

Türk Hukukunda Küçüğe Yönelik Tıbbî Müdahalelerde Rıza

Consent for Medival Interventions on Minors in Turkish Law

M. Hasanali Akay 

İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, İstanbul, Türkiye,
hasanaliakay@gmail.com,
ror.org/05j1qpr59



Öz: Türk hukukunda kişinin vücut bütünlüğüne yönelik tüm eylemler haksız fiil oluşturur. Bunun istisnalarından birisi hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan tıbbî müdahaleye rızadır. 1219 s. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği hükümleri gereği, ister tam ehliyetsiz ister sınırlı ehliyetsiz olsun, küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde rıza küçüğün yasal temsilcisi tarafından verilir. Rıza verme hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasına rağmen, yasal düzenleme kapsamında bu hakkın yasal temsilci tarafından kullanılması öngörülmüştür. Yine yasa gereği mümkün olduğunca küçüğün fikri de alınmaya çalışılmalı ve küçük mümkün mertebe karar sürecine dâhil edilmelidir. Küçüğe yönelik tıbbî müdahaleler konusunda rızayı yasal temsilcinin vermesi karşısında doktrinde sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücüne sahip oldukları ve MK m. 16/2 hükmünün dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır. Bu hükme göre tam ehliyetli olmasa da ayırt etme gücüne sahip olanlar kişiye sıkı surette bağlı olan haklarını tek başlarına kullanabilirler. Bu görüşün küçüğe yönelik tıbbî müdahaleler konusunda sıkıntılı olduğu kısım ayırt etme gücünün yapısından, yani nispliğinden ileri gelir. Ayırt etme gücü, somut tıbbî müdahalede takdir edilmesi gereken bir unsurdur. Türk hukukunda bunun için bir yaş belirlenmemiştir. Dolayısıyla kişiden kişiye ve tıbbî müdahaleden diğerine değişiklik göstermektedir. Öte yandan bazı tıbbî müdahaleler hem küçüğün ayırt etme gücünü aşmakta hem de yasal temsilcinin müdahale alanının dışında kalmaktadır. Küçük için zorunlu olmayan bu tür müdahalelerde yasal temsilcinin küçük adına karar verememesi gerekir. Özellikle organ ve doku nakli, sterilizasyon gibi müdahalelere benzerlik gösteren güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler ve cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçların kullanılması gibi tedaviler bu bağlamda değerlendirilir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahaleye Rıza, Küçüğün Yasal Temsili, Yasak İşlemler, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ayırt Etme Gücünün Nispliği

Geliş Tarihi/Received: 14.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 14.04.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
13.10.2025

Abstract: Consent to medical interventions on minors, whether fully incapacitated or limited incapacitated, is given by the legal representative of the minor. Although the right to give consent is a right that is strictly attached to the person, the legal regulation stipulates that this right is exercised by the legal representative in order to protect the minor. In addition, the opinion of the minor should be sought as much as possible and the minor should be included in the decision-making process as much as possible. It is also argued in the doctrine that limited incompetents have the power of discernment and the provision of Art. 16/2 of the Civil Code should be taken into consideration. According to this provision, even if they do not have full capacity, those who have the power of discernment can exercise their rights that are strictly bound to the person on their own. The problem in this view stems from the nature of the power of discernment, i.e. its relativity. Therefore, it varies from person to person and from one medical intervention to another. Besides, some medical interventions both exceed the minor's capacity of discernment and fall outside the scope of intervention of the legal representative. In such interventions that are not mandatory for the continuation of the minor's life. Especially aesthetic interventions for beautification purposes, which are similar to interventions such as organ and tissue transplantation, sterilization, and treatments such as the use of sex hormone suppressing drugs are evaluated in this context.

Keywords: Consent to Medical Intervention, Legal Representation of the Minor, Prohibited Transactions, Relativity of the Power of Discernment, Medical Intervention

Extended Abstract

In Turkish law, consent to medical intervention is one of the conditions for the lawfulness of medical intervention. In order for any medical intervention to be carried out in accordance with the law, as a rule, the consent of the patient must be obtained by the healthcare personnel. In terms of civil law, consent to medical intervention is the exercise of a right strictly attached to a person. In our law, rights strictly attached to the person can, as a rule, only be exercised by the person himself/herself. The exercise of these rights cannot be transferred to another person. On the other hand, due to the nature of medical interventions, consent cannot be obtained from the person himself/herself in cases of necessity and in medical interventions performed on persons who do not have the power of discernment and minors. Especially in medical interventions on minors, the consent of the legal representative is required. Article 70 of Law No. 1219 on the Practice of Medicine and Medical Arts and the relevant provisions of the Patient Rights Regulation stipulate that the consent for medical interventions to be applied to minors must be given by the legal representative. Pursuant to Article 16/2 of the Civil Code, as a rule, minors may exercise their rights strictly bound to the person on their own. In Turkish law, an exception has been made to this provision and the minor is not required to give consent to the medical intervention on his/her own, regardless of whether he/she has the power of discernment or not. This issue has been criticized in the doctrine and it has been argued that the minor with limited capacity has or should have the capacity to give consent alone regarding medical interventions due to Article 16/2 of the CC. Accordingly, minors with the power of discernment may exercise the right to give consent, which is strictly tied to the person, alone. The autonomy of the patient requires this. On the contrary, some authors argue that this regulation is reasonable and that the legal representative must give consent in order to protect the child. The variable and complex structure of medical interventions reveals that minors without limited capacity, who are generally assumed to have the power of discernment, do not have this power of discernment in terms of every intervention. Our law does not set an age for having the power of discernment. In each concrete case, the minor's capacity to distinguish must be assessed. Taking into account his/her age, maturity, mental and intellectual condition, it is necessary to evaluate whether he/she has the ability to comprehend the effects, consequences and risks of the medical intervention and to make decisions on this issue. Therefore, a minor who is presumed to have the capacity to distinguish for an ordinary intervention may not even be able to correctly calculate the side effects of a medication. This relative power of discernment and the various situations that may arise even in ordinary medical interventions make it difficult to say in advance that he/she has the power of discernment to consent to all medical interventions. From this point of view, the regulation in Turkish law seems to be reasonable. In order to protect the child, the consent of the legal representative instead of the child should be considered within this scope. In addition, Article 24/2 of the Patient Rights Regulation, which stipulates that the minor should be informed as much as possible by the health personnel, should also be taken into consideration. Accordingly, although the consent of the legal representative is sufficient, it is envisaged that the minor should be included in the information process and the decisions to be taken regarding the treatment as much as possible. Another problem regarding medical interventions on minors is the interventions which have irreversible results and affect the personality. Interventions such as organ and tissue transplantation, gender reassignment, sterilization or castration are subject to the condition of puberty or eighteen years of age through various legal regulations. For this reason, minors without limited capacity cannot apply for these interventions. It is also not possible for their legal representatives to consent to these interventions. In this respect, the responsibility of the health personnel who apply such interventions will come to the agenda. On the other hand, some of these interventions are not regulated by any law. Aesthetic interventions for the sole purpose of beautification are among these. These aesthetic interventions do not involve the correction of a wound on the person's body. In addition, it is not aimed to eliminate a psychological disorder. Although the absence of the indication requirement in these interventions is discussed

separately, the lack of treatment purpose also makes the consent to this intervention specific. Another similar intervention is the use of sex hormone suppressing drugs. Children who express dissatisfaction with their innate gender, may be given drugs to suppress their sex hormones and prevent them from showing the characteristics of their innate gender. These medications also have many side effects. The point to be considered in terms of both interventions is that they cause irreversible effects on the minor's body and mental state. Although each medical intervention leads to changes in the person, these interventions also do not have an element of necessity to protect the integrity of the person's body or to ensure the continuation of his/her life. This means that the legal representative should not be able to authorize such medical interventions in order to protect the autonomy, personality and personal assets of the minor and to ensure that he/she can make his/her own decisions on his/her own in the future. In this context, both interventions become prohibited procedures for minors. Such a category of prohibited acts is also necessary for the protection of the child. A more appropriate solution would be to condition such interventions on the age of eighteen, as in medical interventions such as organ and tissue transplantation, gender reassignment or sterilization. A legal regulation is a must for this purpose.

Giriş

Bütün tıbbî müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne veya ruhî sağlığına etki eder. Bu bağlamda tıbbî müdahale hastanın kişilik haklarını ilgilendirir ve dolayısıyla tıbbî müdahaleye rıza verme kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirilir. Tıbbî müdahale tam ehliyetli, ergin bir kişiye yöneldiğinde, bu müdahalenin hukuka uygun olması için gereken şartlardan biri de hastanın rızasıdır. Hastanın rızası, hekimin normal şartlarda haksız fiil oluşturacak eylemini hukuka uygun hale getirir. Tam ehliyetliler kişiye sıkı surette bağlı olan rıza verme haklarını kural olarak bizzat kullanmaktadır. Çocuklarda ise durum özellik arz eder. MK m. 16/2 hükmündeki kişiye sıkı surette bağlı haklara ilişkin düzenlemenin yanında 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSK) m. 70 hükmü uyarınca, yasal temsilcilerinin rızası olmadan küçüklere tıbbî müdahale yapılamaz.

Çalışmada öncelikle tıbbî müdahale ve tıbbî müdahaleye rıza kavramları ve rıza verme hakkının hukukî niteliği incelenecektir. Ardından küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde rıza özellik arz eden halleriyle birlikte aktarılacaktır. Mevcut hukukî durum, doktrindeki görüşlerle birlikte ortaya konulduktan sonra, ayırt etme gücü bağlamında konunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği gösterilecektir. Son olarak, özellik eden bazı tıbbî müdahaleler açısından yasal temsilcinin rıza veremeyeceğine ilişkin görüş aktarılacaktır. Bu bağlamda inceleme özellikle sınırlı ehliyetsiz sayılan ayırt etme gücüne sahip küçüklere yönelik tıbbî müdahalelerde rıza üzerine yoğunlaşmaktadır.

I. Tıbbî Müdahale ve Tıbbî Müdahaleye Rıza

A. Tıbbî müdahale kavramı ve tıbbî müdahalenin türleri

Hukukumuzda vücut bütünlüğüne yönelen her türlü saldırı bir haksız fiil oluşturmaktadır. Herhangi bir saldırının haksız fiil olarak tazminat sorumluluğu doğurmaması içinse hukuka uygunluk halleri olarak isimlendirilen hallerden birinin bulunması gerekir. Genel olarak hukuka uygunluk halleri ıztırar hali, meşru müdafaa, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması, zarar görenin rızası şeklinde sayılabilir¹. Tıbbî müdahaleler de, hastanın zarara rıza vermesi halinde kural olarak hukuka uygunluk hallerinden biridir. Bir kimsenin diğerinin herhangi bir organını kesmesi haksız fiil oluştururken, tıbbî müdahale için hastanın bacağına kesilmesine razı olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve haksız fiil oluşmasını engeller².

¹ Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz, 1988), 654 vd.; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2023), N. 102 vd.; Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat, 2022), 2/N. 52 vd.

² Oğuzman - Öz, *Borçlar Genel*, 2/N. 57.

Tıbbî müdahale, tıp mesleğinde uzman bir hekim veya yetkili başka bir sağlık görevlisi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi veya teşhis amacına yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetlerdir³. Tıbbî müdahaleler çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Psikoterapi, vücuttan kan alma, bir estetik cerrahi operasyonu veya koruyucu bir aşının vücuda zerk edilmesi, röntgen veya MR (manyetik rezonans) uygulaması, teşhis veya test amaçlı kolonoskopi, laporoskopi, bir reçete yazılarak ilaç verilmesi tıbbî müdahalelere örnek teşkil eder.

Tıbbî müdahaleler doktrinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Tedavide kullanılan yöntemlere göre yapılan geleneksel ve yeni tıbbî müdahaleler ayrımı yanında, icra ediliş tarzı bakımından yapılan beden bütünlüğüne yönelen ve yönelmeyen tıbbî müdahaleler ve tıbbî müdahalenin icra edildiği yere göre, bağımsız hekim tarafından yapılan müdahaleler ve hastanelerde yapılan tıbbî müdahaleler ayrımları bu şekildedir⁴. Müdahalenin amacına göre ise tedavi ve teşhis amaçlı müdahaleler, organ ve doku nakline ilişkin müdahaleler, estetik cerrahi müdahaleleri, cinsiyet değiştirmeye yönelik müdahaleler vs. şeklinde ayrımlar yapılabilir⁵. Bu ayrımlar, kimi noktaları açıklamak açısından elverişli olsalar da, üzerinde mutabık kalınan bir tıbbî müdahale sınıflandırması yoktur.⁶

Bu sınıflandırmaların yanında, özellikle ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizler bakımından tıbbî müdahalenin ağırlığına, aciliyetine, gerekliliğine göre ayrımlar yapılması da uygun olacaktır. Burada önemli olan husus, küçüğün veya kısıtlının tıbbî müdahaleye kendisinin rıza vermiyor oluşudur⁷. Çocuğun korunması ilkesi, özellikle onun maruz kalacağı tıbbî müdahalenin, sonuçlarına ve etkilerine göre tasnifini zorunlu kılar. Bu açıdan soğuk algınlığı tedavisi için hekime başvuran on altı yaşındaki bir çocukla, burnunun şeklini beğenmeyerek estetik ameliyatı yaptırmak isteyen aynı yaştaki çocuğun durumu farklıdır. Dolayısıyla kişinin fizikî sağlığını geri kazanması için yapılması zorunlu olan tıbbî müdahaleler⁸ ve kişinin ruh sağlığını etkilemesi sebebiyle yapılan ihtiyarî tıbbî müdahaleler birbirinden ayrılmalıdır. Bu ayırım özellikle yasal temsilcinin rıza verebilmesi açısından önem arz eder⁹. Lösemi hastası, soğuk algınlığı veya zatürre olan tam ehliyetsiz bir çocuğun tedavi edilmesi ilkinde, buna karşın güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatı¹⁰ yapılması ise ikincisine örnek oluşturur. Benzer bir şekilde bazı özellikli tıbbî müdahaleler de bulunmaktadır. Kastrasyon, sterilizasyon (2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4), ötenazi, yapay dölleme, cinsiyet

³ Mehmet Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk* (Ankara: Kazancı, 1991), 5; Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbî Müdahaleye Rıza* (İstanbul: Filiz, 1993), 15; Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku* (Ankara: Adalet, 2013), 40; Zafer Kahraman, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbî Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2016), 480; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 53: yazara göre "insan üzerinde tıp biliminin kurallarının uygulanması ile bağlantılı her türlü müdahale tıbbî müdahaledir". Özellikle endikasyon olmadan yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu konusundaki tartışma ve endikasyon olmadan yapılan müdahalenin kabul edilemez olduğuna ilişkin olarak bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 536-538. Bu düşüncenin aksine endikasyon şartının olmadığını savunan Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/4 (2001), 66.

⁴ Ayan, *Sorumluluk*, 10; Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 41 vd.

⁵ Ayrıntılı bir sayım için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 555-56.

⁶ Herhangi bir sınıflandırma yapmadan tedavi türlerini sayan Kahraman, *Rıza*, 481; Ünal Er, *Sağlık Hukuku* (Ankara: Savaş, 2008) 99 vd. ve ayrıca Şenocak, *Rıza*, 67.

⁷ Bkz. aşağıda, Türk Hukukunda Mevcut Durum.

⁸ Burada kastedilen, özellikle kişinin akıl hastalığı dolayısıyla ayırt etme gücünün bulunmaması ve dolayısıyla kendisi ve toplum için tehlike oluşturması sebebiyle yapılan tedaviler için kullanılan zorunlu tedaviler değildir. Bu tür zorunlu tedavilere ilişkin sunulan bir tebliğin metni için bkz. Şule Yılmaz, Rıdvan Bilici, "Zorunlu Tedavilerin Tıp, Hukuk ve Etik Prensipleri Eşliğinde Değerlendirilmesi", *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, (Ankara: Seçkin, 2020), 43 vd. Yukarıdaki sınıflandırma açısından zorunlu tıbbî müdahalelere akıl hastalarının tedavisi de girmektedir.

⁹ Bkz. aşağıda, Sınırlı Ehliyetsiz ve Tam Ehliyetsizlere Yasal Temsilcinin Rızasıyla Uygulanamayacak Tıbbî Müdahaleler (Yasaklı Müdahaleler).

¹⁰ Bkz. Çilingiroğlu, *Rıza*, 20 ve özellikle dn. 18. Yazar, burada estetik ameliyatların tıbbî endikasyondan yoksun olduğuna ilişkin telakkîyi aktarmaktadır. Ayrıca estetik ameliyatların güzelleştirici, ruhî bozukluğu giderici ve bedensel rahatsızlığı gidermeye yönelik olarak üç ayrı türünün olduğunu savunan, Mehmet Buğra Akyıldız, "Hekimin Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahale Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu", *Tıp Hukukunda Güncel Sorunlar* (Ankara: Yetkin, 2024), 241. Güzelleştirici veya güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerle ilgili daha güncel görüşlere yer veren, Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1 (2006), 177 vd. Yine estetik müdahalelerin türlerine ilişkin, Duygu Koçak Diker, "Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (2023), 221 ve 222.

değişikliği, cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçların kullanılması, kürtaj gibi birçok tıbbî müdahale olağan tıbbî müdahaleler dışında tasnif edilmektedir¹¹. Tıpta teknolojik ilerlemelerle beraber ortaya çıkan bu ve benzeri tıbbî müdahaleler biyoetik problemlere yol açmaları bakımından da incelenmekte ve tıbbî müdahalelerin tasnifini de zorlaştırmaktadır. Çalışmamız açısından ise bu tür müdahalelere küçüğün ve/veya yasal temsilcisinin rıza vermesi tartışmanın merkezini oluşturur.

Tıbbî müdahaleye ilişkin ayrımlar, somut olayın ve tıbbî müdahalenin özelliklerine göre yapıldığı için, bu noktada bütün tıbbî müdahaleleri kapsayacak müteakemmil bir tasnif yapmak mümkün değildir. Özellikle yeni teknolojiler ve tıp bilimindeki ilerlemelerle beraber ortaya çıkan yeni tür tedavi veya müdahale yöntemleri de bu tür bir tasnifi zorlaştırmaktadır¹². Dolayısıyla yapılması gereken, özellikle küçüklere ve kısıtlılara yönelik tıbbî müdahaleler bakımından zorunluluk, aciliyet, sonuçların geri döndürülemez olması gibi farklı kriterleri, somut olayın koşullarında düşünmek ve buna göre bir sonuca ulaşmak olmalıdır.

B. Rıza verme hakkı ve tıbbî müdahaleye rızanın geçerlilik şartları

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi için diğer şartlarla¹³ birlikte, hastanın tıbbî müdahale konusunda aydınlatılması¹⁴ ve bu aydınlatılmaya uygun olarak gerçekleşen tıbbî müdahaleye, hastanın bizzat rıza vermesi gerekir¹⁵. Bu açıdan hem yetişkinler hem de küçükler açısından tıbbî müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi için rıza bir şarttır. Bu sonuca Medeni Kanunun 24/2 hükmü ile ulaşılması da mümkündür. Ayrıca, TŞSK m. 70 ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin (HHY) 24. maddesi de bu hususu açıkça düzenlemektedir.

Hukuka aykırı olan, vücut bütünlüğüne veya kişi varlığına yönelik bir eylemi hukuka uygun hale getiren tıbbî müdahaleye rıza işleminin¹⁶ geçerli olabilmesi için, bu rızanın da hukuka uygun olması gerekir. Bu bağlamda rızanın kendisi, MK m. 23'te düzenlenen kişilik haklarına ve BK m. 27'de düzenlenen hükümsüzlük yaptırımına tabi olabilir ve bu açıdan geçersiz rıza tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale

¹¹ Özelliği olan veya özellik gösteren tıbbî müdahale kavramları için bkz. Çilingiroğlu, *Rıza*, 19 vd.; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (İstanbul: Legal, 2003), 123 vd.

¹² Bitkisel kürler ve bitkisel tedavilerin de tıbbî müdahale oluşturabileceğine ilişkin, Abdülkadir Arpacı, "Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2009), 7-8.

¹³ Bu şartlar aydınlatılmış onam veya hastanın rızasının alınmasıyla beraber müdahalede bulunanın (hekim veya sağlık personeli) yetkin olması ve tıbbî müdahalenin hukuken öngörülmüş amaca yönelmesidir. Öngörülmüş amaca yönelme, tıp biliminin kabul edilen tıbbî kural ve ilkelere uygun bir tedaviyi gerektirir (Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 13) Bu çalışma, küçüğe yönelen tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bağlamında rıza kavramını merkeze aldığı için, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin diğer şartlar incelenmemiştir.

¹⁴ Aydınlatmanın hukuka uygun olmadığı; aydınlatma, tıbbî müdahalenin muhtemel sonuç ve komplikasyonlarını içermediği takdirde müdahalenin hukuka aykırı olacağına ilişkin olarak, Eren, *Borçlar Genel*, N. 1865; Oğuzman - Öz, *Borçlar Genel*, 2/N. 62; Mustafa Dural - Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2022), N. 542; Çetiner vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Oniki Levha, 2022), N. 971. Bu noktada aydınlatma HHY m. 15 vd. düzenlemesine uygun olarak yapılmalıdır. Yine bu yükümlüğün vekilin özen borcundan kaynaklandığına ilişkin, Dural - Ögüz, *Kişiler*, N. 543; Nihan Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu* (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 203 vd. Ayrıca hekimin aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili kapsamlı bilgi için bkz. Pelin Çavdar, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan - Özel Sayı) 22/3-1* (2016), 735 vd.; Sibel Adıgüzel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5/19 (Ekim 2014), 943 vd.

¹⁵ Ayan, *Rıza*, 11; Şenocak, *Rıza*, 68; Saibe Oktay Özdemir, "Tıbbî Müdahaleye ve Tıbbî Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (İstanbul: Oniki Levha, 2010), 2/1315 vd.; Kahraman, *Rıza*, 484.

¹⁶ Bu noktada, tıbbî müdahaleye verilen rızanın bir hukukî işlem mi yoksa hukukî işlem benzeri fiil mi olduğuna yönelik tartışma için bkz. Çilingiroğlu, *Rıza*, 43 vd.; Şenocak, *Rıza*, 67-68. Rızayı hukukî işlem benzeri fiil olarak kabul eden Kahraman, *Rıza*, 485. Rızanın hukukî niteliğinden bağımsız olarak hukukî işleme ilişkin kuralların rızaya uygulanmasına ilişkin, katıldığım görüş için Çilingiroğlu, *Rıza*, 45.

getirmez¹⁷. Dolayısıyla rızanın serbestçe verilmesi, irade sakatlıklarına uğramaması gerekir¹⁸. Geçerlilik konusunda rızanın borçlar hukukunun genel kurallarına tabi olduğu söylenmelidir.

Rızanın geçerli olması için, yapılacak tıbbî müdahalelere genel bir şekilde verilmemesi; aksine somut, müşahhas ve belirli bir müdahaleye özgü olması gerekir¹⁹. Bu bağlamda tıbbî müdahaleye rıza bir tedaviye yönelik olmalıdır²⁰. Tedaviye yönelik olmayan müdahalelere verilen rıza geçerli olmayacaktır. Bu bakımdan, tıbbî müdahalenin kişiliğin ve kişilik değerlerinin devamına yönelmesi gerekir. Yine bu rızanın hekimin usulüne uygun olarak yaptığı aydınlatma sonucunda verilmesi gerekir²¹. Son olarak rızanın en geç tıbbî müdahale sırasında alınması gerekir²².

Tıbbî müdahaleye rıza verme, tedavi olma hakkıyla birlikte değerlendirildiğinde hak sahibinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkıdır²³. Bunun nedeni, tıbbî müdahaleyle kişinin vücut bütünlüğüne, yani mutlak değerlerine ilişkin bir tasarrufun gerçekleşmesidir. Kişilik hakları hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, dolayısıyla başkası tarafından kullanılamayan ve kural olarak sadece kişinin kendisi tarafından kullanılan haklardır²⁴. Dolayısıyla kural olarak, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan tedaviye rıza verme hakkı sadece kişinin kendisi tarafından kullanılabilir. Yani başka bir kimse tarafından tıbbî müdahaleye rıza verilemez. Bu hakların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olmaları sebebiyle bir temsilci tarafından kullanılmaları da mümkün değildir²⁵. Türk hukukunda geçerli olan bu durum, uluslararası düzenlemelerde de benzer şekilde kurgulanmıştır²⁶.

Tıbbî müdahaleye rızanın kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasına karşın, bu hakkın her zaman hak sahibi tarafından kullanılması mümkün olmayabilir. Her ne kadar kural kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yalnızca hak sahibi tarafından kullanılması yönünde olsa da, bu değerlendirme, kişinin rızasının alınamadığı durumlar açısından eksiklik arz eder. Tıbbî zorunluluk durumları ile kanunun verdiği özel yetkiler bu kapsamdadır. Bu hallerde, müdahaleye hastanın rızası bulunmasa dahi, tıbbî müdahale hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilir²⁷.

Rızanın kişinin kendisi tarafından verilemediği hallerden biri de, küçük ve kısıtlıya yönelen tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin rıza vermesidir. Tam ehliyetsizler veya sınırlı ehliyetsizlerin tıbbî müdahaleye kendilerinin rıza vermesi çoğu zaman mümkün değildir²⁸. Bir akıl hastasının veya beş yaşındaki bir çocuğun, kendisine yönelen tıbbî müdahale konusunda aydınlatılması da, bu aydınlatma

¹⁷ Tekinay vd. 661-662; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 103; Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 525; Eren, *Borçlar Genel*, 1863; Çetiner vd., *Borçlar Genel*, N. 967; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Ankara: Turhan, 2021), N. 2023. Kişilik haklarını ihlal eden fiile rıza verilebilmesi için, bunun kanunda izin verilen bir müdahale olması gerektiğine ilişkin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 69, N. 18. Yazara göre kanunda rıza verilmesine izin verilmeyen bir durumda rıza, ancak tazminattan indirim sebebi olabilir. Aynı yönde Eren, *Borçlar Genel*, N. 1864.

¹⁸ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 540; Eren, *Borçlar Genel*, N. 1863; Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 441.

¹⁹ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 539; Eren, *Borçlar Genel*, N. 1865; Gümüş, *Borçlar Genel*, 442.

²⁰ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 537; Çetiner vd., *Borçlar Genel*, N. 970. Bunların dışında, rızanın geçerli olabilmesi için, müdahalenin de tıbbin kurallarına ve bilimsel yöntemlere uygun olması gerektiğine ilişkin, Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 2027. Son olarak endikasyon şartına ilişkin tartışma için bkz. yukarıda dn. 3.

²¹ Karş. yukarıda dn. 14. Bu bağlamda, rıza ve aydınlatma, tıbbî müdahale bakımından birbirinin içine geçen kavramlardır.

²² Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 552; Çilingiroğlu, *Rıza*, 52; Kahraman, *Rıza*, 485; Gümüş, *Borçlar Genel*, 441-442.

²³ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 524; Arpacı, *Rıza*, 9; Şenocak, *Rıza*, 73; Kahraman, *Rıza*, 486. Yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ile ilgili bir hak olduğuna yönelik Şenocak, *Rıza*, 68; Çilingiroğlu, *Rıza*, 37 vd.; Kahraman, *Rıza*, 486; Oktay Özdemir, *Rıza*, 1316-1317; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 346.

²⁴ Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler* (Ankara: Yetkin, 2021), 186; bu hakları "kişilik işlemi hakları" olarak isimlendiren Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 40, N. 92 vd. Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: Legal, 2017), 84: yazara göre sınırlı ehliyetsizler, tek başlarına kullanabildikleri haklar bakımından dava ehliyetine de sahiptir.

²⁵ Öztan, *Kişiler*, 186-187; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 83.

²⁶ Oviedo Sözleşmesi olarak bilinen Avrupa Konseyi Biyotıp ve İnsan Hakları Sözleşmesi (ETS 164 – Convention on Human Rights and Biomedicine, 4.IV.1997) m. 5'de de tıbbî müdahale kişinin rızasına bağlanmıştır. Bu sözleşmeye taraf devletler arasında Türkiye de yer almaktadır. Bkz. RG N. 25439, 20. 04. 2004.

²⁷ Bunların yanında çeşitli kanunlarda da istisna olarak hastanın rızasının alınamadığı haller öngörülmüştür. Bkz. Çilingiroğlu, *Rıza*, 46 vd.

²⁸ Bunların her ikisini birden ehliyetsiz olarak değerlendirerek, yasal temsilcilerinin rıza verebileceğini belirten Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, N. 2035.

neticesinde makul bir şekilde rıza vermesi de düşünülemez. Dolayısıyla onların yerine yasal temsilcileri rıza verir. Sınırlı ehliyetsizler ise ayırt etme gücüne sahip oldukları için tıbbî müdahaleyi, etkilerini ve sonuçlarını anlama konusunda tam ehliyetsizlerden farklı düşünülebilir. Bu farklılık, uygulamada onların tek başlarına tıbbî müdahaleye rıza vermelerine imkân sağlamasa da, kendilerine yönelen tıbbî müdahale konusunda ayırt etme gücüne sahip küçüklerin de rızasının aranması doktrinde savunulmaktadır²⁹.

Kişiyi sıkı surette bağlı hak teorisi, bu hakların küçük ve kısıtlılar veya onların yasal temsilcileri tarafından kullanılabilme imkânı açısından yeterli değildir. Bu hakların salt hak sahibi tarafından kullanılabilmesi, özellikle tam ehliyetsizler açısından bir hak ehliyetsizliği sonucu doğurmaktadır. Bu sebeple teori, hukukî durumu yeteri düzeyde açıklayamadığı ve adil ve yeterli bir sonuç doğurmadığı gerekçesiyle değişime uğramakta ve eleştirilmektedir³⁰.

Bu veya benzeri ihtiyaçlardan ötürü, kişiyi sıkı surette bağlı haklar ikiye ayrılarak incelenmektedir: Mutlak surette kişiyi bağlı haklar ve nispi surette kişiyi bağlı haklar³¹. Mutlak surette kişiyi bağlı haklar yalnızca hak sahibinin kendisi tarafından kullanılabilir. Bunların kullanılmasında yasal veya iradî temsilci rol oynayamaz³². Evlenme, nişanlanma, boşanma gibi kişiyi sıkı surette bağlı haklar bu şekildedir. Buna karşın, kişiyi sıkı surette bağlı bazı hakların kullanılması için yasal temsilcinin rızası gereklidir³³. İsmi korunması, değiştirilmesi veya MK m. 24 kapsamında kişilik haklarının korunması bu kapsamda değerlendirilmektedir³⁴. Konumuz açısından oldukça önemli olan tıbbî müdahaleye rıza verilmesi de nispi surette kişiyi sıkı surette bağlı haklar arasındadır³⁵.

Mutlak ve nispi surette kişiyi bağlı haklar arasında bir sınır çizmek oldukça zordur³⁶. Kimi zaman kişiyi bağlı haklardan aynı haklar, farklı yazarlarca değişik kategorilere eklenmektedir³⁷. Doktrinde bir ölçüt olarak söz konusu işlem veya işin sonucuna yönelik bir değerlendirme yapılması da öngörülmektedir³⁸. Buradan anlaşılan, izin verilen veya kişi adına yapılan işin ya da işlemin neticesinde ortaya çıkan sonuç

²⁹ Bkz. aşağıda, Türk Hukukunda Mevcut Durum ve Türk Hukukunda Sınırlı Ehliyetsizlerin Tıbbî Müdahaleye Rızasına İlişkin Görüşler.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, "Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbî Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özer Seliçi Anısına Armağan)*, 11/145-146 (Eylül-Ekim 2016), 223 vd. Mutlak ve nispi şeklinde yapılan ayırımı kavramcı bir yaklaşım olarak gören ve eleştiren Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2 N. 12e.

³¹ Öztan, *Kişiler*, 187; Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 408; Şenocak, *Rıza*, 73; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz, 2024), N. 321 vd.

³² Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, N. 273; Dural - Ögüz, N. 405; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, yayına hazırlayanlar: B. İlkey Engin, Yeşim M. Atamer (İstanbul: Oniki Levha, 2022), 2, 4, N. 24; Öztan, *Kişiler*, 187. Bu hakların başkası tarafından kullanılabilmesi mümkün olmasa da, hak sahibi ileri sürdüğü takdirde bir iradi temsilci aracılığıyla kullanılabileceğine ilişkin, Serozan, *Medeni*, II, 4, N. 24a. Aynı şekilde temsil düşmanlığı terimi için Dural - Ögüz, *Kişiler*, N. 405; Hatemi, *Kişiler*, 40, N. 94.

³³ Öztan, *Kişiler*, 187. Ayrıca bu haklardan bazılarının sınırlı ehliyetsiz küçük tarafından kullanılmasını yasal temsilcinin rızasına bağlayan, Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 83; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, N. 327: "...hak, sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılmakla birlikte yasal temsilcinin izni veya işleme katılması gerekmektedir."

³⁴ Öztan, *Kişiler*, 187. Veli veya vasiinin tam ehliyetsizin kişilik haklarını koruyamayacağını savunan, Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 7b. Yazar buna karşın tam ehliyetsizler açısından temsil yasağının, tam ehliyetsiz lehine olduğunu ve onun menfaatinin zedelendiği durumlarda buna izin verilmesi gerektiğini de savunmaktadır. Bkz. Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 7d.

³⁵ Şenocak, *Rıza*, 73. Aksi yönde Dede, *Çocuk Hakları*, 86. Bununla beraber, Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Beta, 2000), N. 277'de ayırt etme gücüne sahip küçüğün, mutlak-nispi ayırımı yapmadan tüm kişiyi sıkı surette bağlı haklarını kullanabileceğini savunmaktadır. Buna karşın, cerrahî müdahaleler, evlenme, nişanlanma gibi bazı sakıncalı işlemler açısından yasal temsilcinin olurunun almanın gerekli olduğunu da eklemektedir. Ayrıca yazar aynı paragrafta, çocuğun çıkarı gerektirdiğinde ve ivedilik ve zorunluluk hallerinde, kişiyi sıkı surette bağlı hakların da yasal temsilci aracılığıyla kullanılabilmesini savunmaktadır. Serozan'ın bir alttaki dipnotta yer verilen, mutlak ve nispi olarak bir ayırım yapılmaması gerekliliği ve N. 277'deki görüşüyle birlikte değerlendirildiğinde, yazarın ilke olarak çocuğun kişilik haklarını kendisinin kullanabileceğini, buna karşın önemli durumlarda yasal temsilcinin olurunun almak gerektiğini, diğer yandan gerekiyorsa yasal temsilcinin de bu hakları çocuk adına kullanabileceğini savunduğu görülmektedir.

³⁶ Ayırımın yetersizliğini dile getiren, Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 416. Yine bu ayırımın sakıncalı olduğu yönünde Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 12e. Mutlak ve nispi kişiyi sıkı surette bağlı hak ayırımlarının sadece yasal düzenlemeleri dikkate aldığını ve hakkın niteliğine göre yapılmadığını belirten Oğuzman vd., *Kişiler*, N. 320, dipnot 359.

³⁷ Tartışmanın değerlendirmesi ve özeti için bkz. Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 272 vd.

³⁸ Öztan, *Kişiler*, 187.

olmalıdır. Eğer hakkın kullanılmaması halinde tam ehliyetsiz açısından telafisi güç bir sonuç doğuyorsa yasal temsilcinin rızasına imkân tanınmalıdır. Sözgelimi uygunsuz fotoğrafları sosyal medyada yayınlanan bir akıl hastasının yasal temsilcisi MK m. 24 ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında dava açabilmeli veya başvuruda bulunabilmelidir. Bu açıdan tedavi olmamanın neticesinde ağır sağlık sorunları ortaya çıkacağı için tam ehliyetsizin yasal temsilcisi zorunlu tıbbî müdahaleye izin verebilmelidir. Doğru olan yorum somut olaya veya işleme göre karar vermektir³⁹.

II. Küçüğe Yönelik Tıbbî Müdahalelerde Rıza

A. Türk hukukunda mevcut durum

Medeni hukuk açısından tıbbî müdahaleye rıza, kişiye sıkı surette bağlı haklar veya kişilik hakları kavramları üzerinden değerlendirilmektedir. Buna karşın pozitif hukukumuzda tıbbî müdahaleye rıza konusu bu değerlendirme esas alınarak düzenlenmemiştir. Küçük veya kısıtlılar, yani tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin ikisi için de tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin rızası aranmaktadır. Bu husus TŞSK m. 70/1 ve HHY m. 24'te düzenlenmiştir. TŞSK m. 70/1 hükmü şu şekildedir:

"Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."

HHY m. 24 hükmü ise şu şekildedir:

"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır."

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır."

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır."

..."

Bu hükümlerden anlaşılması gereken ilk husus, tıbbî müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi için hastanın rızasının gerekli olduğudur. Bu bağlamda rıza, hasta tam ehliyetli olduğu takdirde, kural olarak kendisi tarafından verilecektir. Kanunda büyük cerrahî ameliyatlarda bu rızanın yazılı olarak alınması gerekliliği de düzenlenmiştir. Kanuna uygun olarak HHY m. 24 de hastanın tıbbî müdahaleye rızası bir şart olarak öngörülmüştür.

Küçüğe ve kısıtlılara yönelik tıbbî müdahalelerde ise rıza küçük ve kısıtlının kendisi tarafından verilemez. TŞSK m. 70 ve HHY m. 24'deki açık ifadeler karşısında küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde rıza vermeye yetkili bulunan kişi yasal temsilcidir. Medeni Kanun'a göre özel bir kanun niteliğinde olan TŞSK'nin bu hükmü uyarınca vasi veya velinin izni ve rızası olmadan küçüğe yönelik tıbbî müdahale yapılması mümkün değildir. Bu ister ayırt etme gücü olan isterse ayırt etme gücü olmayan çocuklar açısından olsun yasal temsilcinin izni olmadan gerçekleştirilen tıbbî müdahale, HHY m. 24/4 hükmünde

³⁹ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 421, "...Her olay ve hak türü yönünden ayrı ayrı değerlendirmek daha doğru olur."

sayılan istisna haller dışında, hukuka aykırı olacaktır. Bu noktada yasal temsilcinin rızasıyla beraber küçüğün rızasının aranması gibi bir düzenleme olmadığı için, bu kişilere yönelik tıbbî müdahalelerde rıza, tek başına yasal temsilci tarafından verilir.

Bu hükümlerle birlikte, HHY m. 24/2, kanuni temsilcinin rızası yeterli olsa da, anlayabileceği ölçüde küçüğe veya kısıtlının dinlenilmesi ve mümkün olduğu ölçüde bilgilendirme ve alınacak kararlara katılımının sağlanmasını öngörmektedir. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, ayırt etme gücü olan ve kendisine yönelen tıbbî müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını kavrayabilecek düzeyde olan küçük veya kısıtlıya, sağlık personeli tarafından tıbbî müdahale anlatılmalıdır. Bu, müdahalenin hukuka uygun olması için bir şart olarak düşünülmemelidir. Zira hükümde “mümkün olduğunca” ifadesinin kullanılması, bunun olmazsa olmaz bir şart olarak düzenlenmediğini ve hekim veya sağlık personelinin takdirine bırakıldığını göstermektedir⁴⁰. Dolayısıyla sağlık personeli, bu şartlar altında bir bilgilendirmenin imkân dâhilinde ve hasta açısından olumsuz etkilere sahip olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Bu tür bir bilgilendirme için kanaati olumluysa bir bilgilendirme yapmalıdır. Küçüğün tıbbî müdahaleye ilişkin karara katılımı da ancak bu şekilde bir değerlendirmeden sonra mümkün olur.

B. Tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyeti bakımından hukukî durumu

MK m. 14 hükmü gereği ayırt etme gücü bulunmayanlar, küçükler ve kısıtlılar fiil ehliyetine sahip değildir. Dolayısıyla kural olarak küçükler ve ayırt etme gücü bulunmayanlar hukukî işlemle borç altına giremezler⁴¹. Onların ehliyet durumu, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmak zorundadır⁴². Tam ehliyetsizlerin hukukî işlemlerindeki geçersizliğin yanında maddî fiillerine ilişkin olarak ayırım yapmak gereklidir. Tam ehliyetsizin lehine olan maddî fiillerde herhangi bir sorun oluşmayacaktır. Onların aleyhine olan maddî fiillerde ise bu işlemin onun hakkında hüküm ve sonuç doğurmaması gerekir⁴³.

Tam ehliyetsizler tıbbî müdahaleye kendileri rıza veremez⁴⁴. Tam ehliyetsizin farazi iradesini varsayan görüşün⁴⁵ aksine, Türk hukukunda hâkim görüş bu kişilerin yerine yasal temsilcilerinin rıza vermemeleri halinde, bir hak ehliyetsizliğinin ortaya çıkacak olmasıdır⁴⁶. Dolayısıyla, sünnet dışında tam ehliyetsizler açısından tıbbî müdahaleye rıza konusunda esaslı bir tartışma mevcut değildir⁴⁷.

⁴⁰ Doktrinde Oktay Özdemir, bu ifadeden küçüğün ayırt etme gücünün olduğunu anlamak gerektiğini; ancak bunun küçüğe tek başına rıza verme konusunda bir imkân sağlamadığını belirtmektedir. Bkz. Oktay Özdemir, *Rıza*, 1326.

⁴¹ Oğuzman vd., *Kişiler*, N. 255; Hatemi, *Kişiler*, N. 57; Öztan, *Kişiler*, 169.

⁴² Oğuzman vd., *Kişiler*, N. 259; Öztan, *Kişiler* 169-170. Ehliyetsizliğin davanın her aşamasında hâkim tarafından re’sen dikkate alınması gerektiğine dair, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/8056 (16 Eylül 2009).

⁴³ Öztan, *Kişiler*, 171.

⁴⁴ Çilingiroğlu, *Rıza*, 55; Kahraman, *Rıza*, 487.

⁴⁵ Adıgüzel, *Aydınlatma*, 959. Buna göre, tam ehliyetsizlerin tıbbî müdahaleye rızalarında hukuka uygunluğu sağlayan unsur yasal temsilcinin rızası değil, tam ehliyetsizin farazî rızasıdır. Ayrıca, hastanın objektif varsayılan iradesine ilişkin olarak bkz. Özge Yücel, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbî Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Ankara: Seçkin, 2018), 106 vd.

⁴⁶ Kahraman, *Rıza*, 488; Yücel, *Özerklik*, 48.

⁴⁷ Doktrinde son yıllarda, tıbbî bir gereklilik olmayan sünnetin tam ehliyetsiz küçükler açısından anne baba rızasıyla uygulanmasının hukuka aykırı olduğu savunulmaktadır. Bu görüşlerin farklı hareket noktaları olmakla birlikte, özellikle çocuğun karar veremeyeceği bir yaşta vücut bütünlüğünü etkileyecek bir şekilde yapılan sünnetin, çocuğun vücudunda etkisi geri döndürülemeyecek bir değişikliğe sebep olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumun da kişilik haklarına aykırı olduğu temel savlardan birini oluşturmaktadır. Bu görüşlerin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi için bkz. Pınar Güzel, “Erkek Çocuğa Yönelik Tıbbî Gereklilik Şartı Taşımayan Sünnet Uygulamasının Rıza ve Üstün Özel Yarar Bakımından Hukuka Uygunluğu”, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk* (İstanbul, Oniki Levha, 2022), 4: 259 vd. Yine ebeveyn kararıyla sünneti temel bir hak ihlali olarak değerlendiren Gaye Tuğ Levent, *Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı* (Ankara: Yetkin, 2023), 122.

Bu görüşlerin aksine, tam ehliyetsiz küçüklerin sünnet edilmesinin hukuka uygun olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Sünneti sosyal endikasyonun varlığıyla birlikte hukuka uygun bir tıbbî müdahale olarak gören, Hakeri, *Tıp Hukuku*, 539-540. Sünneti genel kurallar çerçevesinde hukuka uygun kabul eden Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (Ankara: Seçkin, 2003), 204. Bunların dışında çocuğun bulunduğu toplumdaki psikolojik ve sosyal durumunu dikkate alarak bunun hukuka uygun olduğunu savunan, Ayşe Nilay Şenol, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı (2019), 25/2, 1337 vd.

Sınırlı ehliyetsizler, ergin olmadıkları için ayırt etme gücüne sahip olsalar da hukukî işlem ehliyeti olmayan küçükler ve kısıtlılardır⁴⁸. Sınırlı ehliyetsiz küçükler, ergin olmadıkları için, ayırt etme gücü olsa dahi kendi işlemleriyle tam ehliyetli kimselerin yaptığı işlemleri kural olarak yapamazlar. MK m. 16, bu hususu açıkça düzenlemektedir. Aynı maddede yasal temsilcinin rızasının karşılıksız kazandırma ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından gerekli olmadığı da yer almaktadır.

Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasını alarak hukukî işlem yapabilir. Bu açıdan onların “şartlı” bir fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bu açıdan şart yerine getirildiği, yani yasal temsilci izin verdiği takdirde, küçük belirli konularda tam ehliyetlinin sahip olduğu fiil ehliyetine sahip olabilir. Bunun yanında sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiil ehliyetleri ise tamdır (MK 16/2).

Sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetinin sınırlanmış olmasının temel sebebi küçüğü ve kısıtlıyı korumaktır⁵⁰. Kendi fiillerinin tam olarak ayırdına varmasını beklemek için,⁵¹ yasal erginlik (reşitlik) yaşının belirlenmesinin sebebi de budur. Bu yüzden her hukuk sisteminde erginlik için farklı esaslar belirlenmiştir.

Sünnet konusu Alman hukukunda mahkeme kararlarına ve yasal düzenlemeye de konu olmuştur. Alman hukukunda yapılan düzenleme ve bu düzenlemeden önce Köln eyalet mahkemesinin ceza konusunda verdiği kararı da değerlendirerek, sünnetin ceza hukuku boyutunu ele alan, Ayşe Nuhoğlu, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, (2013), 19/2, 211 vd. Yine Erdal Yerdelen, “Hukukî Açıdan Sünnet (Beschneidung)”, *Tıp Hukuku Dergisi*, (2013), 2/3, 43 vd. Çalışmamız, Alman hukukunda tıbbî müdahaleleri incelememesine rağmen, sünnetin Alman hukukunda BGB 1631d maddesinde düzenlendiğini ve çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içerisinde yapılan sünnetin dini görevliler tarafından da gerçekleştirilebildiğini zikretmek gerekir.

Ülkemizde yüzyıllardır, dinî veya geleneksel sebeplerle Müslüman olan tüm ailelerin erkek çocuklarına uygulanan sünnete ilişkin hukukumuzdaki tek düzenleme, TŞSK m. 3 düzenlemesidir. Maddede sünneti her hekimin yapabileceği düzenlenmiş, daha önce sünnetçi olarak bilinen sağlık personelinin sünnet etme yetkisi kaldırılmıştır. Buradan anlaşıldığı kadarıyla hukukumuzda sünnet, hukuken izin verilen bir müdahaledir. Bu bakımdan mevzu hukuk açısından sünnetin hukuka aykırı olduğuna ilişkin görüşlerin kanaatimce geçerliliği bulunmamaktadır. Bunun yanında Tuğ Levent’in (Tuğ Levent, *Katılım Hakkı*, 120 vd.) ve Güzel’in (Güzel, *Sünnet*, 283 vd.) sünneti velayet hakkı bağlamında ele almalarına da değinmek gerekir. Yazarlar, velayetin yapısının değiştiğini, bir haktan ziyade bir yükümlülüğe dönüştüğünü ve bu sebeple anne babanın çocuğun hem kimliğini hem de dini inancını belirleme konusunda yetkilerinin daraldığını savunmaktadır. Bu sebeple sünnet konusu velayetteki yetkilerin dışında kalmakta ve buna izin verilmesi hukuka aykırı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, hukukî bir kurum olarak velâyetin uluslararası gelişmeler ve buna bağlı olarak iç hukuk düzenlemelerinde yapısında meydana gelen gelişmeler, tek başına bu iddiayı kabul etmeyi zorunlu kılamaz. Zira hukuk, sanal bir âlemde değil, somut olarak bir toplum içerisinde uygulanır. Yüzlerce yıldır dünyanın her yerinde Müslüman ve Yahudi erkek çocuklarına uygulanan bir müdahale olan sünnet, din veya geleneğin bir parçası haline gelmiş ve toplum tarafından da yapılması zorunlu bir şey olarak görülmektedir. Aynı şekilde Türk toplumunda da bu şekilde kabul edilmiş ve oldukça yaygın bir şekilde gerçekleştirilen bir merasimdir. Ayrıca sünnete ilişkin çeşitli gelenekler oluşmuş ve bu merasimin çocuk tarafından makul bir şekilde karşılanması amacıyla çeşitli eğlenceler düzenlenmesi de adet halini almıştır. Bu bakımdan konunun velâyet hakkının veya yetkisinin boyutlarını da aşan bir “kimlik” oluşturma ve ayrıca toplum tarafından bir zorunluluk olarak kabul edilmesi gibi tarafları da vardır. Bu bakımdan Hristiyan toplumlarında tüm çocuklara uygulanan vaftize benzetilmesi mümkündür. Bu bağlamda, insan hakları veya kişilik hakkının Türk toplumunun yapısına uygun bir şekilde yorumlanması ve MK m. 1 uyarınca da hukukun kaynaklarından biri olarak kabul edilen örf-adet hukukuna verilen yer gibi, bu şekildeki kültürel unsurlara yer verilmesi gerekir. Aksi takdirde, dünyanın geri kalan tüm toplumları, sünnet konusunda Roma-Latin kilisesi geleneğine, hukuk aracılığıyla yaklaşılmış olur, ki bu 20. yy öncesindeki veya başındaki kanunlaştırmaların hedefi olan bir çeşit toplum mühendisliği yapmaya benzeyecektir. Bu da kanaatimce hukukçunun kaçınması gereken temel noktalardan birini oluşturur. Dini kimlik açısından ise, vaftize benzetilebilir. Hristiyan toplumlarında yaygın olan ve çocuğun bir Hristiyan olduğunu, Hristiyan ailede doğduğunu göstermek için yapılan bu ayinin hukuka aykırılığını iddia etmek ve ailenin bunu yapamayacağını söylemekle, Türk toplumu açısından ailenin sünnet edemeyeceğini söylemek arasında dinî hürriyetler bağlamında fark olmasa gerekir. Neticede, sünnetin Türk hukukunda zorunlu olmadığını, ailenin istediği takdirde yaptırdığını da dikkate almak faydalı olacaktır.

Bu durumun farkında olan kanunkoyucu da isabetli bir şekilde sünnete ilişkin hijyen sorunlarını ve olası komplikasyonları dikkate alarak, sünneti sadece hekimlerin icra edebileceği bir müdahaleye dönüştürmüştür. Bu noktada dahi, yukarıda zikredilen Alman hukuku düzenlemesinde din adamlarının sünnet etme ruhsatı olduğu düşünülmelidir.

⁴⁸ Hatemi, *Kişiler*, 20, N. 25.

⁴⁹ Öztan, *Kişiler*, 190. Sınırlı ehliyetsiz durumunun bir ehliyetli olma değil, Türk hukuku bakımından bir ehliyetsizlik olduğunu savunan Hatemi, *Kişiler*, 20, N. 25-26 ve ayrıca “işlem ehliyetsizliği” kuralıyla birlikte 29, N. 61; aynı yönde, aslolanın ehliyetsizlik olduğunu belirten, Oğuzman vd., *Kişiler*, N. 297.

⁵⁰ Oğuzman vd., *Kişiler*, N. 294; Öztan, *Kişiler*, 191.

⁵¹ Öztan, *Kişiler*, 191: “...belirli bir idrak ve muhakeme gücü...”

Sınırlı ehliyetsizlerin MK m. 16'da düzenlenen iki hususta yasal temsilcinin rızasına ihtiyaçları yoktur. Bunlardan ilki karşılıksız kazandırmalar ve özel olarak düzenlenen vasiyetname yapma ehliyetidir⁵². Bu bağlamda on beş yaşını dolduran ve ayırt etme gücüne sahip olan herkes vasiyetname yapmaya ehildir. Diğeri ise kişiye sıkı surette bağlı hakların kullanılmasıdır. Konumuz açısından önemli olan kısım ise, tıbbî müdahaleye rızayı da kapsayan kişiye sıkı surette bağlı hakların kullanılmasıdır. Bu konuya ilişkin görüşler ve değerlendirme ise aşağıdaki başlıklarda aktarılacaktır.

C. Türk hukukunda sınırlı ehliyetsizlerin tıbbî müdahaleye rızasına ilişkin görüşler

Bir önceki başlıkta aktarıldığı üzere, hukukumuzda küçüklere yönelik tıbbî müdahalelerde yasal temsilcinin izni aranmaktadır. Bu noktada tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz küçük ayırımı, en azından yasal düzenlemede bulunmamaktadır. Buna karşın doktrinde sınırlı ehliyetsiz küçüklerin tıbbî müdahaleye tek başlarına rıza verebileceği yaygın bir şekilde savunulmaktadır⁵³. Buna göre tıbbî müdahaleye rıza verme hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu için bu hakkın küçükler veya yasal temsilcileri tarafından kullanımı küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Her ne kadar tam ehliyetsizler açısından yasal temsilcinin rıza vermesi kabul edilse de, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yani sınırlı ehliyetsizlerin rızasının aranması onların iradesinin korunması açısından önemli görülmektedir.

Tıbbî müdahalenin sonuçlarıyla etkilerini kavrayabilecek zihnî ve duygusal olgunluğa sahip her kişi ayırt etme gücüne sahiptir. Dolayısıyla tıbbî müdahaleye tek başına rıza verebilmelidir⁵⁴. Bu sebeple tam ehliyetsizler dışında kalan kimseler açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı olan tedaviye rıza hakkının bir başkası tarafından kullanılamaması gerekir⁵⁵. Bunun yanında önemli tıbbî müdahaleler açısından yasal temsilcinin de rızasının aranması gerektiği savunulmaktadır⁵⁶.

Tıbbî müdahaleye rıza konusunda diğer bir ihtimal çocuğun malları kendisinin kullanımı için bırakıldığında ortaya çıkar. Çocuk yasal temsilcisinin vereceği izinle bu yetkiye sahip olabilir. Böyle bir durumda çocuk kendi adına, izin verilen bağlamda borç sözleşmesi yapabilir. Bu ihtimalde tıbbî müdahale iş gücünün devamına veya korunmasına yöneldiği takdirde, sınırlı ehliyetsiz küçüğün yasal temsilcisinin rızasına ihtiyacı olmamalıdır⁵⁷.

Öte yandan ayırt etme gücü olan küçüğün üzerinde, anne-babanın velâyet yetkisinin çocuk büyüdükçe daralması; dolayısıyla da bazı yetkilerin tekrar yasal temsilciye bırakılmaması gerekir. Bu bağlamda MK m. 16'ya istisna getirilmemesi ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan tedaviye rıza verme hakkını

⁵² Öztan, *Kişiler*, 209.

⁵³ Çilingiroğlu, *Rıza*, 55; Şenocak, *Rıza*, 70 vd.; Kahraman, *Rıza*, 489-490; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 103.2. Bu konuda açık bir değerlendirme yapmadan, sınırlı ehliyetsiz kendi kararıyla aşı olabileceğine ilişkin Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 12a; Güzel, 269 ve 272; Gaye Tuğ Levent, *Katılım Hakkı*, 117 ve 118; Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları* (İstanbul: Legal, 2020), 167. Bunun yanında, sınırlı ehliyetsizlerin tıbbî müdahalelere kendilerinin rıza verebilecekleri; ancak estetik cerrahi konusunda yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiğini savunan: Koçak Diker, *Estetik*, 228. Özellikle güzelleştirici estetik ameliyatlar açısından yasal temsilcinin dahi rıza veremeyeceğine ilişkin görüşümüz için, aşağıda 5. Sınırlı Ehliyetsiz ve Tam Ehliyetsizlere Yasal Temsilcinin Rızasıyla Uygulanamayacak Tıbbî Müdahaleler.

⁵⁴ Çilingiroğlu, *Rıza*, 54 vd.; Kahraman, *Rıza*, 486.

⁵⁵ Adıgüzel, *Aydınlatma*, 960; Kahraman, *Rıza*, 489. İsviçre hukukunda bu esasın kabul edildiğini söylemek gerekir. İMK m. 19c hükmü, sınırlı ehliyetsizler açısından yasal temsilcinin rızasının aranmasını, yalnızca yasada açık hüküm olan hallerde hasretmiştir. Tıbbî müdahale konusunda da İsviçre yasalarında yasal temsilcinin onayını gerektiren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Emel Badur, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Ankara: Seçkin, 2017), 118. Yine İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda verdiği bir karar için, BGE 134 II 235, karara konu olan olayda kuyruk sokumu kemiği (*coccyx*)'inde kırık olan ayırt etme gücüne sahip bir kız çocuğunun tedavisi için, alternatifler arasından rektal müdahale yapılarak tedavi yöntemi seçilmiştir. Olayda küçük, tedaviye baştan onay vermesine rağmen, müdahale sırasında istemediğini belirtmiş; ancak hekim bu beyanların küçüğün açısından kaynaklandığını düşünmüş ve bunları dikkate almamıştır. Sonuç olarak FM, kararda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramından yola çıkarak, ayırt etme gücüne sahip küçüğün bu konuda karar verebileceğine, annesinin verdiği rızanın geçerli olmadığına hükmetmiştir.

⁵⁶ Çilingiroğlu, *Rıza*, 56.

⁵⁷ Şenocak, *Rıza*, 70.

küçüğün bizzat kullanması gerekir⁵⁸. Buna karşın, rızayı verebilen küçük, borç doğuran bir sözleşme olan tedavi sözleşmesini ise tek başına yapamaz⁵⁹.

Küçüğün tıbbî müdahaleye rıza vermesi açısından ayırt etme gücü olup olmadığını bizzat hekim tespit etmelidir⁶⁰. Hekim bunun için küçüğün tıbbî müdahaleyi anlama kabiliyeti olup olmadığını, aydınlatma neticesinde bunu ne düzeyde anladığını, kendi menfaatlerini ne ölçüde koruyabildiğini değerlendirmelidir⁶¹. Bu bakımdan, bu görüşü savunan yazarlar açısından, tıbbî müdahaleler konusunda küçüğün ayırt etme gücü olduğunu takdir edecek kişi hekim olmalıdır.

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip küçükler, her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da, tıbbî müdahaleye tek başlarına rıza veremezler⁶². Bu bağlamda sınırlı ehliyetsiz boşanma davası açamayacağı gibi, vücut bütünlüğü üzerinde de tasarrufta bulunamaz. Bu görüşe göre TŞSK m. 70 hükmü çıkarlar durumuna uygun düşmektedir. Üstelik bu düzenleme, MK m. 403'de "...kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak..." şeklinde ifade edilen yasal temsilcinin göreviyle de uyumludur. Dolayısıyla bu görüş açısından, ayırt etme gücüne sahip de olsa sınırlı ehliyetsiz küçüklerin yasal temsilcilerinin tıbbî müdahaleye rızasının aranması makul karşılanmalıdır.

Bunların dışında doktrinde⁶³ TŞSK m. 70 hükmünü MK m. 16/2 hükmüyle birlikte değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde yasal temsilcinin rızası aransa da, bu hükümden çocuğun rızasının aranmayacağı anlamı çıkmamaktadır⁶⁴. Bu bağlamda, sınırlı ehliyetsizin rızasının yanında, yasal temsilcinin rızası da ek olarak aranmalıdır⁶⁵. Bu şekilde küçüğün korunması için gerekli olan menfaat de sağlanmış olur. Bu görüşe göre, ayrıca özerklik ilkesi ve sınırlı ehliyetsizin korunması amacıyla, küçüğün mahremiyetine engel olmayan bir yasal düzenleme yapılması, yani sınırlı ehliyetsizin tek başına tıbbî müdahaleye rıza verebilmesi de mümkün olmalıdır⁶⁶.

D. Görüşlerin ayırt etme gücünün nispiliği bağlamında değerlendirilmesi

İlk olarak mevcut yasal düzenleme, yani TŞSK m. 70 hükmü karşısında, Türk hukukunda sınırlı ehliyetsizlerin tıbbî müdahaleye tek başlarına rıza verebileceklerini savunmak güçtür. Zira bu düzenleme, MK m. 16/2 hükmüne istisna getiren özel bir düzenlemedir. Tıbbî müdahalelerin farklı özellikler göstermesinden ötürü kanun koyucunun çocuğun korunmasını dikkate aldığı ve yasal temsilcinin rızasını gerekli gördüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten de tıbbî müdahaleler, çok çeşitli

⁵⁸ Şenocak, *Rıza*, 76; Kahraman, *Rıza*, 489-490. Yine bu görüşün kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmadığını, uygulamada ortaya çıkacak sorunlarla beraber kabul eden Badur, *Rıza*, 118.

⁵⁹ Şenocak, *Rıza*, 76-77. Bu açıdan yazar, rıza ve tedavi sözleşmesini birbirinden ayırarak ele almayı önermektedir, Şenocak, *Rıza*, 80. Aynı yönde, anne-babanın rızasının öneminin tedavi sözleşmesinin geçerliliği bağlamında dikkate alınmasını savunan Çilingiroğlu, *Rıza*, 56-57; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 103.2.

⁶⁰ Şenocak, *Rıza*, 77.

⁶¹ Şenocak, *Rıza*, 78.

⁶² Aydın Zevkliler vd., *Zevkliler Medeni Hukuk* (Ankara: Savaş, 1996), 461; Oğuzman, "Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü", *Adli Tıp Dergisi* 5 (1989), 82. Ayrıca meseleye tıbbî deontoloji yönünden yaklaşan, Erdem Aydın, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi* 46 (2003), 149, yazar uygulamada bir onam verme hakkından çok bilme ya da katılma haklarının olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Hayrunnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teshis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2004), 117. Tıbbî müdahaleye rıza vermenin bir kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması ve dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz tarafından verilmesi gerektiğini söylemekle beraber, tıbbî müdahalenin önemini dikkate alarak yasal temsilcinin katılımını öngören, Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 532. Yazarlar ayrıca, Türk hukuku bakımından mevcut durumun, küçüğe bir tıbbî müdahalenin uygulanabilmesi için yasal temsilcinin rızası veya mahkemeden izin alınmasının gerektiğini de vurgulamaktadır. Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 533.

⁶³ Ceza hukukçuları arasında yaygın olan bir görüş, tıbbî müdahaleye rızayı çocuğun cezaî ehliyetine bağlamaya eğilimlidir. Bu görüşler için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 400, dipnot 582. Bunun yanında, vasiyetname ehliyeti için yeterli olan on beş yaşının, tıbbî müdahaleye rıza konuda da esas alınması gerektiğini savunan, Yahya Deryal, "Çocuk Hastaların Hakları", *Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Dergisi* 3 (2007), 16. Bu görüşü destekleyen Hakeri, *Tıp Hukuku*, 400. Hakeri, bu noktada on beş yaşından yaşından küçükler için rıza ehliyetinin hiçbir zaman kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır, Hakeri, *Tıp Hukuku*, 401.

⁶⁴ Dede, *Çocuk Hakları*, 97; Yücel, *Özerklik*, 53.

⁶⁵ Aynı doğrultuda, ayırt etme gücüne sahip çocukların hasta talimatlarının bağlayıcılığını, yasal temsilcilerinin onay vermesi sağlayacaktır. Bkz. Yücel, *Özerklik*, 148.

⁶⁶ Yücel, *Özerklik*, 66.

özellikler göstermekte, sıradan gibi görülen tıbbî müdahalelerde bile, temel hayat tecrübesi ve kişinin fizikî özelliklerinin farkında olması önem kazanabilmektedir. Bunun yanında gelişen teknolojiyle birlikte tıbbî müdahaleler de çeşitlenmekte ve bu müdahalelerin fayda ve zararına ilişkin ergin kişilerin bile önceden bilgi edinmesi veya farklı uzmanların görüşlerini alması gerekmektedir. Bu bağlamda tıbbî müdahaleye rıza, hekimin veya hastanenin seçimi, güvenilir bir doktorun belirlenmesi ve aynı zamanda tedavi sözleşmesinin yapılmasıyla da bağlantılıdır. Her ne kadar tedavi sözleşmesine borçlandırıcı işlem olması ve küçüğün fiil ehliyetinin dışında kalmasından dolayı, yasal temsilcinin ayrıca onaylayabileceği düşünülse de bu durumun da hayatın olağan akışı içerisinde nasıl tezahür edeceği düşünülmemektedir. Zira tedavi sözleşmesinden doğan borç, nihayetinde yasal temsilci tarafından ödeneceği için, onun istemediği bir tıbbî müdahale konusunda rıza vermesini beklemek makul görünmemektedir.

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tek başlarına tıbbî müdahaleye rıza verebileceklerine ilişkin görüşün zayıf noktası ayırt etme gücü kavramından kaynaklanır. Hukukumuzda ayırt etme gücü, nispi bir kavram olarak kabul edilmektedir⁶⁷. Ayırt etme gücü, kişinin durumuna ve aynı zamanda somut olayın koşullarına göre belirlenir⁶⁸. Bir küçüğün erken yaşta marketten bir ürün satın alma konusunda ayırt etme gücünün olduğu söylenebilir de, aynı küçüğün uluslararası seyahat için bilet alma konusunda ayırt etme gücü olduğundan bahsetmek zordur⁶⁹. Dolayısıyla ayırt etme gücü her somut olayda tekrar takdir edilir. Bu noktada hâkimin kanaati ve küçüğün durumu önem kazanır. Hâkim, ayırt etme gücünü değerlendirirken kendi görüşünü, tanıkların beyanlarını ve bilirkişinin bu konuda vereceği raporu dikkate alır;⁷⁰ ancak bu konuda bilirkişinin vereceği raporla da bağlı değildir⁷¹. Nihayetinde hâkimin somut olayda ulaşacağı kanaat önem kazanmaktadır.

Bütün bunlardan yola çıkarak ayırt etme gücü, makul bir irade oluşturma ve bu iradeye uygun bir şekilde davranabilme kabiliyeti olarak tanımlanabilir⁷². Tıbbî müdahale özelinde ayırt etme gücü ise hastanın karar verme, idrak etme, müdahalenin sonuçlarını makul bir şekilde ölçebilme, uzun vadeli ve kısa vadeli etkilerini anlayabilme yeteneğinin bulunmasıdır⁷³. Hasta bu bağlamda tıbbî müdahalenin ne olduğunu anlayabilmeli, bu müdahale sonucunda ne gibi etkiler doğacağını kavrayacak aklî ve duygusal olgunlukta olmalıdır. Müdahale ile birlikte gelebilecek riskleri ve zararları anlamalı ve nihayet tıbbî müdahaleye rıza verme veya vermemenin neticesini taşıyabilecek olgunlukta olmalıdır⁷⁴. Dolayısıyla ayırt etme gücünün, somut olaydaki tıbbî müdahale bağlamında ve yine somut olaydaki hasta bakımından tespit edilmesi gerekir⁷⁵.

Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, her tıbbî müdahaleye rıza verme açısından gerekli olan ayırt etme gücü, basit gibi görünen bir soğuk algınlığı tedavisinden aşı olmaya, MR çektirmekten akupunktur tedavisine, kemoterapi uygulamasından estetik cerrahiye kadar farklı türde tekniklerin kullanıldığı tıbbî müdahaleler sahasında değerlendirilir. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip küçüğün yaşına, aklî ve ruhsal durumuna göre ayırt etme gücü farklılık gösterir. Belirli bir tür tıbbî müdahaleye rıza vermek açısından ayırt etme gücü olan bir çocuk, diğer bir tedavi veya müdahale için bu ayırt etme gücüne sahip olmayabilir⁷⁶.

⁶⁷ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 305; Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 2; Hatemi, *Kişiler*, N. 35; Dede, *Çocuk Hakları*, 89; BGE 118 Ia E. 2b; BGE 134 II 234, E. 4.3.2.

⁶⁸ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 305; Hatemi, *Kişiler*, 23, N. 35.

⁶⁹ Benzer bir örnek için Emine Dede, *Çocuk Hastaların Hakları* (Ankara: Seçkin, 2017), 85.

⁷⁰ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 314.

⁷¹ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 316 ve dn. 162'deki İsviçre Federal Mahkemesi Kararları.

⁷² Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 2.

⁷³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 395-396; Yücel, *Özerklik*, 51. Ayrıca bkz. HHY m.4, Yeterlik: "...onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali". Yine Güzel, *Sünnet*, 270.

⁷⁴ Çilingiroğlu, *Rıza*, 55.

⁷⁵ Çilingiroğlu, *Rıza*, 55.

⁷⁶ Yücel, *Özerklik*, 51.

Hukukumuzda ayırt etme gücü için belirli bir yaş tespit edilmediği için, on sekiz yaşına kadar kişiler bu ehliyet durumuna girebilir. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün bu farklı yaş ve algı kategorilerinde olabilmesi karşısında tıbbî müdahalelerin çeşitliliği ve taşıdığı riskler de ayırt etme gücünün tespitinde hesaba katılmalıdır. Olağan bir tıbbî müdahale olarak görülebilecek bir dermatolojik tedavide bile kullanılan ilacın yan etkileri önemlidir. Mesela daha hızlı etki ettiği halde, yan etkileri arasında depresyon veya başka bir önemli rahatsızlık olan ilacı kullanmakla uzun sürede sonuç veren ve fakat yan etkileri tolere edilebilir düzeyde olan bir ilacı tercih etmek konusunda çocuğun ayırt etme gücünün olup olmadığı değerlendirilmelidir. İşte ayırt etme gücüne sahip diyebileceğimiz çocuğun bu tür bir tercihi yapabileceğine, bu idrak düzeyinde olduğuna peşinen karar vermek makul görünmemektedir. Belirli tür tedavilerde ortaya çıkan uzun süreli etkiler, kimi tedavilerin sonuçlarının geri döndürülemeyecek şekilde vücut üzerinde değişikliklere yol açması gibi hususlar da düşünülürse, bu aklî ve ruhî olgunluk seviyesi daha açık bir şekilde ortaya çıkar.

Üzerinde tartışmanın yaşandığı ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, çoğunlukla ergenlik çağına olduğu ve kolay bir şekilde bunalım veya ruhsal sıkıntılar yaşayabileceği de düşünülmelidir. Önemli bir rahatsızlık sırasında, duygusal boşluğa düşen bir küçüğün kendisi için hayati önemdeki bir müdahaleye izin vermemesi gibi bir örnek düşünüldüğünde durum daha kolay anlaşılabilir. Özellikle pasif ötenazi olarak değerlendirilebilecek böyle bir durumda veya organ ya da uzuv kaybı riskinin olduğu olaylarda⁷⁷ küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğunu düşünmek, ayırt etme gücünün kapsamına giren ruhî veya psikolojik olgunluğu dikkate almama sonucunu doğurur. Aynı şekilde akranlarının zorbalığına uğrayan bir çocuğun, güzelleştirici estetik müdahale yaptırmak istemesi de böyle bir ihtimali gündeme getirir.

Tüm bu sebeplerle ayırt etme gücüne sahip küçük kavramı, tıbbî müdahaleler konusunda yetersizleşmekte ve muğlaklaşmaktadır. Bu türlü bir belirsizlik durumunda da kategorize edilmiş bir şekilde hüküm vermek imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla “ayırt etme gücüne sahip küçük” olarak nitelendirilecek bir kimsenin tıbbî müdahaleler konusunda da ayırt etme gücüne sahip olduğunu peşinen kabul etmek makul olmaz.

Kanaatimce TŞSK m. 70 düzenlemesi, yani küçüğe yönelik tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin rıza vermesi, hem yukarıda sayılan gerekçeler hem de çocuk koruma hukukunun genel yapısı ile uyumludur ve makul karşılanmalıdır. Bu bağlamda TŞSK m. 70 hükmü ve HHY 24/2 hükmünün “...mümkün olduğunca...” ifadesi birlikte değerlendirilmeli ve ayırt etme gücüne sahip dahi olsa küçüğün rızasının olmazsa olmaz bir şart olmadığı söylenmelidir⁷⁸. Bu hüküm, ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Konseyi Biyotıp ve İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6.2’de belirlenen esas⁷⁹ üzerine yorumlanmalı, küçüğün rızası her durumda şart olarak aranmasa da, onun görüşleri de dikkate alınmalıdır. Mesela, farklı tedavi imkânları olan bir durumda, çocuğun bu tercihi yapabilecek imkânı varsa, onun tercihi de mümkün mertebe dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, Sözleşmenin yaş ile ilgili olarak “...yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak dikkate alınacaktır” ifadesi de hesaba katılmalı ve hekim somut olaydaki imkânlarla ve çocuğun idrak kabiliyetine göre, ona seçme imkânı da vermelidir.

Öte yandan hayatî durumların dışında, ayırt etme gücüne sahip küçüğün razı olmadığı tıbbî müdahalelere, yasal temsilcisinin baskısı ve salt onun onayıyla maruz bırakılmaması gerekir. Yani onun bu noktadaki katılım hakkı, mecburî, hayatî ve yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürmesi açısından gerekli olan tıbbî müdahalelere onay vermeme yetkisi sağlamamalıdır. Ancak, ayırt etme gücü olan çocuğa mecburî olmayan bir tedavinin ona zorla uygulanmasına karşı koyma imkânı vermek gerekir. Yine

⁷⁷ Badur, *Rıza*, 118-119.

⁷⁸ Dural, *Öğüz, Kişiler*, N. 533.

⁷⁹ Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.

benzer şekilde, farklı tedavi yöntemlerinin olduğu bir durumda, küçüğün de düşüncesi dikkate alınmalı, tedavi onun şahsiyetini, kişiliğini en fazla koruyacak şekilde uygulanmalıdır.

Son olarak uygulamada hekimlerin ergin olmayan küçükler açısından her halükarda yasal temsilcinin rızasını aradığını hatırlatmak gerekir⁸⁰.

III. Sınırlı Ehliyetsiz ve Tam Ehliyetsizlere Yasal Temsilcinin Rızasıyla Uygulanamayacak Tıbbî Müdahaleler (Yasaklı Müdahaleler)

Hukukumuzda kişinin fiil ehliyeti kapsamında çeşitli hukukî işlemler için farklı yaşlar belirlenmiştir. Vasiyetname düzenlemek için MK m. 502 gereği on beş yaşını doldurmak gerekirken, evlenme yaşı hukukumuzda MK m. 124 gereği, yasal temsilcinin rıza vermesi kaydıyla, on yedi olarak belirlenmiştir. Bu tür hukukî işlemler dışında, kişinin silah bulundurma ve taşıma ruhsatı alması için yaş sınırı 6136 s. Kanunun uygulanmasına yönelik Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik⁸¹ m. 4 gereği yirmi bir olarak belirlenmiştir. Yine on sekiz yaşından küçük bireylerin alkol ve tütün ürünleri satın alması yasaklanmıştır⁸². Bunun gibi birçok meselede kanunkoyucunun çeşitli işlemleri, özellikle yaş ve gelişmeyi dikkate alarak sınırlandırdığı gözlemlenmektedir. Bu sınırlamaların temelinde küçüğün koruma düşüncesi ve onun henüz ayırt etme gücünün olmadığı dikkate alınmalıdır. Gerçekten de silah taşıma ruhsatının daha üst bir sınırdan belirlenmesi, yine alkol ve tütün ürünlerinin on sekiz yaş altındaki küçükler satışının tamamen yasaklanması veya araç sürüş ehliyetine başvurabilmek için on sekiz yaşının belirlenmesinde hep bu saikle hareket edilmektedir.

Küçük açısından yasaklanan işlemler bunlarla sınırlı değildir⁸³. Küçüğün malvarlığının ve dolaylı olarak da şahıs varlığının korunması amacıyla bazı işlemler MK m. 449 hükmüyle yasaklanmıştır. Bu işlemler ne küçük ne de onun yasal temsilcisi tarafından yapılabilir. Hükme göre yasal temsilci vesayet altındaki kişi adına önemli miktarda bağışta bulunamaz, vakıf kuramaz ve kefil olamaz. Bu kurallar MK m. 342/3 ve 343/1 hükümleri uyarınca velâyet açısından da uygulanacağı için, anne-babayı da kapsamaktadır. Bu yasak işlemler arasında sayılmasa da başka kanunlarda düzenlendiği için diğer bazı yasaklı işlemler ve/veya fiiller de bulunmaktadır. BK m. 444 gereği rekabet yasağı konusunda anlaşma yapma buna örnek gösterilebilir.

Bunların dışında tıbbî müdahalelerin de bir kısmı, ergin veya on sekiz yaşından küçükler için yasaklı işlemler kategorisine girer. Hukuk düzeni bu işlemlerde küçüğün vücut bütünlüğü ve kişiliğine gelecek olası zararları dikkate almış, onu korumayı hedeflemiş ve yasal temsilcinin dahi bu işlemlere rıza vermesine imkân tanımamıştır. 2238 s. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 5 uyarınca on sekiz yaşından küçüklerin organ ve doku vermesi yasaktır. Yine cinsiyet değişikliği ameliyatının yapılabilmesi için MK m. 40 gereği on sekiz yaşını doldurmak gerekir⁸⁴. Ayrıca Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4/2 hükmü uyarınca ancak ergin kişilere yönelik olarak sterilizasyon müdahalesi yapılabilir. Bu açıdan küçüğün veya yasal temsilcisinin bu tür bir müdahaleye rıza vermesi de mümkün değildir ve bu işlemlere verilen rıza geçersiz olacaktır.

⁸⁰ TTB tarafından hazırlanan Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m. 26/II, c.1'de bu husus açıkça düzenlenmiştir: "Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır". Bu durumun ortaya çıkardığı sorunlar için bkz. Yücel, *Özerklik*, 65-66.

⁸¹ RG 1/6/1991 No: 20888.

⁸² 4207 s. Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 3/8: "Tütün ürünleri ve tütün ürünü ihtiva eden ve etmeyen nargile ile benzerleri onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz ve tüketimlerine sunulamaz."

Ayrıca, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m. 6/f bendi uyarınca "İşyerinde; tütün mamulleri ve alkollü içkiler tüketilmek veya beraberinde götürülmek üzere onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz veya sunulamaz. Yaş konusunda tereddüde düşülmesi halinde satıcı, talepte bulunan tüketiciden kimlik belgesi talep eder."

⁸³ Yasak işlemlerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığına ilişkin, Serozan, *Medeni*, 2, 1, 2, N. 7; Dede, *Çocuğun Hakları*, 85.

⁸⁴ Dural, Ögüz, *Kişiler*, N. 629, on sekiz yaşından küçüklerin cinsiyet değiştirme ameliyatı için başvurma hakları dahi bulunmamaktadır.

Herhangi bir yasada yasaklanmadığı halde, on sekiz yaşından küçükler için kanunen yasaklanan müdahalelere benzer özellikler gösteren başka tıbbî müdahaleler de bulunmaktadır. Bu müdahaleler, hayatın ve vücut bütünlüğünün devamı açısından zorunluluk unsuru taşımadığı ve küçüğün vücudunda önemli ve geri döndürülemez nitelikte değişikliklere sebep olduğu için organ ve doku nakli, cinsiyet değiştirme veya sterilizasyon gibi müdahalelerle benzerlik gösterir.

Güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler bu tür müdahalelerdendir. Estetik müdahalelerden bazıları herhangi bir tedavi veya fiziksel acı dindirme amacı olmadan yapılır⁸⁵. Bu müdahalelerde amaç beden sağlığı veya fizikî bir yaranın onarılması değil, tamamen güzelleştirmedir⁸⁶. Kişinin küçük olduğunu düşündüğü göğüslerini büyütme istemesi, kulaklarındaki veya burnundaki görüntüyü değiştirmek istemesi vb. ameliyatlara güzelleştirici estetik ameliyatlara örnek verilebilir. Bu tür salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde, hastanın ehliyet durumu fark etmeksizin hekimin aydınlatma yükümlülüğü de özellik arz eder. Bu bağlamda hekimin böyle bir müdahale öncesi, ergin hastasını bile bir psikoloğa da yönlendirmesi, müdahaleden sonra ortaya çıkabilecek ruhsal bir rahatsızlığın önüne geçmek bakımından gerekli görülmektedir⁸⁷. İşte bu tür salt güzelleştirici nitelikteki estetik müdahaleler, kişinin sağlıklı bir şekilde yaşamaya devam etmesi ve vücut bütünlüğünün korunması bakımından zorunlu olmayan müdahalelerdir⁸⁸.

Yine zorunluluk unsuru açısından tartışılması gereken ve vücutta kalıcı etkiler oluşturabilecek mahiyette bir başka tıbbî müdahale de cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçların kullanılmasıdır⁸⁹. Bu ilaçlar, vücuttaki östrojen veya testosteron hormonlarını baskılayarak, kişinin doğuştan gelen cinsiyetinin özelliklerini göstermesini engellemektedir. Bu ilaçların kullanımı sırasında kişilikte ciddi değişiklikler meydana gelmekte ve ilacın salt kullanımı ciddi riskler taşımaktadır⁹⁰. Bu tür bir ilacın kullanımından vazgeçme halinde dahi, kullanımından kaynaklanan etkiler kısmen veya tamamen sürmektedir. Dolayısıyla küçüğün vücut bütünlüğüne, kimliğine, kişilik haklarına yönelik olarak geri döndürülemez etkiler doğabilmektedir.

Bu tür tıbbî müdahalelerde, tıbbî müdahalede endikasyon şartını kabul eden görüş⁹¹ açısından bir endikasyon eksikliği de tartışılabilir. Hem cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçların kullanımı hem de salt güzelleştirici estetik müdahaleler bakımından endikasyon, psikolojik veya psikiyatrik rahatsızlığın

⁸⁵ Petek, *Estetik*, 182.

⁸⁶ Petek, *Estetik*, 183.

⁸⁷ Akyıldız, *Estetik*, 249.

⁸⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 403. Aksi yönde, Hayrünnisa Özdemir, "Tıbbî Müdahalede Küçüğün Rızası", *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi* (Ankara: Adalet, 2018), 58. Yazar burada, tıbbî müdahale niteliğinde olan tavşan dudak veya vücudun eksikliklerinin düzeltilmesi gibi müdahalelerde yasal temsilcinin rızasının arandığını, buna karşın kozmetik müdahaleler olarak nitelendirdiği tıbbî müdahaleler bakımından bu rızanın gerekli olmadığını savunmaktadır. Gerekçe olarak da, bu tür müdahalelerin mutlak şahsa bağlı haklar olduğunu belirtmektedir.

⁸⁹ 1990'lı yıllarda, Hollanda'da ortaya çıkan bir kavram olan "cinsiyet disforisi", bireyin doğumla kazandığı cinsiyetinden duyduğu memnuniyetsizliği ifade eder. Bkz. Adem Az - Muhammet İhsan Karaman, "Çocukluk ve ergenlikte cinsiyet disforisi: Güncel yaklaşımlar ve etik sorunlar", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi* 28/3 (Eylül 2023), 434 vd. Cinsiyet hoşnutsuzluğu sebebiyle, cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçlar kullanılarak küçüğün cinsiyetinden duyduğu memnuniyetsizlik giderilmeye çalışılır. İlacın kullanılmasıyla küçüğün doğuştan gelen cinsiyetinin özelliklerini göstermesi engellenmeye çalışılır. Cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde de kullanılabilen bu ilaçların oldukça önemli yan etkileri bulunmaktadır. Ayrıca kişinin doğuştan getirdiği tabii özelliklerinin gelişimini önlemesi sebebiyle insan vücudunda geri döndürülemez etkiler oluşturur. Bu bağlamda küçüğün bu ilaçları kullanırken aydınlatılması veya bunu kavraması oldukça zor, hatta imkânsızdır. Dolayısıyla basit bir soğuk algınlığı ilacı kullanmakla aynı etkiye sahip değildir ve yasal temsilcinin de bu konuda karar verememesi gerekir.

Özellikle ergenlik döneminde bu tür bireylere/çocuklara nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda tıp uzmanları arasında da bir fikir birliği bulunmamaktadır (Az, Karaman, *Disfori*, 434). Yaklaşımlardan biri, bu cinsiyet disforisine erken müdahaleyi ve cinsiyet değiştirmeye giden bir yolu izlemeyi savunurken, diğer yaklaşım ise daha temkinli ve çocuğun psikolojisine odaklanan bir yöntemi makul bulmaktadır. Tıbbî kısmı hekimlerin uzmanlık alanı olmakla beraber, bu noktada daha mutedil yol olan psikoterapi yolunun seçilmesi, ayırt etme gücünün nispliliği, çocuğun korunması ve daha sonra özerk bir şekilde karar verebilmesi bakımından hukuken de makul görülmektedir.

⁹⁰ Cinsiyet hormonlarını baskılamak amacıyla GnRH (Gonadotropin Salıcı Hormon) analogları kullanılmaktadır. Bunların kullanımına ilişkin olarak ortaya çıkan riskler ise tromboza eğilim, osteoporoz, hepatotoksisite ve kardiyovasküler hastalıklar şeklinde sayılmaktadır. Bkz. Az, Karaman, *Disfori*, 436.

⁹¹ Endikasyon şartı için bkz. yukarıda dn. 3.

giderilmesi olarak görülmektedir⁹². Diğer yandan her iki tıbbî müdahaleyle öngörülen sonuç ve etkiler de oldukça ağırdır ve kişinin kendisiyle ilgili önemli kararlar almasını gerektirir. Bu bakımdan bu müdahaleler, kanunlarda küçükler için yasaklanan müdahalelere önemli benzerlikler gösterir.

Ayırt etme gücünün nispîliği dikkate alındığında, küçüğün bu tür bir müdahalenin tüm sonuç ve etkilerini kavrayabilecek olgunlukta olması küçük bir ihtimal olarak ortaya çıkar. Bu bakımdan küçüğün zaten hukukumuz gereği bu tür bir tıbbî müdahaleye rıza vermesi mümkün değildir. Öte yandan bu tür müdahalelere yasal temsilcinin de rıza verememesi gerekmektedir. Zira ortaya çıkan değişiklikler, gerçek anlamda küçüğün hayatı boyu sürecek nitelikte ve onun şahsiyetini ve kişilik haklarını önemli ölçüde etkileyecek niteliktedir. Bu bağlamda bir yandan çocuğun korunması ilkesi dikkate alınmalı ve küçüğün yaşamını sürdürmesi açısından zorunlu olan tıbbî müdahalelere izin verilmelidir. Diğer yandan da kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan tıbbî müdahaleye rıza verme hakkını ayırt etme gücü bulunmadığı için henüz kullanamayan küçüğe, tam ehliyetli olduğunda kendi kararını verme imkânı sağlanmalıdır.

Sonuç olarak söz konusu tıbbî müdahalenin kesin veya muhtemel sonuçları, kişinin vücudunda geri döndürülemez etkilere yol açıyorsa, buna rıza verilmesi için son çare (*ultima ratio*) ilkesi gereği, başka bir tedavi veya müdahale imkânının bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda görünüşünden rahatsız olarak, psikolojik ve psikiyatrik açıdan rahatsızlık yaşayan on altı yaşındaki bir çocuğa doğrudan estetik cerrahi müdahalede bulunmaya yasal temsilci izin verememelidir. Bunun yerine, psikoterapi veya başka türlü “telafi edilebilir” tedavilerden birinin önerilmesi yerinde olacaktır. Aynı şekilde cinsiyet disforisi yaşayan çocuklara, kendi hür, bağımsız ve olgun fikirlerini oluşturabilmeleri için imkân verilmelidir. Bunun için de cinsiyeti baskılayıcı ilaçların kullanımı, tabiri caizse ötelenmeli ve yasal erginlik yaşından sonra bu konuda kendi iradesiyle hareket imkânı tanınmalıdır. Dolayısıyla yasal temsilcinin, bu tür ilaçların kullanımına çocuk adına rıza verememesi gerekir.

Bu bağlamda, küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde rıza kategorik olarak düşünülmemelidir. Yani tıbbî müdahaleye rıza verme hakkının bir kişiye sıkı surette bağlı hak olduğundan yola çıkarak bu müdahalelerin hepsine birden aynı muameleyi yapmak ortaya hukuken telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir. Çalışmanın bir önceki bölümünde dikkat çekmeye çalıştığımız ayırt etme gücünün nispî bir kavram olması ve hem somut olaydaki çocuğa hem de tıbbî müdahalenin türüne göre farklılık arz etmesi bu noktada temel teşkil etmektedir. Daha doğru olan yaklaşım ise, küçüğe yönelik tıbbî müdahalelerde rıza konusunda ilkesel ve somut olaya dayalı bir sonucu kabul etmek olacaktır. Tıbbî müdahalenin zorunluluğu, alternatif müdahale yöntemlerinin olup olmaması (ihtiyarî/keyfi); müdahalenin standartlaşması veya yeni bir tür tedavinin denenmesi; müdahalenin vücutta geri döndürülemez etkiler bırakması veya vücutta esaslı değişikliğe sebep olmaması gibi hususlar her müdahalede ve bu müdahalelerde rızanın geçerliliği bakımından incelenmelidir. Bu noktada rıza hakkının anayasal hak olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı⁹³ ve bu hakların kişilik haklarından olmasının karşısında, çocuğun korunması gereken üstün menfaatinin de hesaba katılması gerekir. Küçüğün gerçek iradesinin ortaya çıkması açısından, erginliğinin beklenmesi ve onun bu konuda kendi kararını verebilecek olgunluğa erişmesi her halükarda daha yerinde olacaktır.

Son olarak interseks, yani çift cinsiyetli⁹⁴ çocukların, baskın cinsiyete dönüştürülmesine ilişkin olarak yapılan müdahaleler ise bu tür müdahaleler arasında sayılmamalıdır. Esasında bu müdahaleler, cinsiyet

⁹² Bkz. dn. 10. Bu noktada, salt güzelleştirici estetik cerrahî müdahalelerde psikolojik veya psikiyatrik endikasyonun olmadığı da düşünülebilir. Özellikle bir mankene veya ünlü birine benzemek için yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu iyi bir örnek oluşturur. Bu tür bir durumda, hastanın vücudunu değiştirmek istemesi dahi bir psikiyatrik rahatsızlığa işaret edebileceği için, hekimin hukukî sorumluluğunu doğurabilecek farklı olgulara dikkat edilmelidir.

⁹³ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (İstanbul: Oniki Levha, 2011).

⁹⁴ Tanım için bkz. Dila Okyar, “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/1 (2022), 164 vd.

değiştirme ameliyatı da değildir⁹⁵. Bu müdahaleler hem bir endikasyona dayandığı hem de müdahalenin gecikmesi, küçüğün psikolojisi ve fiziksel durumu açısından olumsuz sonuçlar doğurduğu için bu durumdaki küçüklere yönelik müdahaleler hukuka uygun kabul edilmelidir⁹⁶.

Sonuç

Türk hukukunda küçüklere yönelik tıbbî müdahalelerde yasal düzenleme gereği her halükarda yasal temsilcinin izni gerekir. Bu düzenleme, çocuğun özerklik hakkına ve kendi kararını almasına aykırı olarak yorumlanabilse de çocuğun korunması bağlamında ölçülü olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Ayrıca ayırt etme gücü kavramının nispî olması ve tıbbî müdahale ve küçük bakımından değişiklik göstermesi çocuğun korunması açısından da bu tür bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kanunlar ve uluslararası düzenlemelerde de yer bulan çocuğun katılım hakkını korumak amacıyla, onun bilgilendirilmesini ve mümkün olduğunca rızasının alınmasını sağlamak, bu hususta kanunun katılığını giderebilir. Buna karşın ayırt etme gücünün de hem hekim hem de gerektiğinde hâkim tarafından somut müdahale kapsamında değerlendirilmesi bir zorunluluktur.

Kişiyne yönelen her tedavi veya müdahale, onun kişilik hakları alanına girilmesine yol açar. Ancak bazı tıbbî müdahaleler yukarıda bahsettiğimiz şekilde, geri döndürülemez etkiler ve sonuçlar doğurabilir ve bu sonuçlar kişiliği ciddi şekilde değişikliğe uğrattır. Eğer bu tedavi veya müdahale kişinin vücut bütünlüğü ve hayatını idamesi açısından zorunlu ise, sınırlı ehliyetsiz küçükler açısından bu müdahaleye izin verilmesi makul görülmelidir. Böyle bir durumda yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde hâkimin müdahalesine başvurulması da düşünülebilir. Buna karşın bu tür bir zorunluluğun olmadığı durumlarda, müdahalenin alternatiflerinin tercih edilmesi ve yasal temsilcinin, kişiliği bu derecede etkileyen bir müdahaleye rıza verememesi gerekir.

Bu değerlendirmeler, kanaatimce yasal temsil konusunda yasak işlemlerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını da gösterir. Henüz ayırt etme gücü olmadığı için tıbbî müdahalenin neticesini anlamayan küçüğe yönelen tıbbî müdahale, onun kişilik haklarını zedeleyecek nitelikte ağır bir değişiklik ve tesir doğuruyor ve bu müdahale onun için acil veya zorunlu değilse, böyle bir müdahaleye yasal temsilcinin izin verememesi gerekir. Cinsiyet hoşnutsuzluğu sebebiyle hormon baskılayıcı ilaçların kullanılması veya güzelleştirme amaçlı estetik müdahale yapılması bunlar arasındadır. Zira bu tür müdahalelerin telafisi güç veya mümkün olmayan sonuçlar doğurması kaçınılmazdır.

Yasal temsilcinin rıza vermesi mümkün olmadığı için, somut olayda verilen rıza da geçersizdir. Dolayısıyla geçersiz rızaya dayalı olarak tıbbî müdahalede bulunan hekimin hukukî sorumluluğu doğar. Benzer şekilde bu tür bir müdahaleyi önlemek yerine, her nasılsa yapılmasına müsaade eden ve rıza gösteren yasal temsilcinin, yasal temsil yetkisinin de hâkim tarafından vesayet ve velâyet hukuku kuralları uyarınca değerlendirilmesi gerekir.

Bu noktada en doğru olan husus, telafisi güç veya imkânsız olan bu tıbbî müdahalelere yönelik, organ ve doku nakli ya da sterilizasyonda olduğu gibi bir yaş sınırlaması getirilerek açıklığın sağlanması olacaktır. Özellikle güzelleştirme amaçlı estetik cerrahî müdahaleleri ve cinsiyet değiştirme ameliyatında da tedavinin bir parçası olarak uygulanan cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçların küçükler tarafından kullanılması yasa yoluyla engellenmelidir. Zira uygulamada çocuklar cinsiyet hormonlarını baskılayıcı ilaçlara veya hormon tedavisine kontrolsüz bir şekilde ulaşabilmektedir⁹⁷. Aynı şekilde yasal temsilcinin

⁹⁵ Okyar, *İnterseks*, 175. Aksi görüşte, Tuğ Levent, *Katılım Hakkı*, 122. Yazara göre, interseks çocuklara cinsiyet “atanmasına” yasal temsilciler karar verememeli, bu konuda çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması beklenmeli ve kendi kararını vermesi esas olmalıdır.

⁹⁶ Bu müdahalenin küçüğün ve yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamıyla birlikte yapılabileceği yönünde, Okyar, *İnterseks*, 187.

⁹⁷ Bu konuda çok yakın bir zaman önce yapılan bir idarî düzenlemeyle, Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu’nun 22/11/2024 tarihli 15249 sayılı, Kısıtlı Dağıtıma Alınan İlaçlar konulu yazısında, testosteron içeren ilaçlar, tek başına 2 mg ve üstü östrojen içeren ilaçlar ve gonadotropin salıverici hormon (GnRH) analogları, suiistimallerin önlenmesi amacıyla kısıtlı dağıtımla takip edilen ilaçlar arasına alınmıştır. Öncesinde, herhangi bir reçete olmaksızın alınabilen bu ilaçların ayrıca reçete şartına bağlanması da kanaatimce isabetli olmuştur.

rıza vermesiyle özellikle sınırlı ehliyetsiz küçüklerde estetik operasyonlar yapılabilmektedir. Çocuğun korunmasına ilişkin genel ilkeler ve devletin bu konudaki yatay yükümlülükleri de bu düzenleme ihtiyacını desteklemektedir.

Kaynakça

- Adıgüzel, Sibel. "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5/19 (Ekim 2014), 943-995.
- Akyıldız, Mehmet Buğra. "Hekimin Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahale Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu". *Tıp Hukukunda Güncel Sorunlar*. Ankara: Yetkin, 2024.
- Arpacı, Abdülkadir. "Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (Aralık 2009), 5-14.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı, 1991.
- Az, Adem - Karaman, Muhammet İhsan. "Çocukluk ve Ergenlikte Cinsiyet Disforisi: Güncel Yaklaşımlar ve Etik Sorunlar". *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi* 28/3 (Eylül 2023), 433-440.
- Badur, Emel. *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin, 2017.
- Çetiner, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Çilingiroğlu, Cüneyt. *Tıbbî Müdahaleye Rıza*, İstanbul: Filiz, 1993.
- Dede, Emine. *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Deryal, Yahya. "Çocuk Hastaların Hakları". *Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Dergisi* 3 (2007).
- Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2022.
- Er, Ünal. *Sağlık Hukuku*. Ankara: Savaş, 2008.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Erman, Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin, 2003.
- Güzel, Pınar. "Erkek Çocuğa Yönelik Tıbbî Gerekliklik Şartı Taşımayan Sünnet Uygulamasının Rıza ve Üstün Özel Yarar Bakımından Hukuka Uygunluğu". *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk* 4. İstanbul: Oniki Levha, 2022, 259-324.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin 2020.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal, 2017.
- Kahraman, Zafer. "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/1 (Temmuz 2016), 479-510.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2021.
- Koçak Diker, Duygu. "Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (2023), 218-231.
- Koyuncu Aktaş, Nihan. *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2023.
- Nuhoğlu, Ayşe. "Sünnet ve Ceza Hukuku". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*. 19/2 (2013), 211-219.
- Oğuzman, Kemal. "Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü". *Adli Tıp Dergisi* 5/1-2 (1989), 81-84.
- Oğuzman, Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 2*. İstanbul: Vedat, 2022.

- Oğuzman, Kemal vd. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz, 2024.
- Oktay Özdemir, Saibe. “Tıbbî Müdahaleye ve Tıbbî Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”. *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan 2*. İstanbul: Oniki Levha, 2010. 1315-1352.
- Okyar, Dila. “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/1 (2022), 161-193.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2024.
- Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Petek, Hasan. “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1, (2006), 177-239.
- Reyhani Yüksel, Sera. *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları*. İstanbul: Legal, 2020.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Beta, 2000.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*. Yayına hazırlayanlar: B. İlkay Engin, Yeşim M. Atamer. İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Şenocak, Zarife. “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50/4 (2001), 65-80.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Tekinay Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz, 1988.
- Tuğ Levent, Gaye. *Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Türkmen, Ali. *Hasta ve Hekim Hukuku*. Ankara: Adalet, 2013.
- Yenerer Çakmut, Özlem. *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. İstanbul: Legal, 2003.
- Yerdelen, Erdal. “Hukukî Açidan Sünnet (Beschneidung)”. *Tıp Hukuku Dergisi* 2/3 (2013), 43-74.
- Yücel, Özge. *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbî Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Yargıtay, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi. K. 2010/8056 (16 Eylül 2009). <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- Zevkliler, Aydın vd. *Zevkliler Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş, 1996.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.