sırasında verilen temel bilgiler arasında olduğunu ve muayenehanesi bulunan bir genel cerrahın bu bilgiye sahip olması gerektiğini, bu nedenle bu konularda bilgilendirme zorunluluğunun bulunmadığını, zira hekimin zaten kendi mesleki bilgisi dolayısıyla bu konuda yeterli bilgiye sahip olduğuna karar verilmiştir. (HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 139).

<sup>186</sup> ERMAN, s. 116.

<sup>187</sup> ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, İstanbul 1998, s. 57 (Kısaltma: Hekimin Sorumluluğu); YENERER ÇAKMUT, s. 233; ÇİLİNGİROĞLU, s. 68. Karşıt görüş ise, aydınlatma yükümlülüğü sadece bir “zorunluluk değil” aynı zamandan bir “sorumluluk” tur. Burada kastedilen hekimin, hekim olmasından kaynaklanan, hastasına karşı sorumluluğudur. Bu nedenle başka hekim tarafından hastanın bilgilendirilmiş olması, hastayla son ilgilenen yada müdahaleyi yapacak olan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır (CİN, Tıp Etiği, s. 32).

hastasının bilgisinin olduğunu düşündüğü her durumda, bu hususu güvence altına alarak, bu durumdan emin olmalıdır<sup>188</sup>.

### **bb. Hastanın Aydınlanma Hakkından Vazgeçmesi**

Kişilerin, teşhis ve tedaviye yönelik bilgilendirme hakkına sahip oldukları şüphesizdir. Buna karşılık, hasta kendisine uygulanması düşünülen tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma hakkından vazgeçmek isteyebilir. Bu durumda hekim, bilgilendirilmek istemeyen hastasının kararına saygı göstermelidir<sup>189</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde hastanın teşhis açısından aydınlatmadan vazgeçebileceği düzenlenmiştir. Şöyle ki, “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta sağlık durumu hakkında kendisi veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “bilgilendirmeme hakkı” başlıklı 27. maddesine göre de, “hasta hastalığı konusunda bilgilendirmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine başvurularda yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesi hekim karar verir.”

Vazgeçme iradesi ile hastanın her türlü aydınlatmadan kayıtsız olarak vazgeçtiğinin kastedilip edilmediği tartışmalıdır. Bir insanın belirli bilgi düzeyine gelmeden, daha fazla bilgilendirilmemeyi seçmesi olanaklı değildir. Hastanın kendi geleceğini şekillendirebilmesi için, her şeyden önce hastalığı ile ilgili temel noktalarda aydınlatılmış olması, müdahalenin ne ile ilgili olduğunu ve kendisine ne yapılacağı konularında genel bir bilgi sahibi olması gerekmektedir. Dolayısıyla, aydınlatma hakkından vazgeçilecek bölüm, müdahalenin yürüyüşü ve tehlikelerini içeren ayrıntılara ilişkin olabileceği belirtilmiştir<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 139.

<sup>189</sup> ERMAN, s. 116.

<sup>190</sup> ERMAN, s. 117.

Aydınlatmadan vazgeçme iradesi açık olmalıdır. Vazgeçmeye ilişkin iradeye verecek olan hasta, temyiz kudretine sahip, herhangi hile veya zorlama olmadan, kendi rızasıyla aydınlatma hakkından vazgeçmelidir<sup>191</sup>. Hastanın bu yöndeki kararı, hekim tarafından şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır.

Hasta için geri dönülemez sonuçlar taşıyan tıbbi müdahaleler ile tıbbi standardın dışında deneysel nitelik taşıyan müdahalelerde de aydınlatmadan vazgeçme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>192</sup>. Neticede hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hukuka ya da ahlaka aykırı bir irade beyanı olarak değerlendirilmediği sürece geçerli sayılacaktır.

### **cc. Tedavinin Gereği Olarak Aydınlatmanın Sınırlandırılması**

Hastasının aydınlatmasının, tedavi sürecine zarar verme ihtimali olması durumunda, hekimin bu konudaki yükümlülüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Zarar vermeden kastedilen, hastanın yaşam ve sağlığına yönelik ciddi tehlikelerin oluşması, psikolojik olarak yaşama gücünün kaybetmesi olarak kabul edilmektedir<sup>193</sup>. Hekim iyileştirme amacıyla da aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. Bu durum hekimin “tedavi ayrıcalığı” olarak tanımlanmaktadır<sup>194</sup>.

İlk olarak dikkat edilmesi gereken husus, aydınlatmanın hasta üzerindeki yaratacağı etkilerin düşünülmeden yerine getirilmemesi gerektiğidir. Bu tür bir aydınlatma hastada, fiziksel veya ruhsal zararların oluşumuna sebep olabilir. Böyle bir davranış Alman Federal Mahkemesinde meslek kusuru olarak nitelendirilmektedir<sup>195</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde de konu açıkça düzenlenmiştir. Şöyle ki, “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

---

<sup>191</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 101.

<sup>192</sup> AYAN, s. 79.

<sup>193</sup> AYAN, s. 81; ÖZSUNAY, s. 46- 47; ERMAN, s. 118- 119; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 140; ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 76.

<sup>194</sup> AYAN, s. 134.

<sup>195</sup> ERMAN, s. 117.

Hastaya ve yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teğhis ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teğhis ailesine bildirilebilir.”

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ nün 14. maddesinin 2. fıkrasında, “ Tabip ve diş tabibi hastayı ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teğhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak hastalığın vahim görünen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

Hastanın aydınlatılması durumunda tıbbi müdahaleden vazgeçecek olması, aydınlatılmaması için sebep değildir. Bu durumun kabulü paternalist yaklaşımın kabulü anlamına gelir. Bu durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir<sup>196</sup>. Hekimin aydınlatmanın sınırlandırılması noktasında takdir yetkisini kullanırken, dikkat etmesi gereken husus, gerçeğin gizlenmesinin hasta için daha büyük bir iyileşme şansı yaratıp yaratmadığıdır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali ile aydınlatma sonrası ortaya çıkabilecek psikolojik zarar arasında karşılaştırma yapması gerekmektedir. Çocuklara uygulanacak tıbbi girişimlerde, anlama kapasitelerine göre yapılacak aydınlatmaya dikkat edilmelidir. Tedaviye rıza gösterme yönünde korkutulmamaları sağlanmalıdır<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 141.

<sup>197</sup> DEMİRHAN ERDEMİR, s. 104.

#### D. Rızanın Açıklanma Zamanı ve Şekli

Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin rızası, müdahalenin başlangıcında alınmalı ve bitişine kadar sürmelidir. Kişinin tedaviye yönelik rızasından vazgeçmesi durumunda, vazgeçme anından itibaren yapılan tıbbi müdahaleler, hukuka aykırı kabul edilmektedir<sup>198</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/son maddesinde<sup>199</sup>, tıbbi müdahaleler açısından rızanın, her an geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile müdahale başladıktan sonra tıbbi yönden sakınca bulunmayan hallerde, rızanın geri alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde, bu hükmün geniş yorumlanmaması gerektiği, aksi takdirde bu durumun kişide, rızasını vermekle tümüyle hekimin denetimi altına gireceği şeklinde tıbbi bir baskı unsuru oluşturacağı ifade edilmiştir. Söz konusu maddede yer alan müdahale kavramının dar yorumlanarak, yalnızca akut müdahalelerin anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Bu durumda hastanın, yaşamına yönelik yakın ve açık bir tehlike altında bulunması neticesinde, kendisine akut bir müdahale yapılması söz konusu ise, önceden gösterdiği rızayı, müdahalenin yürüyüşü sırasında geri alamayacağı belirtilmiştir<sup>200</sup>. Hastanın, hayatına sona erdirebilecek düzeyde bir tehlikeye sebebiyet vermemek kaydıyla, tıbbi müdahaleye gösterdiği rızasını her zaman geri alabilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>201</sup>.

Rızanın açıklanmasına yönelik hukukumuzda, katı bir şekil şartı öngörülmemiştir. Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre de, rıza beyanın açık olabileceği gibi zımni de olabileceği düzenlenmiştir. Tıbbi müdahaleye rızanın açıklanmasına esas olan şekil serbestisidir<sup>202</sup>. Çalışmamızda bu konuya aydınlatmanın şekli başlığı altında ayrıntılı yer verildiğinden, burada sadece kısaca değinilerek geçilmiştir.

---

<sup>198</sup> ERMAN, s. 122.

<sup>199</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24. madde son fıkra: “Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.”

<sup>200</sup> ERMAN, s. 123-124.

<sup>201</sup> AYAN, s. 12.

<sup>202</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 75.

## E. Rızanın Konusu

Hukuk düzeni tarafından korunan kişinin malvarlığı haklarının yanında kişisel varlıkları olup; kişisel varlıklarda maddi ve manevi olmak üzere iki gruptan oluşmaktadır. Maddi kişisel varlıkları kişinin vücut bütünlüğünü oluştururken, şeref ve haysiyeti, özgürlükleri sağlıkları gibi varlıklarda manevi kişisel varlıklarını oluşturmaktadır<sup>203</sup>.

Kişinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, kişiliğine zarar vermemesi koşuluna bağlıdır. Kişinin yaşamı üzerinde kesin olarak tasarruf yetkisi bulunmamaktadır<sup>204</sup>.

Tıbbi müdahaleye rızanın konusu, insanın vücut bütünlüğü ve sağlıklı yaşam hakkıdır<sup>205</sup>. Bunların hukuka uygun bir tıbbi müdahale açısından hangi ölçütlere göre, rızanın konusu olabileceği üzerinde aşağıda durulacaktır.

### 1. Yaşama Hakkı

En kutsal haklardan biri olan yaşama hakkı, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü koruyarak sürdürülebilmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>206</sup>. Yaşama hakkı vazgeçilemez bir haktır. Hukuksal koruma kapsamına giren bu hak üzerinde, üçüncü kişiler tarafından yapılacak müdahaleye rıza gösterilse dahi tasarruf edilemeyeceği savunulmuştur<sup>207</sup>.

Herkesin en temel hakkı, sağlıklı ve özgür bir yaşamdır. İnsanın, sadece insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu ve ölümlerle sona erdiği yaşama hakkı, bütün özgürlüklerin ilk şartıdır. Kişinin yaşamı, onun diğer kişilik değerleri açısından bulunması gereken vazgeçilmez bir ön koşuldur<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet: "Hekimin Hukuksal Sorumluluğu", Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Nisan 1996, C. 4, S. 1, s. 9 (Kısaltma: Hekim).

<sup>204</sup> DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 102.

<sup>205</sup> KILIÇOĞLU, Hekim, s. 9.

<sup>206</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 46.

<sup>207</sup> ERMAN, s. 126.

<sup>208</sup> HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 50; ÇİLİNGİROĞLU, s. 39.



Türk hukuk sisteminde Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan hükümlerle, herkesin, yaşama, maddi manevi değerlerini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesini incelediğimizde; bu madde ile amaçlananın, yaşam ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğünü korumak ve bunların geliştirilmesini sağlamaktır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı belirtilerek; devletin, kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir<sup>209</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası<sup>210</sup>, kişinin yaşam hakkına tecavüz eden müdahalelere karşı korunması yollarını, Borçlar Kanunu'nun 45. ve 47. maddelerinde ise, yasağın ihlali halinde maddi ve manevi tazminat ödenmesine olanak sağlamak suretiyle zararların telafisine yönelik düzenlemeler içermektedir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesi<sup>211</sup> ile de yaşama hakkında yapılan tecavüzler koruma altına alınmıştır.

Çocuk haklarının güvence altına alınması için kabul edilen uluslararası metin olan Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de; her çocuğun temel yaşam hakkına sahip olduğu gerçeğinin kabul edilmesi gerektiği ve taraf devletlerin çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı göstermeleri gerektiği düzenlenmiştir<sup>212</sup>.

## 2. Sağlık Hakkı

Yaşayan bir organizmada sağlık, organizmanın dengede olduğu bir durum olarak tanımlanabilir<sup>213</sup>. Sağlık da yaşama hakkı gibi hukuken koruma altına alınmış olup, hayat hakkının içinde mütalaa edilebilir. Yaşama hakkı olan her bireyin, sağlıklı bir şekilde yaşamaya da elbette hakkı vardır<sup>214</sup>.

---

<sup>209</sup> AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Abdullah: 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Ekim 2007, s. 157.

<sup>210</sup> Medeni Kanun 24. madde 1. fıkra: “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*”

<sup>211</sup> Türk Ceza Kanunu 81. madde: “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*”

<sup>212</sup> ÖNCEL, s. 58.

<sup>213</sup> ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül/ELÇİOĞLU, Ömür: Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları, Ankara 2000, s. 42.

<sup>214</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 40; ARPACI, s. 111.

Anayasa'nın temel haklar içersinde 3. bölümün 56. maddesinde yer alan sağlık hakkı düzenlemesiyle; herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletinde, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için gerekli koşulları sağlayarak, hizmet vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesini incelediğimizde ise; devletin sağlık ve sosyal yardım kurumları kuracak, özel kesimin bu tür kurumlar kurmasını da destekleyecektir. Devlet uygulamaları denetleyerek bu kurumların ana amaca uygun çalışmalarını sağlamalıdır<sup>215</sup>.

224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun<sup>216</sup>,un 2. maddesine göre de, "Sağlık, yalnız hastalık veya maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımından tam iyilik halidir." şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle sağlık kavramı içersinde ruhsal sağlığında ele alınması gerekmektedir. Sağlığın, önemli bir kişilik hakkı olması neticesinde, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verecek, onu tehlikeye düşürecek girişimlerde bulunması, hakka saldırı niteliğinde olacağı ifade edilmiştir<sup>217</sup>.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesine göre de; çocuklara olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşturma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma imkanlarının sağlanması gerektiği düzenlenmiştir<sup>218</sup>.

Ülkemizde sağlık hakkının anayasal güvence altına alınması olumlu olmakla birlikte, sağlık hizmetlerinin, hizmet olarak var olabilmesi için şu temel unsurlar gerekmektedir. Sağlık hizmetleri herkes için eşit ulaşılabilirlikte ve sürekli olmalıdır. Ayrıca maddi, insani, finansman kaynaklarından bağımsız olarak verilmeli ve toplumsal nitelik taşınmalıdır.

### **3. Vücut Bütünlüğü Hakkı**

Yaşama hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü, kanunlar tarafından koruma altına alınmış fiziksel kişilik değerleri arasında yer almakta ve üzerinde

---

<sup>215</sup> AKAD/DİNÇKOL, s. 388.

<sup>216</sup> RG. 12.01.1961-10705.

<sup>217</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 50.

<sup>218</sup> ÖNCEL, s. 58.

tasarrufta bulunulamayacak kişilik değerlerinden oluşmaktadır<sup>219</sup>. Doktrinde genel kabul edilen görüş, vücut bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale üzerinde, kişiye sınırsız bir tasarruf olanağı tanınmayacağıdır<sup>220</sup>.

Vücut bütünlüğünün ihlali, kişinin beden ve ruh tamlığına yönelik, maddi ve manevi zarar meydana getirir<sup>221</sup>. Bu nedenle yapılan müdahalenin, kişilik haklarıyla bağdaşır nitelikte olması, kişiliğe zarar vermeye değil, onu korumaya yönelmelidir<sup>222</sup>.

Tıbbi müdahaleler açısından vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, rızanın neye ilişkin olduğu ve yapılacak müdahalenin türüne bağlıdır. Örneğin bir kimsenin kangren olmuş kolunun hekim tarafından kesilmesine rıza göstermesi hukuka uygun iken, bu eylemin nedensiz olarak yapılması ise aykırılık teşkil eder<sup>223</sup>.

Tedavi amaçlı olarak, kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak olan müdahaleye rıza göstermesi, kişilik hakkına hukuka aykırı müdahale teşkil etmemektedir. Kişiye sağlığına kavuşması açısından müdahaleye izin verme olanağı tanınmıştır. Tıbbi müdahaleye rıza, vücut bütünlüğüne yönelik hakkın ihlali şeklinde görünse de, hukuka uygunluk açısından sadece rızanın verilmesi yeterli değildir. Hastanın rızasının yanında, müdahalenin tedavi amacı gütmesi, iyileştirici nitelikte olması, operasyonun yetkili kişi tarafından ele alınması ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması gereklidir<sup>224</sup>. Bu nedenle sağlığın iyileşmesine yönelik olmayan, kötüleşmesine yol açan rıza hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Örneğin, kişi ölüm neticesi doğuracak bir tıbbi müdahaleye rıza gösteremez, aynı şekilde tek böbrekli bir hasta bunun alınmasına, kendisinin diyaliz makinesine bağlanarak yaşamını bu şekilde sürdürmesine rıza gösteremez<sup>225</sup>. Buna karşılık, genel sağlığın korunması amacıyla toplumun menfaatinin varlığında, rıza olmadan vücut tamlığını ihlal eder nitelikte bazı müdahaleler hukuka aykırı olmayabilir. Örneğin salgın ve bulaşıcı hastalıklara karşı aşı yapılması, kişinin

---

<sup>219</sup> HELVACI, s. 51; YENERER ÇAKMUT, s. 53.

<sup>220</sup> ERMAN, s. 134.

<sup>221</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 41.

<sup>222</sup> AYİTER, Nurşin: Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHF 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 141.

<sup>223</sup> DURAL, s. 97; ERMAN, s. 134.

<sup>224</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 53; HELVACI, s. 52.

<sup>225</sup> KILIÇOĞLU, Hekim, s. 10.

izni olmasa da hukuka aykırı sayılmaz<sup>226</sup>. Küçüklerde de verem, difteri, boğmaca, tetanoz, çocuk felci, kızamık gibi tehlikeli hastalıklardan korumak için zorunlu çocukluk dönemi aşıları yapılmaktadır. Tüm bunlar göstermektedir ki burada kural olarak, tıbbi müdahalenin iyileştirmeye yönelik amacından hareket edilmesi gerekmektedir<sup>227</sup>.

Hukukumuzda yer alan yasal düzenlemeleri incelediğimizde; vücut bütünlüğü, cismani zarar, ırza geçme, toplum sağlığına yönelik suçlar gibi ceza hukuku alanında yasal koruma altına alınmıştır. Kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, kişilik değerlerini kapsayan hayat, sağlık ve cismani bütünlüğüne yönelik olduğundan, hukuka uygun bir rızanın alınmasında gerekli özenin ve dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte rızanın bulunmadığı bazı özel veya kamu yararı veyahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması halinde de yapılan müdahale hukuka ve ahlaka uygun olacaktır<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> ARPACI, s. 113; DURAL, s. 97; YENERER ÇAKMUT, s. 53.

<sup>227</sup> ERMAN, s. 134.

<sup>228</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 41; ARPACI, s. 114.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELERDE TEDAVİ SÖZLEŞMESİ

#### RIZA EHLİYETİNİN GEÇERLİLİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

### I. KÜÇÜĞE YAPILACAK TIBBİ MÜDAHALELERDE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARI

#### A. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

##### 1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasında hekimin sorumluluğu açısından üç ayrı ilişkisi söz konusudur. Bunlar sözleşme ilişkisi, vekaletsiz iş görme ilişkisi ve haksız fiil ilişkisidir. Genellikle hekim ile hasta arasında açık veya örtülü bir şekilde kurulan sözleşme ilişkisi mevcuttur. Taraflar Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan irade özerkliği ve dolayısıyla sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeleri de yapabilmektedir<sup>229</sup>.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin unsurları da kanunda açıkça düzenlenmediğinden, hukuki niteliğinin tespitinde tarafların edimleri dikkate alınarak inceleme yapılmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli ve iş görme ilişkisi içeren bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir<sup>230</sup>.

Bu ilişkide hekim, tıp bilimin öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak, konulan teşhise uygun tedaviyi seçip uygulamakla yükümlüdür. Hekim tarafından hastanın yeniden eski sağlığına kavuşturulması veya ıstıraplarının mümkün

---

<sup>229</sup> EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 192.

<sup>230</sup> ÖZDEMİR, s. 51.

olduğunca hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Bunun karşılığında da hasta, hekime ücret ödeme borcu altına girmektedir<sup>231</sup>.

Tedavi sözleşmesi yapısı itibariyle Borçlar Hukukunda yer alan sözleşmelerden farklı değildir. Söz konusu ilişki konusu, amacı, tarafların sözleşmeyi yaparken içinde buldukları durum bakımından diğer sözleşmelerden bir takım farklılıklar taşımaktadır.

Bu farklılıklara baktığımızda, ilk olarak sözleşmesinin konusu, insan sağlığını ve beden bütünlüğünü oluşturması nedeni ile diğer sözleşmelerden farklıdır. Hekim bu değerler üzerinde tasarruf niteliği taşıyan faaliyetlerini icra ederken diğer iş görme borçlarına nazaran daha dikkatli ve özenli hareket etmelidir. Çünkü diğer iş görme sözleşmelerinde borca aykırı davranışlar malvarlığı zararlarına yol açarken, tedavi akdinde hem malvarlığı hem de telafisi çok güç ve imkansız şahıs varlığı zararlarına yol açabilir<sup>232</sup>.

İkinci fark olarak ise, sözleşmenin eşit olmayan taraflar arasında kurulmasıdır. Hasta hekime müracaat için hastaneye adımını attığı an güçsüz konumdadır. Hastalığı yönünden zayıf, bilgisiz, yardıma muhtaç ve sözleşme ile hayat alanına müdahale edilen hasta vardır. Karşısında ise, ihtisas sahibi ve yetenekli hekim yer almaktadır.

Üçüncü olarak, tedavi sözleşmesinde ulaşılmak istenen amaç, hastanın yeniden eski sağlığına kavuşturulması, acısının mümkün olduğunca hafifletilmesidir. Hekim uygulayacağı tedavi yönteminin mutlak suretle başarılı olacağı taahhüdü altına girmemektedir.

---

<sup>231</sup> AYAN, s. 50.

<sup>232</sup> Yargıtay 13. HD, T. 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842, “...Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini gözönünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seilmedir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır...” [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 26.01.2010).

Son olarak da, hekimin tedavi sözleşmesi kapsamı haricinde mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler de vardır. Hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri gereği gibi ifa edip etmediği belirlenirken, sözleşme hükümlerinin yanında tıbbi meslek kuralları da göz önünde bulundurulur<sup>233</sup>. Aksi halde meslek kurallarına aykırı davranışı nedeniyle bağlı bulunduğu meslek kuruluşuna karşı disiplin sorumluluğu, zarar gören hastaya karşı da tazmin sorumluluğu doğar<sup>234</sup>.

Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda birçok hukuki görüş ortaya atılmıştır. Doktrinde bir görüş tedavi sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi niteliği<sup>235</sup> olduğunu ileri sürerken, diğer bir görüş ise bazı özel durumlarda istisna sözleşmesi<sup>236</sup> niteliğini taşıdığını ifade etmiştir. Hakim olan genel görüş ise, tedaviye yönelik kurulan sözleşme ilişkisine vekâlet sözleşmesine<sup>237</sup> özgü tanım ve unsurların uygulanabilirliğidir.

## **2. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler**

### **a. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü**

Borçlar Kanun'unun 313. maddesinin 1. fıkrasını<sup>238</sup> incelediğimizde; hizmet sözleşmesini, bir kimsenin belirli veya belirli olmayan bir zamanda iş görmeyi üstlenmesi, bunun karşılığında işverenin de ücret ödemesi şeklinde tanımlamak mümkündür.

Hizmet sözleşmesinin unsurlarını incelediğimizde; bir hizmet ediminin söz konusu olması, bu edimin belirli veya belirli olmayan süre içerisinde vaat edilmesi, bu

---

<sup>233</sup> AYAN, s. 50.

<sup>234</sup> SARITAŞ, Hatice: Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 32.

<sup>235</sup> DONAY, Süheyl: Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S. 10, 1968, s. 4.

<sup>236</sup> REİSOĞLU, Hekim, s. 12; AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 33.

<sup>237</sup> REİSOĞLU, Hekim, s. 12; AYAN, s. 54.

<sup>238</sup> Borçlar Kanunu 313. madde 1. fıkra: "Hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder."

hizmetin karşılığı olarak da bir ücretin ödenmesi ve tarafların karşılıklı anlaşmalarıdır<sup>239</sup>.

Hizmet sözleşmesinin önemli unsurlarından biri, hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman için görülmesi, bunun neticesinde verilecek ücretin tespitinde de bu iş süresinin dikkate alınmasıdır. Bu sözleşme taraflar arasında devamlı bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirir. Devamlılık olmayan arızı nitelik taşıyan durumlarda arada hizmet sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Kanun maddesini incelediğimizde, hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran ve sözleşmenin diğer bir ögesi olan bağımlılık unsuruna maddede yer verilmemiştir. Gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında ise hizmet sözleşmesinden söz edilebilmesi için işverene bağımlılık unsurunun bulunması gerektiği kabul edilmiştir<sup>240</sup>. Bağımlılık unsurundan anlaşılana ise, işverenin denetim ve gözetimi kapsamında, sözleşmenin konusu olan edimin işverenin emir ve talimat verme yetkisi altında işçi tarafından yerine getirilmesidir. Her an ve durumda çalışana denetleme, çalışma yerini tayin edebilme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan bir bağımlılıktır.

Hizmet sözleşmesinin unsurları göz önünde alındığında; süre ve bağımlılık unsurlarının hekim ile hasta arasındaki ilişkide esaslı unsurlar olmadığı ortaya çıkacaktır. Hekimin kendisine müracaat eden hastayı tedavisi etmesi durumunda, her şeyden önce hekim ve hastayı bağlayan belirli ya da belirsiz bir zaman süreci söz konusu değildir<sup>241</sup>. Hekim sadece belirli bir işi, hastalığın tedavisi için çalışmayı,

---

<sup>239</sup> ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 311-314 (Kısaltma: Borçlar Hukuku). YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2009, s. 272-276.

<sup>240</sup> Adalet Bakanlığı'nca oluşturulan komisyon tarafından hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu madde doktrindeki eleştirilere uygun olarak tadil edilmiştir. Tasarının hizmet sözleşmesinin tanımını düzenleyen 392. maddesinde "işçinin işverene bağımlı olarak" ifadesi eklenmiştir.

<sup>241</sup> Doktrinde bir kısım görüşler aile hekimliğinin, ilgilendiği aile ile arasındaki ilişkinin bir hizmet akdi olduğudur. Gerekçesi olarak da hekim ile hasta arasındaki ilişkide belirli ya da belirsiz bir zaman süreci içinde hizmette bulunma unsurunun ağır bastığı gösterilmektedir. Aksi görüş ise, aile hekimin yaptığı işin hizmet akdinin konusunu teşkil etmesi açısından belirli ya da belirsiz bir süre o aileye hizmet etmesi yeterli olmadığı yönündedir. Hizmet akdinin mevcudu için bağımlılık unsurunun varlığı gerekir. Dolayısıyla işçinin iş aletlerinin seçiminde, işin düzenlenmesinde iş sahibinin talimatlarına göre hareket edip etmediği, iş sahibinin o işteki bilgisi dolayısıyla işi sevk ve idare edip etmediği bu konuda önem taşımaktadır. Aile hekimliği, bir ailenin belirli ya da belirsiz bir zaman dilimi içerisinde ortaya çıkabilecek sağlık problemleriyle ilgilenme işini üzerine alsada, söz konusu aile ile Yargıtay ve doktrinin anladığı şekilde bağımlılık içerisinde bulunmamaktadır. Aile hekimi ne söz konusu ailenin denetimi altındadır, ne



elinden geleni yapmayı üstlenmiştir. Önemli olan süre unsuru değil tedavinin yapılmasıdır<sup>242</sup>. Hekimin amacı kendisine başvuran hastayı tedavi etmektir. Tedaviyi uygularken, ilişkinin başında belirleyeceği bir zaman dilimine göre hareket etmeyecektir. Bağımlılık unsuru açısından ise hekim, hizmet akdinde olduğu gibi işçi sıfatıyla, işverene yani hastaya bağlı değildir. Hastanın talimatları altında hareket eden değil, serbestçe mesleğini icra eden konumundadır<sup>243</sup>. Bu nedenle hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki açıdan hizmet akdi olarak tanımlanması mümkün değildir<sup>244</sup>.

### **b. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İstisna Sözleşmesi Olduğu Görüşü**

Borçlar Kanunu'nda istisna sözleşmesinin 355. maddede<sup>245</sup> düzenlendiği görülmektedir. Bu maddeyi incelediğimizde; istisna sözleşmesini, müteahhidin bir bedel karşılığında eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, şekle bağlı olmayan rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlamak mümkündür. İstisna sözleşmesinde amaç bir sonucun gerçekleştirilmesi olduğundan ani edimli bir sözleşmedir<sup>246</sup>.

---

işini ailenin emir ve talimatlarıyla görmektedir, ne de işyeri ve çalışma aletleri o aile tarafından sağlanmaktadır. Hekim ekonomik açıdan da aileye bağımlı değildir. Aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki her serbest çalışan doktor ile hasta arasındaki ilişkide olduğu gibi karşılıklı güvene dayalı olarak kurulmaktadır. Tek farklı yönü ise o ailenin tek bir tedavisi için değil, akit devam ettiği süre içerisinde meydana gelen rahatsızlıkların tedavisini üstlenmektedir. Tedavisini üstlendiği ailenin emir ve talimatlarıyla bağlı olmayıp, aksine mesleki bilgi ve becerisinin ona kazandırdığı üstünlük nedeniyle, tedavileriyle ilgilendiği aileye tıbbi yönden uymaları gerekli olan direktifler verecek, tavsiyelerde bulunacaktır. Bu nedenlerle aile hekimi ile hastası arasındaki ilişkinin bir hizmet akdi mahiyeti arz etmediği şeklinde gerekçelendirilmiştir (ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 26).

<sup>242</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 23.

<sup>243</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 20; Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 6. madde: “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder.*” Ayrıca Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 21. madde: “*Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir.*”

<sup>244</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 06.07.1964, E. 1964/37, K. 1964/40 sayılı kararında “...doktorun kendisi ile akit yaptığı hastanın buyruğu altına girmesi düşünülemeyeceğinden doktorla hasta arasındaki ilişki, hizmet akdi olamaz...” ifadesine yer verilmiştir (ÖZAY, Mert: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 32, dn. 51).

<sup>245</sup> Borçlar Kanunu 355. madde: “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*”

<sup>246</sup> UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Hukuku, C. VII, Ankara 2003, s. 7448.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, istisna akdinin konusunu oluşturup oluşturmayacağı değerlendirildiğinde; hekim hastasına yönelik iyileştirme borcu altına girmemektedir. Hekim tarafından yerine getirilen hizmette özel bir güven söz konusudur. Hekim, tedavi kapsamında tıbbi standartlara uygun olarak çaba sarf eder. Hekimin faaliyeti tek bir görüntü taşıyan, bir bütün teşkil eden sonuçlar doğurmadığından eser kavramı dışındadır. Hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermesi ve kendisinden beklenen davranışı sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmesi yeterlidir. Yapılan tedavinin sonucunu borçlanmamıştır. Teşhis ve tedavi kapsamında edim fiilini borçlanmıştır. Başarılı olup olmaması önemli değildir<sup>247</sup>.

Hekimin tedavisinin ve cerrahi müdahalesinin başarıyla sonuçlanması, işin niteliği gereği elinde olmayan birçok faktöre bağlı olduğundan, sonuç taahhüt edilmeye elverişli değildir. Hekim tarafından verilecek tek garanti, tıp ilminin günün koşullarına göre bilinen en yeni ve en yüksek haline göre, bir hekimin yapabileceği ve yapması gereken her türlü eylemi yapmak ve yapmaması gereken her türlü eylemden de kaçınmak şeklinde gerçekleşebilir. Hekimin tüm faaliyetleri eser kavramı içerisinde nitelendirilemeyeceğinden bu ilişkinin istisna akdi niteliği taşıdığını söylemek mümkün değildir.

Yargıtay ise; konuyu tıbbi müdahalenin vasfına göre değerlendirerek, konusu eser meydana getirme niteliği taşıyan hekim müdahalelerini istisna sözleşmesi çerçevesinde hükme bağlamıştır<sup>248</sup>. Örneğin, taraflarca kararlaştırılan biçimdeki bir burun ameliyatının istisna sözleşmesi hükümlerine tabi olduğuna karar vermiştir<sup>249</sup>. Yine, hastanın kolundaki dövmeyle estetik amaçlı silmeyi taahhüt eden hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlığı, istisna sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> ÖZDEMİR, s. 78.

<sup>248</sup> ÖZAY, s. 45.

<sup>249</sup> Yargıtay 13. HD, T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 10.02.2010).

<sup>250</sup> Yargıtay 15. HD, T. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868 “ Bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK. m. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işi hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçlı silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır....” (Uygur, s. 7629).

Sonuç olarak; tıbbi imkanların gelişimi ve olumlu neticenin taahhüt edilebildiği tıbbi müdahalelerde, hekimin sorumluluğunun istisna sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmalıdır. Bu nedenle estetik müdahalelerde, hekimin faaliyetleri eser kavramı içerisinde nitelendirileceğinden, bu ilişkinin istisna sözleşmesi niteliği taşıdığını söylemek mümkün olacaktır.

### **c. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü**

Borçlar Kanunu 386. maddesinin 1. fıkrasında<sup>251</sup> düzenlenen vekalet sözleşmesi; vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun sonuca yönelik bir iş veya hizmet görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememeye rizikosunu ona ait olmak üzere yüklenmesi şeklinde tanımlanmıştır<sup>252</sup>.

Tedaviye yönelik kurulan sözleşme ilişkisine, vekâlet sözleşmesine özgü tanım ve unsurların uygulanabilirliğinin yüksek olduğu görüşü doktrinde çoğunlukla benimsenmiştir<sup>253</sup>. Vekâlet sözleşmesi hükümleri ile tedavi sözleşmesi değerlendirildiğinde; ilk olarak vekâlet sözleşmesi, müvekkile karşı bir iş veya hizmetin onun menfaatine uygun şekilde ifasıdır. İş görme, hukuki işlemlere ilişkin olabileceği gibi maddi fiillere yönelik de olabilir<sup>254</sup>. Hekimin tedavi kapsamında hastasını muayene, tedavi ya da ameliyat etmesi maddi fiil olarak kabul edilmekte olup, vekâlet akdinin varlığını oluşturmaktadır<sup>255</sup>.

Hekim tıbbi müdahalenin gerektirdiği eylemleri hastanın yararına (TDT m.13-14), onun nam ve hesabına ve isteğine uygun yerine getirmektedir (1219 Sayılı Kanun

---

<sup>251</sup> Borçlar Kanunu 386. madde 1. fıkra: “Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder.”

<sup>252</sup> BAŞPINAR, s. 70.

<sup>253</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 407; BAYRAKTAR, Hekim s. 35; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 25-29; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 31.

<sup>254</sup> BAŞPINAR, s.73.

<sup>255</sup> AKARTEPE, Alpaslan: “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Editörler: Cem BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Erzincan 2006, s. 19.

m.70). Hasta tedaviye ilişkin rıza göstermekte, hekimde bu rıza sınırları içerisinde hasta adına hareket ederek tıp verilerine uygun bir metotla tedavisini gerçekleştirmektedir<sup>256</sup>.

Hekim tedavi sözleşmesi kapsamında, tıbbi müdahaleye yönelik faaliyetlerini belirli ya da belirsiz bir süre için hastanın emrine tahsis etmeyi borçlanmaktadır. Hekim-hasta arasındaki ilişkide önemli olan süre unsuru değil, tedavidir. Hastalığın mahiyeti ve hastanın durumuna göre de bu süre değişebileceğinden, önceden tıbbi müdahalelerin ne kadar süreceğinin tespiti kesin olarak mümkün değildir<sup>257</sup>. Hekim sadece hastanın iyileşmesi ve şifa bulması için gerekli tıbbi müdahaleyi yapmayı üstlenmiştir. Bu özellik de vekâlet sözleşmesinin unsurlarına uygun düşmektedir.

Hekim tedaviye yönelik tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmayı borçlanır. Bu ilişkide hastanın iyileştirilmesinin garanti edilmesi mümkün değildir. Hekim ilmi kurallara uygun teşhisi koyar ve gereken tedaviyi uygular. Hekimin yürütmüş olduğu tedavi çalışmasının ve yapmış olduğu müdahalenin neticesinden dolayı sorumluluğu yoktur. Hastanın iyileştirilmesinde, başarılı olmama rizikosunu hekime ait değildir<sup>258</sup>. Bu unsur da, tedavi sözleşmesi ilişkisinin diğer iş görme sözleşmelerine değil vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir<sup>259</sup>.

Ücret daha önce belirttiğimiz gibi vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir. Borçlar Kanunu 386. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede, sözleşmede ücret verileceği kararlaştırılmışsa veya teamül bulunan durumlarda vekil ücret isteme hakkına sahiptir.

Hekimin iş yerinde asılan tedavi ve muayene ücret tarifeleri ücret ilanı niteliğinde olup, hasta hekime başvurmakla bunu kabul etmiş olmaktadır. Hastanın

---

<sup>256</sup> ÖZAY, s. 36.

<sup>257</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 31.

<sup>258</sup> ÖZAY, s. 21.

<sup>259</sup> ÖZKAN, s. 69; Yargıtay 4. HD, T. 09.04.2003, E. 2003/711, K. 2003/4255, "...yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun müdahale yapılmış ise, hekime kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğuna gidilemez." (ÖZAY, s. 39).

muayenesi, teşhis konulması, reçete yazılması gibi tıbbi müdahaleler için bir ücret teamül<sup>260</sup> gereği olduğundan önceden kararlaştırılmasa da hekim ücrete hak kazanır<sup>261</sup>.

Vekâlet sözleşmesi güven ilişkisine dayalı olarak taraflar arasında kurulan akittir. Bu güvenin sözleşmenin devamı sırasında ortadan kalkması halinde herhangi bir hukuki sebep göstermeden ve tazminatla yükümlü olmaksızın tarafların her biri sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilirler. Borçlar Kanunu 396. maddesinin 1. fıkrasına göre de, vekâletten azil ve istifa her zaman mümkündür. Tedavi akdinde de güven unsuru önemli rol oynadığı için, taraflar güvenin ve inancının sarsılması halinde, sözleşmeyi her zaman bozabilecektir<sup>262</sup>.

Borçlar Kanunu 387. maddesinde, vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi sıfatı varsa veya işin icrası mesleğin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise, vekâlet vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiştir<sup>263</sup>. Tedavi sözleşmesinde hekimin faaliyeti mesleğinin icabından olduğundan, hastanın başvurusunu derhal reddetmedikçe vekâlet kabul edilmiş olacaktır<sup>264</sup>.

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarından biri de, nisbi bağımsızlık içersinde vekilin hareket etmesidir. Hekim tıbbi müdahalede bulunurken hastanın talimatlarıyla sıkı sıkıya bağlı değildir. Uygulayacağı metod ve yöntem bakımından, tıp biliminin kurallarıyla bağlıdır<sup>265</sup>.

Kanaatimizce, her tıbbi müdahale kendi içerisinde türüne, amaç ve yöntemine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesi, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin niteliğine göre vekalet veya istisna sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.

---

<sup>260</sup> Profesyonel hizmet edimlerini konu alan vekaletlerde ivaz ön plana çıkmaktadır. İsviçre Federal mahkemesi de, profesyonel olarak icra edilen meslekler (avukatlık veya hekimlik gibi) bakımından vekaletin ücretli olduğunu kabul etmektedir. Söz konusu kimseler ücret karşılığında mesleklerini ifa edip, hizmet sunmaktadır. Bu nedenle adı geçen mesleklerin bürolarına giden kimselerin, talep ettiği işin veya hizmetin ifasının ücret karşılığında olduğunu bildikleri varsayılır (BAŞPINAR, s. 84).

<sup>261</sup> ÖZKAN, s. 70. Vekilin ücret isteme hakkına ilişkin 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu 28. maddesi 2. fıkraya göre tabip odaları, tabip ve dış tabibi tedavi ücretlerini en az miktarlarını gösteren tarifeleri düzenleyebilir.

<sup>262</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 36.

<sup>263</sup> TAŞDEMİR, s. 77.

<sup>264</sup> ÖZAY, s. 20.

<sup>265</sup> HATIRNAZ, Gültezar: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 32.

### 3. Küçük Adına Yapılan Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Anne babanın veya küçüğü temsile yetkili kişinin, hekimle yaptığı tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin, üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu belirtilmiştir<sup>266</sup>.

Borçlar Kanunu 111. maddesinde düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmeyi incelediğimizde, borç ilişkisi doğduğu anda üçüncü kişiyi kapsamına almakta fakat bu üçüncü kişi, borç ilişkisinin bir tarafını, taraf olmaktan çıkartarak onun yerine geçmemektedir<sup>267</sup>.

Anne baba bu durumda çocuğun tedavisi için hekime müracaat edince, sözleşme, anne baba ve hekim arasında çocuk lehine gerçekleşmektedir. Küçüklerin tedavilerinde hekim, anne, baba ve küçük arasında üçlü bir ilişki söz konusudur. Küçük sözleşmeden yararlanan konumundadır. Bu sözleşmelerde üçüncü kişi lehine hüküm koydurtan tarafa “vaat ettiren” (anne baba), üçüncü kişiye ifada bulunmayı taahhüt eden tarafa “vadeden” (hekim) ve kendisine ifada bulunacak kişiye “lehdar” (çocuk) denilmektedir<sup>268</sup>.

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde küçük, sözleşmeden kaynaklanan edimi, borçludan talep etme hakkına sahip olabilir veya olmayabilir. Küçüğün ifayı bizzat isteyemediği, kendisine ifada bulunulmasını sadece anne veya babasının isteyebileceği sözleşmelere, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme denilmektedir. Buna karşılık ifayı lehdar da borçludan isteyebileceyse üçüncü kişi yararına tam sözleşme denilmektedir<sup>269</sup>. Bu durumda tedavi sözleşmesinde, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmaması ayırımına dayalı olarak, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı yapılmaktadır<sup>270</sup>.

Eğer çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse hekimin, tedavi sözleşmesinden doğan borcunu talep hakkı, anne babaya ya da kanuni temsilciye aittir. Bu durumda çocuğun isteme yetkisi olmadığından hareketle, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin

<sup>266</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 71.

<sup>267</sup> OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 818.

<sup>268</sup> BÜYÜKAY, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, s. 65; OĞUZMAN, s. 819-820.

<sup>269</sup> OĞUZMAN, s. 821.

<sup>270</sup> BÜYÜKAY, s. 66.

varlığı kabul edilmektedir. Tıp bilimi kurallarına uygun tıbbi müdahalenin çocuğa yapılmasını hekimden talep hakkı, anne babaya aittir. Çocuk küçük ise, yapılacak edimin lehdarı, yani yapılacak ifanın muhatabı konumundadır. Çocuk bir alacak hakkı kazanmaz. Sadece kendisine yapılacak ifayı kabule yetkilidir. Bu durumda tedavi sözleşmesinden doğan alacak hakkı, anne ve babaya ait olduğu gibi, hekime ödenecek ücretin borçlusu da yine sözleşmenin tarafı olan anne ve babadır<sup>271</sup>.

Tedavi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda küçük zarara uğramışsa, anne baba ya da kanuni temsilci BK. 96 vd. hükümler çerçevesinde hekimden tazminat talep edebilir<sup>272</sup>. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde; sözleşmenin ihlali söz konusu ise, lehdar uğradığı zararın tazminini vaat edenden talep etme yetkisine sahip değildir. Bir alacak hakkına sahip olmadığı için alacak üzerinde tasarruf etmesi de mümkün değildir<sup>273</sup>. Bu durumda temyiz kudretine sahip olmayan küçüğün sözleşmeye dayalı olarak uğradığı zararı talep etme yetkisi yoktur. Borçlar Kanunu 41. madde hükmü çerçevesinde uğradığı zararın tazminini haksız fiil hükümlerine dayalı olarak talep edebilecektir.

Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması durumunda ise, tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişinin kendisi olmasından hareketle, bu durumda öğretilde, anne baba, hekim ve çocuk arasında tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğu ileri sürülmüştür. Böylece üçüncü kişi alacak hakkı kazanmaktadır. Bu durumda çocuk sözleşmeden doğan alacak hakkını hekimden talep edebilecektir.

Lehdar kendisine tanınmış olan alacak hakkının muhtevasına, uygun bir ifayı, vaat edenden isteme yetkisine sahiptir. Sözleşmeden doğan borcun ihlali bakımından üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerde lehdar, uğradığı zararın tazminini de vaat

---

<sup>271</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 71; “Üçüncü kişinin zararına sözleşme yasağı ilkesi çerçevesinde, üçüncü kişinin taraf olmadığı bir sözleşmeden dolayı borç altına girmesi mümkün değildir.” (OĞUZMAN, s. 826).

<sup>272</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 72; Üçüncü kişi yararına eksik sözleşmelerde, üçüncü kişinin, ifanın yapılmaması veya gecikmeli yapılması ya da ayıplı olmasından dolayı borca aykırılığa dayanarak tazminat isteyip isteyemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Üçüncü kişinin alacak hakkına sahip olmadığı için alacak üzerinde tasarruf etmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Buna karşılık üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini vaat ettiren tarafından vaat edenden istenebileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir [Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, s. 802; REİSOĞLU, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 322 (Kısaltma: Borçlar Hukuku)].

<sup>273</sup> OĞUZMAN, s. 830.

edenden Borçlar Kanunu 96. madde uyarınca talep edebilecektir<sup>274</sup>. Bu durumda hekim tarafından borcun ifası hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde de meydana gelen zararın tazminini, anne ve baba talep edebileceği gibi küçük de talep hakkına sahiptir. Örneğin çocuk yararına yapılan tedavi sözleşmesinin ifası süresince, çocuk hekimin kusuru nedeniyle felç olmuşsa, çocuk zararın tazminini hekimden talep edebileceği gibi, anne baba da bu tazminat borcunun, çocuğa ifasını hekimden talep edebilecektir. Aynı zamanda hatalı tıbbi müdahale neticesinde anne ve baba da zarar görmesi durumunda, örneğin çocuğun felç nedeniyle bakım ve eğitim masraflarının artması gibi hususların tazmini için, hekime karşı tazminat davası açabileceklerdir<sup>275</sup>.

## **B. Küçük Adına Yapılan Tedavi Sözleşmesinin Tarafları**

### **1. Teşhis ve Tedavi Hizmetini Uygulayan Taraf**

Teşhis ve tedavi sözleşmesini uygulayan taraf, tıp mesleğini yürütmeye yetkili olan hekimlerdir.

Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre “pratisyen hekimler” ve “uzman hekimler” olmak üzere iki ayrı gruba ayrılırlar. Lisans eğitime dayalı olarak tıp mesleğini icra eden hekimler pratisyen hekimlerdir. Uzmanlar ise, lisansüstü eğitim görmüş kişilerden oluşmaktadır. 5.4.1973 tarihli ve 7/6229 sayılı Tababet Tüzüğü hükümleri çerçevesinde, uzmanlık eğitimi gerçekleştirilmektedir.

Hukukumuzda kimlerin hekimlik mesleğini yürütmeye yetkili olduğu, 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Kanun ve 23.11.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu ile düzenlenmiştir. Buna göre Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi diplomasına sahi olmak, tabip odasına kayıtlı olmak, hekimlik mesleğinin icrasından geçici veya sürekli engel hali bulunmamak şartları aranmaktadır.

---

<sup>274</sup> OĞUZMAN, s. 831-832.

<sup>275</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 72.



## 2. Teşhis ve Tedavi Hizmetini Talep Eden Taraf

Teşhis ve tedavi sözleşmesinde, sağlık hizmetini talep eden hastanın bizzat kendisidir. Hastanın küçük olması durumlarında ise, anne baba veya kanuni temsilcisi küçük adına hareket edecektir. Anne baba veya kanuni temsilci, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirilmesi için hekimle sözleşme yapar.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin, bizzat sınırlı ehliyetliler tarafından yapılabilmemesi hususu öğretide tartışılmaktadır. Birinci görüş, tedavi sözleşmesine rıza göstermede Medeni Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, şahsa sıkı suretle bağlı hak kullanıldığından, sınırlı ehliyetlilerin de hekimlik sözleşmesini tek başlarına yapabilecekleri savunulmuştur<sup>276</sup>. Buna karşılık, tedavi sözleşmesinin borçlandırıcı nitelikte bir işlem olduğu, bu nedenle küçüğün, yasal temsilcisinin rızası olmadan kendi iradesiyle borç altına giremeyeceği ifade edilmiştir. Bu durumda küçük hekime karşı ücret ödeme borcu altına gireceğinden, ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendi ad ve hesabına bu sözleşmeyi yapabilmesi için yasal temsilcisinin izin veya icazet şeklinde rızasına ihtiyaç olacağı belirtilmiştir<sup>277</sup>.

Bu durumda küçüğün kendi kazancının olması halinde, tedavi sözleşmesini tek başına yapıp yapamayacağı hususu gündeme gelmektedir. Türk Medeni Kanun 359. maddesinin 2. fıkrasına göre, anne babanın, çocuğun mallarının bir bölümünü bağımsız bir meslek veya sanatla uğraşması için ona vermesi durumunda, meslek veya sanatın gerektirdiği işlemlerle sınırlı olmak koşuluyla, fiil ehliyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Böylece kendi çalışmasının ürünü olan kazancı üzerinde, kazanç miktarı ile sınırlı olmak üzere küçüğün tam fiil ehliyetine sahip olacağı belirtilmektedir. Şenocak bu durumda, ayırt etme gücüne sahip küçüğe uygulanacak tıbbi müdahalenin, iş gücünün muhafazasına ya da yeniden kazanılması amacına hizmet ettiği veya kişisel kazancı ile sınırlı olduğu sürece, sağlığı için gerekli olan tedavi sözleşmelerini, anne babanın rızası olmadan küçüğün yapabilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> AYAN, s. 58, dn. 59.

<sup>277</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 69.

<sup>278</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 70.

İkinci görüş ise, sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisi tarafından korunması amacıyla sözleşmenin kanuni temsilcisi tarafından yapılmasını uygun görmüştür<sup>279</sup>. Küçüğün rıza ehliyetinin geçerliliği hususunda doktrindeki görüşlere aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Küçük çocuklar adına gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye ilişkin tedavi sözleşmesi genellikle anne, baba veya kanuni temsilcisi ile hekim arasında gerçekleştirilmektedir. Çocuk üzerinde velayet hakkına kim sahipse sözleşmenin tarafları da bu kişilerden oluşturmaktadır.

#### **a. Anne ve babanın evli olması**

Türk Medeni Kanun 335. vd. hükümlerini incelediğimizde; velayet hakkının, anne ve baba tarafından birlikte kullanılması gerektiği düzenlenmektedir<sup>280</sup>. Evlilik birliği devam ettiği sürece velayetten doğan haklar anne baba tarafından hep birlikte kullanılmalıdır. Anne ve baba velayet hakkını birlikte kullanırken; Türk Medeni Kanunu 339. maddesinin 3. fıkrasına göre, çocuğun olgunluğu ölçüsünde hayatına yönelik kararlarda, çocuğun da fikrini almalı ve göz önünde tutmalıdır. Evlilik birliği içerisinde anne baba, hekime birlikte müracaat ettiklerinde, sözleşme anne baba ve hekim arasında gerçekleştirilmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilen bu tedavi sözleşmesinde, anne babanın bu suretle çocuğa yaptığı kazanmanın temelinde, Türk Medeni Kanunu 327. vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan anne babanın çocuğa bakım yükümlülüğü de yatmaktadır<sup>281</sup>.

Hayatın olağan akışı çerçevesinde anne ya da baba, çocuk adına, onun yararına olan ve yaşamında çok önemli nitelikte sayılmayacak kararları tek başlarına alabilirler. Çocuğun bakımı, sağlığının korunması ailenin sürekli ihtiyaçları içerisinde yer alır. Türk Medeni Kanunu 188. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerden her biri ortak yaşamın devamı süresince, ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme yetkisine

<sup>279</sup> ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku, s. 456-457; AYAN, s. 58.

<sup>280</sup> Yasada yer alan birliktelik sözcüğünden kastedilen, anne babanın çocuğu ilgilendiren her konuda, iş ve işlemlerde beraberce karar verip bu karar doğrultusunda hareket etmelerini öngörmektedir. Çocuğun bakımı, beslenmesi, gözetilmesi, korunması, eğitimi, mal edinmesi, adına her türlü hukuksal işlemler yapılması, çocuğun borç altına sokulması gibi her türlü işlemi birlikte düşünerek karar vermeleri gerekmektedir (ÖZMEN, İsmail: Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005, s. 45).

<sup>281</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 70; dn. 18.

sahiptir. Bu durumda anne ya da baba, tedavi için çocuğu hekime götürdüklerinde de durum böyledir. Anne ve babanın her biri, çocuk için tedavi sözleşmesi yaptığında, evlilik birliğini temsilen yapmış sayılmaktadır. Kural olarak anne ve babanın birlikte onayının alınmasının gerektiği durumlarda her ikisinin onayının alınması gerekli iken, basit tıbbi müdahalelerde anne ya da babadan sadece biri gelmişse, diğer tarafın onayı olup olmadığının gelen kişiye sorulması yeterlidir<sup>282</sup>.

Örneğin, bir olayda çocuğa yapılan aşı sonucunda çocuk felç olmuştur. Çocuğun ailesi, aşığı yapan hekimi dava ederek, çocuğun muayenehaneye annesiyle beraber geldiğini, dolayısıyla babasının rızasının alınmamış olması neticesinde, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun olmadığı iddia edilmiştir. Mahkeme esasen çocuğun velisi olarak hem anne, hem de babanın rızasının alınması gerektiğini fakat, hekim tarafından uygulanan rutin tıbbi müdahalelerde, aksini kabul etmesini gerektirecek veriler olmadığı müddetçe, çocukla beraber gelen kişinin, diğer velinin de onayını temsil ettiğini kabul etmenin mümkün olduğuna karar vermiştir<sup>283</sup>.

Uygulamada tıbbi müdahalenin niteliğine göre bu konuda üçlü ayrıma gidilmiştir. Basit nitelikteki tıbbi müdahalelerde yukarıda izah ettiğimiz gibi, hekim orada hazır bulunan anne ya da babanın rızasını almakla yetinebilir. Orta ağırlıktaki tıbbi müdahalelerde ise, hekimin hazır bulunan anne ya da babanın rızasını almakla birlikte, diğer velinin de tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği konusunda emin olması gerekmektedir. Buna karşılık önemli sayılabilecek nitelikteki ağır tıbbi müdahalelerde, anne ve baba birlikte hareket etmelidirler<sup>284</sup>. Bu durumda ağır ameliyatlarda anne babanın tek başına çocuğu temsil etmediği kabul edilerek, diğer eşin de rızası aranmalıdır. Örneğin çocuğun kolunun kesilmesi gerekiyorsa her ikisine de danışılmalı, aydınlatılmalı ve sorulmalıdır<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 158.

<sup>283</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 159, dn. 1.

<sup>284</sup> Eski Medeni Kanun'da anne baba çocukla ilgili herhangi bir konuda aynı fikirde olmaması halinde babanın oyunu üstünlük tanıyordu. Doktrinde bu husus eleştirilerek son sözün kocaya ait olduğunun kabulünün adil bir çözüm olmadığı belirtilmiştir. Yine velayetin anne babaya eşit olarak tanınmış bir hak olduğunu ve anne babadan her birinin aynı haklara sahip bulunduğu belirtilmiştir (KARABACAK, Aşegül: "Eşlerin Çocuk Üzerinde Velayet Hakkı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 4-5).

<sup>285</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 159; ROSENAU, Henning (Çev: Ali Kemal YILDIZ): "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.

Türk Medeni Kanunu 188. maddesinin 2. fıkrasına göre de, ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri haklı sebeplerle hakim tarafından yetkili kılınmışsa veya birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunan durumlarda, diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınmadığı takdirde diğerini temsil etme yetkisine sahiptir. Türk Medeni Kanunu ile getirilen bu düzenleme sonucu velayet hakkı, anne babanın her ikisine birden tanınmış olup, bu hususta kadın erkek eşitliği sağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 336. ile 342. maddelerinde yer alan düzenlemelerde bu yönde olup, velayetin yürütülmesinde anne babaya eşit söz hakkı tanınmıştır. Çocuğu tek başına temsil eden tarafın, iyi niyetli üçüncü kişiye karşı, eşinin de oluruyla hareket ettiği varsayılmıştır. Çekirdek bir yapı olan ailede çocukları ile ilgili her konuyu doğru analiz edecek ve onun için en iyiyi tercih edecek olan kuşkusuz anne babadır<sup>286</sup>.

#### **b. Anne ve babanın ortak hayatların sona ermesi**

Eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi durumunda, evlilik birliğini birlikte temsil yetkisi geçici olarak sona ererken, evlilik boşanma kararı ile sona erdiğinde ise temsil yetkisi tamamen sona ermektedir. Ortak hayatın sonlandırılması sonucu Türk Medeni Kanunu 336. maddesinin 2. fıkraya hükmü uyarınca; velayetin, hakim tarafından bir tarafa bırakılabileceği hüküm altına alınmıştır<sup>287</sup>. Bu durumda velayet hakkı kendisine bırakılan taraf, hekimle tedavi sözleşmesini yapabilme yetkisine sahip olabilecektir. Böylece boşanma durumunda velayet hakkına sahip olan taraf, tedavi sözleşmesinin

---

Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 53.

<sup>286</sup> *Taraflar evlilik birliğinin devamı süresinde çocuğun bakım ve denetimi hususunda olası fikir ayrılığını aşamazlarsa, hakimden uyuşmazlığın giderilmesini isteyecekler; hakim eşleri yükümlülükleri konusunda önce uyaracak, onları uzlaştırmaya çalışacak veyahut eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımı isteyecek (TMK m.195/2) ya da gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine Kanunda öngörülen önlemleri alacaktır (TMK m. 195/3).*

<sup>287</sup> Doktrinde bu hükmün yorumundan velayetin sadece bir tarafa bırakılmayacağı anlamının da çıkartılabileceği görüşü savunulmuştur. Hakime velayet hakkının kaldırıp kaldırmama hususunda takdir yetkisi tanıyan cümle “velayeti.... verebilir” tabirinden, somut durumun şartlarını göz önünde bulundurarak hakim, hukuki ayrılığa rağmen bir araya gelme imkanları bulunan ve velayet haklarını birlikte kullanma anlayışına sahip eşlerden velayeti almayıp, sadece çocuğun fiilen birlikte yaşayacağı, oturacağı anne babadan birini seçerek, çocuğu onun yanına bırakıp velayet hakkının her iki eşte kalacağı sonucun çıkarılmasının mümkün olabileceği savunulmuştur (GRASSINGER, Gülçin Elçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s. 9).

tarafı konumundadır. Bu durumda diğer eş, çocuğa karşı bakım yükümlülüğünü, mahkemenin tespit edeceği iştirak nafakası ile yerine getirecektir<sup>288</sup>.

### **c. Anne ve babanın hiç evlenmemiş olması**

Anne babanın evli olmaması halinde, velayet hakkının kime ait olduğuna ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi incelediğimizde; 337. maddede, “Anne baba evli değilse velayet anneye aittir. Anne küçük<sup>289</sup>, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir” hükmü düzenlenmiştir.

Bu durumda çocuğun velisi kural olarak annesidir. Annenin kısıtlı veya küçük olması halinde çocuğa vasi atanmışsa, annenin ergin olması ya da kısıtlılık halinin ortadan kalkması durumunda doğrudan velayet hakkı anneye geçecektir. Bunun tam tersi annenin kısıtlı olması durumunda, vasi atanmadan velayet hakkı babaya verilmişse, annenin ergin olması ya da kısıtlılığının ortadan kalkması durumunda velayet kendiliğinden anneye geçmeyecektir. Dikkat edilecek diğer bir husus da annenin ölmesi halinde velayetin otomatik olarak babaya geçmemesidir. Velayet hakkı çocuğun menfaati doğrultusunda, hukuken soybağı<sup>290</sup> kurulmuş babaya hakim tarafından verilebilir.

## **II. TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDE KÜÇÜĞÜN RIZASININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE VELAYET HAKKI**

### **A. Küçüğün Rıza Ehliyet Yaşının Belirlenmesi**

#### **1. Genel Olarak**

Küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verme ehliyetine sahip olup olmadığının tespitinde yaş unsuru, kişilik gelişimi ve temyiz kudreti önemli bir yere

---

<sup>288</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 71.

<sup>289</sup> Annenin küçük sayılması için çocuğun doğum anında ergin olmaması gerekli ve yeterlidir (GRASSINGER, s. 13, dn. 8).

<sup>290</sup> Soybağı babaya karşı babalığa hüküm (TMK. m.301) ya da tanıma (TMK. m.295) yoluyla hukuken tesis edilir.

sahiptir<sup>291</sup>. Yaş küçüklüğünün tanımı veya yaş açısından hangi ölçütlere uyan kişinin rıza vermeye ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda birçok görüş bulunmaktadır.

Medeni hukukta, tam ehliyetli kişilerin<sup>292</sup> her türlü tıbbi müdahaleye tek başlarına<sup>293</sup> rıza gösterebilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Küçük hastaların ise, yaşının küçüklüğü nedeniyle kendilerine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinin olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Birçok hukuk düzeninde olduğu gibi hukukumuzda da, küçüklerin kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza verme ehliyeti konusu önemli bir yere sahiptir.

Türk Medeni Kanunu'nun 9. madde hükmüne göre, ilke olarak sadece fiil ehliyetine sahip kişilerin geçerli rızasının varlığından söz edilmektedir. Bu durumda tam ehliyetlerinin ve sınırlı ehliyetlilerinin rızasının geçerliliği konusunda şüphe yoktur. Sorun sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler yönünden karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Küçüğün Rızada Bulunmaya Ehil Olması

Küçük yaştaki hastaların rıza vermeye ehil olup olmadıklarını incelemek için öncelikle bir ayırımın yapılması gerekmektedir. Tıbbi müdahalelerde alınacak rızanın geçerliliğini, temyiz kudretine haiz olan ve olmayan küçükler olmak üzere ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

Temyiz kudretine haiz olmayan küçükler için tıbbi müdahalelerde, küçüğün yasal temsilcisinin rızası gereklidir. Bu kişiler iradelerini bildirmeye ehil olmadıkları için anne baba veya kanuni temsilci hekime karşı, küçük adına tasarrufla bulunabilecektir<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 82.

<sup>292</sup> Kısıtlı olmayan, temyiz kudretine haiz ve reşit kişiler.

<sup>293</sup> 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da evli kişiler bakımından gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon müdahaleleri öncesinde eşin onamının da gerektiği ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (m.6/2). Söz konusu düzenlemeye paralel bir düzenleme de, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer almakta olup, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için evli kimselerde eşin onamının da gerektiği hükme bağlanmıştır (m.13).

<sup>294</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 133-135.

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrası, temyiz kudretine haiz küçüklerin kişiye sıkı suretli bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymaksızın tek başına kullanabileceklerini düzenlemiştir. Bu hükümle, ayırt etme gücüne sahip küçüğün, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından, tam ehliyetli olduğu kabul edilmektedir. Bu hakların tam olarak neler olduğu açıkça maddede belirtilmemiştir. Bu boşluğun doldurulması öğretisi, Yargıtay içtihatları ve özel hükümlerle sağlanmaktadır<sup>295</sup>.

Bu haklar esas itibari ile temsil yoluyla kullanılmaya elverişli değildir. Medeni hukukta kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, mutlak anlamda ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar şeklinde tasnifi yapılmaktadır.

Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibi tarafından bizzat kullanılmalıdır. Örneğin nişanın bozulması, evlenme, miras bırakan sıfatı ile miras sözleşmesi yapma gibi. Buna karşılık nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, ayırt etme gücüne sahip olmama durumunda temsile imkân sağlamaktadır. Bu durumda küçük kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları, ayırt etme gücüne sahip ise bizzat kendisi kullanmakta, ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilcisi aracılığıyla bu hakları kullanılabilmektedir.

Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biri de, kişilik değerlerinden olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rızadır. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rızanın, bizzat yasal temsilcisi tarafından verilmesi mümkün olmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olması halinde bu rızanın kim tarafından alınması gerektiği hususunda ise tartışmalar yaşanmaktadır.

### **3. Küçüğün Yaşının Yeterliliği**

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinde, ergenliğin onsekiz yaşın doldurulması ile başladığı düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeye incelediğimizde, onsekiz yaş sınırı ergenlik açısından önemli bir sınır kabul edilmektedir. Bu durum tıbbi müdahaleye yönelik rıza verme ehliyetinin tespitinde de gözetilmektedir. Türk Medeni

---

<sup>295</sup> ÖZKAN, s. 73.

Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında, evlenmenin, kişiyi ergin kıldığı ve ilgili kanunun 12. maddesinde de, on beş yaşını dolduran küçüklerin, kendi isteğiyle ve velisinin rızası ile ergin kılınabileceği düzenlenmiştir. İlgili yasal düzenlemelerle onsekiz yaşın, rıza açısından mutlak ve kesin sınır olmadığı görülmektedir. Birçok ülkede, onsekiz yaşından küçük olmakla birlikte, sosyal yaşamında ekonomik bağımsızlığını kazanıp kendi başlarına yaşayan, evli ya da askerde olanlar veyahut da hamile ya da çocuğu olan kişiler, kendi başlarına hekime başvurabilmektedir<sup>296</sup>. Hukuk sistemimizi incelediğimizde, çocuğun evlenme veya mahkeme kararı ile reşit olması durumunda, velayet söz konusu olmayacağından, bu kişilere yapılacak tıbbi müdahalelerde kendilerinin rızası gerekli ve yeterli olacaktır<sup>297</sup>.

Küçükler açısından dikkat edilmesi gerekli bir diğer nokta, ailesine bağımlı olarak yaşayan ve makul kararlar verebilecek durumdaki onsekiz yaş altı küçüklerin, rıza ehliyetinin olup olmadığı konusudur. Bu kapsamda küçük için yararlı sonuçlar verecek, düşük riskli ve standart nitelikteki tıbbi müdahalelerde, küçüğün rızasının geçerli kabul edildiği uygulamalar mevcuttur<sup>298</sup>.

Farklı hukuk sistemlerinde rıza ehliyeti açısından yaş sınırının belirlenmesinde daha net hukuksal düzenlemelerin bulunduğu aktarılmaktadır<sup>299</sup>. Örneğin Kanada'nın Quebec eyaletinde, tıbbi müdahaleler açısından rıza gösterme yaşı alt sınırı olarak 14 yaşın kabul edildiği ifade edilmektedir. İngiltere'de 16 yaş üzeri çocuklarda, anne babanın rızası alınmaksızın tıbbi müdahale uygulanabilmektedir. ABD' de ise, 18 yaşına yakın çocuklara tıbbi müdahaleye rıza vermek ve hatta çocuk aldırma konusunda her geçen gün daha fazla hak tanınmaktadır<sup>300</sup>. Yine birçok Amerikan eyaletinde, küçüğün, kendisinin rızası ile tedavi edilebilecek belirli tıbbi müdahaleler yasalarca düzenlenmiştir. Örneğin ilaç bağımlılığı, cinsel bulaşıcı hastalıklar, gebe olanlara tıbbi tedavi, doğum kontrolü gibi durumlarda küçüğün kendisinin rızasının yeterli olduğu yönünde düzenlemeler mevcuttur<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> AYDIN, Erdem: "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y. 2003, S. 2, C. 46, s. 150.

<sup>297</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 133-135.

<sup>298</sup> IŞIK ÖZCAN, s. 84.

<sup>299</sup> REİSOĞLU, Hekim, s. 5.

<sup>300</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 154.

<sup>301</sup> AYDIN,E., s. 150.



Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında ise, mutlak olmamakla birlikte, yedi yaşından küçüklerin onam verme ehliyetinin hiçbir durumda var olduğunun kabul edilmeyeceği, yedi yaşından büyüklerin ise, somut olaya göre, karar verme ehliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>302</sup>.

Türk Medeni Kanunu 16. maddesinde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat kullanabileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusu öğretilde tartışmalıdır. Bu hususta ortaya çıkan üç görüş şu şekildedir. İlki tıbbi müdahale için yasal temsilcisinin rızasını şart koşmakla beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiğidir. İkinci olarak, yasal temsilci ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte aramaktadır. Son görüş ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rızasını yeterli sayılmaktadır.

**a. Yasal temsilcisinin rızasının geçerliliği ve küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş**

1219 Sayılı Kanunu'nun 70. maddesinin 1. fıkrasına göre, “tabipler, dış tabipleri ve dişçiler... hasta küçük ve tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvele mirde muvafakatini alırlar.”

Benzer bir hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Hastanın rızası ve izin” başlığını taşıyan 24. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, “Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır.”

Bu görüşün yasal dayanağı, hasta küçük ve kısıtlı ise yasal temsilcisinin izninin alınması gerektiği yönünde, 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinde yer alan düzenlemelerin olmasıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre de, “Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.”

---

<sup>302</sup> ERMAN, s. 81, dn. 9.

Yukarıdaki yasal düzenlemeleri incelediğimizde, küçük hastaya yapılacak tıbbi müdahalelerde asıl olanın yasal temsilcisinin rızasının alınması gerektiğidir. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliğinin 26. maddesindeki düzenleme ile imkan dahilinde küçüğün bu hususta dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması öngörülmüştür. Hükümde sadece dinlemeden söz edildiğine göre, hekim küçüğün beyanı ile bağlı değildir. Bu konuda son sözü söyleyecek olan yasal temsilcisidir<sup>303</sup>. Küçüğün istekleri gözetilerek, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılması ve rızasının alınmasının ise, küçüğün bilme hakkından kaynaklandığı ileri sürülmüştür<sup>304</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde temyiz kudretine sahip küçüklerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında fiil ehliyetlerinin tam olduğu düzenlenmiştir. Tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, velinin veya vasinin izni olmadan gösterilememektedir. Öğretide, Medeni Kanun 16. maddesinin 2. fıkrasında kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kanuni temsilcisinin iznine bağlı kalmaksızın kullanılabilmesi belirtilmişse de, bedeni üzerindeki müdahaleye küçüğün razı olması durumunun ayrı tutulması gerektiği savunulmuştur. Bir küçük temyiz kudretine sahip olsa da beden bütünlüğü üzerinde tek başına işlem yapmamalıdır. Ayrıca kanuni temsilcisinin ısrarla karşı koymasına rağmen, beden bütünlüğüne yapılan ve zararlı sonuçlar doğurma olasılığı bulunan girişimlere tek başına rıza göstermemelidir<sup>305</sup>. 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesi de yer alan düzenlemenin de bu görüşü desteklediği ifade edilmiştir.

Bu görüş ve dayanağı düzenlemeler eleştirilerek, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe tam fiil ehliyetinin tanınması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak, kişinin kendi kişiliğini yakından ilgilendiren işlerde bizzat karar verebilme, sorumluluğunu üstüne alabilme ve kendi kendini koruyabilme özgürlüğünden bahsedilmektedir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ilginin kişilik yapısına dayanmaktadır. Kişilik değeri olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza, hak sahibin kişiliğiyle sıkı bir bağlantı içersindedir. Sonuçta vücut ve sağlık

---

<sup>303</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 98.

<sup>304</sup> BORAN, s. 87.

<sup>305</sup> ZEVLİLER, Tedavi, s. 20; ÇİLİNGİROĞLU, s. 55-56.

üzerindeki müdahaleler, kişinin yaşam ve geleceğini ilgilendiren önemli etkilere sahiptir. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rızasının tamamıyla, yasal temsilcisinin tasarrufuna bırakılmasının düşünülmemesi gerektiği savunulmuştur<sup>306</sup>.

#### **b. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rızasının yeterli olduğu görüşü**

Kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkına dahil olması nedeniyle mutlak bir haktır. Bu nedenle kişinin rızası olmadan bunlara yapılacak herhangi bir müdahale söz konusu olmamalıdır. Hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ilk şart, tedaviye rıza gösterilmesidir<sup>307</sup>. Tedaviye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için kural olarak, sınırlı ehliyetsiz de olsa, bizzat tedavi edilecek kişi tarafından açıklanması gerekmektedir<sup>308</sup>.

Temyiz kudretine haiz olduğu halde, küçüğün, tıbbi müdahaleye yönelik rıza konusundaki tasarrufun tamamen yasal temsilciye bırakılması, kişinin geleceğini belirleme hakkının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Şenocak' a göre, ayırt etme gücüne haiz küçüğe doğrudan doğruya tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale söz konusu olduğu sürece, bu hakkı bizzat kullanabilmelidir. Bu hakkın kullanımında, küçüğün korunması için yasal temsilcisinin rızasının aranmasının gereksiz bir tedbir olduğunu savunmuştur<sup>309</sup>.

Velayetin asıl amacı, anne babanın çocuğun hak ve özgürlüklerini algılayabilmesi ve kullanabilmesi için, ona kendi bağımsız kişiliğinin gelişimini sağlamasıdır. Bu durum aynı zamanda velayetin kapsam ve sınırlarını belirlemektedir. Çocuk olgunlaştıkça velayetin bu esnek yapısı daralmaktadır. Tıbbi müdahaleye rıza

---

<sup>306</sup> Küçüğün yaşamı açısından önem taşıyan işleri ve işlemleri, küçüğün rızası sağlanmadan en azından iç ilişkide görüşü alınarak gönüllü katılımı sağlanmadan velinin tek başına rızasının sakıncalıdır. Yeni MK 339/III anne babaya çocuğun görüşünün alınması görevi yüklenmişse de bu yetersizdir (SEROZAN, s. 279; ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 74-75).

<sup>307</sup> Yargıtay 4. HD, T. 7.3.1977, E. 6296, K. 548, "Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir."

<sup>308</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 98.

<sup>309</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 80.

konusu da, velayetin esnek kapsamını daraltan durumlardan biridir. Çocuğun tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olması durumunda, anne babanın velayet hakkının geri çekilmelidir<sup>310</sup>. Küçüğün karar verme özgürlüğü ile onun korunma ihtiyacı arasındaki dengenin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Hekimin uygulamayı düşündüğü tıbbi müdahalenin niteliğine göre sadece küçüğün rızasının alınmasının yeterli sayılabileceği belirtilmiştir. Küçüğün içinde bulunduğu durumu anlayabilme yeteneği, konu ile ilgili bilgileri kullanabilmesi ve nedenleriyle beraber seçim yapabilmesi, karar verme kapasitesini gösterir. Yaş, mevkii, zihinsel durum karardaki riskin özelliği ve derecesiyle bağlantılı olarak bu durum değişebilmektedir. Küçük tıbbi müdahalenin doğuracağı sonuçları değerlendirebilecek yaşta ise rızası yeterli olmalıdır<sup>311</sup>.

Küçüğün tedaviye ilişkin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit yükümlülüğü, bizzat tedavi ilişkisi içerisinde olan hekime aittir. Ayırt etme gücünün tespitinde hekimin değerlendirmesi gereken husus, sağlık sorunlarında kendi menfaatini gözetip gözetmediğidir. Bu durumda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, küçüğün verilen bilgileri anlayıp anlamadığı, bu bilgileri kendi değer yargıları açısından değerlendirip değerlendirmedeği ve davranışlarından edindiği kanaate göre belirleyip belirlemediği hususları önem kazanmaktadır<sup>312</sup>. Hekimin küçüğün ayırt etme gücünün varlığından emin olmadığı takdirde, bu durumu netleştirenceye kadar tıbbi müdahaleyi ertelemesi mümkün ise, erteleme kararı yerinde olacaktır. Bununla birlikte hekim tarafından küçüğe ne kadar bilgi verilebileceği de önemlidir. Küçüğün psikolojik durumu göz önünde bulundurularak aydınlatılmalıdır. Tüm bu belirlemelerde, ne

---

<sup>310</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 76-77.

<sup>311</sup> GÜZELDEMİR, M. Erdal: "Hasta Bilgilendirmenin Önemi", Sendrom Tıp Dergisi, Mayıs 2005, s. 18.

<sup>312</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 78; Yeterlilik çeşitleri, yasal yeterlilik, klinik yeterlilik ve etik komitelerce değerlendirilen yeterlilik olarak değerlendirilmektedir. Yasal yeterlilik, hasta tedavisinin risklerini, yararlarını ve alternatif tedavi şekillerini makul ve mantıklı bir şekilde anlamış olmalıdır. Klinik yeterlilik, hastanın kapasitesini gözlemiş olan bir klinisyen tarafından, hastaların tercihlerinin makul olup olmamasına göre belirlenmektedir. Etik komiteler tarafından değerlendirilen yeterlilik ise, iletişim kurma bilgiyi anlama ve sonuç çıkarma yeteneği olarak tanımlanmaktadır (Bkz. GÜZELDEMİR, M. Erdal, s. 14).

medeni hukukun gösterdiği “borç altına girme ehliyeti” aranmalı, ne de ceza ehliyetinin katı bir sınır olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>313</sup>.

**c. Yasal temsilci ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının birlikte aramasını gerektiğini savunan görüş**

Türk hukukunda rıza, 1219 Sayılı Kanun’un 70. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterme yetkisi yasal temsilciye tanınmıştır. Bu hükmün, Medeni Kanun’un 16. maddesi ile birlikte yorumlanması gerektiği ve yasal temsilci ile temyiz kudretine sahip küçüğün rızalarının birlikte aranması gerektiği savunulmuştur<sup>314</sup>.

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<sup>315</sup>. Kanuni temsilcileri, küçüğün menfaatlerini korumakla yükümlü olup, sadece tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirilmekle, küçüğün kişilik haklarının korunmayacağı savunulmuştur<sup>316</sup>.

“Kişiyi 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<sup>317</sup>.”

Küçüğün rıza yeteneği olsa dahi, her tıbbi müdahale kendi içerisinde ufak da olsa risk taşıdığından, anne ve babanın rızasının almasında yarar vardır. Bu durumda

<sup>313</sup> ERMAN, s. 82; İsviçre öğretisinde, küçüğün temyiz kudreti ile müdahalenin ağırlığı arasında bir dengenin kurulması ve müdahalenin ağırlaşmasına paralel olarak daha yüksek bir yaşın sınır kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Bkz. ÖZEL Çağla/ÖZCAN Burcu: “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, Y. 2007, S. 1, C. 10, s. 50-71).

<sup>314</sup> ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s. 116.

<sup>315</sup> ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 117.

<sup>316</sup> BÜYÜKAY, s. 64.

<sup>317</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 75.

anne babayı karar verme sürecinde tamamen dışlamamak gerekmektedir<sup>318</sup>. Örneğin sekiz yaşındaki bir çocuğun gece işememesi için alarm sistemini kullanmada, dokuz yaşındaki bir çocuğun dikkat bozukluğunu kontrol etmek için psikotropik ilaç kullanmada ya da on beş yaşında ciddi akne tedavisi için uzun süre antibiyotik kullanımında hekimin veli ile işbirliği içerisinde olması kaçınılmazdır<sup>319</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesini incelediğimizde de, velinin bir taraftan çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulamaları, diğer taraftan ise, olgunluğu ölçütünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmaları ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncelerine de değer vermeleri gerekmektedir.

Velilerin sahip oldukları velayet hakkı, küçüklerin fiziksel ve psikolojik gelişimini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde, hem bir hak hem de bir görev olarak ortaya çıkan bu durumun, ikili bir yapı gösterdiği belirtilmiştir. Velilerin tıbbi endikasyonu bulunan, küçüğün yararına bir tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, yalnız bir hak değil aynı zamanda yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kişiye sıkı suretle bağlı hak kapsamında yer alan tıbbi müdahaleye rıza da, tasarruf hakkını kişinin kendisinin kullanması gerekli iken küçüğe yönelik tıbbi müdahalelerde rızanın verilmesinde istisnai olarak yasal temsilcinin de rol alması gerekmektedir<sup>320</sup>.

Bu görüşün haklılığını değerlendirmede esas alınması gerekenin, küçüğün korunması açısından yasal temsilcisinin rızasının alınmasına ihtiyaç olup olmadığıdır. Küçüğün tıbbi müdahaleye rıza konusunda temyiz kudretine ehil olması, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunu ifade etmektedir<sup>321</sup>. Netice de ayırt etme gücüne sahip küçüğün, kişilik ve ruh bütünlüğü üzerinde karar verme özgürlüğünü

---

<sup>318</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 158.

<sup>319</sup> ERSOY, Nermin: "Aydınlatılmış Onam", Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ÖNCEL, Özhan/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 220-221.

<sup>320</sup> ERMAN, s. 86.

<sup>321</sup> Rıza ehliyetini sağlayan olgunluk düzeyi, hukuk dışı bir kavramdır ve biyoloji, gelişim psikolojisi ve sosyolojinin ölçütlerine göre saptanması gerekmektedir. Belirleyici olan, küçüğün söz konusu müdahalenin anlam ve kapsamını özgürce değerlendirebilecek ruhsal ve toplumsal gelişim düzeyine, olgunluğa ulaşmış olmasıdır. Bu görüş Alman öğretisinde de doğal olgunluk olarak adlandırılmaktadır (ERMAN, s. 83).

kullanabileceği kabul edildikten sonra, korunması amacıyla bu hakkın kullanımı yasal temsilcisinin rızasına bağlı tutmanın yersiz olduğu yönünde bu görüş eleştirilmiştir<sup>322</sup>.

Anne ve babanın rıza sürecine dahil edilmesi ideal olarak savunulabilir, fakat töre cinayetinin yaygın olduğu yörelerde, gayrimeşru çocuğunu aldırma isteyen 16 yaşındaki bir kızın ailesinden rıza alınması büyük facialara yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür hallerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını yeterli kabul etmek gereklidir. Bu durumda hekimin sır saklama yükümlüğü karşısında, rıza açısından hukuk düzeninin aradığı şartlardan vazgeçmesi de mümkündür<sup>323</sup>.

Bunun yanı sıra tedaviyi öneren ve uygulayacak olan, mesleki bilgi ve donanımına sahip, tıp biliminin bilinen ve genel kabul gören kurallarına göre hareket etmekle yükümlü hekimdir. Bu durumda önerilen tedaviye rıza hususunda küçüğün özel bir korunmaya ihtiyacı yoktur. Buna karşıt görüş ise, tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimin seçiminde ve tedavi için diğer hekimlere müracaatının gerekip gerekmeyeceği hususunda, küçüğün korunma ihtiyacının olduğu belirtilmiştir<sup>324</sup>. Bu nedenle yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rıza vermeye ehil olması, onun tek başına borç doğuran tedavi sözleşmesini de yapabileceği anlamına gelmemektedir. Tedavi sözleşmesini anne baba velayet hakkı kapsamında bizzat sözleşmenin tarafı olarak yapabilir veyahut küçüğün yaptığı sözleşmeye yasal temsilci sıfatı ile izin veya icazet verir. Dolayısıyla anne baba sözleşmenin tarafı olarak veya yasal temsilci sıfatıyla çocuğun yararını gözeterek sözleşmeye izin ve icazetini verme suretiyle hekimin tespitinde etkin rol oynayacaktır. Ayrıca tedavi sürecinde başka hekime ihtiyaç duyulması halinde de Borçlar Kanunu 396. madde çerçevesinde tedavi sözleşmesini sona erdirme hakkına veli ya da kanuni temsilcisi sahip olduğundan, bu konuda söz söyleme hakkını da kaybetmemektedir<sup>325</sup>.

---

<sup>322</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 76.

<sup>323</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 158.

<sup>324</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 77.

<sup>325</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 77.

Küçüğün geçerli rıza gösterebilme ölçütünün tespitinde, beden bütünlüğüne dokunan müdahaleyi, kendisine yeterli aydınlatmada bulunulduğunda, kavrama ve bunun hakkında karar verme yetisinin gelişmiş olup olmadığına bakılmalıdır. Tıbbi müdahale hakkında verilen bilginin, küçüğün rıza vermesine yetip yetmeyeceğine göre de anne ve babanın rızası aranabilmelidir<sup>326</sup>.

Kanaatimizce, tıbbi müdahale için alınması gerekli olan rıza, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Kişinin rıza gösterdiği müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarının kalıcılığı açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Basit ve ciddi sonuçlar doğurmayan nitelikteki tıbbi müdahaleye rızayı tek başına gösterebilmelidir. Ancak daha karmaşık ve kalıcı sonuçlar doğuracak düzeydeki tıbbi müdahalelerde ise rıza ehliyeti yaşı yükseltilmelidir. Bu durumda küçüğün velisi veya yasal temsilcisi ile birlikte hareket etmesi, kendisi açısından da daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır.

## **B. Velayet veya Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması**

### **1. Velayet veya Temsil Yetkisinin Kapsamı**

Velayet hakkı, anne ve babanın kişi varlığı haklarından olup; kanun koyucu, bu hakkın kapsamını düzenlemenin yanında, bu hakkı kullanırken sınırsız bir yetki de tanımamıştır<sup>327</sup>. Anne ve babanın bu hakkı kullanırlarken, uymaları gereken kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İlk olarak velayet kavramını baktığımızda; Türk Medeni Kanunu'nda açıkça tanıma yer verilmediği görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinde genel olarak velâyetin kapsamı düzenlenmektedir. Bu madde dikkate alınarak yapılan tanıma göre; velayet, ana babanın prensipte ergin olmayan çocuklarıyla ilgili kanunen gerekli kararları alma yetkisi şeklinde ifade edilmektedir<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> ERMAN, s. 82.

<sup>327</sup> ÇELİK, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", AÜHFD, C. 54, S. 1, s. 261.

<sup>328</sup> İMAMOĞLU, S. Hülya: "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", AÜHFD 2005, C. 54, S. 1, s. 166.



Anne ve baba, temsil yetkisini yerine getirirken Türk Medeni Kanunu 339. madde çerçevesinde hareket edecektir. Velayet, ana babanın çocuğa ilişkin sorumluluklarının ve yetkilerinin tümünü kapsamaktadır. Çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması gibi hususlar bu hakkın hukuki temelini oluşturmaktadır<sup>329</sup>.

Türk Medeni Kanunu 339. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca; çocuk, hakimiyet yetkisine sahip olan anne ve babanın sözünü dinlemekle yükümlü tutulmuştur. Anne ve babanın sahip olduğu bu egemenlik yetkisi sınırsız değildir. Çocuk temsil edilirken, onun yararının ve menfaatinin ön planda bulundurmaya yükümlüdürler. Türk Medeni Kanunu 339. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, çocuğun olgunluğu ve idrak yeteneği ölçüsünde fikrini alarak hareket etmek zorundadırlar. Anne ve babanın çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanınmalıdır. Önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesinin göz önünde tutması gerekmektedir<sup>330</sup>. Ancak, çocuğun kendi fikrini oluşturma bilinci ve zeka olgunluğuna sahip olmaması durumunda ya da buna sahip olmasına rağmen genel olarak işin mahiyeti ile ilgili isabetli bir öngörüye haiz değilse, çocuk adına yapılan işlemlerde çocuğun iradesi önem taşımayacaktır<sup>331</sup>. Bu husus, velayetin değişen içeriğini ve işlevini ortaya koymaktadır. Çocuğun olgunlaşmasıyla velayetin içeriği, çocukla ilgili gerekli kararları alma yetkisinden salt gözetim ve denetim yetkisine dönüşmektedir. Olgunlaştıkça bağımsızlığını ve kendisi hakkında serbestçe karar verebilme ehliyetini kazanan çocuk açısından sonunda, ana babanın velayetine de gerek kalmayacaktır<sup>332</sup>.

Türk Medeni Kanunu 342. maddesinin 1. fıkrası hükmü çerçevesinde, velayet hakkına haiz olan anne baba, çocuğun üçüncü kişilerle olan işlemlerinde onun yasal

---

<sup>329</sup> İMAMOĞLU, s. 166.

<sup>330</sup> Kanun, çocuğun düşüncesinin alınmasında “*olgunluğu ölçüsünde ve olabildiğince*” unsurunu getirmiştir. Buna göre çocuğun özellikle yaşı, ayırt etme gücü, karar verebilme ve düşüncesini açıklayabilme, oyunu belirleyebilme düzeyi gibi unsurlar göz önünde tutulacaktır. [Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet; Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 126 (Kısaltma: Medeni Kanun)].

<sup>331</sup> GRASSINGER, s. 40.

<sup>332</sup> İMAMOĞLU, s. 167-168.

temsilcisidir. Kısaca veli, kendisine tanınan hak kapsamında, kanuni sınırlar içinde kalmak koşuluyla, çocukla ilgili tüm işlemlerde yasal temsilcidir<sup>333</sup>.

Velinin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin neticesinin temsil olunan çocuğu bağlayabilmesi için aranan koşul, yapılan işlemin çocuğun menfaatlerine uygun olmasıdır. Çocuğun yararı, en üstün ilke olarak velayetin kapsamına hakim olup; velayetin yürütülmesinde yönlendirici temel düşüncedir<sup>334</sup>. Aksi takdirde temsil yetkisinin kötüye kullanılması sonucu diğer uygulama koşulları gerçekleştiği takdirde, Türk Medeni Kanunu 336. madde vd. hükümler kapsamında koruma tedbirlerine müracaat edilecektir<sup>335</sup>.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında; veli, temsil hak ve yetkisinin kullanırken küçüğün kişilik haklarına saygı göstererek hareket etmelidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de, taraf devletlerin, sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda, çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana ve babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa, uzak aile ve topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterecekleri belirtilmektedir.

Bu yasal düzenlemeler kapsamında anne baba veya yasal temsilcisi temsil yetkisini kullanırken, çocuğun hak ve fiil özgürlüklerini, manevi değerlerini, onurunu, yaşam ve bedensel bütünlüğünü, sağlığını, iktisadi geleceğini dikkate almalıdır<sup>336</sup>.

## **2. Çocuğun Menfaati**

Çocuğun menfaati kavramı hukuki düzenlemelerde farklı isimlerde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde çocuğun yüksek yararı olarak kullanılırken, Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin

---

<sup>333</sup> Temsil yetkisinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GRASSINGER, s. 40-45.

<sup>334</sup> İMAMOĞLU, s. 168.

<sup>335</sup> GRASSINGER, s. 46-47.

<sup>336</sup> GRASSINGER, s. 47.

b bendinde çocuğun yarar ve esenliği, Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinde küçüğün yararı şeklinde düzenlenmiştir<sup>337</sup>.

Çocuğun menfaatinden anlaşılması gereken, çocuğun yetişkin biri olması halinde kendisini ilgilendiren bir olayda kendi yararı için nasıl bir karar verecekse, çocuk için karar verme konumundaki kişinin de aynı yönde karar vermesidir<sup>338</sup>. Çocuğun yaşı gereği öngöremediği, kendi yararı için çözüm kabul edilebilecek iradenin, anne baba ya da yasal temsilci tarafından dile getirilip, küçüğün korunması sağlanmalıdır.

Çocuğun yararı ilkesi uyarınca, her durumda çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal yönden optimal gelişimini sağlayıcı şartların, iyi teşekkül ettirilmesi gerekmektedir. Burada amaçlanın, çocuğun, kendi kişisel kararlarına göre yaşaması ve topluma uyum ehliyetinin kazandırılması olduğu ifade edilmiştir<sup>339</sup>.

Uluslararası anlaşmalarda da çocuğun menfaatinin dikkate alınması gereken en üst ilke olduğu belirtilerek, çocukla ilgili bütün olaylarda onun yüksek çıkarı, menfaatinin mutlaka gözetilmesi gerekliliğinden söz edilmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesinde, çocuğun özel olarak korunacağı, yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve saygınlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklardan yararlanacağı ve bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun çıkarlarının ön planda yer alması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre ise, "Kamusal ya da özel yardım kuruluşları, mahkemeler, idari

---

<sup>337</sup> Türk Medeni Kanunu 339. maddeye karşılık gelen kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun Art.301 hükmünde "çocuğun yararı (Kindeswohl)" terimi kullanılmıştır. Türk kanun koyucusunun neden "çocuğun menfaati" terimini tercih ettiğine ilişkin olarak gerekçede açıklık yoktur. Bu hususta bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 (Ankara 2001), Birleşim 11-12, S Sayısı 723, s.127. İsviçre hukukunda velayetin amaca bağlılığını Kanun'da daha açık ifade etmek üzere, 1976 revizyonu esnasında Art.301 hükmü ile ana babanın, çocuğun bakımını ve eğitimini onun yararını dikkate almak suretiyle yürütecekleri yönünde bir düzenlemeye gidilmesi benimsenmiştir; böylece söz konusu revizyonla velayetin kullanılmasının çocuğun yararına yönelmiş olduğu açıkça kabul edilmiştir (Bkz. İMAMOĞLU, s. 169, dn. 35).

<sup>338</sup> GRASSINGER, s. 59.

<sup>339</sup> İMAMOĞLU, s. 171.

makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir.

Taraf devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli koruma ve bakımı sağlamayı üstlenir ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.”

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de, “Bu sözleşmenin amacı çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımaktır.”

Burada da çocuğun yüksek çıkarlarının ne olduğu tanımlanmayarak, iç hukuku uygulayacak olan hakimın takdirine bırakılmıştır. Veli her daim velayet hakkını çocuğun yararına ve esenliğine, kısaca menfaatini düşünerek ve kollayarak kullanmak yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde velayet hakkına kanunen yapılacak müdahaleye yasal zemin hazırlar<sup>340</sup>.

### **3. Hakkın Kötüye Kullanılması ve Kanunda Yer Alan Tedbirler**

Daha önceki bölümlerde küçük üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde çocuk, anne baba ve hekim arasında üçlü bir ilişkinin var olduğuna ayrıntılı olarak değinilmişti. Uygulanması düşünülen tıbbi müdahaleye ilişkin rıza göstermede, üç tarafın düşünceleri birleşebileceği gibi çatışma halinde de olabilir. Bu durumda hekimin nasıl hareket etmesi gerektiği yönünde tartışmalar yaşanmaktadır.

Bayraktar’ a göre, hekim tarafından tıbbi müdahalenin yapılmasının gerekli görülmesi ve anne babanın da bu yönde rıza göstermesi halinde, küçüğün rızasının öneminin olmadığı, bu durumun 1219 Sayılı Kanun’un 70. maddesinde de açıkça düzenlendiği savunulmuştur<sup>341</sup>.

Küçüğün tıbbi müdahaleye kendi başına rıza gösterme ehliyetinin bulunmadığı ve veli ya da vasisinin rıza göstermekten kaçındığı durumlarda ise, hekimin uygun

<sup>340</sup> GRASSINGER, s. 63-65.

<sup>341</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 135-137.

gördüğü tıbbi müdahaleyi uygulamak için nasıl hareket etmesi gerektiği hususu da ayrı bir tartışma konusudur<sup>342</sup>.

Tıbbi açıdan yapılması gerekli bir müdahaleye, anne ve babanın küçüğün yararını göz ardı ederek kişisel kaprisi ya da batıl bir inancı uğruna rızalarını esirgemeleri halinde velayetin kötüye kullanılması durumu söz konusudur. Bu durumda çocuklarının yararlarına aykırı hareket edip, yükümlülükleri yerine getirmeyen ve görevini ağır biçimde ihmal eden ailelerin velayet hakkı kaldırılabilir<sup>343</sup>. Çocuğun bedensel varlığını tehlikeye koyan durumlara örnek verecek olursak, çocuk için gerekli olan aşuların yaptırılmaması, doktora götürülmemesi, bulunduğu ve yaşadığı mekanın hastalık tehlikesine açık olması, tıbben tedavi görmesi gereken küçüğün tedavisinden kaçınılması, başlamış olan tedaviye haklı sebep olmadan ara verilmesidir.

Örneğin tıbben zorunlu olan, kalın bağırsak delinmesi (kolon perforasyon) tanısı konulan küçüğe, opere edilip ostomi (bağırsakların cilde ağızlaştırılması) tedavisi için bağırsaklarının dışarı alınarak açılması gerekli iken, veli ya da vasinin hastanın ostomi açılımına izin vermemesi çocuğun menfaatini ve gelişmesini tehlikeye düşürmektedir. Bu durumda da Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesinde yer alan çocuğun korunması hükmünün uygulanabileceği açıktır<sup>344</sup>. Yine tifo dolayısıyla hastaneye yatmış olan küçüğün iyileşmesinden sonra hekim zafiyetinin bulunduğunu belirterek, hastanın bir süre daha hastanede kalmasını istemesi ancak buna rağmen kanuni temsilcinin bunu kabul etmemesi durumda, mahkmeden karar alınarak hastanede kalması sağlanabilecektir<sup>345</sup>.

Anne babanın ya da kanuni temsilcisinin, çocuğun yararına bir tıbbi müdahaleye karşı çıkmaları durumunda, ailelerin haksız ve yersiz direnişlerini kırmak üzere Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hakkın kötüye kullanılması düzenlemesinin, etkili bir önlem sayılabileceği belirtilmiştir<sup>346</sup>.

---

<sup>342</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 159; ERMAN, s. 87.

<sup>343</sup> SEROZAN, s. 292.

<sup>344</sup> ERMAN, s. 88.

<sup>345</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 135.

<sup>346</sup> SEROZAN, s. 284.

Türk Medeni Kanunu'nun da velayet hakkının kısıtlanabileceğine ilişkin yasal düzenlemeleri incelediğimizde, 346. maddesinde çocuğun korunması hükmünün düzenlendiği görülmektedir. Bu maddeye göre “çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse, hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

Konuya örnek teşkil edecek bir olay da şu şekildedir. “Trafik kazası sonucu... Hastanesi Çocuk Cerrahisi bölümünde tedavi olan 5 yaşındaki çocuğun ayağında kangren gelişir. Çocuğun ayağı diz üstünden kesilmek zorundadır. Aksi halde bu durum ilerleyip çocuğun ölümüne yol açacaktır. Hastalığın gidişatı ve sonuçları hakkında ana baba aydınlatılır ve operasyon önerilir. Ancak çocuğun velileri ayağın kesilmesine izin vermezler ve çocuğu hastaneden çıkarmak isterler. Hekimlerin ısrarı üzerine tartışma çıkar. Tabip odasını arayan hekimlere adli makamlara başvurmaları önerilir. Bölüm başkanı Cumhuriyet Savcılığı'na arayarak durumun ciddiyetini anlatılır. Ancak savcı, anne babanın izin vermemesi nedeniyle bir şey yapılamayacağını ve hastayı ebeveynlerin rızası haricinde hastanede tutamayacaklarını söyler. Hasta taburcu edilir. İki gün sonra hastanın öldüğü haberi alınır”<sup>347</sup>.

Burada acil ve zorunluluk gerektiren bir durum mevcut olup, hekimin tıbbi girişimde bulunabilmesi için anne babanın tedaviyi ret hakları olmamalıdır. Hekim zorunluluk durumundan yararlanabilme imkanına sahip olmalıdır<sup>348</sup>. Cumhuriyet Savcısı yetkisini kullanmayarak gerekli izni vermemiştir. Çocuğun ölüm haberini alan hekimlerin, anne baba hakkında ihmal nedeniyle ölüme sebebiyetten adli makamlara suç duyurusunda bulunması gerekmektedir<sup>349</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun da yer alan 346. madde ile hakime alabileceği önlemler açısından çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu konuda hakim her somut olayın kendine has özelliklerine dikkate almak koşuluyla takdir yetkisini kullanarak gerekli önlemleri almalıdır. Örnek olarak uygulanan koruma tedbirlerine baktığımızda, küçüğün şahsına ve sağlığına ilişkin ihlal ve tehlikelerin varlığı halinde, anne babayla görüşerek öğüt verme, onlarla birlikte tehlikeyi bertaraf edecek önlemler alma, çocuğa

---

<sup>347</sup> HANCI, Naklen, s. 90.

<sup>348</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 162.

<sup>349</sup> HANCI, s. 91.

ve veliye talimat verme, verdiği talimatların denetlenmesi ve uygulanırlığını sağlayacak denetçiler atayabilme gösterilebilir. Ayrıca, hakim Çocuk Koruma Kanunu ve buna bağlı olarak düzenlenmiş, Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelikte<sup>350</sup> yer alan tedbirleri de kıyasen uygulayabilecektir<sup>351</sup>.

Vesayet altındakiler için de Medeni Kanun' un 487. maddesinde “vesayet makamını görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için diğer önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklinde benzer düzenleme getirilmiştir. Bu durumda da vasinin rıza vermekten kaçınması durumunda, küçüğün sağlığını ve yaşamını korumak adına ilgili önlemlerin alınabileceği düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bu konuya ilişkin düzenleme, yönetmeliğin 24. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Şöyle ki, “Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346'ncı ve 431'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Hekimin küçüğe tıbbi müdahalede bulunabilmesi için yasal temsilcisinden ya da mahkemeden izin alınması gerekmele birlikte, hastaya derhal müdahale edilemediği takdirde hasta için sakıncalı bir durum yaratacaksa, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinin 3. fıkrasına göre izin şartı aranmamaktadır. Bu konuda getirilen düzenlemeyi incelediğimizde, “Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlarından birisi tehdit altına girecekse, izin şartı aranmaz” şeklindedir.

Genellikle acilen tıbbi müdahale gerekli olup, mevcut hukuksal çarelere başvuracak yeterli zaman olamamaktadır. Bu durumda küçüğün veya temsilcisinin geçerli bir rızasını hekim alamayacağı gibi, temsilcisinin açık iradesi karşısında tıbbi müdahaleyi doğrudan varsayılan rıza üzerine de kuramayacaktır<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> RG. 24.12.2006-26386.

<sup>351</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. GRASSINGER, s. 112-123.

<sup>352</sup> ERMAN, s. 89.

Hekimin acil durumlarda geçerli bir rıza olmadan gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri olarak, zorda kalış veya üçüncü kişi yararına haklı savunmaya dayandırılması önerilmektedir. Yasal temsilcisinin küçüğün sağlığı ve yaşamı söz konusu olduğunda, koruma yükümlülüğü kapsamında, gelişimini sağlayıcı önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>353</sup>. Tehlike içinde bulunan kişiye iyileştirilmesi için müdahale gerekmektedir. İnsan hayatı bekletilemeyecek kadar önem arz etmektedir. Bu durumda hekim, tıbbi müdahalenin gerekliliğini, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak, tıbbi ilke ve esaslara göre belirleyecektir<sup>354</sup>. Velinin veya yasal temsilcisinin küçüğün beden bütünlüğüne ve yaşamına yönelik doğrudan saldırı şeklinde görülebilecek ihmali hareketine karşı hekimin müdahalesi, küçüğü korumak için haklı savunma sayılabilecektir<sup>355</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak Hekimlik Mesleği Etik Kuralları' nın 26/2. maddesinde de düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeyi incelediğimizde, "...Hekimin temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir." Veli ya da temsilcisinin sahip olduğu bakım hakkının kötüye kullanılması durumunda; acil hallerde veya hakime ulaşılması hekim için mümkün değilse, kanuni temsilcinin iradesi onun için artık bağlayıcı değildir. Bu yükümlülüğün hekim tarafından yerine getirilmemesi taksirli yaralamadan sorumluluğunu gerektirebilir<sup>356</sup>.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Fransız Medeni Kanunu' nun 371/2. maddesi, "Velayet hakkı, çocuğun güvenliğinin, sağlığının ve ahlakının korunması amacıyla ana ve babaya aittir." düzenlenmesi mevcuttur. Bu düzenlemeyle, anne babanın çocuğa tıbbi müdahale yapılmasının gerekli olduğu hallerde, karar verme yetkilerini ancak bu amaçlar çerçevesinde kullanabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca bu yetkinin kendilerine yapılacak müdahaleye rıza gösterme haklarına göre daha sınırlı

<sup>353</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 135; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 160; ERMAN, s. 89.

<sup>354</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 263.

<sup>355</sup> ERMAN, s. 89.

<sup>356</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 160.



olduğu şekilde yorumlanmıştır. Bu nedenle de hakimin Fransız Medeni Kanunu'nun 375. maddesinden kaynaklanan yetkisini kullanarak gerekli önlemleri alabileceği ifade edilmiştir<sup>357</sup>. Bu madde göre, “ergin kılınmış olmayan bir küçüğün sağlığı, güvenliği veya ahlaki tehlikede bulunur(...) ise ana-babanın birlikte veya ayrı ayrı talepleri, çocuğun emanet edildiği kişi veya kuruluş veya vasi veya savcılığın başvurusu üzerine yargı tarafından (...) önlemler alınır<sup>358</sup>.”

ABD uygulamasında böyle bir durumun varlığında küçüğün ihmal edilmiş çocuk olarak değerlendirildiği ve hakimin bu duruma müdahale yetkisinin tanındığı görülmektedir. Bu gibi durumlarda hakim, vasi atamakta veya gerekli önlemlerin alınması yönünde hüküm kurabilmektedir<sup>359</sup>. ABD’de çocukların tedavisine dini nedenlerle izin vermeyen anne-babaların dinlerini serbest olarak yaşama haklarının olduğu belirtilmiş ancak çocuğun sağlığına ilişkin yararının daha üstün olduğu ifade edilmiştir<sup>360</sup>.

Velayetin kötüye kullanılmasına ilişkin karşılaştırmalı hukukta verilen kararları incelediğimizde; ABD’ de bir Hıristiyan topluluğa mensup ailenin, çocuğun tıbbi müdahalesine müsaade etmeyerek, tedavisinin dualarla olmasını istemesi dolayısıyla kilise tazminata mahkum edilmiştir<sup>361</sup>.

İngiltere’de koyu Hıristiyan olan ailenin, ceninin sezaryen ile alınmasına izin vermeyerek karşı çıktığı bir olayda, hastane çocuğun kurtarılması için sezaryenin gerekli olduğu düşüncesiyle hakime müracaat etmiştir. Hakim, anne ve çocuğun sağlığı için sezaryen yapılabileceğine, aksi durumun çocuğun canlı doğması ihtimalini ortadan kaldırdığını açıklamıştır<sup>362</sup>.

Diğer yandan, tıbbi müdahalenin yapılması konusunda veli veya temsilcisinin rıza göstermesine rağmen, hekim müdahaleye gerek görmeyerek aynı düşüncüyü taşımıyorsa nasıl hareket edilmesi gerektiği yönünde problemler yaşanmaktadır.

---

<sup>357</sup> GUUILLOD, s. 238,239, Naklen: ERMAN, s. 88.

<sup>358</sup> ERMAN, s. 88.

<sup>359</sup> ERMAN, s. 88.

<sup>360</sup> In re Cabrera 522 A.2d 1114(Pennsylvania), Deutsch-Spickhoff, kn.582’den; Naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 160.

<sup>361</sup> Deutsch/Spickhoff, kn. 567; Naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 161.

<sup>362</sup> In re S, Family Division (1992) 3 W.L.R.806, Deutsch/Spickhoff, kn. 583, dn. 46’dan; Naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 162.

Hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirip gerçekleştirilmemek konusunda irade serbestisine sahiptir. Gerçekleştirilmesi istenilen müdahalenin yararının bulunup bulunmadığı, bunun insan sağlığına uygun olup olmadığına karar verecek olan hekimdir. Bu karar tıp bilimi sahasında önem taşımaktadır. Hekimlik Mesleği Etik Kuralları 25. maddesinde<sup>363</sup> yer alan düzenlemede de görüleceği üzere; hekim, tıp bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde, hastasının tedavisini üstlenmeme hakkına sahiptir. Dolayısıyla hekim tedavi özgürlüğü kapsamında tıbbi yönden olumsuz sonuca ulaşması halinde, veli ya da temsilcisinin isteğine rağmen müdahalede bulunmakla yükümlü tutulamayacaktır<sup>364</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, anne ve babanın çocuklarına ilişkin tıbbi karar alma sürecine katılma haklarının bulunduğu yönünde karar vermiştir<sup>365</sup>. Bu karar anne babanın ya da yasal temsilcisinin, çocuklarının yaşam ve vücut bütünlüğü açısından zorunlu olan tıbbi müdahaleleri reddetme hakkına sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Bu kararın kendi çocuklarıyla ilgili verilecek kararlara katılım hakkına ilişkin olduğu belirtilmiştir<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> Hekimlik Meslek Etik Kuralları 25. madde: “Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”

<sup>364</sup> BAYRAKTAR, Hekim, s. 135.

<sup>365</sup> “Küçük bir çocuğa karşı ebeveyn sorumluluğuna sahip olan anne babaların kendi çocuklarına ilişkin tıbbi karar alma sürecine katılma hakkını da içeren bazı açık hak ve sorumlulukları vardır. Bunun yanında ebeveyn sorumluluğuna sahip olmayan evlenmemiş bir baba da, tıbbi tedaviye ilişkin kararlar da dahil olmak üzere çocuğunun yaşamına ilişkin her türlü önemli karara katılmayı 8. madde bağlamında bir hak olarak talep edebilecektir.” (KOÇ, Seda: “İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998)”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, s.396-397, Naklen: AYDIN, Murat: Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 104).

<sup>366</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 162.

### **III. KÜÇÜĞÜN RIZASININ ALINMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI**

#### **A. Uluslararası Belgelerde Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler**

##### **1. Hasta Çocuklar Bildirgesi**

1988 Mayıs ayında Hollanda'da gerçekleşen birinci konferansa deklare edilmiştir. Bu bildirmede de çocukların bilgilendirilmesi ve görüşlerinin alınması hususlarında düzenlemeler yer almaktadır.

Bildirgenin 4. maddesini incelediğimizde; çocuklarında yaşları ve kavrayışları paralelinde bilgilendirme haklarına sahip oldukları düzenlenmiştir. Çocuklara verilecek bilginin, yaşları ve bilinçleriyle uyumlu olması gerektiği ve çocuğun o an içinde bulunduğu durumun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Çocukların soru sormalarına olanak tanınması, sordukları soruların yanıtlanarak, endişelerini ve korkularını ifade ettiklerinde, onlara sakinleştirici şekilde yaklaşılması gerektiği belirtilmiştir. Çizimlerle görsel, yazılı materyallerden yararlanılması gerektiği ve bilgilendirmenin de olabildiğince ebeveynin yanında yapılması gerektiği düzenlenmiştir<sup>367</sup>.

##### **2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi**

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin tarihi gelişim sürecine bakıldığında; ilk olarak kabul edilen çocuk haklarına ilişkin uluslararası alandaki yasal düzenleme olan Çocuk Hakları Cenevre Bildirisi, sözleşmenin temelini oluşturmaktadır.

Bu gelişmelerden sonra 20 Kasım 1989 yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin birçok devlet tarafından imzalanıp kabul edilmesiyle; uluslararası hukukta çocuk haklarına koruyan ilk yasal metin kabul edilmiştir<sup>368</sup>. Bu sözleşme ile çocukların katılım hakları düzenlenmiştir. Çocuklara kendi haklarında

<sup>367</sup> ÖNCEL, Öztan: "Etik Bildirgelerin Hasta Çocuğa Bakışı", Termal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, (Editörler: NAMAL, Arın/ÖNCEL, Öztan), İstanbul 2006, s. 61.

<sup>368</sup> BALO, s. 118.

karar verebilme ve kişiliklerini geliştirebilme, toplumsal örgütlenmelerde kendilerini ifade edebilme hakları tanınmıştır<sup>369</sup>.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi çocuğu, onsekiz yaşından küçük insan olarak tanımlamıştır. Bu tanımlamada çocukluğun başlangıç anı açık bırakılmıştır<sup>370</sup>. Çocuk hakları sözleşmesi onsekiz yaşına kadar olan insanları “küçük” olarak niteleyip, onların yaşama, koruma, gelişim ve katılım haklarını güvence altına almaktadır.

Sözleşmede sağlık konusuna ilişkin küçüğün, anne ve babanın rızası olmaksızın hukuki ya da tıbbi danışmanlık alma hususuna değinilmiştir. Küçüğün tıbbi danışmanlık alabilmesi için herhangi bir asgari yaş sınırına değinilmemiştir. Fakat çocuğun tavsiye ve danışmanlığa başvurma hakkı yaşı ile tıbbi tedaviye onay verip vermeme konusunda kendi bağımsız kararını alabilme yaşının ayrı olması gerektiği belirtilmiştir<sup>371</sup>.

### 3. Amsterdam Bildirgesi

1994 yılında Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu'nca Amsterdam Bildirgesi<sup>372</sup> (Avrupa' da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi) kabul edilmiştir<sup>373</sup>.

Bildirgede, hekim tarafından hastanın bilgilendirilmesi ve onayının alınması konuları ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Hastanın sağlık servislerini en iyi nasıl kullanılabileceğine ilişkin bilgilerin, herkes için ulaşılabilir olması gerektiği hususuna aydınlatma hakkının düzenlendiği 2. maddede yer verilmiştir (m.2.1). Bilgilendirme adı başlığında, hastaların, durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilendirilme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir (m.2.2).

---

<sup>369</sup> POLAT, s. 20.

<sup>370</sup> Sözleşme, doğuma veya rahme düşme anına açık bir göndermede bulunmayarak, esnek ve ucu açık bir çözümü öne çıkarmakta, böylece çocukluğun veya yaşamın başlamış sayılacağı anın belirlenmesini ülkelerin kendi yasal düzenlemelerine bırakmaktadır (Bkz. RACHEL HODGKIN, s. 1-3).

<sup>371</sup> RACHEL HODGKIN, s. 7-8.

<sup>372</sup> 28-30 Mart 1994 tarihinde yayımlanmıştır.

<sup>373</sup> SERT, s. 321.

Bildirgede her tıbbi girişimin ön koşulu olarak bilgilendirilmiş onayın alınması gerektiği 3. maddede yer verilmiştir. Maddede ayrıca hastanın tıbbi müdahaleyi durdurma ve reddetme hakkına da sahip olduğu ve durdurulan ya da reddedilen tıbbi müdahalenin sonuçlarının da mutlaka açıklanması gerektiği (m.3.2) konularına da yer verilmiştir.

Bildirgede, hastanın kendisinden onam alınması gerektiği, ancak bunun mümkün olmadığı hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusuna da ayrı bir hükümlerle yer verilmiştir. Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişimin yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklama bulunmadığı sürece, hastanın onayının varsayılarak tıbbi girişimde bulunulabileceği belirtilmiştir (m.3.3).

Yine söz konusu bildirgede küçüklere yönelik yapılacak tıbbi müdahalelerde, yasal temsil onayının alınması gerektiği fakat önerilen tıbbi girişimin, acil uygulanması gerekli olduğu takdirde temsilcinin onayı zamanında alınamıyorsa, onay alınmadan tıbbi müdahalede yapılabileceği düzenlenmiştir (m.3.4). Ayrıca yasal temsilcinin onayı aranılabilir küçüğün, durumunun elverdiği ölçüde karar alma sürecine dahil edilmesi gerekmektedir (m.3.5).

Bildirgede, yasal temsilcinin onam vermediği hallerde, gerektiğinde kararın mahkeme kararı ya da hakem heyeti gibi benzeri mercilere bırakılması gerektiği (m.3.6) konularında da ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Hastanın onamının alınmasının mümkün olmadığı, yasal temsilcinin bulunmadığı ya da seçilemediği hallere ilişkin olarak da hüküm koyulan bildirgede, bu durumlarda hastanın isteklerinin tahmin edilerek, buna uygun önlemler alınması gerektiği (m.3.7) hükme bağlanmıştır.

#### **4. Lizbon Bildirgesi II (Bali Bildirgesi)**

Dünya Tabipler Birliği tarafından, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi Endonezya'da gözden geçirilip, 1995 yılında genişletilerek yeni bir bildirme şeklinde yayınlanmıştır<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> Dünya Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda (Eylül-1995) yayımlanmıştır.

Kimi kaynaklarda *Bali Bildirgesi* olarak da isimlendirilen bu metinde, daha önceki uluslararası bildiregelere paralel birçok yeni hükme yer verilmiştir. Hekimin kendi vicdanına ve hastasının yararına hareket ederken, aynı zamanda hastanın özerkliğini ve haklarını da garanti etmesi gerektiği belirtilmiştir.

İlk bildirmede yer alan hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu yönündeki genel düzenleme karşısında, bu bildirmede hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu yönünde genel kurala yer verilmiştir (m.3).

Hastanın kendi kaderini belirleme hakkına sahip olduğu ve özgürce karar verebileceği, bununla birlikte hekimin hastaya verdiği kararın sonuçlarını açıklama yükümlülüğü getirilmiştir (m.3/a). Hastanın bilgilendirme hakkı kapsamında, uygulanacak test ve tedavinin amacının ne olduğu, bunun sonuçlarının ne olabileceği, tedaviyi kabul etmeme durumunda olabileceklerin ne olacağını açıklanması gerektiği düzenlenmiştir.

Küçükler açısından, yasal ehliyeti olmayan hasta başlığı altında 5. maddede düzenlemeye yer verilmiştir. Hastanın küçük olması durumunda, yasal temsilcisinin onayının alınması gerektiği düzenlenmesine karşın, küçüklerin, durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmeleri gerektiği belirtilmiştir (m.5/a). Ayrıca bildirmede, yasal olarak ehliyetsiz olmakla birlikte, doğru kararlar verebilen hastanın, verdiği karara saygı duyulması ve onayının alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu hallerde hastanın, yasal temsilcisine bilgi verilmesini yasaklamaya hakkı olduğu düzenlenmiştir (m.5/b). Küçük ile ilgili son olarak, hekimin hasta yararına uygun gördüğü bir müdahaleyi, yasal temsilcisinin onay vermemesi durumunda, ilgili yasal yollara başvurulması gerektiği konusuna da yer verilmiştir (m.5/c).

## **5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**

Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan haysiyeti ve bireyin temel hak ve hürriyetlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasının zorunlu olduğu temel fikirler çerçevesinde 4 Nisan 1997'de İspanya Oviedo'da "Biyoloji ve Tıbbın

Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) imzalanmıştır.

Sözleşmede, sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin müdahaleye özgürce ve aydınlatılmış şekilde onam vermesinden sonra yapılabileceği hükme bağlanarak genel kural ortaya konmuştur (Bölüm II. Muvafakat, m.5). Maddede ayrıca kişiye önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilginin verilmesi gerektiği ve ilgilinin onamını her zaman geri alabileceği düzenlenerek, aydınlatma ve aydınlatılmış rıza konusundaki genel kurallar belirtilmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinde, rıza verme ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde tıbbi müdahalenin yalnızca onun yararına yapılabileceği belirtilmiştir. Rıza verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceği ve küçüğün görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin “akıl hastalığı olarak kişilerin korunması” başlıklı 7. maddesine göre, akıl hastalığı olan kişinin rızası olmaksızın, gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı kalmak üzere, böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi zararlar gelmesi muhtemel olduğu durumlarda, akıl hastalığının tedavi edilmesi için tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinde diğer uluslararası metinlerdeki düzenlemelere paralel olarak, acil durumlarda uygun rıza alınamaması halinde, hastanın sağlığı için gerekli tıbbi müdahalenin derhal yapılabileceği düzenlenmiştir.

Müdahale sırasında irade beyanında bulunmayacak hastaların söz konusu tıbbi müdahale ilgili olarak önceden açıklanmış isteklerinin de göz önüne alınması gerektiği de ayrıca hükme bağlanmıştır (m.9).

Organ ve doku nakli bakımından da, rızanın açıkça ve belirli bir şekilde yazılı olarak ve resmi bir makam önünde verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Türkiye,

sözleşmenin 20. maddesinin muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden, kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile uyumlu olmaması nedeniyle bu hükmün uygulanması konusunda çekince koymuştur.

## **6. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Ana Sözleşmesi**

2002 yılında Roma da kabul edilen Hasta Hakları Avrupa Ana Sözleşmesi'nin, insan sağlığının yüksek düzeyde korunması ve çeşitli ulusal sağlık kurumları tarafından yüksek kalitede sağlık hizmeti verilmesini sağlama amacı taşıdığı ve Avrupa Birliği organları ile üye devletlerin sınırlayamayacağı, bireylerin vazgeçemeyeceği, başkalarına devredilemeyen hastalara ait on dört hak düzenlenmiştir. Sağlık hizmetlerine ilişkin temel haklar olarak düzenlenen sözleşme kapsamında, çalışmamızı ilgilendiren kısım 4. maddede "Rıza (Onay) Hakkı" başlığı altında yer almıştır.

Hastanın, kendi sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için, herhangi bir işlem veya tedaviyle ilgili tüm bilgileri alma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda hekimlere yönelik yükümlülük açıkça dile getirilerek; gerçekleştirmeyi planladığı tüm ameliyat ve tedavinin risklerini, sıkıntılarını, yan etkilerini ve alternatif durumları ile ilgili bilgileri, hastalarının durumları konusunda kendi seçimlerini yapabilmeleri için en azından yirmi dört saat önceden bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hastanın mümkün olduğunca anlayacağı şekilde aydınlatılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Hastanın bilgilendirmeyi ret etme hakkı da bu maddede yer verilmiştir.

Küçüklere ilişkin olarak, diğer uluslararası bildirgelerde bulunan düzenlemelere benzer olarak, yasal temsilcisinin onamı gerekse bile uygulamaya maruz kalan küçük hastanın mümkün olduğunca karar verme sürecine katılması gerektiği ve tıbbi uygulamayı kabul etmeme hakkının olduğu düzenlenmiştir.



## **B. Ulusal Mevzuatta Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler**

Sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi konusunda ülkemizde yer alan ilk yasal düzenleme 1219 Sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun” dur.

Kanun’un 70. maddesinde; hekimlerin ve dış hekimlerinin, her tür tıbbi müdahale öncesinde müdahalenin yapılacağı hastadan, hastanın küçük olması halinde yasal temsilcisinden, onam alınması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece tıbbi müdahalenin uygulanacağı hastanın küçük olması durumunda, rıza, veli veya vasisinden alınmaktadır.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun ile 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da, tıbbi müdahaleye rıza verme konusunda, yalnızca küçüklerin rızasının yeterli olmadığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanunu’nun 6. maddesinin c bendinde, temyiz kudretine haiz olmayanlar bakımından, hekimlere bu kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetme yükümlülüğü öngörülmüştür. Yine Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 6. maddesinde, gebe kadın küçük ise, küçüğün ve yasal temsilcisinin; gebe kadın vesayet altında olup da reşit değilse, kişinin kendisinin, vasinin onamı ile birlikte sulh hakiminin de izninin gerektiği düzenlenmiştir<sup>375</sup>.

Aydınlatılmış onam konusunda getirilen bir diğer düzenleme de Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Yönetmeliğin 5. Bölümü “Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası” başlığı taşımakta olup, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye İştiraki” (m.26) konusunda hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme ile yasal temsilcisinin rızasının gerekli ve yeterli olduğu durumlarda dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük ya da kısıtlının dinlenerek, tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>376</sup>.

<sup>375</sup> Bu husus Üçüncü Bölümde Özellik Gösteren Tıbbi Müdahaleler başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

<sup>376</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, Tedavi Sözleşmesinde Küçüğün Rızasının Değerlendirilmesi, Küçüğün Rıza Ehliyet Yaşının Belirlenmesi.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik<sup>377</sup>'de de, küçük üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin, aydınlatılması ve rızasının alınmasına yönelik hükümlere yer verildiği görölmektedir. Yönetmeliğin gönüllülerin korunmasına ilişkin genel hususları düzenleyen 5. maddesinin b bendinde, “Çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde klinik araştırma yapılamaz. Ancak çocuklarda, hamilelik, loğusalık ve emzirme dönemlerinde ve kısıtlılık durumunda; gönüllüler yönünden araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ise, gönüllü oluru ile birlikte Etik Kurulun ve Bakanlığın izni alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebilir.” hükmü düzenlenmiştir<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> 23.12.2008-27089 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte değişiklikler yapan yönetmelik, 11.03. 2010- 27518 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.

<sup>378</sup> Bu husus, Üçüncü Bölümde Özellik Gösteren Tıbbi Müdahaleler başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZELLİK GÖSTEREN TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN KÜÇÜĞÜN DURUMU

#### A. Klinik Araştırmalarda İnsan Üzerinde Deney ve Deneme

##### 1. Genel Olarak

Tıp biliminin temel amacı, insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmaktır. İlaç araştırmaları da dahil olmak üzere tıbbi çalışmalar yapılmaksızın bu amaçlara ulaşabilmek ve özellikle sağlık sorunlarına çözüm bulabilmek mümkün değildir<sup>379</sup>.

Kural olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimden tıbbi standartlara uygun hareket etmesi beklenmektedir. Ancak bazı durumlarda bilimsel araştırmalar yoluyla mevcut standartların aşılması, yeni tedavi yöntemlerinin oluşturulması gerekmektedir. Mevcut standart haline gelmiş tıbbi uygulamaların geçmişte yapılan deney ve denemeler sonucunda oluşturulduğundan şüphe yoktur<sup>380</sup>. Bununla birlikte kanun koyucu, insani amaçlarla da olsa, tıbbi araştırma yapılırken belirli sınırlar dahilinde hareket edilmesini sağlayarak, bu süreçte mümkün olduğunca az riskle karşılaşılmasını amaçlamıştır.

Araştırma konumuzu oluşturan küçüğe yönelik etkin ve güvenli tedaviler uygulayabilmek için, onun anatomik, fizyolojik, fizyopatolojik özelliklerinin, erişkinlerle olan farkının dikkate alınması gerekmektedir. Çocuklar benzer bir grup olarak değerlendirilmemelidir. Çocukluk dönemi, yeni doğanlar, süt çocukları, oyun çağı, okul çağı çocukları gibi farklı yaş gruplarından oluşmaktadır<sup>381</sup>. Bu dönemlerde

---

<sup>379</sup> ŞEN, Ersan: “İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/6, s. 2002 (Kısaltma: İnsan Üzerinde Deney).

<sup>380</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 402; ŞEN, İnsan Üzerinde Deney, s. 2002.

<sup>381</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız, Birinci Bölüm, Çocukluk Kavramı ve Çocuğun Hukuk Düzeni İçerisindeki Yeri, Çocuklukta Önemli Yaş Basamakları.

her birinin değişik özellikleri olması çocuklardaki klinik araştırmaların önemini artırmaktadır<sup>382</sup>.

Klinik ilaç araştırma kavramı, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği'nin 4. maddesinin, ö bendinde bir veya birden fazla ilacın klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini doğrulamak veya ortaya çıkarmak, ilacın advers etkilerini tanımlamak, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek, etkililiğini ve/veya güvenli olup olmadığını araştırmak için insanlar üzerinde yürütölen çalışmalar şeklinde tanımlanmıştır.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ç bendine göre, gönöllü olmak isteyen kişi veya yasal temsilcisi, araştırma başlatılmadan önce, araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörölebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı ve devam ettirileceği şartlar hakkında, sorumlu araştırmacı veya araştırma ekibinden yetkili birisi tarafından yeterince ve anlayabileceği şekilde ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır. Rızası alındıktan sonra yönetmeliğin ç bendinde belirtilen hususları kapsayan "Bilgilendirilmiş Gönöllü Olur Formu"<sup>383</sup> ile yapılan aydınlatma yazılı olarak belgelendirilir. Gerçekleştirilecek yeni tedavi yöntemlerinin ve tıbbi deneylerin hukuka uygun olabilmesi için bu müdahalelere gösterilecek rızanın hukuka ve ahlaka aykırılık ölçütü açısından incelenmesi gerekecektir<sup>384</sup>.

Klinik araştırmalar çeşitli amaçlarla yapıldıklarından yaklaşım, denek sayısı ve protokol yönleriyle diğer tıbbi müdahalelerden belirgin farklılıkları bulunmaktadır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği'nin 10. ve 11. madde hükümleri, insanlar üzerinde yapılacak tıbbi deneylere, önceden denetim yaparak izin verme yetkisine sahip bir etik kurul oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. Adı geçen Yönetmeliğin 14.

<sup>382</sup> KARATOPRAK, Nihal: "Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları, Aralık 2008, Türk Farmakoloji Derneği E- bülten,

[http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd\\_kfcg\\_200812.html](http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd_kfcg_200812.html) (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

<sup>383</sup> Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 1. madde g bendi: "*Bilgilendirilmiş Gönöllü Olur Formu: Araştırmaya iştirak edecek gönöllüye veya gerekli durumlarda yasal temsilcisine, araştırmaya ait her türlü bilgi, uygulama ve riskin insan sağlığı açısından önemi hakkında bilgi verildikten sonra, gönöllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya iştirak etmeye karar verdiğini gösteren yazılı belgeyi veya gönöllü okur-yazar değilse, araştırmadan bağımsız en az bir tanığın huzurunda ve tanığın imzası alınmak suretiyle gönöllünün sözlü olurunun gösteren belge*"

<sup>384</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 407; ERMAN, s. 226; ÖZTÜRKLER, s. 97.

maddesinde<sup>385</sup>, ilacın farmasötik olarak ruhsatlanmasından önce yapılacak tıbbi deneyler dört döneme ayrılmış ve her dönem araştırmaların ne şekilde uygulanabileceği saptanmıştır<sup>386</sup>.

I.Dönem çalışmalarında yeni ilaçların ilk çalışmaları, sağlıklı gönüllü insan üzerinde gerçekleştirildiği için insan üzerinde deney olarak nitelendirilirken, II., III. ve

---

<sup>385</sup> Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 14. madde: “I.Dönem: Araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin, biyoyararlanımının ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda sağlıklı gönüllüye veya onkoloji çalışmalarında olduğu gibi sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkan olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma safhasıdır.

II.Dönem: Araştırma ürününün; terapötik doz sınırlarının, klinik etkinliğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma safhasıdır.

III.Dönem: I. Ve II. Dönemlerde geçmiş araştırma ürününün; araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanarak; etkinliği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni veriliş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma safhasıdır.

IV.Dönem: Ruhsatlı ürünlerin onaylanmış endikasyonları, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma safhasıdır.

<sup>386</sup> Birinci dönem denemelerinde araştırılan yeni ilaç, insan vücuduyla ilk kez karşılaşmaktadır. Bu dönemde çoğunlukla, sağlıklı gönüllüler üzerinde araştırma yapılmaktadır. Dolayısıyla deneyin zarar görme olasılığının en yüksek olduğu çalışmalardır. Ayrıca bu dönemde denek olarak sağlıklı gönüllüler üzerinde araştırma yapılmasına imkan olmayan, örneğin kanser tedavisinde kullanılan ilaçların faz I çalışmaları, ilaçların özellikleri nedeniyle hasta gönüllüler üzerinde yapılacaktır. Bu faz çalışmasındaki amaç, yönetmelikte yer alan düzenlemede belirtildiği üzere, ilacın farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin, biyoyararlanımının ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesidir. Başka bir ifadeyle, ilacın dozunun belirlenmesi, vücut tarafından nasıl metabolize edildiği ve vücuttan nasıl atıldığı, veri toplama ve akut yan etkileri belirleme amacı güdülmektedir.

İkinci dönem çalışmaları, hedef hastalığı olan kısıtlı sayıda hasta üzerinde gerçekleştirilmektedir. Araştırılan yeni ilacın hastalardaki terapötik etkinliği, ilk olarak bu çalışmalarla araştırılır. Etkili doz aralığı ve ilacın güvenliğine ilişkin ön veriler bu dönemde tespit edilir. Bu faz döneminin en önemli amacı, bir üst dönem olan üçüncü faz çalışmaları aşamasında kullanılacak dozu ve doz intervallerini belirlemektir.

Üçüncü dönem çalışmaları ise, yeni ilacın ruhsatlandırılmadan önce insanlara uygulanmasının son evresidir. Bu döneme çok sayıda hasta katılarak, ilacın yan etkilerinin tespiti ve standart tedavilerle karşılaştırılması yapılmaktadır. Üçüncü faz çalışmaları sonucunda, ilacın ruhsatlandırılması için gerekli bilgiler sağlanmaktadır. Ayrıca ilacın doz-cevap ilişkisi, ilacın geniş popülasyonda ve hastalığın farklı dönemlerinde kullanımı ve diğer ilaçlara olan kombinasyonda araştırılmaktadır.

Dördüncü ve son dönem olan çalışmalarda, ilacın ruhsatlandırılmasından ve uygun endikasyonlarda kullanılmaya başlanmasından sonra güvenlik yönüyle denetim ve gözetimi yapılmaktadır. Bu dönemde amaçlanan, daha önceki çalışmalarda belirlenemeyen ve nadir görülen yan etkilerin ortaya çıkarılması, bilinen reaksiyonların görülme sıklığının gözlenmesi, risk faktörlerinin veya riskin ortaya çıkışını kolaylaştıran faktörlerin saptanması, piyasada bulunan diğer ilaçlarla karşılaştırılması, uzun süreli kullanımda etkinliğin ve hastanın yaşam kalitesi üzerine etkisinin tespiti, tedavide kullanılan klasik ilaçlar ile maliyet-etkililik analizlerinin yapılabilmesidir (PETEK, Hasan: “Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2007, Yıl: 5 - Sayı: 49, s. 46-47).

IV. Dönem çalışmaları ise hasta üzerinde yürütüldüğünden, insan üzerinde deneme olarak ifade edilmektedir<sup>387</sup>.

Çocuk sağlığı ve hastalıklarıyla ilgili bilim alanı sürekli gelişim göstermektedir. Çocuklarda, erişkinler gibi çeşitli sağlık sorunlarına karşı yeni ilaç ve tedavilere gereksinim duymaktadır. Bu durumda yeni uygulamaların yalnızca erişkinlerdeki sonuçlara göre biçimlendirilmemesi gerekmektedir. Çocukların çeşitli gelişim evrelerindeki fizyolojik ve patolojik özellikleri dikkate alınmalıdır. Çünkü çocuklarda çeşitli yaş gruplarına göre ilaçların emilimi, dağılımı, metabolize olması, atılması ve gelişmekte olan organlar üzerindeki etkileri farklıdır. Sonuç olarak, çocukları etkin şekilde tedavi edecek yeni ilaçların geliştirilmesi ve ilaçların çocuğun yaşına ve tanısına uyumlu bir biçimde kullanılabilmesi için gereken klinik araştırmaların yapılması gerekmektedir<sup>388</sup>.

Klinik araştırmalar insan üzerinde doğrudan iyileştirme amacına yönelik olabileceği gibi bilimsel amaçlara yönelik de olabilir.

## 2. İyileştirme Amaçlı Denemeler

İyileştirme amaçlı denemeler, tedavi amacı öncelikli olmak üzere, geleneksel yöntemlerle kendisine istenilen ölçüde yardım edilemeyen hastaya, sonuçları güncel deneyim düzeyine göre yeterli kesinlikte olmayan yeni metotların uygulanmasıdır<sup>389</sup>.

Bu amaçla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere, tedavi ile birlikte yürütülen araştırmalarda denilmektedir. Burada tedavi edilecek veya edilmekte olan hastalar üzerinde araştırma yapılarak, belli hastalık konusunda bilgi edilmesinin yanında, hastalığın tedavisine de katkıda bulunulması sağlanmaktadır<sup>390</sup>.

---

<sup>387</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 407.

<sup>388</sup> KARATOPRAK, Naklen, s. 1-2.

<sup>389</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 99; ERMAN, s. 226.

<sup>390</sup> ÖRNEK BÜKEN, Nüket: "Tıp Etiği Açısından Klinik İlaç Araştırmaları", Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ÖNCEL, ÖZHAN/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 443.

İyileştirme amaçlı denemeler bakımından, her ne kadar hastayı iyileştirme amacı taşımış olsa da hukuka uygunluğu açısından daha katı koşulların aranması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak da geliştirilen bir metodun veya ilacın insanlar üzerinde denenme zamanının geldiği tıp bilimi tarafından kabul edilmişse de, yöntemin tam olarak tanınmaması ve hastanın sağlığı açısından en doğru metodun olduğu kesin olarak belirlenmemiş olması gösterilmiştir<sup>391</sup>.

Hekimin denemenin uygulanacağı hasta organizmasını ayrıntılı olarak incelemesi ve denemenin olumsuz etkilerini önlemek için her türlü tedbiri alması gerekmektedir. Hastanın uygulanan tıbbi müdahale sonucu yarar - zarar dengesi incelendiğinde ortaya çıkabilecek tehlike, hastanın elde edeceği yarardan çok fazla olmamalıdır. Daha önce denenmiş yöntemlerin sonuçlarına göre de daha olumsuz sonuçlar beklenmemelidir. Hastanın konuya ilişkin olarak geniş kapsamlı bir şekilde aydınlatılması gerekir. Tedavi metodunun kapsamı, vasıtanın yeni olduğu ve yüksek riskler taşıdığı gibi hususların bildirilmek suretiyle, hastanın rızasının alınması gerekmektedir<sup>392</sup>.

### 3. Bilimsel Amaçlı Deneyler

Bilimsel amaçlı tıbbi deneylerde, kişinin sağlık durumunu düzeltmekten ziyade öncelikli olarak belirli bilimsel araştırmanın sonuçları gözlenmektedir. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerin hukuka uygunluğuna ilişkin çeşitli tartışmalar mevcuttur.

Bir görüşe, insanlar üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi müdahalelerin tamamen hukuka aykırı olduğu savunulmuştur. Hastanın rızasının kapsamlı bir şekilde alınmış olması, bilimsel amaçlı tıbbi müdahalelerin geçerliliğini sağlamamaktadır. Bilimin gelişmesi veya hekimin cerrahi tekniğini kanıtlaması amacı ile insan deney aracı olarak kullanılmamalıdır. Bilimsel amaçlı tıbbi deneylerin, nadiren ıztırar hali kavramına dayandırılması durumunda geçerliliğinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> CİN, M. Onursal: “Biyo-Hukuk Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney”, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s. 199 (Kısaltma: Deney) [http://www.akader.info/KHUKA/2005\\_kasim/19.pdf](http://www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/19.pdf) (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

<sup>392</sup> YAVUZ İPEKYÜZ, s. 100; ÖZTÜRKLER, s. 97; BAYRAKTAR, Hekim, s. 164.

<sup>393</sup> AŞÇIOĞLU, s. 56; BAYRAKTAR, Hekim, s. 162.

Diğer bir görüş ise, tıp bilimin ilerlemesi ve yeni hastalıklara çareler bulunabilmesi açısından bilimsel araştırmaların yapılması önem taşımaktadır. İnsan üzerinde yapılacak bilimsel deney örf ve adete aykırı değilse, deney yapılan kişinin rızası varsa, amaçlanan hedef insanlığın yararı için bilimsel yönden zorunluysa ve tehlikenin ağırlığı ile sonuç mantıklı bir oran dahilinde bulunduğu takdirde kabul edilebilir nitelikte olduğu savunulmuştur<sup>394</sup>.

Dünyadaki tıbbi gelişmeler göz önüne alındığında, insanlar üzerinde deneyler yapılması önemli, zorunlu hatta vazgeçilmez görülmektedir. Nitekim uluslararası hukuk ve etik belgelerde de, bilimsel amaçlı deneylerin yapılabilmesi kabul edilmiş ve bunun çeşitli ölçütleri saptanmıştır<sup>395</sup>. Aşağıda ilk olarak insanlar üzerinde gerçekleştirilecek deney ve denemelere ilişkin hukuksal düzenlemelere kısaca değinilecektir. Daha sonra bilimsel amaçlı deneyler ile iyileştirme amaçlı denemelerde, araştırma konumuz olan küçüklere ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere yer verilecektir.

#### **4. İnsan Üzerinde Deney ve Denemenin Hukuka Uygunluğuna İlişkin Düzenlemeler**

İnsan üzerinde yapılan ve henüz sonuçları ispatlanmamış müdahaleler, kişinin vücut dokunulmazlığı, hayat hakkı ve kendi geleceğini belirleme hürriyetiyle yakından ilgilidir<sup>396</sup>. Tıbbın ilerlemesi bakımından, insanlar üzerinde bilimsel araştırmaların hukuka uygun bir şekilde yürütülmesini sağlayabilecek, ulusal ve uluslararası bazı düzenlemeler mevcuttur. Somut yasal düzenlemeler ile deneysel araştırmaların hak ihlaline konu olması engellenmeye çalışılmıştır. Hak ihlalinin varlığında, yasal zorunluluklar çerçevesinde eksiklikler ortaya konularak, yaptırımlar uygulanıp, mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmıştır<sup>397</sup>.

1982 Anayasası'nda deney ve deneme fiilleri, kişi hak ve hürriyetleri kapsamında korunmaya değer bir hürriyet olarak kabul edilmiştir. Bu fiiller, bireyin yaşama hakkı ile maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının destekleyicisi niteliğine sahip kılınmışlardır. Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasında açıkça, kimse

---

<sup>394</sup> AYAN, s. 15; AŞÇIOĞLU, s. 55.

<sup>395</sup> ERMAN, s. 228.

<sup>396</sup> CİN, Deney, s. 200.

<sup>397</sup> ŞÜTLAŞ, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, s. 100.



rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz, hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin rızayla mümkün olabileceği açıkça ortaya konulmuştur<sup>398</sup>.

İnsan üzerinde yapılan deneylere ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlemeye yer verildiğini görülmektedir. Türk Ceza Kanunu 90. maddesi, Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkraya düzenlenmesinde olduğu gibi, insan üzerinde bilimsel amaçlı deneyler ve tedavi amaçlı denemelere ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu 90. maddenin birinci fıkrasında; bilimsel deney ve denemelerle ilgili olarak suç tanımı yapılmıştır. Hangi hallerde bilimsel deney ve denemelerin hukuka uygun sayılacağı da, yetişkinler ve çocuklar hakkında alt ayırım yapılmak suretiyle maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Üzerinde deney yapılmak istenen bireylerin yaşamına, vücut bütünlüğü ve sağlığının korunmasına, deneklerin geçici ve kalıcı sorunlarla muhatap olmamalarına önem verilmiştir<sup>399</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddenin 2.fıkrasına<sup>400</sup> göre, ilk olarak deneye ilgili yetkili kurul ve makamlardan izin alınması gerekmektedir.

İnsan üzerinde deneyin ceza hukuku açısından diğer hukuka uygunluk koşullarını incelediğimizde, hayvanlar üzerinde önceden yeterince yapılan deneylerin insan sağlığına kalıcı bir zarar vermeyecek aşamaya gelmesi; hayvanlar üzerinde

---

<sup>398</sup> Bireyin rızası olsa dahi insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin sınırsız olabileceğinin kabul edilemeyeceği, bireyin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı kabul edilmemiştir. Bu anlayışın hem 1982 Anayasası'nın 17. maddesi ile gerekçesinde ve Türk Ceza Kanunu 26. maddesi ile gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır [ŞEN, Ersan: "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 592-593 (Kısaltma: İnsan Üzerinde Deney ve Deneme)].

<sup>399</sup> ŞEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 593.

<sup>400</sup> TCK 90/2. fıkraya: " *İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir.*"

yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından insan üzerinde de denenmesinin gerekli olması; deneyin zarardan çok insana yarar getireceğinin anlaşılması ve deney hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilen kişinin yazılı rızası alınması durumunda bilimsel deney yapılması mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde yer alan “veya” ifadesinin araştırmacı için seçimlik bir durum yaratmaması gerektiği belirtilmiştir. Deneyin insan dışı deney ortamında uygulanması, yeterli sayıda hayvan deneyi yapma zorunluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. İki koşulunda zorunlu olarak yerine getirilmesi gerekli bir ölçü olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi takdirde bu durumun deneye tabi tutulacak insanı olası zararlardan koruyamayacağı ve deneyin insan dışı deney ortamında uygulanması, yeterli sayıda hayvan üzerinde deney yapma zorunluluğunu ortadan kaldıracığı ifade edilmiştir. Ayrıca bu uygulamanın hem masraftan kaçınmak hem de süreyi kısaltmak adına tercih edileceği belirtilmiştir<sup>401</sup>.

İnsanlar üzerinde deneylerin yapılabilmesinin en önemli şartı kişinin rızasıdır<sup>402</sup>. Bu rızanın geçerliliği için kişinin düşünebilme ve karar verme yeteneğine sahip olması, aydınlatılmış olması gerekmektedir. Ayrıca denek olma noktasında gönüllülük esastır. Bilgilendirme işlemi sonuçları kanıtlanmış tıbbi müdahalelerdeki aydınlatmaya oranla daha ayrıntılı şekilde yapılmalıdır. Denek olan kişi, araştırmanın türünü, amacını, uygulamanın yapılış tarzını, yan etkilerini, olası risk ve komplikasyonları, bu riskler sonucu doğan problemlerin tedavi edilebilirliğini, araştırma

---

<sup>401</sup> ÜNVER Yener: “Türkiye’ de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 100 (Kısaltma: Tıp Hukuku).

<sup>402</sup> Örneğin, Bay... Bacağından vurulduğu için ... hastanesine müracaat eder. Tedavisi yapılmış ve komplikasyon görülmediğinden taburcu edilmiştir. Fakat daha sonra bacağında bir kitle oluşumu şikayeti ile tekrar hastaneye müracaat etmiştir. Hekim yapılan teşhis sonucunda kitlenin hastanın bacağındaki kurşundan geçerken yapmış bulunduğu arter damarının bir noktasındaki (Aneurysm) anevrizma (damarın şişmesi) ile ilgili olduğunu söylemiştir. Hekimler hastanın tedavi yöntemi konusunda anlaşarak, denenmemiş bir yöntem olan deri içi yoluyla çelik helazon kangal sokmak suretiyle tıkanıklığı açma yöntemi uygulanmıştır. Bu yöntem çok yeni bir yöntem olup, tıkanan damar noktasında üst kısmından söz konusu cihazı sokarak kanın akışını sağlamayı amaçlamaktadır. İlerleyen zaman diliminde tıkanıklık açma operasyonun yapıldığı bacakta aşağıya doğru kan akımının kesildiği tespit edilmiştir. Hastanın bacağına taze kan gitme işlemi yapılamadığından bacağı kesilmek zorunda kalmıştır. Yeni yöntem uygulanmasındaki risk ve sonuçların hastaya izah edilmediği gerekçesiyle hekim mahkum edilmiştir (Court Of Appeals of North Carolina, 1984, Age s. 211-216, Naklen; ÖZTÜRKLER, s. 99).

kapsamında ne gibi koruyucu nitelikte önlemler alındığını ve uygulamanın süresini ayrıntılı olarak bilmelidir<sup>403</sup>.

Yasal düzenlemeleri incelediğimizde, bilimsel amaçlı tıbbi deneyler konusunda tüzük ve yönetmelik düzeyinde de hükümler mevcuttur. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesinin 1. fıkrasında deneme maksadıyla insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile insan üzerinde cerrahi müdahale uygulanarak yapılan bilimsel deneyleri yasaklamıştır.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile ülkemizde ilaç araştırmalarına ilişkin uluslararası standartlara uygun ilaç araştırmaları yapmanın hukuki temelleri oluşturulmuştur. İlgili maddelerinde insanlar üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneylere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Araştırmaya katılacak kimselerin korunması açısından Yönetmeliğin 5. maddesinde, araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamayacağı düzenlenmiştir.

1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin altıncı bölümü de tıbbi araştırmalarla ilgilidir. Yönetmelikte tıbbi araştırmalarda rıza, gönüllünün korunması ve bilgilendirilmesi, rıza alınmasının yöntemi ve şekli, küçüklerin ve mümeyyiz olmayanların durumu, ilaç ve terkiplerinin araştırma amacıyla kullanımına ilişkin hükümler mevcuttur.

İyi Klinik Uygulama Kılavuzu<sup>404</sup> ile de klinik araştırmalara evrensel etik standartlar getirilmiştir. İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nun amacı, *“insanlar üzerinde yapılan araştırmalarda, gönüllülerin haklarını, unsurlarının ve mahremiyetlerinin korunmasını ve araştırmaların verimli, güvenilir, doğru ve uluslar arası standartlara uygun nitelikte olmasının sağlanmak”* şeklinde tanımlanmaktadır.

---

<sup>403</sup> CİN, Deney, s. 200.

<sup>404</sup> RG. 29.12.1995- 51748.

İnsanlar üzerinde tıbbi deneylerle ilgili uluslararası nitelik taşıyan metinlere bakıldığında; 1964 yılında Dünya Tabipler Birliğince kabul edilen “Helsinki Bildirgesi”<sup>405</sup> dikkat çekmektedir. Helsinki bildirgesi, insanlar üzerinde yapılacak tıbbi araştırmalarda etik ilkeleri düzenleyerek yol gösterici olmuştur.

Türkiye tarafından da imzalanan<sup>406</sup> ve böylece Anayasanın 90. maddesi<sup>407</sup> uyarınca iç hukuk normu haline gelen, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde de yer almıştır. Bu nedenle konuya ilişkin olarak bu sözleşme hükümleri de göz önünde bulundurulacaktır. Sözleşmenin 15. maddesinde, “*biyoloji ve*

---

<sup>405</sup> Dünya Tıp Birliği'nin 18. Genel Kurulunda (Helsinki, Finlandiya, Haziran1964 ) benimsenmiş, 29. Genel Kurulunda (Tokyo, Japonya, Ekim 1975), 35. Genel Kurulunda (Venedik, İtalya, Ekim 1983), 41. Genel Kurulunda (Hong Kong, Eylül 1989), 48. Genel Kurulunda (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, Ekim 1996), 52. Genel Kurulunda (Edinburgh, İskoçya, Ekim 2000), 53. Genel Kurulunda (Washington 2002-29. maddeye açıklama notu ilave edilmiştir), 55. Genel Kurulunda (Tokyo 2004-30. maddeye açıklama notu ilave edilmiştir) 59. Genel Kurulunda (Seul, Ekim 2008) geliştirilmiştir.

Deklarasyon “Gönüllüler Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler” adı altında, insanlar üzerinde yürütülecek her türlü tıbbi deneyde, deneklerin yaşamını, sağlığını, onurunu, vücut bütünlüğünü, kendisi ile ilgili karar verme hakkını, mahremiyetini ve kişisel bilgilerinin gizliliğini araştırmaya katılan hekimin korumakla yükümlüdür. Tıbbi deney uygulanacak kişi, araştırmacının yöntemleri, finansman kaynakları, bütün olası çıkar çatışmaları, araştırmacının kurumsal bağları, araştırmadan beklenen yararlar, olası tehlikeler, araştırmacının vereceği rahatsızlıklar ve çalışmanın diğer ilgili yönleri hakkında yeterince bilgilendirilmiş olmalıdır. Ayrıca kişinin araştırmaya katılmama ya da hiçbir yaptırma maruz kalmadan, herhangi bir zamanda, katılım olurlu geri çekme hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirilmesi gerektiği, bu bilgileri anlamasını sağladıktan sonra hekim veya uygun niteliklere sahip başka bir birey, tercihen yazılı olarak, kişinin serbest iradesiyle verilmiş bilgilendirilmiş rızasını almalıdır. Eğer onay, yazılı olarak alınmıyor ise; kişinin rızası, tanık huzurunda resmi olarak belgelenmelidir <http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=helsinki&lang=tr-TR> (Erişim Tarihi: 25.03.2010).

<sup>406</sup> 03.12.2003 Kabul Tarihli 5013 Sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” 09.12.2003-25311 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 16.03.2004 tarihinde Bakanlar Kurulunca sözleşmenin onaylanması kararı alınmıştır. 2004/7024 sayılı bu karar 20.04.2004 -25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>407</sup> D. Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma 90. madde: “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*

*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.”*

*tıp alanında bilimsel araştırma, bu sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir.” hükmü düzenlenmiştir.*

Tıbbi deneylere ilişkin Amsterdam Bildirgesinde de klinik araştırmalara ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bildirgenin 3. maddesinin 10. fıkrası hükmünde, kendi iradesini beyan edemeyen hastaların, kendilerini ilgilendirmeyen araştırmalara dahil edilemeyeceği belirtilmiştir. Fakat bu duruma istisna getirilerek; önemli değeri olan, alternatif yöntemi olmayan, başka araştırma öznesi bulunmayan kişiye zarar vermeyen bir araştırma olması durumunda iradelerini beyan edemeyen kişilerin, doğrudan yararları olmasa da araştırmaya dahil edilebileceği belirtilmiştir<sup>408</sup>.

İnsanlar üzerinde yapılacak çalışmalarla ilgili uluslararası ve ulusal hukuki düzenlemeler ile hekimin etik ödevleri, yükümlülükleri ve yasal sorumlulukları düzenlenmiştir. Sağlıklı ve hasta kişiler üzerinde klinik ilaç araştırmaları, insanlara zarar verme riski taşıdığından dolayı eleştirilirken, çocuklar üzerinde yapılmasına izin verilen yasal düzenlemeler daha büyük tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur<sup>409</sup>.

#### **a. Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Küçük Üzerinde Salt Bilimsel Amaçlı Deneye İlişkin Düzenlemeler**

Küçük üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin, ulusal mevzuat incelendiğinde çeşitli düzenlemeler olduğu görülmektedir. Kanunda yer alan düzenlemelere baktığımızda; Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 3. fıkrasına<sup>410</sup> göre, çocuklar üzerinde bilimsel deneyler yapılmasına ilişkin düzenleme öngörülmüştür.

---

<sup>408</sup> SERT, s. 126.

<sup>409</sup> Çocuklar üzerinde ilaç araştırılması yapılmasının gerektiğini ileri sürerler, çocuklarda kullanılacak ilaçlara ruhsat verilebilmesi için bu ilaçların çocuklar üzerinde klinik araştırmaların yapılması gerektiği, bu duruma izin verilmemesi durumunda çocuk sağlığı ve hastalıkları biliminin gelişmesi engellenecektir. Zaten bu tür araştırmaların bir kısmı da çocuğun tedavisini amaçladığından, bu durumun küçüğün menfaatine olduğu ifade edilmiştir. Buna karşılık ise çocuklarının ilaç araştırmalarında kullanılmalarında maddi çıkar sağlamak isteyen kanuni temsilcilerin, çocukları bu uğurda feda edebileceği, bilinçsiz kanuni temsilcilerin, çocukların geleceğiyle bu şekilde oynama hakkının bulunmadığı ileri sürülmüştür (PETEK, s. 48-49).

<sup>410</sup> Türk Ceza Kanunu 90. madde 3. fıkrası: “Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra; yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya

Yapılan düzenlemeyle, bilimsel araştırmaya konu deneyin özelliği ve deneye konu hastalık veya sorunun çocukla ilgili olması halinde, denek olarak çocukların kullanılabilmesi ve denemeye konu ilaçların uygulanabilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir<sup>411</sup>. Cin' e göre, bu düzenleme ile sağlıklı çocuklar üzerinde de deney yapılmasına müsaade edildiği, çocuklar üzerinde bilimsel amaçlı deneylere sınırlıda olsa izin verilmesinin, etik ve hukuki açıdan sakıncalı olduğu ve kötüye kullanımının son derece elverişli bir durum olduğu savunulmuştur<sup>412</sup>.

Ayrıca üçüncü fıkranın ilk şeklinde, “Çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılamaz” hükmü varken, bu düzenleme ile yapılması sadece çocuklar yararına olabilecek bilimsel deneylerde, çocukların denek olarak yer alabilmesine müsaade edilmiştir. Fakat yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerden, ulaşılmak istenen amaca varılması açısından da bu deneylerin çocuklar üzerinde de yapılmasının zorunluluk taşıması gerekmektedir<sup>413</sup>.

Çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneyler de, küçüğün rıza açıklama yeteneği bulunuyorsa, kendi rızasının yanında anne babasının veya vasisinin rızasının birlikte arandığına ilişkin yasal düzenleme yapıldığı görölmektedir. Kanun koyucu sadece çocuğun rızasıyla yetinmeyerek, kanuni temsilcilerinin de yazılı rızasının alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ülkemizde veli veya vasinin çocuk üzerinde bilimsel deney yapılmasına izin verilmesini kötüye kullanabilecekleri veya ihmali davranışlarda bulunabilecekleri ihtimali karşısında, bu iznin aile mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi hakimlerinin dahil edilmelerinin çocuk bakımından yararlı olacağı belirtilmiştir<sup>414</sup>. Ayrıca anne babanın veya vasisinin bilimsel amaçlı deneylerin çocuk üzerinde uygulanmasına kötü amaçlı rıza göstermesi durumunda, sadece menfaat temin edenin değil de onlar adına rıza gösteren anne babanın da, bu konuda temin edilen

---

vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gereklidir.”

<sup>411</sup> şEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s. 309 (Kısaltma: TCK Yorumu).

<sup>412</sup> CİN, Deney, s. 201.

<sup>413</sup> şEN, TCK Yorumu, s. 308.

<sup>414</sup> şEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 626.

menfaati kabul etmeleri sebebiyle cezalandırılmasının caydırıcı olabileceği belirtilmiştir<sup>415</sup>.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte de, küçük üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin çeşitli düzenlemeler olduğu görülmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesine göre, küçükler üzerinde araştırma yapabilmek için belirli koşulların varlığı aranmıştır. Söz konusu hükümde; yapılacak araştırmanın konusunun doğrudan çocukları ilgilendirmesi gerektiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu veya yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise Yönetmeliğin 5. maddesinde<sup>416</sup> belirtilen hususlarında dikkate alınarak çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yer alan düzenlemeye göre, araştırmanın uygulanacağı gönüllü küçük, kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilme yönünde istekte bulunması durumunda araştırmadan çıkabilme hakkına sahiptir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35. Maddesine göre; *“Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.”* Yönetmeliğin söz konusu hükmünde, reşit ve temyiz kudreti olmayan kişilere faydası olmayan tıbbi deneylerin uygulanamayacağını belirtmiştir.

---

<sup>415</sup> CİN, Deney, s. 201.

<sup>416</sup> Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 5. madde b bendi: *“Çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde klinik araştırma yapılamaz. Ancak çocuklarda, hamilelik, loğusalık ve emzirme dönemlerinde ve kısıtlılık durumunda; gönüllüler yönünden araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ise, gönüllü oluru ile birlikte Etik Kurulun ve Bakanlığın izni alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebilir.”*

Küçük üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin uluslararası düzenlemeler incelendiğinde; Helsinki Bildirgesinin 27. ve 28. maddelerinde küçüğe ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu bildirgenin 27. maddesinde, “*ehil olmayan bir potansiyel araştırma gönüllüsü söz konusu olduğunda hekim yasal olarak yetkili temsilcinin olurluğunda almalıdır. Araştırmanın potansiyel gönüllüsünün temsil ettiği popülasyonun sağlığını korumayı amaçlaması, araştırmanın ehil kişilerle yapılmaması ve araştırmanın yalnızca asgari ölçüde risk ve yük içermesi söz konusu değilse bu bireyler kendileri için yararlı olma olasılığı olmayan bir araştırma çalışmasına dahil edilemez.*” Helsinki Bildirgesinin 28. maddesinde ise, “*ehil kabul edilmeyen bir potansiyel gönüllü, araştırmaya katılım kararları konusunda olur verebiliyorsa araştırmacı yasal temsilcinin onamına ek olarak ondan da onam almalıdır. Potansiyel gönüllünün ret kararına saygı duyulmalıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde küçükler üzerinde yapılacak deneylere ilişkin koşulların 17. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. Bu maddeye göre araştırmanın sonuçlarının, rıza verme yeteneği olmayan kişinin sağlığı üzerinde doğrudan yarar sağlayacağı beklentisinin olması gerekmektedir. İstisnaen doğrudan yarar sağlayacağı beklentisi bulunmayan bilimsel amaçlı tıbbi deneylerde, riskin asgari düzeyde bulunması ve yapılan araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılması amacını taşıması gerekmektedir<sup>417</sup>.

Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 4 Nisan 2001 Tarihli 2001/20/EC No’lu Direktifi’nde Klinik Araştırmaların gerçekleştirilmesi ve bu alanda teftişlerin yapılmasına ilişkin şartlar yer almaktadır. Söz konusu Klinik Araştırmalar Direktifi’nin

---

<sup>417</sup> Sözleşmeye tıbbi deneyin, çocuğun sağlığına doğrudan faydası olması kriteri konulduğundan, sağlıklı çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılamayacağını savunmuştur (CİN, Deney, s. 200). Karşıt görüş ise, sözleşmenin sağlıklı çocuklar üzerinde deneyi yasaklamadığı aksi görüşlerin Türkçe metindeki tercüme hatasından kaynaklandığını söylemiştir. Orijinal İngilizce metinde kullanılan ifade de, Türkçe metinden farklı olarak hasta kavramından söz edilmemektedir. Bu nedenle hasta kavramı kullanılarak sözleşmenin sadece tedavi amaçlı denemeye müsaade ettiği şeklinde yorumlanmasına sebep olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede çocuklar üzerinde deneye de maddede belirtilen şartlarda müsaade ettiği belirtilmiştir (HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 414; PETEK, s. 50; ERMAN, s. 231-232).



“Küçükler Üzerinde Klinik Deneyler” başlıklı 4. maddesine göre gönüllü, kişisel olur vermeye yeterli değilse araştırmaya dahil edilmesi etik kurul uygun görüyorsa ve araştırmacı, katılmanın gönüllünün yararına olacağı kanısında ise kabul edilebilmektedir. Kanuni temsilcinin, araştırmaya katılmasının gönüllünün yararına olacağını ve sağlığına katkıda bulunacağını kabul etmesi gerekir, bu rıza küçüğün isteğini göstermelidir. Küçük herhangi bir zararla karşılaşmasa dahi klinik araştırmalardan kendi rızası ile geri çekilebilme hakkına sahiptir. Araştırmanın yararları ve riskleri hakkında küçüğe anlayabileceği kapasiteye göre bilgi verilmelidir. Telafi dışında ikna edici bir teşvik veya mali önerilerde bulunulamamalıdır. Bu tür çalışmalarda Etik kurul, pediatri uzmanın “uygun” görüşü alındıktan sonra protokolü onaylamaktadır<sup>418</sup>.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, Kanada Quebec Medeni Kanunu’na göre, rıza verme yeteneğine sahip olmayan küçük bir çocuğun sadece sağlığıyla ilgili ciddi risk bulunmaması durumunda araştırmaya denek olarak katılabileceği düzenlenmiştir. Bu gibi durumlarda da ebeveyn durumundaki kişinin ya da vekil, vasi ve yetkili kişinin rızası gerekmektedir.

İsviçre de ise, yeterliliği olmayan kişiler üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel nitelikteki araştırmalar, yalnızca, aynı bilimsel sonuçların başka şekilde elde edilemeyecek olması ve herhangi zarar riski içermemesi koşuluyla izin verilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca yasal olarak yeterli olmamasına rağmen araştırma deneyinin temyiz kudreti varsa rızasının alınması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>419</sup>.

#### **b. Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Küçük Üzerinde İyileştirme Amaçlı Denemeye İlişkin Düzenlemeler**

Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 4. fıkrası, insanlar üzerinde yapılan iyileştirme denemelerine ilişkin koşulları düzenlemiştir. Düzenlemede yer alan koşullara göre, uygulanması düşünülen denemenin kapsam ve sonuçları hakkında kişinin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması ve tedavinin uzman bir

---

<sup>418</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’ nün 29 Aralık 1995 Gün ve 51748 Sayılı Genelgesi (Bu genelgenin ekinde İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu ve İyi Laboratuar Uygulamaları Kılavuzu).

<sup>419</sup> ÖRNEK BÜKEN, s. 453.

hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bilinen tedavi yöntemlerinin uygulanmasının sonuçsuz kalacağına anlaşılması gerekmektedir. Bu şartlar kapsamında uygulanan iyileştirme amaçlı denemeler, hekimi sorumluluktan kurtaracaktır. Bilinen tüm tedavi yöntemlerinin, tedaviye yönelik denemenin gerçekleştirilebilmesi için uygulanması şart koşulmamaktadır. Anılan yöntemlerin netice göstermeyeceğinin önceden anlaşılması, deneme yapılması için yeterli görülmüştür. Örneğin kanser hastası kendisine hiçbir faydası olmayacak tedavi usullerine maruz kalmadan, sonuçları ispatlanmamış ama tedavide pozitif gelişme sağlama şans ve ihtimali olan deneme niteliğindeki bir yöntemin uygulanmasını isteyebilecektir<sup>420</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda küçükler üzerinde iyileştirme amaçlı denemelere ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dördüncü fıkrada yetişkin çocuk ayrımı yapmaksızın bağımsız bir düzenleme ve suç tanımı öngörülmüştür<sup>421</sup>. Bu durum yetişkinler açısından belirtilen koşulların, küçükler açısından da geçerli olacağını göstermektedir<sup>422</sup>.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; sonuçları ispatlanmış bir tedavinin hastaya uygulanmasının faydalı olamayacağı anlaşıldığı takdirde, hayvanlar üzerinde yeterli düzeyde denemenin yapılarak faydalı sonuçları anlaşılmış olan tedavinin uygulanmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Böylece tüzükte bilimsel amaçlı deneyler yasaklanırken, iyileştirme amaçlı denemeler hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin çağın gerisinde kaldığı ve uluslararası ve ulusal birçok düzenlemede öngörüldüğü şekilde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>423</sup>.

Uluslararası sözleşmelerde küçük üzerinde iyileştirme amaçlı tıbbi denemelere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde; Biyo-Tıp sözleşmesinde rıza yeteneği olmayanlar üzerinde yapılacak denemelere ilişkin 17. maddesinin 1. fıkrasında şartları düzenlenmiştir.

---

<sup>420</sup> CİN, Deney, s. 201.

<sup>421</sup> ŞEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 631.

<sup>422</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 417.

<sup>423</sup> PETEK, s. 56.

Çocuklar üzerinde yapılacak iyileştirme amaçlı denemeler bakımından, araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması, karşılaştırılabilir etkinlikte bir denemenin rıza ehliyeti olan kişiler üzerinde gerçekleştirilemiyor olması, yasal temsilcinin yazılı bir şekilde rıza göstermesi, denemeye tabi tutulacak kişinin aktif olarak direnmemesi ve denemenin, bu kişinin sağlığına yönelik gerçek ve doğrudan yarar sağlanmasının beklenmesi gerekmektedir.

### c. Değerlendirme

Tıbbi müdahalenin türüne göre ikili bir ayrımın yapıldığı görünmektedir. Tedavi amaçlı tıbbi denemeler ile bilimsel yöntemlerle uygulanan bilimsel amaçlı deneyler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kendisine müdahale edilecek bireye göre de yapılacak ayrımın, bireyin rıza ehliyetine sahip olup olmaması şeklinde kendini göstermektedir<sup>424</sup>.

Küçük çocukların rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmamasına göre, üzerlerinde bilimsel amaçlı deney yapılıp yapılamayacağına ilişkin olarak doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Bir görüş, küçüğün rıza açıklama yeteneğine sahip olması durumunda, kanuni temsilcisinin yazılı muvafakatinin yanında küçüğün de rızasının alınması gerektiği, küçük rıza açıklama yeteneğine sahip değilse, sadece kanuni temsilcisinin yazılı muvafakatiyle küçük üzerinde tıbbi müdahalede bulunabileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Aksi takdirde, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler üzerinde, ilaç araştırmaları da dahil olmak üzere hiçbir tıbbi müdahale yapılamayacağı sonucu doğmaktadır<sup>425</sup>. Kanun maddesinde, rıza ehliyeti bulunmayan küçükler üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılmasına sınırlı da olsa izin verilmesi eleştirilmiştir. Bu durumun bilimsel araştırmaların ve teknolojinin son derece ileride olduğu bir dönemde kötüye kullanılmaya elverişli olduğu belirtilmiştir<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> ŞEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 644.

<sup>425</sup> PETEK, s. 8, dn. 21.

<sup>426</sup> CİN, Deney, s. 201.

Aksi görüş ise, rıza açıklama yeteneğinden henüz yoksun olan çocuk üzerinde kanuni temsilcisinin yazılı rızası olsa dahi bilimsel deney yapılamaması gerektiğidir. Türk Ceza Kanunu 90. maddesinin 3. fıkrasının b bendinin manasından, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılamayacağı sonucuna ulaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>427</sup>. Türk Ceza Kanunu 90. maddede yer alan düzenlemede, çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılmasına “rıza açıklama yeteneğine sahip çocuk” kavramına yer vererek, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılamayacağına işaret ettiği ifade edilmiştir. Ancak Biyo-Tıp sözleşmesinde bu yönde sınırlayıcı hükümlerin olmadığı ifade edilmiştir. Sözleşmede yasal olarak bir müdahaleye rıza verme ehliyetine sahip olmayan küçüğe, temsilcinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahale edilebileceği ve küçükler üzerinde bilimsel deney yapılabileceği öngörülmüştür (Biyo-Tıp Sözleşmesi m.6 ve m.17). Bu sebeple, ceza normları ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında paralellik kurulması gerektiği belirtilmiştir<sup>428</sup>.

Tıpta çocuğa etkin ve güvenli tedaviler uygulayabilmek için, anatomik ve fizyolojik özelliklerinin, erişkinlerle farklarının dikkate alınması gerekmektedir. Çocuklarda ilaç kullanımı, yetişkinlere göre farklı etkilere ve yan etkilere yol açabilir. Bazı durumlarda çocuklarda gelişebilen farklı rahatsızlıklar yetişkinlerde dahi görülmemektedir. Bu sebeple ilaçların, çocuğun yaşına ve tanısına uygun biçimde kullanılabilmesi amacıyla, hekimler tarafından gerekli araştırmaların yapılması gerekmektedir.

Çocuklar üzerinde yapılacak ilaç araştırmaları, çocuğu suistimal ve zararlardan koruyacak şekilde sıkı şartlara tabi tutulmalıdır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile çocuklar üzerinde yapılacak ilaç araştırmalarına başlamadan önce, çalışma devam ederken ve sona erdirdikten sonra çeşitli koşullara bağlı tutulmuştur. Bu araştırmalar yapılırken, çocuğun rıza verme konusundaki yeteneksizliği, kolay incitilebilirliği ve denek olarak çocuğa yükletilebilecek risklerin son derece az olması gerektiği hususlarına özen gösterilmelidir.

---

<sup>427</sup> DOĞAN, Cahid: “İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi Amaçlı Deneme Suçları”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, 8 Ekim 2008; İstanbul 2008, s. 105; ŞEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 626.

<sup>428</sup> ŞEN, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme, s. 599-600.

Çocuğun denek olarak araştırmaya alınması söz konusu ise, durumun elverdiği ölçüde karar alma sürecine dahil edilmelidir. Çocuğa özerklik tanınarak, araştırmanın anlamı, yararı ve riskleri hakkında bilgilendirilmelidir. Araştırmayı yapacak olan hekim, çocuğun yararını en fazla gözetir şekilde hareket etmelidir<sup>429</sup>.

Çocuklara yönelik olarak ulusal ve uluslararası düzenlemelere uygun, yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinin araştırılması ile küçükler için doğrudan fayda sağlama amacı güdülmelidir. Bu süreçte gerekli araştırmalar yapılırken, denek olarak kullanılacak küçüklere, hekimler tarafından daha fazla hassasiyet gösterilmelidir. Ayrıca araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendiren bir klinik durum olmasına ve sonucunda elde edilen verilerin gelecekte tedavi şansı açısından bir ilerleme sağlayacak olmasına dikkat edilmelidir.

## **B. ORGAN VE DOKU NAKLİ**

Tıp biliminde organ ve doku aktarımı çeşitli şekillerde kendine gösterebilmektedir. Bu aktarım şekillerine baktığımızda, kişinin kendi bedeninden kaynaklanan dokuların başka bir yere aktarılması, canlı veya ölü bir insandan alınan organ ve dokuların bir başkasına aktarılması veya insan dışında bir canlıdan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin bedenine yerleştirilmesi örnek gösterilebilir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun incelenmesinde burada dikkate alacağımız husus, canlı veya ölüden alınan organ ve dokunun iyileştirme amacıyla başka bir alıcıya aktarılması olacaktır.

Ülkemizde bu konuda canlı veya ölü vericiden yapılacak organ aktarımlarına ilişkin, Organ ve Doku Alınması Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Her iki durum içinde farklı hükümlere yer verilmiştir.

### **1. Canlı Vericiden Yapılan Organ ve Doku Nakli**

Canlılardan organ ve doku nakli alınmasıyla kastedilenin, canlı bir insandan alınan organ veya dokunun, iyileştirme amacıyla, organ ve doku nakline ihtiyaç duyan

---

<sup>429</sup> KARATOPRAK, Nihal: “Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları, Aralık 2008, Türk Farmakoloji Derneği E- bülten.  
[http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd\\_kfcg\\_200812.html](http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd_kfcg_200812.html) (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

başka bir insana aktarılmasıdır<sup>430</sup>. Organ ve doku nakline ilişkin dikkat edilmesi gerekli iki ilkenin, insanların araç değil, amaç olarak görülmesi gerektiği ve hiç kimseyi öldürmeden, ölecek olan birisinin kurtarılması olduğu ifade edilmiştir<sup>431</sup>.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesinin en önemli şartı ilgilinin rızasıdır. Rıza kavramı, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde daha büyük önem kazanmaktadır. Canlılardan alınan organ ve dokunun, yaşayan başka bir kişiye aktarımın gerçekleştirilmesi için gerek vericinin gerekse alıcının rızası şarttır. Alıcı yönünden zaruret hali söz konusu olduğunda rıza aranmayabilirse de, verici yönünden zaruret haline dayanmaya imkan yoktur. Bu nedenle kişinin rızası alınmadan gerçekleştirilecek organ ve doku nakli, hastayı iyileştirse de hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır<sup>432</sup>. Aşağıda organ ve doku naklinde, alıcı ve vericinin küçük olması durumunda rızalarının hukuki geçerlilik koşulları ele alınacaktır.

#### a. Vericinin Rızası

Yaşayan bir kimseden organ ve doku alınımının gerçekleştirilebilmesi için her şeyden önce rızanın bulunması gerekmektedir. Rıza hukuka uygunluk sebebi olup; rıza alınmadan önce organ naklini yapacak olan hekim veya hekimler tarafından, organ ve doku vermenin sonuçları hakkında verici aydınlatılmalıdır (ODNK 7. madde<sup>433</sup>). Bu konuda verici konumunda bulunan kişi, rıza beyanında bulunmadan önce organ ve doku alma işleminin kendi vücudunda oluşabilecek olumsuz sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir<sup>434</sup>. Ayrıca verdiği rızanın geçerliliğinin ve bu rızaya dayalı olarak yapılan operasyonda kişilik hakkına hukuka aykırı bir müdahale oluşturmadığının, vericiye belirtilmesi gerekmektedir<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> AYAN, s. 18.

<sup>431</sup> ELÇİOĞLU ŞAYLIGİL, Ömür: “Organ Aktarımı ve Etik”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR Ayşegül/ÖNCEL, Öztan/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 313.

<sup>432</sup> TOROSLU, Nevzat: Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, s. 101.

<sup>433</sup> Organ ve Doku Nakli Kanunu 7. madde: “Organ ve doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmakla yükümlüdür.”

<sup>434</sup> TOROSLU, s. 102.

<sup>435</sup> GÜRZUMAR, Osman Berat: “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 3, s. 373.

Organ ve doku nakline ilişkin verilecek rızanın öncelikle, verici konumundaki kişiden organ ve doku alınmasını haklı gösterecek üstün bir amaca yönelik olması gerekmektedir. Hukuka uygunluğu sağlayan üstün amaç ise, verici konumundaki kişiden organ ve doku alınmasını haklı gösterecek bir sebebin var olmasıdır. Alıcının menfaatinin vericinin menfaatinden daha üstün olması aranmaktadır. Elde edilecek yarar, vericinin zararını ikinci plana itiyor ve bu zarara katlanmayı haklı gösteriyorsa üstün bir amacın varlığından söz edilmektedir. Aksi takdirde vericinin menfaati daha üstün konumda olup rıza gösterse bile organ ve doku nakli işlemi gerçekleştirilmeyecektir<sup>436</sup>. Bu nedenle vericinin organ nakline göstermiş olduğu rıza, alıcıya sağlık kazandırma amacına dayanmalıdır<sup>437</sup>.

Vericinin rızasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, rızanın, sağlıklı bir yaşam sürdürmesini ciddi bir şekilde tehlikeye sokacak müdahalelerinin bedeni üzerinde yapılmasına yönelik olmamasıdır. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 8. maddesinde de, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasının açıkça yasak olduğuna ilişkin düzenleme getirilmiştir. Hekimin kişinin rızasına dayalı olarak tehlike yaratan bir müdahalede bulunulması ise hukuka aykırılık nedeniyle beden ve yaşam bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına saldırı olarak nitelendirilmiştir<sup>438</sup>. Bu kapsamda organ ve doku nakli sonucu zararsızlık kavramından anlaşılması gerekenin; verici konumunda bulunan kişinin, hayati bir tehlikeye maruz kalmaması, vücutta büyük bir organik eksikliğe

---

<sup>436</sup> AKINCI, Şahin: "Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri", Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Editörler: BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Erzincan 2006, s. 67; GÖKÇEN, Ahmet: "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD 2000, Milenyum Armağanı, C. 8, 2000. S. 1-2, s. 67.

<sup>437</sup> GÜRZUMAR, s. 372; "Örneğin kişinin kazanç sağlamak amacıyla ve bir bedel karşılığında bir organının mesela böbreklerinden birinin alınmasına rıza göstermesi ahlaka adaba aykırılık nedeniyle hukuken geçersizdir. Bu nedenle iyileştirme amacına uygunluk ile orantılı olmayan müdahalelere verilecek rıza geçerli olmayacaktır. Bu durum Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 3. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anılan bu madde hükmüne göre bir bedel karşılığında veya başkaca çıkar karşılığında, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesine göre de; "insan bedeni ve parçaları, kendi başına hiçbir ticari kazançta konu olamaz." Dünya Tıp Birliği de, 1985 de Brüksel' de yapılan 37'inci genel kurul toplantısında kabul edilen bir duyuruyla, organ aktarması için insan organlarının satılmasını kınamıştır. Buna karşılık organ almak için para vermeyi kabul eden alıcı açısından, asıl amacı sağlığını veya yaşamını kurtarmak olacağından, verdiği rızanın geçerliliği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra ilgili kanunun 4. maddesinde de reklam yasağı da öngörülmüştür. Buna göre bilimsel, istatistik ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri dışında organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır" (ERMAN, s. 218).

<sup>438</sup> GÜRZUMAR, s. 371.

sebebiyet verilmemesi ve bedensel olarak kendisine, ailesine ve topluma karşı görevlerini tam olarak yerine getirmesini engellenmemesi gerekmektedir<sup>439</sup>.

Organ ve doku nakline ilişkin verilecek rızanın geçerlilik koşullarından biri de, vericinin rıza açıklamaya ehliyetli olmasıdır. Bunun için kişinin rızaya ilişkin hakkın sahibi olması ve rıza beyan etmeye yetkisi olması gerekmektedir<sup>440</sup>. Bu kapsamda verici olarak canlı çocuğun, yetkili olup olamayacağı ele alınacaktır.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5. maddesine incelendiğinde; yaşayan kişilerden organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için vericinin onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması gerektiği düzenlenmiştir.

Kişinin yaşam alanına ilişkin kendine özgü kararlar almasında, bağışlama özerkliğine sahip olması gerekmektedir. Kendini ilgilendiren alanlarda karar merci olabilmek için ise, birey mümeyyiz olmalıdır<sup>441</sup>. Ayrıca kanunun 5. maddesinde açıkça onsekiz yaş şartının aranmış olmasından dolayı, medeni hukuk anlamında kişinin evlenme ve mahkeme kararıyla reşit sayılabileceği bir durumda bile küçük gerekli onsekiz yaş koşulunu sağlamadığından organ ve doku nakli gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>442</sup>.

Kişinin kendisinden organ alınmasına yönelik gösterdiği rıza, kendi iyileşmesine değil de bir üçüncü kişinin iyileşmesine yönelik bir operasyon olduğundan, bizzat, açık ve sağlıklı bir irade beyanıyla verilmelidir. Bu iradenin geçerli olabilmesi için iradenin hata, hile ve ikrah gibi bir sebeple sakatlanmaması gerekmektedir<sup>443</sup>. Bu durumda küçükler yerine kanuni temsilcileri rıza beyanında bulunamayacağı ifade edilerek, rızanın sadece verici konumundaki kişiden alınması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca organ vericisinin açık rızası yerine başka hukuka uygunluk nedenleri örneğin varsayılan rızası da kabul edilmeyecektir<sup>444</sup>.

---

<sup>439</sup> AKINCI, s. 67.

<sup>440</sup> HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 138 (Kısaltma: Ceza).

<sup>441</sup> SCHROTH, Ulrich (Çev: Hakan HAKERİ): "Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 325.

<sup>442</sup> TAŞKIN, Ahmet: Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 98.

<sup>443</sup> AKINCI, s. 68.

<sup>444</sup> ERMAN, s. 217.



Küçüklerin organ ve doku nakline ilişkin Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça yer alan düzenleme karşısında rıza ehliyetlerinin olmadığı görülmektedir. Bu sebeple küçüklerin verici olması yasaklanmıştır. Temyiz kudretine sahip küçüklerin ise organ ve doku nakline ilişkin rıza verme yetkisinin olup olmadığı yönünde iç hukukta düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu konuya ilişkin Avrupa Konseyi Biyo-tıp sözleşmesinde yer alan düzenleme incelendiğinde; 20. maddede<sup>445</sup> belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda; uygun bir vericinin bulunmadığında ve yaşam kurtarıcı nitelikte bir operasyon söz konusu olduğunda, alıcının onsekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kardeşinden organ alınmasına imkan tanınmıştır. Ayrıca bununla birlikte yasal temsilcisinden rıza aranmakta ve kendisinin de organ nakline yönelik itirazının olmaması gerekmektedir. Türkiye Biyo-tıp Sözleşmesinin 36. maddesi uyarınca, sözleşmenin 20. maddesinin 2. bendinin, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5. maddesiyle uyum içinde olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur<sup>446</sup>. Ünver, bu konuya ilişkin çekince koymak yerine ilgili hüküm paralelinde Türk mevzuatında da düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>447</sup>.

Mukayeseli hukuku incelediğimizde; Alman hukukunda, organ ve doku aktarımının gerçekleştirilebilmesi için yaşayan organ vericisinin ergin ve rıza ehliyetine sahip olması şartını aramıştır. Bununla birlikte, öngörülen organların aktarılacağı kişi açısından iyileştirme amacı kesin olarak aranmalıdır. Vericinin de kendisinden organ alınabileceği tıbbi olarak saptanmalı ve operasyonun olağan riskinin üstünde, herhangi bir riskin altına girmeyeceğinin öngörülmesi gerekmektedir. Son olarak aranan koşul

---

<sup>445</sup> Biyo-tıp Sözleşmesinin 20/2 numaralı bendi “ *İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir. a) Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunması b) alıcı şahsın, vericin erken veya kız kardeşi olması c) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması d) 6. maddenin 2. Ve 3. fıkralarında öngörülen yetkinin kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde belirli ve yazılı olarak verilmiş olması e) Muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması* ”

<sup>446</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 429-430.

<sup>447</sup> ÜNVER, Yener: “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’ nin Türk Hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s. 188 (Kısaltma: Biyo-Hukuk Sözleşmesi) <http://www.akader.info/KHUKA/index.htm> (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

ise, organ aktarımı sırasında, aynı elverişlilik koşullarına sahip ve ölü vericiden kaynaklanan bir organa ulaşılamıyor olması gerekmektedir<sup>448</sup>.

Avustralya’da küçüklerden organ nakli aktarımı çok sınırlı koşullar altında yapılabilmektedir. Nakil için aranılan şartları incelediğimizde; alıcı ve vericinin aynı aile üyesi olması gerektiği, vericinin nakil gerçekleştirilmediği takdirde ölüm tehlikesi taşıması, vericinin anne babasının organ naklini onaylanması, vericinin bu bağışı yapacak zihinsel kapasiteye sahip olması koşullarıyla, aktarımın bir komite tarafından onaylanması sonucu naklin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bu koşullarında sadece jeneratif doku aktarımı için geçerliliği kabul edilmiştir.

Fransa’da ise, küçüğün sadece kardeşine organ bağışında bulunulabileceği kabul edilmiştir. Buna ilişkin olarak, yasal temsilcisi tarafından rızanın verilmesi gerektiği ve uzmanlık komitesi tarafından bu sürecin denetlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Türkiye’deki durumu incelediğimizde, yukarıda belirttiğimiz Organ ve Doku Nakli Kanunu’nun 5. madde hükmü kapsamında, açıkça onsekiz yaşından küçüklerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır.

#### **b. Alıcının Rızası**

Organ ve doku nakli işleminin gerçekleştirilmesi için alıcının da rızası gerekmektedir. 1219 Sayılı Kanunu’nun 70. maddesine göre, hekimler yapılacak her türlü müdahale de hastanın rızasını almakla yükümlüdürler. Hastanın rızası olmadan, onu iyileştirmek amacıyla da olsa müdahale etmek kişilik haklarına aykırıdır. Bu kişinin rızası da özgür ve baskı altında olmadan elde edilmiş olmalıdır.

Rıza alınmadan önce organ alıcısı, mevcut yapılması düşünülen nakil işleminin ne ölçüde gerekli olduğu ve bunun olumsuz yönleri hakkında kendisinin anlayabileceği şekilde aydınlatılmalıdır<sup>449</sup>. Müdahalenin acilliği veya hastanın psikolojik durumuna göre bu bilgilendirme sınırlandırılabilir.

---

<sup>448</sup> ERMAN, s. 220.

<sup>449</sup> TOROSLU, s. 102.

Kendisine organ ve doku nakledilecek küçük açısından ise, organ ve doku verme konumundaki küçükten farklı bir durum söz konusudur. Burada küçük lehine tıbbi müdahale gerçekleştirildiğinde, sadece kanuni temsilcinin rızası yeterli görülmektedir. Çünkü küçüğün sağlığını iyileştirmek veya sağlığını kurtarmak için organ aktarımı gerçekleştirilmektedir<sup>450</sup>. Bu nedenle küçükler üzerinde, veli veya vasisinin izninin alınması koşuluyla, iyileştirme amaçlı organ nakillerinin gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

## **2. Ölülerden Organ ve Doku Nakli**

Ölülerden organ ve doku alınmasında verici konumunda olan bir cesettir. Cesetten alınan organlar alıcı konumunda olan canlı bir insana nakledilmektedir. Ölülerden organ ve doku alınmasında, tedavi amaçlı hareket edilebileceği gibi canlılardan organ ve doku nakliden farklı olarak bilimsel amaçlıda hareket edilebilmektedir. Ayrıca genel ahlak ve adaba uygun olmak şartıyla, ölülerden alınacak olan organlar ve dokular açısından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir<sup>451</sup>

### **a. Küçük Yaştaki Çocuklardan Organ ve Doku Nakli**

Küçük yaştaki ölülerden organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesinin şartlarını incelediğimizde; ilk olarak ölüm anını değerlendirmemiz gerekmektedir.

Ölü bir insandan organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için ölüm anının tespiti gerekmektedir<sup>452</sup>. Ölüm halinin saptanması ise tamamen tıbbi bir işlem olup hukuksal değerlendirmelere konu olamaz<sup>453</sup>. Ancak ölüm olayının hukuksal düzenlemeye de tabi tutulması kaçınılmazdır. Bu nedenle kişilik haklarının belirlenmesi açısından ölümle yaşam arasındaki sınırın saptanmasına hukukun yabancı kalması düşünülemez. Bu konuda hukuksal düzenlemeler yapma görevi hukukçulara düşmektedir<sup>454</sup>.

---

<sup>450</sup> SOYASLAN, Doğan: “Organ Nakilleri”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 336-337.

<sup>451</sup> AYAN, s. 18-21.

<sup>452</sup> AYDIN, M., s. 24.

<sup>453</sup> ERMAN, s. 221.

<sup>454</sup> ÖZEL, Çağla: “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD 2002, C. 51, S. 1, s. 47-48.

Organ ve Doku Nakli Kanunu 11. maddesinde tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı düzeyde kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanacağı belirtilmiştir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 11. maddesi ölüm halinin belirlenmesini herhangi belirli bir ölçüte bağlamamış, ancak tıp bilimin erişmiş olduğu düzeyin dikkate alınarak ölümün belirleneceğine yönelik bir düzenlemede bulunmuştur<sup>455</sup>. Bu yaklaşımın yasanın bilimsel gelişmelere ayak uydurabilmesi açısından olumlu olduğu ifade edilmiştir<sup>456</sup>.

Buna karşılık Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği<sup>457</sup> 'n de ise, beyin ölümü kistasının benimsendiği anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin Ek-1 maddesinde beyin ölümünü, klinik bir tanı ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybı olarak tanımlamıştır. Beyin ölümünün tespitinde temel olarak uygulanan yöntem üç aşamada ele alınmaktadır. İlk aşama, ön koşul olarak hastanın, asli veya tali bir beyin hasarına uğramış olması ve buna benzer semptomları nedeniyle karışma ihtimali gösteren diğer bazı rahatsızlıkların bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İkinci aşama, beyin ölümünün oluştuğunu belirtecek klinik bulguların teşhisi gereklidir. Bunlar; derin koma, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunum durmasıdır. Üçüncü aşama ise, ikinci aşamada aranan durumların belirli süre devam etmesi olarak belirtilmiştir<sup>458</sup>. Karşılaştırılmalı hukukta da beyin ölümü kriterini, kalp ve nefes alma faaliyetinin durması değil, küçük beynin, büyük beynin ve beyin kökünün bütün fonksiyonlarının geri dönülemez ve tam bir şekilde kaybedilmesi olduğu açıklanmıştır<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> Beyin ölümünün tespiti konusunda Türkiye de verilmiş ilk karar 18.04.1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komite kararıdır. Beynin fonksiyon yapmaması solunum ve dolaşımın ancak suni araçlarla devam ettirilmesi ve bu araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vukuu bulması halinde bir kişinin ölmüş olduğu kabul edilir. Yüksek Sağlık Şurasının 24.11.1969 tarih ve 6293 kararı ile de beyin ölümü anlayışı benimsenmiştir (ELÇİOĞLU ŞAYLIGİL, s. 319).

<sup>456</sup> ERMAN, s. 222; Kanunda somut durumunda ölümün tespitine yönelik yasal herhangi bir düzenleme yapılması, yapılacak tanımlamanın çok kısa bir süre içerisinde bilimsel olarak anlamsızlaşacağı ifade edilmiştir (ÖZEL, s. 52).

<sup>457</sup> RG. 01.06.2000-24066.

<sup>458</sup> AYDIN, M., s. 29.

<sup>459</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 427; ÖZTÜRKLER, s. 222.

Ölüm anının tespiti, organ ve doku naklinin başarıyla sonuçlanarak, vericinin ölümüne sebebiyet vermemek için çok önemlidir<sup>460</sup>. Çocuklarda beyin hipoksik hasara daha dirençli olması ve uzun süreli komaya rağmen önemli derecede iyileşmeler gözlenebildiğinden, beyin ölümü tanısında erişkine göre belirgin farklılık ve güçlükler bulunmaktadır. Bebek ve çocuklarda, erişkin hastalara oranla beyin fonksiyonların tam kaybından kalbin durmasına kadar geçen zaman daha uzun olabilmektedir. Bu nedenle beyin ölümü tanısının, çocuklarda erişkinlerden daha farklı ve zor olduğu ifade edilmiştir<sup>461</sup>.

Bu düşüncelerle 1987'de uluslararası çalışma grubu çocuklarda uygulanabilecek beyin ölümü kriterlerini belirlemiştir<sup>462</sup>. Bu kriterlerin erişkinden farkı 3 aşamalı uzun gözlem içerdiği görülmektedir. Bu kriterlere baktığımızda; erişkinlerde gözlem süresi 12 saat olarak uygulanırken, çocuklarda bu süreç daha uzun tutulması gerektiği kabul edilmiştir. 1 hafta ve 2 aylık bebeklerde süre 48 saatten, 2 ay ile 1 yaş arasındaki bebeklerde 24 saatten, 1 yaşından büyük çocuklarda ise 12 saatten az olmaması gerektiği düzenlenmiştir<sup>463</sup>.

Beyin ölümü durumunda, zamanında yapılacak ölüm anının tespiti, alıcının kendisine nakledilecek organdan tam olarak yararlanabilmesini sağlayacaktır. Önceki yıllarda küçük çocukların organları daha az başarılı sonuçlar nedeniyle organ naklinde değerlendirilmemiştir. Günümüzde gelişen tıp ile birlikte pediatrik organlar, hem çocuk

---

<sup>460</sup> AYAN, s. 21.

<sup>461</sup> ANIL, Berna/ANIL, Murat/YAVAŞCAN, Önder/KANAR, Berat/AKSU, Nejat: "Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim Tarihi: 08.03.2010).

<sup>462</sup> 1987'de "Çocuklarda Beyin Ölümü Saptanması için Kılavuz" yayınlanmıştır. Kılavuz Tablo 3' de;

1. Komanın olası nedeni tespit edilmeli
2. Fizik muayene
  - a. Koma ve apne olmalı
  - b. Beyin sapı refleksleri olmamalı
  - c. Hipotermik ve hipotansif olmamalı
  - d. Flask tonus, spinal kord dışında spontan hareket olmamalı
  - e. Klinik bulgular gözlem süresi boyunca değişmemeli
3. Gözlem süresi ve laboratuvar testleri
  - a. 7 gün-2 ay: 48 saat ara ile 2 klinik muayene ve 2 EEG
  - b. 2 ay-1 yaş: En az 24 saat arayla 2 klinik muayene ve 2 EEG veya 1 klinik muayene ve elektroserebral sessizlik gösteren başlangıç EEG'si ile serebral anjiyografide beyin kan akımının durduğu tespit edilirse ikinci bir klinik muayeneye gerek yoktur.
  - c. > 12 ay: 12-24 saat arayla 2 klinik muayene. EEG ve izotop anjiyografi isteğe bağlıdır.

Hipoksik iskemik ensefalopatide gözlem süresi 24 saate çıkarılmalı, şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>463</sup> TUNALI, Gülten/ÖNBENLİ, Zafer: "Beyin Ölümü" <http://dergi.omu.edu.tr/index.php/JECM/article/viewFile/375/562> (Erişim Tarihi: 08.03.2010).

hem de yetişkin hastalar için kullanılmaya başlanmıştır. Bu nedenle erişkinlerde olduğu gibi çocuklarda da beyin ölümünün doğru ve zamanında tanınabilmesi, sağlık ekibi tarafından organ bağışının önemini anlatılması, beyin ölümü vakalarında organ koruyucu yaklaşım ve tedavilerin yapılması gerekmektedir<sup>464</sup>.

### **b. Ölmeden Önce Çocuğun Açıklanmış Rızası veya Yakınının Organ Alımı Yönünde Rızası**

Ölüden organ naklinin gerçekleştirilebilmesi için aranan ikinci şart ise rızadır. Bu şart, kişinin ya ölmeden önce vereceği rızasıyla veyahut da ölen kişinin ailesinden alınacak rıza şeklinde gerçekleşecektir<sup>465</sup>.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası<sup>466</sup> incelediğimizde, kişinin sağken ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına yönelik tek taraflı yaptığı irade açıklaması, vasiyet niteliğinde hukuki işlem olarak nitelendirilmiştir<sup>467</sup>. Kişinin rızası, resmi<sup>468</sup> veya yazılı<sup>469</sup> bir vasiyetname ile veyahut da iki tanık huzurunda<sup>470</sup> açıklamalıdır. Açıkça görüleceği üzere kişinin ölümünden sonra cesedinden organ alınıp alınamayacağına ilişkin yapmış olduğu irade beyanının geçerliliği belirli şekil şartlarını taşıması koşuluna bağlanmıştır. Aksi takdirde organ bağışı geçersiz olup; hekimin geçersiz bağışa dayalı cesetten organ alması

<sup>464</sup> ANIL, Berna/ANIL, Murat/YAVAŞCAN, Önder/KANAR, Berat/AKSU, Nejat: "Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim tarihi: 08.03.2010).

<sup>465</sup> AYDIN, M., s. 32.

<sup>466</sup> Organ ve Doku Nakli Kanunu 14. madde 1. fıkra: "Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir."

<sup>467</sup> ZEYTİN, Zafer: "Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 260.

<sup>468</sup> Türk Medeni Kanunu 532. madde: "Resmî vasiyetname, iki tanığının katılmasıyla resmî memur tarafından düzenlenir. Resmî memur, sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer görevli olabilir."

<sup>469</sup> Türk Medeni Kanunu 538. madde: "El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur." Uygulamada sıkça karşılaşılan bağış kartlarında, irade beyanını ihtiva eden kısmın matbu olmasından dolayı el yazılı vasiyetname olarak değer taşımayacağı ifade edilmiştir (AKINCI, s. 71).

<sup>470</sup> Türk Medeni Kanunu 539. madde: "Miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir. Bunun için miras bırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler. Resmî vasiyetname düzenlenmesinde okur-yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir."

durumunda ölenin yakınları tarafından açılacak manevi tazminat davaları ile muhatap olur<sup>471</sup>.

Küçük çocuğun öldükten sonra organlarının başka bir kimselere nakledilebileceğine ilişkin yazılı bir belge düzenlenmesinde, reşit olma şartının aranıp aranılmayacağı burada önem taşımaktadır. Soyaslan' a göre, mümeyyiz olan herkesin öldükten sonra organlarını başka kimselere nakledileceğine ilişkin açıklama yapabileceğini savunmuştur. Onsekiz yaşından sonra kişi bu belgeyi ortadan kaldırmayacağı için bu belgenin geçerli olması gerektiği, resmi olmayan yazılı bir belgenin düzenlenmesi için reşit olma şartının da aranmadığını savunmuştur<sup>472</sup>.

Alman hukukunda da yer alan düzenlemeye baktığımızda, ölüm sonrası organ alımı genel kişilik hakları nedeniyle, organ bağışlayıcısının rızasına tabi tutulmuştur. Geçerli bir rıza için rıza ehliyeti şartı aranmıştır. Fakat ölüm sonrası organ nakline rıza gösterme yetkisinin onaltı yaşın doldurulması ile mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bunun sebebinin de, onaltı yaşında rıza gösteren kişinin, normal bir kimsenin sahip olduğu anlama yeteneğine sahipse, vasiyet bırakma ehliyetinin var olduğu kabul edilmektedir<sup>473</sup>.

Kişi organ ve doku alımına ilişkin hayatta iken rıza beyanında bulunmazsa, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen sırasına göre; ölümlerinde yanında bulunan eşi, reşit çocukları<sup>474</sup>, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlardan birinin bulunmaması halinde herhangi bir yakının rızası ile organ ve doku alınabilir. Fakat yakınlarının rızasının geçerli olabilmesi için vericinin sağlığında organlarının alınmasını yasaklamamış olması gerekmektedir. Uygulamada küçüklerden, beyin ölümü gerçekleştikten sonra organ ve doku alımına yönelik rıza, ilk olarak anne baba veya vasisinden alınmaktadır.

---

<sup>471</sup> AKINCI, s. 70-72.

<sup>472</sup> SOYASLAN, s. 342.

<sup>473</sup> SCHROTH, s. 319.

<sup>474</sup> Ölen kişinin reşit çocuklarından bir tanesinden alınan rıza beyanının yeterli olduğu belirtilerek; ölüm anında yanında beş tane reşit çocuğunun olması ve dördünün organ alımına karşı çıksa bile birinin rızasının varlığı durumunda organ veya doku almanın mümkün olduğu ifade edilmiştir. Fakat bu düzenleme eleştirilerek, rıza göstermeyen kişilerin şahsiyet haklarının ihlal edildiği, bu nedenle oy çokluğunun aranması gerektiği savunulmuştur (AKINCI, s. 72).

Alman yasasında ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin rıza göstermeye yetkili kişiler bakımından Türk sistemine benzer bir sıralama yapılmıştır. Ancak rıza gösterebilme hakkı, vericinin ölmeden önce bu konuda yetkisi bulunan bir temsilci ataması ve söz konusu yakınlarının, verici ile ölümünden önceki ile son iki yılda kişisel bağlantı kurmamış olmaları durumunda ortadan kalkacağına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Böylece kişinin irade durumunu saptayamayacak olan yakınlarının yerine, biyolojik olarak daha da uzak olsa da ölüyle birebir ilişki içerisinde olan ve isteğini daha kolay tahmin edebilecek kişiler tercih edilmiştir.<sup>475</sup>

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında<sup>476</sup>, olağanüstü durum ve ölünün vücudunda herhangi bir değişiklik yaratmayacak müdahalenin varlığı halinde rıza beyanına gerek olmadan da organ naklinin gerçekleştirilebileceği hükmü düzenlenmiştir<sup>477</sup>. Örneğin yasal düzeleme de yer alan kornea alınmasında, ceset üzerinde herhangi bir değişiklik olmaması halinde, naklin rıza olmadan da gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir<sup>478</sup>. Hekim bu durumlarda ölen kişinin veya yakınlarının rızasına ihtiyaç duymaksızın organ ve doku naklini gerçekleştirebilecektir.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasını<sup>479</sup> incelediğimizde; kaza ve tabii afetler sonucu vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatını kaybetmiş olan kimseden, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kimselere,

---

<sup>475</sup> ERMAN, s. 224.

<sup>476</sup> Organ ve Doku Nakli Kanunu 14. madde 2. fıkra: “*Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*”

<sup>477</sup> Fakat kanunda ceset üzerinde değişiklik yapmaksızın alınabilecek dokuların hangi dokular olduğunun belirtilmemesi ve bunu sadece korneanın örnek göstermekle yetinilmesi, uygulamada çeşitli ihtilafların çıkmasına sebep olacağı ifade edilmiştir (TOROSLU, s. 104).

<sup>478</sup> AKINCI, s. 74; Danıştay 1. Dairesi 2006/1270 Esas, 2007/101 Karar T. 07.02.2007 sayılı kararında, “2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 14 üncü maddesinde gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabii olmadığı belirtilmesine rağmen, cesedin sol gözünün tamamının alındığı, sağ gözünün kapağının ise dikili olduğunun saptandığı ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğu, şüphelilerin üstlerine atılı suç işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelinin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15. maddesi gereğince yargılanmaları gerekir.”

<sup>479</sup> Organ ve Doku Nakli Kanunu 14. madde 4. fıkra: “*Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ*



ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan hallerde, vasiyet ya da rıza aranmaksızın nakil yapılabilecektir. Ayrıca ölenin yanında yakınlarının bulunmaması ve tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığına hekimler kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir<sup>480</sup>. Ancak uygulamada hekimlerin her durumda ölenin yakınlarının iznini aldığı görülmektedir<sup>481</sup>.

Son olarak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin ek fıkrasında<sup>482</sup>, kimsenin sahip çıkmadığı ölümlerden bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasının rıza aranmaksızın mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda mevcut yasal düzenlemede sadece lafzi yoruma bakarak hareket edilecek olursa; bilimsel amaçlar dışında organ ve dokunun başkasına naklinin gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu durumunun, organ ve doku alınmasıyla gerçekleştirilmek istenen, insanları sağlığına kavuşturma amacıyla ters düştüğü belirtilmiştir. Bu sebeple, kimsesi bulunmayan birisi öldüğünde, organlarının öncelikle ihtiyacı olan kişilere nakledilmesi gerektiği, daha sonra bilimsel amaçların devreye girmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>483</sup>. Bu durumu çocuklar açısından incelediğimizde; kanunda sahip çıkılmayan ölümler ifadesinin çocukları da kapsadığını düşünülebilir.

Sonuç olarak, organ bağışi konusunda bilinçsizlik yüzünden maalesef birçok hasta organ nakli beklemektedir. Organ bağışının artırılması için bir takım özendirici tedbirler artırılabilir. Halkın bu konuda aydınlatılması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, yakınlarının organ alımına izin vermeleri durumunda, hastanede ölen kişinin tedavi ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması, bağışi artırıcı bir tedbir olarak düşünülebilir. Yine organ bağışında bulunan kimselerin ya da yakınlarından organ alınmasına izin verenlerin, kamu hizmetlerinden öncelikli olarak yararlanabilme

---

*ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir."*

<sup>480</sup> AKINCI, s. 74.

<sup>481</sup> SOYASLAN, s. 346.

<sup>482</sup> Organ ve Doku Nakli Kanunu, Ek fıkra: 2594 - 21.1.1982 , "Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler, Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

<sup>483</sup> AYDIN, M., s. 37.

imkanı tanınabilir<sup>484</sup>. Günümüzde küçük çocuklar açısından böbrek nakli bekleyen çocuk hastaların çoğunlukta olduğu bir gerçektir. Bu nedenle toplumda organ bağışının artırılması için halkın aydınlatılması, dini endişelerin giderilmesi ve insanların organ bağışı yapmaları için özendirici tedbirlerin alınması gerekmektedir.

## **C. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI, STERİLİZASYON VE KASTRASYON**

### **1. Gebeliğin Sonlandırılması**

Hukuk açısından kişilik, tam ve sağ doğmak koşulu ile başlamaktadır. Ancak anne karnındaki ceninde geriye dönük korunmaktadır. Bunun için de gebelik süreci hukuk tarafından belirli düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bu konuda özellikle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükümler önem taşımaktadır<sup>485</sup>.

Bir kadının rahimde bulunan cenine yönelik, kürtaj ve benzeri girişimlerde bulunması, yaşama hakkına saldırı niteliğinde değerlendirilmiştir<sup>486</sup>. Aile planlama metotlarından olan gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler hukukumuzda, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. ve 6. maddelerinde ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzükte yer almıştır. Bu normlara aykırılık halinde Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler devreye girmektedir. Bu durum Türk Ceza Kanunu 99. maddesinde çocuk düşürme suçu olarak düzenlenmiştir.

Fetüsün uterusun dışında yaşama yeteneğini kazanmadan gebeliğin sonlandırılması kürtaj veya düşük olarak tanımlanmıştır<sup>487</sup>. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesi iki kategoride düzenlenmiştir. Rahimin tahliyesine, tıbbi zorunluluk ve isteğe bağlı olmak üzere iki şekilde izin

---

<sup>484</sup> AKINCI, s. 75.

<sup>485</sup> KANBUR, Nihat: "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1230.

<sup>486</sup> SERT, s. 36.

<sup>487</sup> GÖRKEY, Şefik: "Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, Medikal Etik, (Editör: HATEMİ, Hüsrev/DOĞAN Hanzade), 3 Ekim 2001, s. 80.

verilmiştir<sup>488</sup>. Hekim her iki durumda da tıp bilimin kural ve gelişimi içersinde gerekli incelemeleri yaparak, müdahalenin anne açısından sakıncalı olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür<sup>489</sup>.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında, isteğe bağlı rahim tahliyesi, annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı sürece, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar yapılabilecek bir tıbbi müdahale olduğu düzenlenmiştir. Bazı durumlarda ise, annenin yaşamını kurtarmak için kürtaj uygulaması gerekebilir. Bu durumda uygulanan kürtaj annenin yaşamı için zorunludur<sup>490</sup>. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında da tıbbi zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilecek rahim tahliyesi düzenlenerek, bu durumda süre sınırı getirilmemiştir<sup>491</sup>.

Gerek isteğe bağlı gerekse tedavi amaçlı gebeliğin sonlandırılabilmesi için, ilgilinin rızasının alınması gereklidir<sup>492</sup>. Rıza gösterecek olan gebe kadındır<sup>493</sup>. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeye göre, rahim tahliyesinde gebe kadın reşit ise, izin kendisinden alınacaktır. Gebe kadının küçük olması durumunda, kendisinden rıza alınmakla birlikte, velisinin de rızasının alınması şartı getirilmiştir. Ayrıca vesayet altında bulunan gebe kadın reşit ya da mümeyyiz değilse, gebeliğin sonlandırılabilmesi için reşit olmayan kişinin kendisinden, vasisinden ve sulh

---

<sup>488</sup> KESKİN KIZIROĞLU, Serap: "Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 210.

<sup>489</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 134.

<sup>490</sup> GÖRKEY, s. 92.

<sup>491</sup> Tıbbi tehlike yaratan endikasyonları iki grupta toplanmıştır. Olağan endikasyonlar; gebelikten dolayı kadın için hayati tehlikenin varlığı, gebelikten ötürü kadının hayati organlarından biri için tehlikenin varlığı, doğacak çocuğun ağır maluliyeti uğraması tehlikesinin varlığı, çocuğun doğumu halinde gelecek nesiller için ağır maluliyet tehlikesinin varlığı olarak belirtilmiştir. NPHK.' nun 5. maddesinin 3. fıkrasında ise, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ya da hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerde durumu belirleyen yetkili hekim tarafından gebeliğe son verileceği belirtilerek; olağanüstü endikasyonların da neler olduğunun ilgili tüzükte belirtileceği 2827 sy. NPHK.m. 5. naddesi son fıkrada ifade edilmiştir. Tüzüğün 8. maddesinde bu haller açıklanmıştır. Madde 8' e göre; söz konusu acil hallerde baktığımızda, servikal iternal OS kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, Servikal Os' un açık olduğu haller, Uterusdaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesinin bulunduğu haller olarak düzenlenmiştir (ÖZTÜRKLER, s. 258).

<sup>492</sup> AYAN, s. 48.

<sup>493</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 135; KAYALI, s. 69.

hakiminden izin alınması zorunludur. Son olarak da küçük olan gebe kadının, evli olması halinde eşinin de rızasının alınma zorunluluğu getirilmiştir<sup>494</sup>.

Küçüklerin gebeliklerinin sonlandırılmasına yönelik talepleri, gebeliğin sonlandırılmasında karşılaşılan etik sorunların yanı sıra, meslek sırrının korunması konusunda yaşanan etik ikilemleri de beraberinde getirmektedir<sup>495</sup>. Bir taraftan, küçüklerin yetişkin olmamaları, deneyimsizlikleri veya sorunları ile ilgili yargılarda yetersiz olmalarından, küçükler adına seçeneklerin değerlendirilmesinde en uygun danışılabilir kişiler veli veya vasisidir. Diğer taraftan ise, veli veya vasiden gebeliğin sonlandırılması ile ilgili karara katılmalarının istenmesi, küçük gebe kadının, fizik veya ruhsal olarak zarar görmesine neden olabilir. Bu nedenle veli veya vasinin bilgilendirilmesi ile bireyin cinselliği ile ilgili olan mahremiyet hakkının çatışma ihtimali söz konusudur<sup>496</sup>.

Bir görüş mümeyyiz olan gebe kadının yaşının küçük olması ya da vesayet altında olması, şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımını engellememelidir. Bu yetkinin başkalarıyla paylaşılmaması gerektiği belirtilmiştir. Ancak gebeliğin sonlandırılmasında aranılan tıbbi kurallara ve yasal hükümlere uygun şartların sağlanması durumunda, temyiz kudreti yerinde olmayan küçük gebe kadın adına, sadece veli ya da vasisi tarafından verilecek rızanın, geçerli olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca mümeyyiz ve mümeyyiz olup da vesayet altında bulunan küçük gebe kadının, veli ya da vasisi ile görüş ayrılığı yaşanması durumunda da, küçüğün verdiği rızanın diğer kanuni şartların gerçekleşmiş olması durumunda geçerli olacağı savunulmuştur<sup>497</sup>.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında ve Tüzüğün 14. maddesinde; küçüklerde veliden, reşit veya mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise, sulh mahkemesinden izin alınması, zaman gerektiriyorsa ve

---

<sup>494</sup> KESKİN KIZIROĞLU, s. 212.

<sup>495</sup> 1992 yılında Amerikan Tıp Birliği' nin Etik ve Yasal İşler Konseyi küçüklerin tıbbi bakımlarda meslek sırrı kavramını inceleyerek; küçüklerin mental hastalıklar, cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve uyuşturucu kullanımı gibi duyarlı konularda tıbbi bakımdan vazgeçmemeleri için meslek sırrının korunmasında güvence verilmesinin önemini vurgulamış ve çocukların tıbbi bakımlarına ebeveynlerin katılımın her zaman önemli ve genellikle gerekli olmakla birlikte, temel amaca zarar verebilen bazı koşullarda, yasa gerektirmedikçe zorunlu olmamasına karar vermiştir (GÖRKEY, s. 93).

<sup>496</sup> GÖRKEY, s. 93.

<sup>497</sup> KANBUR, s. 1244.

derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa, bunlardan izin alınması koşulunun aranmayacağı düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan acil durumlarda izin alınmadan küçüklere müdahale yapılmasına ilişkin düzenlemenin, reşit kişiler bakımından bulunmaması bir eksiklik olarak eleştirilmiştir. Yaşayan anne ve ceninin, yaşama ihtimallerine dayalı olarak menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Annenin hayati tehlike içinde bulunması halinde onun yaşama ve sağlık hakkının, henüz doğmamış ceninin yaşama umuduna oranla daha üstün tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu iki menfaat arasında hekimin çok dikkatli karşılaştırma yaparak, karar vermesi gerekmektedir<sup>498</sup>.

Son olarak da gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin rızanın geçerli olabilmesi için, hekim, ilgililere daha önceden müdahalenin sebebini, önemini, sonuçlarını, muhtemel tehlikeleri üzerinde durarak, kapsamlı bir şekilde aydınlatmakla yükümlüdür<sup>499</sup>.

Bu hükümlere aykırılık halinde Türk Ceza Kanunu'nda yer alan çocuk düşürülmesine ilişkin suça konu olan Türk Ceza Kanunu 99. ve 100. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Gebe kadının rızası olmadan çocuğun düşürülmesi 99/1. fıkrasında, kadının rızası olsa dahi geçerli koşullara uyulmadan gerçekleştirilecek çocuğun düşürülmesi TCK. 99/2. fıkra ve ayrıca kadının rızası ve diğer şartlara uygun olmakla birlikte çocuğun yetkili olmayan biri tarafından düşürülmesi TCK. 99/5. fıkra düzenlenmiştir. Bunun dışında ilgili maddenin 3, 4 ve 5. fıkranın son cümlesi bu fiillerin nitelikli hallerini ve bazı durumlarda faile ceza verilmesini gerektirmeyecek hükümler TCK. 99/6. fıkra düzenlenmiştir<sup>500</sup>.

TCK 99. madde son fıkra hükmün de görüleceği üzere, on haftayı aşmış fakat yirmi haftayı geçmemiş gebeliklerde; kadının mağduru olduğu suç sonucu gebe kalması halinde, kadının rızasının bulunması ve ceninin rahimden tahliyesinin hastane

---

<sup>498</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 135-136.

<sup>499</sup> AYAN, s. 49.

<sup>500</sup> KANBUR, s. 1230.

ortamında yapılması şartıyla, çocuğun alınması eyleminin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir<sup>501</sup>.

TCK 99. maddesinin son fıkraya hükmünün uygulanabilmesi için ayrıca bir suç söz konusu olmalıdır. Kadının çocuğun cinsel istismarı (TCK.m.103) ve cinsel saldırı (TCK.m.102) suçlarının mağduru olması halinde bu düzenleme geçerli olacaktır. Ayrıca cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını doldurmamış çocuklar arasında meydana gelen rızai cinsel ilişki sonucu oluşan gebelikler açısından da bu hükmün uygulama alanına sahip olduğu belirtilmiştir (TCK.m.104)<sup>502</sup>. Bu durumda öncelikle tespit edilmesi gereken suçun kasten işlenmesi gerektiği ve hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerektiğidir. Ancak onaltı, onyediy yaşındaki iki gencin rızalarıyla bir arada olup da gebe kalan küçük kızın çocuğunu, yirmi haftaya kadar aldırıp aldıramayacağı hususunda sorun yaşanılmaktadır. Burada kimin mağdur kimin fail olduğunun belli olmaması, suçun erkek açısından da gerçekleştiği kabul edilmektedir. Örneğin yine onsekiz yaşında bir kız ile onaltı yaşında bir erkeğin birlikte olmasından dolayı hamile kalması durumunda bu hükmün uygulanıp uygulanmaması konusunda sorun yaşanılmakta ve Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesindeki normun düzenlenişindeki hataların etkisini burada da gösterdiği ifade edilmiştir<sup>503</sup>. Gebe kadınların rahim tahliyesinin gerçekleşmesi neticesi suç oluşmayacak bu fiillerin oluşumunda aranılan şartlar arasında, sağlık bakımından gebe kadının herhangi bir zarar görme riskinin bulunmaması şartının da olması gerektiği savunulmuştur<sup>504</sup>.

Suç endikasyonu dolayısıyla yapılacak gebeliğin sona erdirilmesinde kadının rıza şartının arandığı görülmektedir. Burada korunmak istenen hukuki yararın, gebe

---

<sup>501</sup> Kadının suç dolayısıyla gebe kalmasının, sosyal, ekonomik ve psikolojik yönden olumsuzluklara yol açtığı gerekçesiyle, onun rızasıyla uzman hekim yardımıyla çocuğun düşürtülmesine müsamaha ile bakılabileceği ifade edilmiştir. Gerekçe olarak da erkeğin sebep olduğu gebelikte, kadının bu erkeğin çocuğunu karnında taşımasını onun bakımından bir işkence olacağı; böyle bir durumla karşılaşan kadının sağlığının bozulup ruhsal bunalıma gireceği; böyle bir durumla dünyaya gelen çocuğun anaya daima ırza geçme olayını hatırlatacağı; ananın çocuğa karşı fazla şefkatli olmayıp bakımsız kalacağı ve kadının uğradığı haksızlığı çocuğa fatura edeceği belirtilmiştir (GÜLŞEN, Recep: "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1209).

<sup>502</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 463-464.

<sup>503</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 464.

<sup>504</sup> KANBUR, s. 1241.

kadının anne olup olmamak hususundaki kişilik hakkı olduğu ifade edilmiştir<sup>505</sup>. Gebe kadın onsekiz yaşından küçük olup da gebeliği sona erdirmeyi istediği takdirde, veli ya da vasisi küçükü suç faili ile evlendirmek istediği durumlarda bu müdahaleye izin vermemesi halinde, nasıl hareket edileceği noktasında sıkıntı yaşanmaktadır.

Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin kimlerin hangi şartlarda rıza göstereceği hususu yukarıda değindiğimiz gibi Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Fakat kadının suç konusu çocuğu karnında taşımak isteyip istemeyeceği hususunda sıkı sıkıya bağlı bir hakkın varlığı söz konusudur. Bu durumda yasa koyucu düzenlemede sadece kadının rızasına değinmiştir. Bu sebeple 16 yaşını doldurmuş, akli melekeleri yerinde olan küçük bir kadının rızai cinsel ilişki sonucu gebe kaldığı çocuğu, faille evlenmek veya herhangi bir gerekçe ile doğurmak istemesi halinde, anne babanın zorla çocuğun düşürtülmesini isteyemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, bunun tam tersi bir durum olan suça konu çocuğun aldırılmasında, suç failiyle evlendirilmek istenilmesi sebebiyle anne ve babanın izin vermemesi durumunda da, ayırt etme gücüne sahip küçükün rızası geçerli sayılmalıdır<sup>506</sup>.

Kanaatimizce, 16 yaş altı gebe küçük kadınların, suça konu olan çocuğun düşürülmesinde, kendi rızaları olup da, veli ya da vasilerinin rıza göstermemesi halinde, velayet hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur. Bu durumda veli ya da vasisinin rızası tek başına yeterli görülmeyerek, ayrıca hakim onayının alınması gerekmektedir. Fakat 16-18 yaş arasındaki gebe küçük kadının, temyiz kudretine sahip olması durumunda, sadece kendi rızası ile çocuğun düşürülmesi fiilinin gerçekleştirilebilmesi mümkün olmalıdır.

---

<sup>505</sup> GÜLŞEN, s. 1223.

<sup>506</sup> Gebe kadının çocuğu doğurmak istemesi halinde olağanüstü bir durum söz konusu olduğu için Türk Medeni Kanunu'nun 124/2. fıkrası uyarınca hakim kararıyla evlenmesine izin verilebilecektir (GÜLŞEN, s. 1224).

## 2. Sterilizasyon ve Kastrasyon

### a. Sterilizasyon

Sterilizasyon, kişinin cinsel etkinlikte bulunabilme yeteneğine zarar vermeden, kadınlarda yumurta, erkeklerde sperm kanallarının kapatılarak üreme yeteneğinin sürekli olarak ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahalelerdir<sup>507</sup>. Bu tür tıbbi müdahaleler, kişinin artık ilelebet çocuk yapma yeteneğini ortadan kaldırılması dolayısıyla, vücut bütünlüğüne ve hayatın bütün akışına yapılan çok ağır bir müdahaleler olarak nitelendirilmiştir<sup>508</sup>.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük'ün 10. maddesi hükümleri gereğince, kişinin talebi üzerine onsekiz yaşını doldurması şartı ve sterilizasyona engel olacak tıbbi sakıncanın bulunmaması halinde söz konusu müdahale gerçekleştirilebilecektir.

Sterilizasyon müdahalesi kişilik haklarına yönelik, ihlal edici nitelikte önemli bir cerrahi müdahale olduğundan, yalnızca belirli hallerde ve tedavi amacıyla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir<sup>509</sup>. Örneğin, rahim kanseri gibi durumlarda veya kalıtsal hastalığa sahip bir kişinin hamile kalması durumunda, çocuğun bedeni veya ruhsal olarak önemli ölçüde özürlü olacağı veya yaşama kabiliyetinin olmayacağını beklenmesi durumları tıbbi endikasyon halleridir<sup>510</sup>. Sterilizasyon özellikle, genetik rahatsızlıkların diğer nesillere geçmesini engellemek ve kadın için hamileliğin hayati tehlike doğuracak nitelikte olması hallerinde kişiyi korumak amacıyla yapılması koşulları ön plana çıkmakta ve haklılık taşımaktadır<sup>511</sup>.

Düzenlenen yasa hükmü gereğince, reşit olmayan bir kimseye sterilizasyon ameliyatı yapılamayacaktır. Yasal düzenlemeleri incelediğimizde, onsekiz yaşını

---

<sup>507</sup> KAYALI, s. 65.

<sup>508</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 467.

<sup>509</sup> AYAN, s. 46; KAYALI, s. 66.

<sup>510</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 468.

<sup>511</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 130.



tamamlayan kişinin reşit sayıldığı görülmektedir. Dolayısıyla sterilizasyon müdahalesinin diğer şartların gerçekleşmesi halinde, hukuka uygunluk açısından onsekiz yaşını tamamlamış olması zorunludur. On beş yaşını tamamlayıp da evlilikle rüştünü kazanan kişiler bakımından sorunun çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir. Burada reşit olma şartının dar yorumlanması gerektiği, şahsın temyiz kudretine sahip olmasının aranacağı ve bunun yeterli olduğu, dolayısıyla tam ehliyetliler ve temyiz kudretine sahip kısıtlılara, rızaları üzerine kanunun aradığı diğer şartları da varsa sterilizasyon müdahalesinin yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>512</sup>.

Bu konuya ilişkin kanunun reşit terimini kullanarak yaş kıstası vermediğini bu sebeple sadece onsekiz yaşını tamamlayan kişilere, rızaları üzerine sterilizasyon müdahalesinde bulunulabilir denilmesi, kanunun lafzının dar yorumlanması olarak ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanun 11. maddesinin 2. fıkrasında, evlenme ile kişinin reşit kılınacağı düzenlenmiştir. Yine Türk Medeni Kanunu 124. maddesinde, erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez denilirken, aynı maddenin 2. fıkrasında, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceği açıklanmıştır. Bu nedenle 2827 Sayılı Kanun'un aradığı şartlar çerçevesinde tıbbi sakınca bulunmayan durumlarda ve fakat 18 yaş altında gerçekleşmiş bir evliliğin varlığı ve kadın-erkek için Türk Medeni Kanun'un aradığı yaş sınırları dahilinde kalınmak şartıyla, temyiz kudretine sahip ilgilinin rızasıyla, sterilizasyon müdahalesinde bulunabilmelidir.

Kişinin evli olması durumunda eşinin de rızasının alınması<sup>513</sup> zorunludur (NPHK. m.6/2, Tüzük m.13/2). Reşit kişi, vesayet altında olması durumunda ise vasinin de izni gerekmektedir (Tüzük m.15)<sup>514</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda rıza yeteneği olmayan kişiler açısından özel düzenlemeler getirilerek; vasinin rızası ve mahkemenin onayı aranmıştır<sup>515</sup>.

<sup>512</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 129.

<sup>513</sup> Rızanın geçerlilik koşullarını belirleyen genel kaideler dikkate alındığında ve bununla beraber Anayasanın aile birliğini koruma altına alan 41. maddesi incelendiğinde evli bir kimsenin tek başına üreme yeteneğini sonlandırmış olmasının kamu düzenine aykırı olacağı sonucuna ulaşmak gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener: "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 162-199 (Kısaltma: Hekim).

<sup>514</sup> KESKİN KIZIROĞLU, s. 213.

<sup>515</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 469.

Bu tip müdahalelerde hekimlerin aydınlatmaya daha önem vermesi gerektiği belirtilmiştir. Hekim, hastaya yeterli düşünme zamanı tanıyarak, kısırlaştırmanın psikolojik sonuçları konusunda hastasını bilgilendirmelidir<sup>516</sup>.

## **b. Kastrasyon**

Kastrasyon müdahalesi, kişinin cinsel salgı bezlerinin kaldırılarak, cinsel etkinlikte bulunma yeteneğinin bütünüyle ortadan kaldırılması anlamını taşımaktadır<sup>517</sup>. Bu tıbbi müdahale sonucunun kişilik üzerinde ağır ve geri dönülemez bir etki ve değişim yaratıldığından, hukuka ve ahlaka aykırılık ölçütü bakımından çok sıkı ölçütlerle değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>518</sup>.

Türk hukukunda rıza üzerine kastrasyon işlemi açık bir hükümle düzenlenmemiştir. Ancak Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, *“bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde kişinin rızasına bakılmaksızın”* gerçekleştirilebilecektir. Böylece var olan yasal düzenleme ile ameliyat sırasında ortaya çıkan zorunluluk halinde ve tedavi amacıyla, rıza olmaksızın kastrasyon işlemi gerçekleştirilecektir<sup>519</sup>. Aynı yasanın 2. maddesinin 4. fıkrasında, *“bu kanunun öngördüğü haller dışında (...) kastrasyon yapılamayacağı”* için, hukuk düzenimize göre, bu müdahalenin uygulanabileceği tek durum operasyonun genişletilmesi ile sınırlı olarak kalacaktır<sup>520</sup>.

Nüfus Planlaması Kanunu'nun ilgili maddesinde getirilen Kastrasyon gibi ağır bir tıbbi müdahale yapılabilmesi için kişinin rızasının aranmaması yönündeki yasal düzenleme doktrinde eleştirilerek, bu konunun ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kısırlaştırma da kanunda rıza şartı aranırken, kısırlaştırmadan daha ağır neticeleri bulunan, cinsel istek ve cinsel ilişkide bulunma kabiliyetini tamamen ortadan

---

<sup>516</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 468.

<sup>517</sup> KAYALI, s. 70.

<sup>518</sup> ERMAN, s. 209.

<sup>519</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 125.

<sup>520</sup> ERMAN, s. 210.

kaldıran bu müdahalede rızanın aranmaması büyük bir eksiklik olarak görülmüştür<sup>521</sup>. Ayrıca kastrasyon işlemini sadece yapılacak ameliyat seyri esnasında ortaya çıkacak tıbbi zorunluluklarla sınırlandırılması eleştirilmiştir. Yapılacak ameliyattan önce de kastrasyon müdahalesinin zorunlu olabileceği haller ortaya çıkabileceği belirtilmiştir<sup>522</sup>. Ağır etki ve sonuçlar doğuran bu tür müdahalelerin yapılmasında rıza şartının aranmaması, insan haklarının ihlali niteliğinde olup cezalandırılması gerektiği savunulmuştur<sup>523</sup>. Ayrıca Tüzükte kastrasyonla ilgili düzenlemenin yer almaması eksiklik olarak belirtilmiştir<sup>524</sup>.

Kastrasyona ilişkin tıbbi müdahalede rızanın aranmaması yönündeki eleştirilerin yerinde olmadığı belirten diğer bir görüş ise, varsayılan rızaya dayanılarak genel hükümlerle sorunun çözülebileceğini savunmuştur. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da, hastanın varsayılan rızası bulunmadığı durumda dahi kastrasyon işleminin gerçekleştirilebileceğine yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple hekim, hastanın iradesini gösterebilecek durumda olsaydı bu müdahaleye rıza göstereceği değerlendirmesini yapmadan söz konusu hükümden yararlanarak kastrasyona yönelik tıbbi müdahalede bulunamayacaktır<sup>525</sup>.

Kastrasyon müdahalesine ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığına dair yapılan eleştirilerin de isabetsiz olduğu savunulmuştur. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama hükümlerinin, örneğin mağdurun organlardan birinin işlevini sürekli olarak yitirilmesini düzenleyen hükmün burada uygulanabileceği belirtilmiştir<sup>526</sup>.

Sonuçta bizim hukukumuzda, kastrasyona ilişkin özel bir düzenlemenin getirilmesi, bu düzenlemede tıbbi zorunluluk ve özel bir yaş sınırı ile kapsamlı bir aydınlatmaya dayalı rızanın alınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>527</sup>. Kanaatimizce,

---

<sup>521</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 126; AYAN, s. 27-28; KAYALI, s. 71.

<sup>522</sup> KAYALI, s. 71.

<sup>523</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 127.

<sup>524</sup> KESKİN KIZIROĞLU, s. 213.

<sup>525</sup> ERMAN, s. 210.

<sup>526</sup> OZANSÜ, Cemil: "Kısırlaştırma Suçu", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1291.

<sup>527</sup> AYAN, s. 46-47.

kastrasyon müdahalesinin kişinin üzerinde geri dönüşü olmayan ağır sonuçlar bırakması nedeniyle sıkı şartlara bağlı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Küçük, büyüme ve olgunlaşma ile gelişen ihtiyaçlara sahip birey olarak tanımlanmaktadır. Belli bir yaşın altındakiler küçük yani çocuk olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukuk sisteminde çocukluğun başlangıcı, kişiliğin kazanılmasına, kazanılmış sayılmasına bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesine göre, “kişilik” çocuğun sağ olarak tamamı ile doğduğu anda başlamakta ve ölümlle sona ermektedir. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir. Böylece, kişiliğin kazanılması ve dolayısı ile çocukluğun başlayabilmesi için bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gereklidir.

Küçüğün, doğuştan ve yalnızca var olması sebebiyle sahip olduğu kişilik hakkı, kişiliğini oluşturan tüm maddi ve manevi değerlerin üzerinde, mutlak nitelikte ve kişiye sıkı surette bağlı bir haktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasında, temyiz kudretine haiz küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymaksızın tek başına kullanabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, ayırt etme gücüne sahip küçüğün, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında, tam ehliyetli olduğu kabul edilmektedir. Bu haklar esas itibari ile temsil yoluyla kullanılmaya elverişli değildir. Kişiye sıkı surette bağlı haklar, nisbi ve mutlak nitelikte kişiye sıkı surette bağlı haklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Nisbi anlamda kişiye sıkı surette bağlı haklardan biri, kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerleri gibi kişilik değerlerini ihlal eden ya da ihlal etme olasılığı bulunan tıbbi müdahaleye rıza göstermesidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere yapılacak tıbbi müdahaleye rızanın, bizzat yasal temsilcisi tarafından verilmesi mümkün iken, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerde ise bu rızanın kimden alınması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Rıza verebilme konusunda yaşanan en önemli problem, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı meselesidir.

Çocukların gelişim evrelerine göre karar verme yeteneğinin hiç olmadığı ya da sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Çocukların karar verme yeterliliği ve anlama kapasiteleri, yaşları ile doğrudan bağlantılıdır. Gelişim evreleri sürecinde kabul edilen

yaş çizelgesinin üstünde bir yaşta olmaları durumunda ayırt etme gücüne sahip oldukları, altında bir yaşta olmaları durumunda ise ayırt etme gücüne sahip olmadıkları görülmektedir. Hukukumuzda yeterliliğin tespiti açısından anlama yeteneği değil, yaş unsuru esas alınmıştır. Onsekiz yaşından küçük çocuklar için karar vermenin yasal sorumluluğu veli veya vasiye bırakılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, anlama ve ifade edebilme yeteneğine sahip çocukların, erişkinlere tanınan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tek başlarına kullanabilme hakkına sahip olmalarıdır.

Ülkemizde tıbbi müdahalelerin, çocuğun katılımının sağlanmadan, velinin veya vasinin izni alınarak yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip, kendi bedenine yapılacak tıbbi girişimi anlayabilecek ve fikirlerini belirtebilecek yeteneği gösteren hasta çocuğun rızasının, ne zamana kadar veli veya vasi tarafından verilebileceği yahut yaşamsal tehlike arz eden durumlarda hekimin velinin rızasına bağlı olup olmadığı konusu önem taşımaktadır.

Çocuk hastalar açısından, hasta hekim arasındaki birebir ilişkiye, üçüncü kişiler olan veli veya vasi de katılmaktadır. Veli veya vasinin, hekimle yaptığı tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin, üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu belirtilmiştir. Bu durumda anne ve baba, çocuğun tedavisi için hekime müracaat ettiği takdirde, sözleşme, anne baba ve hekim arasında, çocuk lehine gerçekleşmektedir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat kullanabileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusunda kimin yetkili olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta ortaya çıkan üç görüş söz konusudur. Bu görüşlerin ilki, tıbbi müdahale için yasal temsilcisinin rızasını şart koşmakla beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiği, ikinci olarak, yasal temsilci ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte araması gerektiği ve son görüş ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rızasını yeterli saymaktadır.

Hukukumuzda bu hususta özel kanunlarda düzenlemeler mevcuttur. 1219 Sayılı Kanunu'nun 70. maddesine göre, küçüğe yapılacak tıbbi uygulamalarda rızanın, veli veya vasiden alınması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Hastanın rızası ve izin" başlığını taşıyan 24. maddesinde de yer

almaktadır. Bu hükümde de, küçük hastalarda tıbbi müdahaleye yönelik rıza gösterme yetkisinin veli veya vasiye ait olduğu düzenlenmiştir.

Kanunun bu açık hükümleri gereği veli veya vasinin koruması altındaki küçüğün, temyiz kudretine sahip olsa da, tıbbi müdahale karşısında rıza verme ehliyetinin olmadığı görülmektedir. Fakat Hasta Hakları Yönetmeliğinin 26. maddesindeki düzenleme ile de, imkan dahilinde küçüğün bu hususta dinlenmesi suretiyle, tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması öngörülmüştür. Hükümde sadece küçüğün dinlenmesinden söz edilmiş olup, bu konuda son sözü söyleyecek olan veli veya vasidir. Bu düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun sınırlı ehliyetsizlere tanıdığı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları, veli veya vasinin izni olmadan kullanma hakkını sağlamamaktadır.

Temyiz kudretini haiz olduğu halde, küçüğün, tıbbi müdahaleye rıza konusundaki tasarruf hakkının tamamen yasal temsilciye bırakılması, kişinin geleceğini belirleme hakkının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Ayırt etme gücüne haiz küçüğe doğrudan doğruya tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale söz konusu olduğu sürece, bu hakkı kullanabilme imkanı tanınmalıdır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, bu hakkın ilişkin olduğu kişilik değerinin türüne göre, karar verme özgürlüğü ve sınırlı ehliyetsizi koruma ihtiyacı arasındaki denge değişebilir. Yasal olarak hekimler çocuklara uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından, veli veya vasiden rıza almakla yükümlüdür. Ancak çocuğun gelişimine bağlı olarak, ileri yaş çocuklarda hekim ve yasal temsilcilerinin kararına, çocukların rızasının da alınarak eklenmesi gereklidir. Hekim, çocuğun karar verme yeterliliğinin tespitinde gereken dikkat ve özeni göstermelidir.

Küçüklerin aydınlatılması ile kastedilen, iletişim kurabilen hasta çocuğa, şikayetin nedeni, ortadan kaldırma yöntemleri, bu yöntemin sağlayacağı yarar ile eğer tedavi olmazsa ortaya çıkabilecek zarar hakkında bilgilerin verilmesidir. Büyüme ve gelişim süreci içerisinde olan çocuklar, erişkinlerden farklı yapılara sahiptir. Bu nedenle hekim aydınlatma yaparken, çocuklardaki fiziksel ve ruhsal gelişim sürecinde yaşanan farklılıkları dikkate almalıdır. Küçüklere aydınlatma yapılırken gösterilecek özenin seviyesi daha yüksek olmalıdır. Hekim bilgilendirme yaparken, küçüklerin

anlayabileceği basit ifadeler ve kısa cümleler kurmalıdır. Küçüğe verilmesi gerekli bilgiler verilmeli ve soruları yanıtlanmalıdır. Bu süreçte tedaviye rıza gösterme konusunda küçükler korkutulmamalıdır. Sonuç olarak çocuğun neye rıza gösterdiği konusunda aydınlatılması sağlanmalıdır.

Tıbbi müdahale için alınması gerekli olan rıza, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Kişinin rıza gösterdiği müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarının kalıcılığına göre değerlendirme yapılmalıdır. Küçük ciddi sonuçlar doğurmayacak nitelikteki bir tıbbi müdahaleye, tek başına rıza gösterebilmelidir. Ancak daha karmaşık ve kalıcı sonuçlar doğuracak düzeydeki tıbbi müdahalelerde ise rıza ehliyeti yaşı yükseltilmelidir. Bu durumda küçüğün velisi veya vasisi ile birlikte hareket etmesi, kendisi açısından da daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır.

Hekimin küçüğe uygulanmasını uygun gördüğü tıbbi müdahaleye, velinin ya da vasinin rıza göstermekten kaçındığı durumunda ise, velayet hakkının kötüye kullanılması söz konusudur. Bu durumda çocuklarının yararlarına aykırı hareket edip, yükümlülükleri yerine getirmeyen ve görevini ağır biçimde ihmal eden ailelerin, velayet hakkı kaldırılabilir.

Türk Medeni Kanunu'nda velayet hakkının kısıtlanabileceğine ilişkin yasal düzenlemenin, çocuğun korunması başlığını taşıyan 346. maddede yer aldığı görülmektedir. Bu hüküm ile hakime alabileceği önlemler açısından çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim her somut olayın kendine has özelliklerini dikkate almak koşuluyla, takdir yetkisini kullanarak gerekli önlemleri almalıdır. Koruma tedbirleri kapsamında, küçüğün şahsına ve sağlığına ilişkin ihlal ve tehlikelerin varlığı halinde, anne babayla görüşerek öğüt verme, onlarla birlikte tehlikeyi bertaraf edecek önlemler alma, çocuğa ve veliye talimat verme, verdiği talimatların denetleme ve uygulanabilirliğini sağlayacak denetçiler atayabilme gibi hususlar gösterilebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 2. fıkrasında da, veli veya vasisinin rıza göstermediği durumlarda, tıbbi müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, mahkeme kararı ile küçüğe tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir.



Hastaya acil tıbbi müdahalenin gerekli olması durumunda ise, hekimin mevcut hukuksal çarelere başvuracak yeterli zamanı olmamaktadır. Derhal müdahale edilemediği takdirde, hastanın sağlığı için sakıncalı bir durum oluşturacaksa, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeye göre izin şartı aranmamaktadır.

Özellik gösteren tıbbi müdahaleler açısından kklere etkin ve güvenilir tedaviler uygulanabilmesi için, anatomik ve fizyolojik özelliklerinin, erişkinlerle olan farklarının dikkate alınması gerekmektedir.

Çocuklar üzerinde yapılacak ilaç araştırmaları, çocukları suistimal ve zararlardan koruyacak şekilde sıkı şartlara tabi tutulmalıdır. Bu araştırmalar yapılırken, çocukların rıza verme konusundaki ayırtım gücüne, kolay incitilebilirliklerine ve denek olarak onlara ykletebilecek risklerin son derece az olmasına dikkat edilmelidir. Çocukların denek olarak araştırmaya alınması söz konusu ise, durumun elverdiği lde karar alma sürecine dahil edilmelidirler. Çocuklara zerklik tanınarak, araştırmanın anlamı, yararı ve riskleri hakkında bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır. Bu süreçte gerekli araştırmalar yapılırken, denek olarak kullanılacak kklere, hekimler tarafından daha fazla hassasiyet gösterilmelidir.

Özellik gösteren bir diğer tıbbi müdahale organ ve doku naklidir. Organ ve doku nakline ilişkin verilecek rızanın hukuka uygunluk koşullarından biri, vericinin rıza açıklama ehliyetinin olmasıdır. Kanunda, yaşayan kişilerden organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için vericinin onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması gerektiği düzenlenmiştir. Yer alan bu düzenleme karşısında kklerin verici olması yasaklanmıştır. Kendisine organ ve doku nakledilecek kkler açısından ise, kendi lehlerine tıbbi müdahale gerçekleştirileceğinden, iyileştirme amaçlı organ nakillerinin yapılmasının mümkün olduğu grlmektedir. Kk yaşta beyin ölümü gerçekleşmiş çocuklarda ise, organ ve doku nakline yönelik verilecek rızanın, veli veya vasiden alınması gerekmektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahalelerde ise, gebe kadınının kk olması durumunda kendisinden rıza alınmakla birlikte, velinin de rızasının alınması şartı getirilmiştir. Bir taraftan, kklerin deneyimsizlikleri ve sorunları ile

ilgili yargılarda yetersiz olmalarından dolayı, küçükler adına seçeneklerin değerlendirilmesinde en uygun danışılacak kişiler veli veya vasi iken, diğer taraftan ise, veli veya vasiden gebeliğin sonlandırılması ile ilgili karara katılımlarının istenmesi, küçük gebe kadının, fiziki veya ruhsal olarak zarar görmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle veli veya vasinin bilgilendirilmesi ile bireyin cinselliği ile ilgili olan mahremiyet hakkının çatışma ihtimali söz konusudur. Kanaatimizce, onaltı yaş altı gebe küçük kadınların, gebeliğin sonlandırılmasında kendi rızaları ile veli ya da vasinin rızasının birlikte alınması daha uygun olacaktır. Fakat onaltı onsekiz yaş arasındaki gebe küçük kadının, temyiz kudretine sahip olması durumunda, sadece kendi rızası ile gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmalıdır.

Netice itibarıyla, kendi görüşlerini oluşturma kapasitesine sahip olan çocuklar, kendilerini ilgilendiren konularda, düşüncelerini özgürce ifade etme hakkına sahip olmalıdır. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Hekim tarafından uygulanacak basit nitelikteki tıbbi müdahalelerde ayırtım gücüne sahip küçüğün tek başına rızası yeterli sayılmalıdır. Tıbbi müdahalenin ağırlığına göre de veli veya vasinin rızası ile birlikte çocuğunda rızası mutlaka alınmalıdır. Sonuçta yasal olarak ayırtım gücüne sahip ehliyetsiz olan küçükler, tıbbi müdahale konusunda karar verebilecek durumda olmaları halinde, müdahaleye rıza verebilme hakkı sağlanmalıdır

## KAYNAKÇA

**AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Abdullah:** 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Ekim 2007.

**AKARTEPE, Alpaslan:** “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Editörler: BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Erzincan 2006, s. 13-22.

**AKINCI, Şahin:** “Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Editörler: BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Erzincan 2006, s. 65-78.

**AKŞİT, Arif/TEKİN, Neslihan:** “Çocuk Hekimliği ve Etik”, DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/OĞUZ, Yasemin/ELÇİOĞLU, Ömür/DOĞAN, Hanzade (Ed.), Klinik Etik, İstanbul 2001.

**ANIL, Berna/ANIL, Murat/YAVAŞCAN, Önder/KANAR, Berat/AKSU, Nejat:** “Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu. <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim tarihi: 08.03.2010).

**ARPACI, Abdülkadir:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.

**AŞÇIOĞLU, Çetin:** Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982.

**AYAN, Mehmet:** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

**AYDIN, Erdem:** “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y. 2003, S. 2, C. 46, s. 148-152.

**AYDIN, Murat:** Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

**AYİTER, Nurşin:** Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHF 1968, C. XXV, S. 1-2.

**BALO, Yusuf Solmaz:** Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2005.

**BAŞPINAR, Veysel:** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

**BAYRAKTAR, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972 (Kısaltma: Hekim).

**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, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 96-104 ( Kısaltma: Hasta).

**BORAN, Bedia:** “Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 84-103.

**BÜYÜKAY, Yusuf:** İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

**CİN, M. Onursal:** “Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004 (Kısaltma: Tıp Etiği).

**CİN, M. Onursal:** “Biyo-Hukuk Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney”, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s. 199-201 (Kısaltma: Deney).

[http://www.akader.info/KHUKA/2005\\_kasim/19.pdf](http://www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/19.pdf) (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

**ÇELİK, Cemil:** “Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi”, e- akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2005, S. 36.

**ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt:** Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

**ÇOBANOĞLU, Nesrin/TANIR, Gönül:** “Yeni Doğan Alanı Özelinde, Pediatri’de Etik Sorunlar”, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1996, C. 4, S. 2, s. 71-73 [www.turkiyeklinikleri.com/download\\_pdf.php?id=44442](http://www.turkiyeklinikleri.com/download_pdf.php?id=44442) (Erişim Tarihi: 25.03.2010).

**DEMİR, Mehmet:** Sağlık ve Tıp Hukuku Mevzuatı, Ankara 2006.

**DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

**DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül:** “Türkiye’de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış”, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar içinde, (Editörler: NAMAL, Arın/ÖNCEL, Öztan) 2006, s. 104.

**DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ELÇİOĞLU, Ömür:** Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları, Ankara 2000.

**DONAY, Süheyl:** Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S. 10, 1968.

**DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan:** Kişiler Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

**ELÇİOĞLU ŞAYLIGİL, Ömür:** “Organ Aktarımı ve Etik”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ÖNCEL, Öztan/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 309-324.

**ER, Ünal:** Sağlık Hukuku, Ankara 2008.

**EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

**ERMAN, Barış:** Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

**ERSOY, Nermin:** “Aydınlatılmış Onam”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ÖNCEL, Öztan/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 204-234.

**ERSOY, Nermin/ÖZCAN ŞENSES, Müesser/AYDIN ER, Rahime:** “Acil Tıp’ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, Ocak 2010, s. 1-8.

**GÖKÇEN, Ahmet:** “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, SÜHFD 2000, Milenyum Armağanı, C. 8, 2000. S. 1-2, s. 63-85.

**GÖRKEY, Şefik:** “Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar”, Medikal Etik, (Editör: HATEMİ Hüsrev/ DOĞAN, Hanzade), 3 Ekim 2001, s. 80-109.  
<http://www.biyoetik.org.tr/makaleler/Diger/GebSon.pdf> (Erişim Tarihi: 25.04.2010).

**GRASSINGER, Gülçin Elçin:** Küçüğün Kişi Varlığının Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

**GÜLŞEN, Recep:** “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1209-1228.

**GÜRZUMAR, Osman Berat:** “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 3, s. 364-399.

**GÜZELDEMİR, M. Erdal:** “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Sendrom Tıp Dergisi, Mayıs 2005, s. 1-28.

**HAKERİ, Hakan:** Tıp Hukuku, Ankara 2007 (Kısaltma: Tıp Hukuku).

**HAKERİ, Hakan:** Ceza Hukuku, Ankara 2007 (Kısaltma: Ceza).

**HANCI, İ. Hamit:** Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.

**HATIRNAZ, Gültezar:** Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

**HELVACI, Serap:** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.

**IŞIK ÖZCAN, Funda:** “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2008.

**İMAMOĞLU, S. Hülya:** Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C. 54, S. 1, s. 165-190.

**İNAN, Ali Naim:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHFD 1995, C. 44, S. 1, s. 765-778.

**KANBUR, Nihat:** “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, V. Türk-

Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1229-1258.

**KARABACAK, Ayşegül:** “Eşlerin Çocuk Üzerinde Velayet Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006.

**KARATOPRAK, Nihal:** “Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları”, Aralık 2008, Türk Farmakoloji Derneği E- bülten, [http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd\\_kfcg\\_200812.html](http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200812/tfd_kfcg_200812.html) (Erişim Tarihi: 14.04.2010).

**KAYALI, Zeka:** “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi ATE, 1996.

**KESKİN KIZIROĞLU, Serap:** “Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 209-216.

**KILIÇOĞLU, Ahmet:** “Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Nisan 1996, C. 4, S. 1, s. 9-11 (Kısaltma: Hekim).

**KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003 (Kısaltma: Medeni Kanun).

**KOCATÜRK, Utkan:** Tıp Terimleri El Sözlüğü, Ankara 1989.

**OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

**OZANOĞLU, Hasan Seçkin:** “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 55-77.

**OZANSÜ, Cemil:** “Kısırlaştırma Suçu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1284-1293.

**ÖNCEL, Öztan:** “Etik Bildirgelerin Hasta Çocuğa Bakışı”, Termal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, (Editörler: NAMAL, Arın/ÖNCEL, Öztan), İstanbul 2006, s. 57-68.

**ÖRNEK BÜKEN, Nüket:** “Tıp Etiği Açısından Klinik İlaç Araştırmaları”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ÖNCEL, Öztan/AKSOY, Şahin), İstanbul 2003, s. 437-471.

**ÖZAY, Mert:** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.

**ÖZBEK, Veli:** Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK izmir Şerhi, Ankara 2006.

**ÖZDEMİR, Hayrünnisa:** Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.

**ÖZEL, Çağla:** “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002, C. 51, S. 1, s. 43-77.

**ÖZEL, Çağla/ÖZCAN, Burcu:** “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, Y. 2007, S. 1, C. 10, s. 50-71.

**ÖZKAN, Nazan:** “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2005.

**ÖZMEN, İsmail:** Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005.

**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, s. 31-60.

**ÖZTÜRKLER, Cemal:** Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.



**PETEK, Hasan:** “Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2007, S. 49, s. 45-82.

**POLAT, Oğuz:** Çocuk ve Hakları, İstanbul 1997.

**RACHEL HODGKIN, Peter Newel:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Uygulama El Kitabı, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, New York: UNICEF 1998, s. 1-3.

**REİSOĞLU, Seza:** “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18 (Kısaltma: Hekim).

**REİSOĞLU, Sefa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000 (Kısaltma: Borçlar Hukuku)

**ROSENAU, Henning (Çev: Ali Kemal YILDIZ):** “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 49-58.

**SARITAŞ, Hatice:** Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2005.

**SCHROTH, Ulrich (Çev: Hakan HAKERİ):** “Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 313-327.

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

**SEROZAN, Rona:** Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

**SOYASLAN, Doğan:** “Organ Nakilleri”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 328-358.

**SÜTLAŞ, Mustafa:** Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000.

**ŞAHİN, Cumhuri/ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Külliyyatı, Ankara 2005.

**ŞEN, Ersan:** “İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/6, s. 2000-2014 (Kısaltma: İnsan Üzerinde Deney).

**ŞEN, Ersan:** Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul 2006, s. 32 (Kısaltma: TCK Yorumu).

**ŞEN, Ersan:** “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 588-646 (Kısaltma: İnsan Üzerinde Deney ve Deneme).

**ŞENOCAK, Zarife:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, İstanbul 1998 (Kısaltma: Hekimin Sorumluluğu).

**ŞENOCAK, Zarife:** “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 4, s.65-80 (Kısaltma: Küçüğün Rızası).

**TAŞKIN, Ahmet:** Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.

**TOROSLU, Nevzat:** Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1-4, s. 91-118.

**TUNALI, Gülten/ÖNBENLİ, Zafer:** “Beyin Ölümü”

<http://dergi.omu.edu.tr/index.php/JECM/article/viewFile/375/562> (Erişim tarihi: 08.03.2010).

**UYGUR, Turgut:** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Hukuku, C. VII, Ankara 2003.

**ÜNVER, Yener:** “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 86-118 (Kısaltma: Tıp Hukuku).

**ÜNVER, Yener:** “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s. 182-198

<http://www.akader.info/KHUKA/index.htm> (Erişim Tarihi: 14.04.2010)

**ÜNVER, Yener:** “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 162-199 (Kısaltma: Hekim).

**YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2009.

**YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz:** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

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

**ZEVKLİLER, Aydın:** “Tedavi Amaçlı Müdahaleler Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları” DÜHFD. Y. 1983, S. 1, s. 23 (Kısaltma: Tedavi).

**ZEVKLİLER, Aydın:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).

**ZEYTİN, Zafer:** “Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007.

<http://europa.eu.int/eur-lex> (Erişim Tarihi: 25.03.2010).

<http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=helsinki&lang=tr-TR> (Erişim Tarihi: 20.02.2010).

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)