

KÜÇÜĞÜN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI

Abdurrahim ALTUN*

Özet

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icra etme yetkisini haiz kişilerce yapılan, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavinin amaçlandığı faaliyetlerdir. Tıbbi müdahale, tabiatı gereği insan vücudu üzerinde gerçekleşmekte dolayısıyla müdahale ile en temel kişilik haklarından yaşama, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı ihlal edilmektedir. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, gerçekleşen bu ihlali hukuka uygun hale getirir. Hastanın rızasını açıklayabilmesi için teşhis, tedavi, tedavinin muhtemel sonuç ve riskleri hakkında aydınlatılması gerekir. Fiil ehliyetine sahip kişilerde aydınlatmanın muhatabı ve rızayı açıklayacak kişi bakımından bir tereddüt yoktur. Ergin olmayan kişilerde ise mevzuat ve öğretilerde, aydınlatmanın muhatabının ve rıza açıklamasında bulunacak kişinin kim olduğu konusunda çeşitli ihtilaflar bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi müdahale, aydınlatma, tıbbi müdahaleye rıza, hukuka uygunluk, küçüğün rızası.

CHILDREN'S CONSENT FOR MEDICAL TREATMENT

Abstract

Medical treatment is an activity made directly or indirectly by those who have the authority to engage in medical profession. Medical treatment is practiced on human body. Therefore, basic personal rights such as right for life, the integrity of human body and for health are violated by medical treatment. The consent of patient renders medical treatments legal. In order to ensure that the patient's consent viable, he or she needs to be informed about the diagnosis, methods through which the treatment is carried and, possible outcomes and risk inherent to the treatment. For those who have legal capacity, the procedure for the notification of risks and the acquisition of consents are far from controversial. However children's consent for medical treatment has been highly contested in regulations and legal doctrine.

Key Words: Medical treatment, enlightenment, consent to medical treatment, compliance with laws, children's consent

GİRİŞ

İnsanların nitelikli bir hayata sahip olabilmesi için gerekli en temel unsurlardan biri sağlıktır. Günlük hayatta, sağlıklarında bir aksama olan insanlar bu durumu ortadan kaldırmak için uzman kişilere başvurumaktadırlar. Bahsedilen bu uzman kişiler kanunlarla belirtilmektedir. Uzman kişiler denilince ilk aklımıza gelen kişiler, şüphesiz hekimlerdir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki; hastanın herkese karşı ileri sürebileceği, herkesin saygı göstermek ve ihlal etmemek zorunda olduğu, sağlık, vücut bütünlüğü gibi temel hakları ihtiva eder. Bu ilişkiden dolayı hekim, mevcut tıp

[*] Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aaltun@konya.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4623-805X

biliminin gelişmelerine bağlı kalarak hastaya zarar vermeksizin tedavisini üstlenir. Her ne kadar teorik olarak bu ilişkinin tarafları eşit olsa da sağlığına tekrar kavuşma ümidi içindeki hastanın, kendisine yardım edebilecek yegane kişi olan hekime başvurması pratik olarak tarafların eşitliğini ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte bu ilişkide bulunması gereken en önemli hususlardan biri güvendir. Hasta hekime güve duymalı, hekim de hastanın güvenini sarsmamalıdır. Hastanın hekime güven duyması, hekimin hastayı teşhis, tedavi ve muhtemel sonuçlar konusunda aydınlatması ve bunun sonucunda hastanın rızasını almasıyla mümkün olmaktadır.

Rıza, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin en önemli unsurlarından biridir. Zira Anayasamızın 17. maddesine göre; *'Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.'* Görüldüğü gibi tıbbi müdahalelerde hastanın ya da duruma göre yasal temsilcisinin rızasının alınmaması, temel hak ve hürriyetlerden olan yaşama hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir.

Bu çalışmada tıbbi müdahaleye rızaya değinildikten sonra küçüğün tıbbi müdahaleye rızası detaylıca ele alınacaktır.

I. Tıbbi Müdahale, Aydınlatma ve Aydınlatılmış Rıza, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası

A. Tıbbi Müdahale

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin tanımı öğretide çeşitli şekillerde yapılmıştır. Bu tanımlardan birine göre; tıbbi müdahale, tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavinin amaçlandığı her türlü faaliyetlerdir¹.

Bir diğer tanıma göre ise tıbbi müdahale, güncel tıp bilimi uygulamasında standartlaşmış olan veya yeni geliştirilmekle beraber, nitelik olarak genel kabul görmüş mevcut tıbbi müdahale tekniklerinin soyutlanması suretiyle meydana gelen, teknik ve içeriği zamana göre değişen, din²amik bir kavramdır.³ Diğer bir tanıma göre ise tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları, hastalık niteliği taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek veya bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan müdahalelerdir.⁴

Bu tanımlardan tıbbi müdahalenin tedavi amacıyla yapılmasının zorunlu unsur olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak, günümüzde rıza alınmak suretiyle yapay dölleme, sterilizasyon, kürtaj, başkasına nakletmek amacıyla organ ve doku alınması gibi tedavi dışındaki maksatlarla tıbbi müdahalelerle karşılaşmaktadır. Bu gibi konularda artık tedaviden ziyade, nüfus planlaması, üçüncü kişinin sağlık ve yaşamı gibi hukukun koruduğu amaçlar gündeme gelmektedir.⁵

[2] Ayan, Mehmet. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara, s. 5.

[3] Çilingiroğlu, Cüneyt. (1993). Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 15.

[4] Şenocak, Zarife. (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, s. 66.

[5] Çilingiroğlu, 16 vd. Şenocak, 66.

2. Unsurları

Tıbbi müdahalenin taşınması gereken, genel kabul görmüş dört unsur vardır. Bunlar; tıbbi müdahalenin kanunun yetkili kıldığı kişiler tarafından yapılması, tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli ve uygun olması, tıbbi müdahalenin hukuken öngörülen amaçlara uygun olması, hastanın aydınlatılmış rızasıdır.⁶

a. Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişiler Tarafından Yapılması

Hekimlik yapmaya yetkili kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁷ ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda⁸ belirtilmiştir. Hekimlik yapmaya yetkili kişilerin tıp fakültesinden mezun olması, hekimlik diplomasına sahip olması, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması⁹, Tabip Odasına kayıtlı olması ve hekimlik yapmaya engel teşkil eden herhangi bir hususun olmaması gerekir.¹⁰ TŞSTİDK, tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişileri sınırlı sayıda olacak şekilde saymıştır. Bunlar; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcı hemşireler ve diş protez teknisyenleridir.¹¹

b. Tıbbi Müdahalenin Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Uygun Olması

Hekim, uygulayacağı yöntemi seçerken kural olarak serbest olmakla birlikte tıp biliminin kabul görmüş yöntemlerden faydalanmalıdır.¹² Tıbbi Deontoloji

[6] Işık Yılmaz, Ş. Berfin. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 98, s. 391 vd. Ateş, Zeynep. (2010). Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, s. 14 vd.

[7] R.G., T. 11.04.1928, S. 863.

[8] R.G., T. 31.01.1953, S. 8323.

[9] 1219 sayılı kanunda yabancı uyrukluların bazı hallerde hekimlik yapabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu konunun 4. maddesine göre; 'Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli hekimlerin Türkiye'de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılın diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.'

[10] Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar. (2007). Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 10, S. 1, s. 56.

[11] Birtek, Fatih. (2007). Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 5, s. 1999, Arpacı, Abdülkadir. (2009). Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 2, s. 7.

[12] Işık Yılmaz, s. 391, Yılmaz, Battal. (2017). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 7.

Nizamnamesi¹³ md. 13/2'ye göre; hekim ve dış hekimleri tıbbi kurallara göre teşhis koymalı ve tedaviyi uygulamalıdır.¹⁴ Buna dayanarak tıbbi müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve tekniklere uygun olmaması halinde, müdahale teknik olarak tıbbi müdahale sayılmayacağı gibi bir meslek kusuru meydana gelecektir.¹⁵

c. Tıbbi Müdahalenin Hukuken Öngörülen Amaçlara Uygun Olması

TDN md. 13/3'e göre; tıbbi müdahale teşhis, tedavi ve koruma amacıyla yapılır.¹⁶ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁷ nüfus planlaması amacıyla tıbbi müdahale yapılabileceğini belirtmektedir.¹⁸ Bunların yanında günümüzde tedavi amacı taşımayan, başkasına nakledilmek üzere doku ve organ alınması da tıbbi müdahalenin örneklerindedir.¹⁹

d. Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Alınması

Bir davranışın tıbbi müdahale niteliğini kazanabilmesi için yukarıda sayılan üç şartın yanında hasta, tıbbi müdahale hakkında aydınlatılmalı ve bu aydınlatma neticesinde hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermelidir.²⁰

Aydınlatma ve rıza, kapsam ve önemleri hasebiyle aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

B. Aydınlatma ve Aydınlatılmış Rıza

1. Aydınlatma

a. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin temel unsurlarından biri güven ilişkisidir. Taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut olması hallerinde aydınlatmanın önemi artmaktadır.²¹ Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin unsurlarından bir diğeri ise hastanın kendi geleceği belirleme hakkıdır.²² Tıbbi müdahaleler hukuki açıdan düşünülecek olursa en temel insan haklarından yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık haklarının ihlal edilmesi söz konusudur.²³ Hukuka aykırılığı ortadan kaldırmanın²⁴, taraflar arasındaki güven ilişkisini

[13] R.G., T. 19.02.1960, S. 10436, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'na istinaden çıkarılmıştır.

[14] TDN md. 13/2: '...tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli ve uygun olması...'

[15] Zevkililer, Aydın. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, s. 23, Çilingiroğlu, s. 33.

[16] TDN md. 13/3: 'Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.'

[17] R.G., T. 27.05.1983, S. 18059.

[18] Çilingiroğlu, s. 15.

[19] Şenocak, s. 66.

[20] Işık Yılmaz, s. 392.

[21] Işık Yılmaz, s. 393, Oral, Tuğçe. (2011). Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, s. 187.

[22] Işık Yılmaz, s. 393, Ozanoğlu, Hasan Seçkin. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, s. 59.

[23] Ozanoğlu, s. 59.

[24] Hakeri, Hakan. (2012). *Tıp Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 268.

sağlamanın²⁵, hastanın kendi geleceğini belirlemesinin yolu ise hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatma sonucunda rızasının alınmasıdır.²⁶

b. Aydınlatmanın Türleri

aa. Karar Aydınlatması

Karar aydınlatması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan rızanın önkoşulu olup hastaya kendi geleceği üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi sağlar.²⁷

Aydınlatma yükümünün yerine getirildiğinden bahsedebilmemiz için ilk olarak hekimin hastayı konulan teşhis hakkında bilgilendirmesi gerekir. Hastanın yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini bilmesi gerekir. Buna teşhis aydınlatması denilmektedir.²⁸

Teşhis aydınlatmasından sonra hasta, teşhis edilen hastalık tedavi edilmediği takdirde ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgi verilmelidir. Buna da süreç aydınlatması ismi verilmektedir.²⁹

bb. Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasının amacının hastanın rızasını almak olmamasından dolayı karar aydınlatmasından ayrılır.³⁰ Bu tür aydınlatmaya 'uyarı yükümlülüğü' adı da verilmektedir.³¹ Tedavi aydınlatmasının yapılmaması tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmez. Ancak, tedavi aydınlatılmasının yapılmaması tedavi kusurunu gündeme getirir.³²

Tedavi aydınlatmasında hekim hastayı tıbbi müdahalenin gerekliliği, tedavinin başarıyla sonuçlanması ve olumsuz sonuçların ortaya çıkmaması için dikkat edilmesi gereken davranış kuralları konusunda bilgilendirir.³³

cc. Risk Aydınlatması

Hastanın, gerekli tüm özen gösterilmesine, tedavinin hatasız olarak yapılmasına rağmen ortaya çıkabilecek birtakım olumsuz sonuçlar hakkında bilgilendirilmesine risk aydınlatması adı verilir.³⁴ Hekimin hastayı ihtimal dâhilinde olan sürekli ya da geçici tüm olumsuzluklar hakkında bilgilendirmesi gerekir.³⁵ Riziko aydınlatması adı da verilen bu aydınlatma türü hastanın tıbbi müdahaleye rızasının oluşmasında önemli bir etkidir.³⁶

c. Aydınlatmanın Tarafları

Aydınlatma yükümlüsü kural olarak tedaviyi uygulayacak ya da tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişidir. Ancak, somut olayın özelliklerine göre hekimin bir meslektaşı tarafından aydınlatmanın gerçekleştirilmesi

[25] Işık Yılmaz, s. 393, Oral, s. 187.

[26] Işık Yılmaz, s. 393, Ozanoğlu, s. 59.

[27] Adıgüzel, Sibel. (2014). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 19, Y. 5, s. 967.

[28] Ayan, s. 71.

[29] Ayan, s. 71-72.

[30] Özdemir, Hayrunnisa. (2008). Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, s. 356, Hakeri, s. 284.

[31] Hakeri, s. 284.

[32] Adıgüzel, s. 967, Hakeri, s. 284.

[33] Hakeri, s. 284.

[34] Hakeri, s. 289.

[35] Adıgüzel, s. 968.

[36] Ayan, s. 72.

mümkündür. Hasta birden fazla hekim tarafından tedavi ediliyorsa her hekimin kendi tedavisi konusunda hastayı aydınlatması gerekir.³⁷

Aydınlatılacak kişi kural olarak hastanın kendisidir.³⁸ Bununla birlikte ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar açısından hem ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlının hem de bunların kanuni temsilcisinin aydınlatılması gerekir.³⁹ Tam ehliyetsiz kişiler bakımından ise aydınlatılması gereken kişi hastanın kanuni temsilcisidir.⁴⁰

d. Aydınlatmanın Kapsamı

Aydınlatmanın kapsamını net olarak çizmek mümkün değildir. Somut olaya göre aydınlatmanın kapsamı değişiklik gösterebilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte TDN md. 14/2'de hastalığın, hastanın psikolojisini olumsuz etkileyerek ilerlemesi ihtimalinin olmadığı hallerde hekimin teşhise göre alınması gereken tedbirleri hastaya söylemesi gerekmektedir.⁴² Hasta Hakları Yönetmeliği⁴³ md. 31'e göre ise, hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında aydınlatılması esastır.

Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken ülkenin sosyokültürel durumu ve somut olayın dikkate alınması gerekir.⁴⁴ Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken müdahalenin acilliği ve riskin büyüklüğü dikkate alınmalıdır.⁴⁵ Buna göre; müdahalenin acil olduğu durumlarda aydınlatmanın kapsamı daralacak, risk arttıkça aydınlatmanın kapsamı genişleyecektir.⁴⁶

Hasta aydınlatılırken hekimin sade ve anlaşılır olması gerekir. Hasta genel hatlarıyla aydınlatılmalıdır. Detaylı aydınlatma hastanın kafasında sorun işaretleri oluşmasına sebep olacaktır. Detaylı aydınlatma, hastanın talebi doğrultusunda yapılmalıdır.⁴⁷

e. Aydınlatmanın Şekli ve Zamanı

Hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı olarak gerçekleştirilebilir. Ancak, hastalıkların her insanda farklı şekillerde ortaya çıkmasından dolayı genel nitelikteki yazılı aydınlatmalar bazı hallerde hasta açısından yetersiz kalmaktadır. Bunun yanında, hastaların eğitim, kültür, zeka faktörleri bakımından farklılıkları da yazılı aydınlatmadan ne derecede faydalanabileceklerini belirlemektedir. Dolayısıyla yazılı aydınlatmanın, hastanın anlayabileceği bir şekilde yapılan sözlü aydınlatmanın yerini tutmama

[37] Ozanoğlu, s. 72.

[38] Hakeri, s. 300, Ozanoğlu, s. 72.

[39] Ozanoğlu, s. 72.

[40] Adıgüzel, s. 959, Ozanoğlu, s. 72.

[41] Hakeri, s. 305.

[42] TDN md. 14/2: '*Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*'

[43] R.G., T. 01.08.1998, S. 23420. 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na ve 11/10/2011 tarihli ve 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 8. ve 40. maddelerine istinaden çıkarılmıştır.

[44] Ozanoğlu, s. 70.

[45] Özdemir, s. 360.

[46] Ozanoğlu, s. 70.

[47] Oral, s. 192.

ihtimali vardır.⁴⁸ Yazılı aydınlatmada dikkat edilmesi gereken husus, aydınlatmanın kişisel olması, matbu aydınlatmadan kaçınılmasıdır.⁴⁹

Aydınlatmanın ne zaman yapılacağı ile alakalı mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Genel olarak, aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce ve hastanın tıbbi müdahaleye rızasının oluşması için gerekli süre dikkate alınarak yapılması gerekir.⁵⁰

f. Aydınlatmanın Gerekmediği Haller

Aydınlatmanın gerekmediği ilk hal hastanın aydınlatmadan vazgeçmesidir. Hasta aydınlatılmaktan vazgeçme hakkına sahiptir.⁵¹ Hastanın söz konusu tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olması hastanın aydınlatılmasının gerekli olmadığı hallerden biridir. Daha önce tıbbi müdahalede bulunulan bir konuda tekrar müdahale gerekiyorsa bu müdahaleden önce aydınlatmanın yapılması gerekli değildir.⁵² Aydınlatmanın tedaviyi ya da hastayı olumsuz etkileyecek olması halinde artık aydınlatma gerekli değildir.⁵³ Bunun dışında acil durumlarda ve aydınlatmanın hasta için anlamını yitirdiği hallerde aydınlatma yükümü bulunmamaktadır.⁵⁴

2. Aydınlatılmış Rıza

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahale genellikle kişilerin yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık gibi en temel kişilik haklarından olan değerleri ilgilendirmektedir.⁵⁵ Anayasamızın 17. maddesinde yaşama ve vücut bütünlüğü güvence altına alınmıştır. Tıbbi zorunlulukların bu güvenceye istisna teşkil edeceği yine aynı maddede düzenlenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁵⁶ md. 23, 24 ve 25'te kişilik hakları koruma altına alınmıştır. Tıbbi müdahale genellikle hastaların kişilik haklarını ihlal eder niteliktedir.⁵⁷ Bu noktada tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek sebeplerin varlığı gerekmektedir. Geçerli bir şekilde verilmek kaydıyla hastanın rızası çoğu zaman hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeptir.⁵⁸ Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için hastanın rızasının alınması gerektiği TŞSTİDK'da ve HHY'de belirtilmiştir.⁵⁹

Bu noktada dikkate dikkat edilmesi gereken husus 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶⁰ md. 52'de yer alan rıza ile TMK md. 24'ün birbiriyle karıştırılmamasıdır. TMK md. 24'te düzenlenen rıza hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla bu kapsamda verilen rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Buna karşılık TBK md. 52'de düzenlenen rıza ise fiilin hukuka

[48] Ozanoğlu, s. 73.

[49] Hakeri, s. 308.

[50] Ayan, s. 83, Oral, s. 194, Özdemir, 366.

[51] Çilingiroğlu, s. 67. Hakeri, s. 314.

[52] Çilingiroğlu, s. 68, Hakeri, s. 315.

[53] Çilingiroğlu, s. 69, Hakeri, s. 317.

[54] Çilingiroğlu, s. 68, Hakeri, s. 320.

[55] Zevkliler, s. 3.

[56] R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

[57] Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. (2015). *Kişiler Hukuku*, 15. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, s. 161, Akipek, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya. (2016). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 384, Şenocak, s. 68.

[58] Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 196.

[59] Deryal, Yahya. (2003). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, *Trabzon Barosu Dergisi*, S. 7, Y. 18, s. 57.

[60] R.G., T. 04.02.2011, S. 27836.

aykırılığını ortadan kaldırmaz. TBK md. 52 tazminatın hesabında önem arz eder.⁶¹

Rızanın hukuki niteliği konusunda öğretide çeşitli görüşler vardır. Türk ve İsviçre hukukunda baskın görüşe göre rıza bir hukuki işlemdir.⁶² Hukuki işlem hukuki sonuca yönelik irade açıklamasıdır.⁶³ Alman hukukunda ise rıza nitelik olarak hukuki işlem benzeri bir fiildir.⁶⁴ Hukuki işlem benzeri fiillerde kanun, beyanda bulunanın beyanına, kendisi bu sonucu istemese, bilmeseyse bile bir hukuki sonuç bağlar.⁶⁵ Bu görüşe göre, hastanın vereceği rıza, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yönelik olmayıp tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.⁶⁶

b. Rızanın Konusu

Tıbbi müdahaleye rızanın konusu ekseriyetle maddi bedensel değerlerden yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkıdır.⁶⁷

aa. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı insanın sahip olduğu en temel hakktır.⁶⁸ Hiç kimse yaşam hakkından vazgeçemez, öldürülmesine rıza gösteremez. Bu bağlamda gösterilen rıza hukuk düzenince korunmaz. Zira, yaşam, kişinin vazgeçilmez bir değeridir ve yaşanmaya değmez nitelikte değildir.⁶⁹

İyileşmeleri hiçbir surette mümkün olmayan hastaların çektikleri dayanılmaz acıdan “kurtulmak için yaşamlarını sonlandırma arzuları yani ötenazi hukuk ve tıp öğretisinde pek çok tartışmaya sebep olmuştur. Ötenaziyi kabul eden hukuk düzenleri olsa da TMK md. 23 hükmü gereğince bunun ülkemizde mümkün olmayacağı açıktır.⁷⁰

Kişinin kendi hayatına son verme hakkı bulunmadığından, düello da hukuk düzenince korunmaz.⁷¹

bb. Vücut Bütünlüğü ve Sağlık

Kural olarak kişinin vücut bütünlüğüne veya sağlık hakkına müdahale hukuka aykırıdır.⁷² Fakat, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, üstün nitelikteki özel ya da kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması bu kurala istisna teşkil etmektedir.

Tedavi amacıyla kişinin vücut bütünlüğüne veya sağlığına yapılan müdahale hukuka aykırılık teşkil etmez. Bunun yanında, müdahalenin tedavi amacına yönelik olması, iyileştirici nitelikte olması, yetkili kişilerce yapılması ve tıp biliminin kurallarına riayet edilmesi gerekir.⁷³ Tedavi amacı dışında

[61] Kılıçoğlu, Ahmet M. (2013). *Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 294.

[62] Çilingiroğlu, s. 43, Şenocak, s. 68.

[63] Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 41.

[64] Şenocak, s. 69, Çilingiroğlu, s. 44.

[65] Tiercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 62.

[66] Şenocak, s. 69, Çilingiroğlu, s. 44.

[67] Zevkliler, s. 19 vd.

[68] Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 159.

[69] Zevkliler, s. 19.

[70] Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 360-361, Özsunay, Ergun. (1979). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 99.

[71] Özsunay, s. 99.

[72] Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 362, Zevkliler, s. 20.

[73] Ateş, s. 53, Çilingiroğlu, s. 15.

manevi gayelerle, başkalarına sağlık kazandırmak adına bir kişinin, kan veya organ verme gibi vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunması hukuk düzenince korunan müdahalelerdir.⁷⁴

c. Rıza Ehliyeti

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale getiren rızanın geçerli olabilmesi için rızayı veren kişinin rıza ehliyetine sahip olması gerekir. Rıza konusunda kişinin Medeni hukuktaki fiil ehliyeti yerine hastanın algılama, anlama ve karar verme yeteneği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla basit, tek tipteki tıbbi müdahale ile ağır bir tıbbi müdahaleye rıza verilmesinde farklı kıstaslar ortaya çıkacaktır.⁷⁵

Rıza verme yetkisi, hak sahibine aittir. Zira, rızanın açıklanması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.⁷⁶ Öğretide tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkının, temyiz kudretinin varlığı halinde hak sahibi tarafından, temyiz kudretinin bulunmaması halinde ise yasal temsilci tarafından kullanılacağı kabul edilmektedir.⁷⁷ TMK md. 16'ya göre, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızasına muhtaç değillerdir. Buna karşılık, TŞSTİDK md. 70 hastanın küçük veya kısıtlı olduğu hallerde veli veya vasisden rıza alınması gerektiğini düzenlemektedir.⁷⁸ Yine HHY md. 24'te aynı hüküm yer almaktadır. Bu hükümde ek olarak, yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecek küçük ve kısıtlı hastanın bilgilendirme ve tedavi sürecine katılmasının sağlanacağı belirtilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı her ne kadar bilgilendirme ve tedavi sürecine katılacak olsalar da tıbbi müdahaleye rızayı yasal temsilcileri açıklayacaktır.⁷⁹

Tam ehliyetsiz hastalar bakımından, bu hastalar temyiz kudretini haiz olmadıklarından yukarıda belirtilen algılama, anlama ve karar verme aşamasında sorunlar ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda tam ehliyetsiz hastalar için rıza açıklamasını yasal temsilcileri yapacaktır.⁸⁰

Hastanın rıza ehliyetinin olup olmadığını hekim tespit eder. Hekim bu tespiti yaparken yaş, fiziksel ve psikolojik durum, ilaçların etkisi, anlama yeteneğinin derecesi, kişinin sosyokültürel vb. unsurları dikkate almalıdır.⁸¹

d. Rızanın Kapsamı

Rızanın genel ve soyut olması mümkün değildir. Yani hekim tarafından yapılacak tüm tıbbi müdahaleleri kapsayan rıza verilemez.⁸² Hastanın rızası hangi konuyla ilgiliyse tıbbi müdahale bu sınırlar içinde kalmalıdır.⁸³ Bunun

[74] Özsunay, s. 101.

[75] Hakeri, s. 335.

[76] Karakaş, Fatma Tülay. (2015). *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 93.

[77] Özsunay, s. 62, Oktay Özdemir, Saibe. (2010). Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, *Rona Serozan'a Armağan 2. Cilt*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 1325.

[78] Arpacı, s. 10, TŞSTİDK md. 70: '(Değişik: 23/1/2008-5728/38 md.) Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.'

[79] Çilingiroğlu, s. 56, Şenocak, s. 74.

[80] Çilingiroğlu, s. 56, Özcan/Özel, s. 67. Ayırt etme gücü bulunmadığı hallerde tıbbi müdahaleye kimin rıza göstereceği hakkında çeşitli görüşler için bkz. Oktay Özdemir, s. 1336 vd.

[81] Hakeri, s. 335.

[82] Hakeri, s. 351.

[83] Deryal, s. 64, Arpacı, s. 11.

yanında HHY md. 31'e göre hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahale sürecinin devam etmesini sağlayan ve zorunlu olan işlemleri de kapsar.

e. Rızanın Açıklanma Şekli ve Zamanı

Rıza açıklaması için mevzuatımızda kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.⁸⁴ Rıza açıklaması bir hukuki işlem olduğundan iradeye ilişkin esaslar burada da geçerlidir. Dolayısıyla rıza açıklaması sarih ya da zımni olabilir.⁸⁵ Somut olayda, hastanın davranışlarından rıza verdiği anlaşılıyorsa, artık rızanın varlığı kabul edilecektir.⁸⁶ Bununla birlikte, kanunun susmaya bir sonuç bağlamadığı hallerde hastanın susması tek başına hastanın rızasının varlığına delalet etmez.⁸⁷

Rızanın belli şekillerde yapılabileceğine ilişkin istisnai hükümlerden biri TŞSTİDK md. 70'te öngörülmüştür.⁸⁸ Buna göre, büyük cerrahi operasyonlarda hastanın rızasının yazılı olarak alınması gerekir.

İstisnalardan bir diğeri ise TMK md. 23/3'te öngörülen insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve naklinin yazılı rıza üzerine yapılabileceğidir. Bununla birlikte yazılı rızaları ile biyolojik madde vermeyi kabul eden kişiler bu edimlerinden diledikleri zaman vazgeçebilirler ve bu kişilerden edimlerini yerine getirmeleri, maddi ve manevi tazminat istenemez.⁸⁹

Hastanın tıbbi müdahaleye rızası, tıbbi müdahaleden önce alınmalı ve tıbbi müdahale sona erene kadar sürmelidir.⁹⁰ Rızanın tıbbi müdahaleden sonra verilmesi tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Bunun sebebi ise sonradan verilen rızanın kişisel değerleri koruyan norma karşı itaatsizliği ortadan kaldırmayacağı düşüncesidir.⁹¹ Tıbbi müdahaleden sonra verilen rıza TBK md. 52/1⁹² kapsamında değerlendirilebilir.⁹³

Verilen rızanın tıbbi müdahaleden önce ya da tıbbi müdahale esnasında geri alınabilmesi mümkündür. Bu andan itibaren tıbbi müdahaleye devam edilmesi hukuka aykırıdır.⁹⁴ Bunun yanında hastanın yaşamına yönelik yakın ve ciddi bir

[84] Erman, Barış. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 124.

[85] Kılıçoğlu, (2013), s. 297.

[86] Erman, s. 124.

[87] Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 65 vd. Eren, Fikret. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, s. 271.

[88] TŞSTİDK md. 70: *'Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemerde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır...'*

[89] TMK md. 23/3: *'Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.'*

[90] Erman, s. 122.

[91] Erman, s. 122.

[92] TBK md. 52/1: *'Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.'*

[93] Kılıçoğlu, (2013), s. 296-297.

[94] Deryal, s. 65.

tehlike mevcutsa, kendilerine bununla ilgili acil tıbbi müdahale yapılan hastalar daha önce verdikleri rızayı müdahale esnasında geri alamamalıdır.⁹⁵

f. Rızanın Aranmayacağı Haller

Hastanın kendi geleceğini serbestçe belirleyebilmesi ilkesi gereğince kural olarak tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının olması gerekir. Ancak, Anayasamızın 17. maddesi tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerde rıza olmaksızın müdahalede bulunulabileceğine cevaz vermektedir.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁹⁶, 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun⁹⁷, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁹⁸ rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecek halleri düzenlemiştir.

Bunlar dışında tıbbi zorunluluk durumlarında da hastanın rızası aranmaz. Bu durum, bilinci yerinde olmayan bir hastaya acil müdahale edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi hastanın rızası ile başlayan bir müdahalede hastanın rızası kapsamı dışında kalan yeni bir müdahalenin uygulanması şeklinde de ortaya çıkabilir.⁹⁹ Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus tıbbi zorunluluk kavramıdır. Tıbbi zorunluktan bahsedebilmek için ilk olarak hastanın kendisinden veya mümkün olduğu hallerde kanuni temsilcisinden fiilen rıza almak mümkün olmamalıdır. Bunun yanında tıbbi zorunluluk için gereken diğer şart, hastaya müdahale edilmediği takdirde ölüm ya da telafisi güç sonuçların ortaya çıkacak olmasıdır.¹⁰⁰

C. Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası

1. Küçüğün Rıza Ehliyetinin Belirlenmesi

Küçüklerin ne zamandan itibaren rıza ehliyetine sahip oldukları konusu çok tartışılan bir konudur. Türk hukukunda rıza ehliyeti ile ilgili kesin bir yaş sınırı belirlenmiş değildir. Öğretideki baskın görüşe göre, rıza ehliyeti için bir yaş sınırı konulmasından ziyade somut olayın özellikleri değerlendirilmelidir. Bununla birlikte 15 yaşından küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinin olmaması, 18 yaşına yakın kişilerin ise rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir.¹⁰¹

2. Tanı ve Tedavi Amacına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahalelerde Küçüğün Rızası

Tanı ve tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahalelere; estetik operasyonlar, sterilizasyon, yapay dölleme, organ ve doku bağışi örnek gösterilebilir. İsviçre öğretisinde bu durumlarda verilecek rızanın mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir.¹⁰² Buna rağmen, İsviçre öğretisinde bu hallerde yasal temsilcinin rızasının aranması

[95] Erman, s. 124.

[96] R.G., T. 06.05.1930, S. 1489.

[97] R.G., T. 11.01.1960, S. 10402.

[98] R.G., T. 12.10.2004, S. 25611

[99] Çilingiroğlu, s. 47. Özsunay, s. 102.

[100] Çilingiroğlu, s. 48-49.

[101] Hakeri, s. 338-339, Gülel, İlhan. (2018). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 98. Belirli bir yaş ya da yaş aralığı aranmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. Badur, Emel. (2017). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 107 vd.

[102] Karakaş, s. 94.

gerektiği savunulmaktadır. Bu düşüncenin gerekçesi ise sayılan tıbbi müdahalelerin kişi açısından ağır bir yük getirecek olması veya kalıcı sonuçlarının bulunmasıdır.¹⁰³

Tanı ve tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahalelerin bir kısmı mevzuatımızda özel olarak düzenlenmiştir. Sterilizasyon, NPHK md. 4'e göre; reşit kişilerin isteği doğrultusunda yapılır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁰⁴ md. 5'e göre on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmaz. HHY md. 35'te ise reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmayan, tıbbi araştırma gayesi güden müdahalelerin uygulanması yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerde söz konusu tıbbi müdahalelere maruz kalacak küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarından hareket edilmiştir. Bu düzenlemelerden söz konusu tıbbi müdahalelerin küçüklere, kendilerinin veya yasal temsilcilerinin rızaları olsa dahi uygulanması mümkün değildir.¹⁰⁵ Gebeliğin sona erdirilmesi ise NPHK md. 6'ya göre küçüğün rızasıyla birlikte velisinin izninin, küçük vesayet altındaysa küçüğün ve vasisinin rızasıyla birlikte sulh hakiminin izninin varlığı gerekir. Gebeliğin sona erdirilmesi konusunda ayırt etme kudretine sahip küçüğün karar verme özgürlüğü, onun korunmasına ilişkin gereksinimin önüne geçtiğinden bu hüküm eleştirilmektedir.¹⁰⁶

3. Tanı ve Tedavi Amacına Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Küçüğün Rızası

Rıza açıklaması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.¹⁰⁷ Bir hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasının en önemli sonuçlarından biri bu tür haklarda hem iradi hem de yasal temsilin mümkün olmamasıdır.¹⁰⁸ Ancak, bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin bu haklarını kullanamaması ve bir nevi hak ehliyetinin ortadan kalkması söz konusu olacaktır. Bundan hareketle öğretilerde mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı yapılmaktadır. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, yalnız hak sahibi tarafından kullanılabilir. Buna karşılık, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibinin ayırt etme gücü yoksa yasal temsilci tarafından kullanılabilir. Tanı veya tedavi amacına yönelik tıbbi müdahalelere rıza gösterme öğretisi tarafından nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹

TMK md. 16'ya göre ayırt etme gücüne sahip küçükler yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Ancak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasal temsilcinin rızası olmadan kullanılabilir. Bu hükümden, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar konusunda ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların tam ehliyetli olduğu anlamı çıkarılabilir.¹¹⁰ Bu hüküm yanında TŞSTİDK md. 70'e göre, hasta küçükse velinin rızasının alınması gerekir. Ayrıca, HHY md. 24'te yine küçükler için uygulanacak tıbbi müdahalelerde velinin

[103] Karakaş, s. 95.

[104] R.G., T. 03.06.1979, S. 16655.

[105] Şenocak, s. 79.

[106] Karakaş, s. 97.

[107] Karakaş, s. 36.

[108] Dural, Mustafa/Sarı, Suat. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 174.

[109] Şenocak, s. 73.

[110] Şenocak, s. 73.

rızasının aranacağı belirtilmiştir. Tıbbi müdahalede küçüğün rızasından ziyade yasal temsilcinin rızasını muteber gören bu düzenlemeler, küçüğü tıbbi müdahalenin subjesi olmaktan çıkarıp objesi haline getirdiği için eleştirilmektedir.¹¹¹ Bu eleştirinin haklı yanları vardır. Çünkü, tıbbi müdahaleye verilen rıza ile vücut bütünlüğü ve sağlık gibi en temel kişilik hakları üzerinde tasarruf edilmektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza gösterme ile kişilik arasında çok sıkı bağlar mevcuttur.¹¹² Bu yüzden ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından tıbbi müdahaleye velisinin rıza göstermesi kabul edilmemelidir.¹¹³ İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi¹¹⁴ md. 6'da bu eleştiriyi destekler bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen rızanın yasal temsilci tarafından verilebileceğini savunan görüşe göre, vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruflar küçüğün tek başına işlem yapamayacağı kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Buna dayanarak küçük, ayırt etme gücüne sahip olsa dahi yasal temsilcisinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğünü etkileyecek ve zararlı sonuçlar doğurabilecek müdahalelere tek başına rıza göstermemelidir.¹¹⁵ Bu görüşün temelinde yatan düşünce küçüğün korunmasıdır.¹¹⁶

Üçüncü bir görüş ise yine küçüğün korunması düşüncesinden hareketle hem yasal temsilcinin hem de ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler barındıran, uzun süre hastanede kalmayı gerektiren tıbbi müdahalelerde yasal temsilci ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının birlikte alınmalıdır.¹¹⁷

SONUÇ

Kanunun yetkilendirdiği kişiler tarafından, hukuken korunan amaçlara yönelik, tıp biliminin metot ve kaidelerine riayet eden davranışlara tıbbi müdahale denir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmesi için hastanın aydınlatılması ve bunun neticesinde hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekir. Hastanın aydınlatılması, hastanın kendi geleceğini kendisinin belirlemesini sağlamak için tıbbi müdahalenin evreleri hakkında aklında hiç soru kalmayacak şekilde bilgilendirilmesidir. Bilgilendirmenin kapsamı, tıbbi müdahalenin acil olmasına, tehlikeli olmasına, hastanın sosyokültürel durumuna bağlı olarak daralıp genişleyebilir.

Hasta aydınlatıldıktan sonra tıbbi müdahaleye için rızasının alınması gerekir. Rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek husustur. Rızanın alınması konusunda kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Ancak, istisnai olarak bazı hallerde hastanın rızasının yazılı olarak alınması söz konusudur.

[111] Şenocak, s. 75.

[112] Şenocak, s. 75.

[113] Karakaş, s. 100, Şenocak, s. 75.

[114] R.G., T. 20.04.2004, S. 25439. Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

[115] Çilingiroğlu, s. 55-56.

[116] Çilingiroğlu, s. 56, Şenocak, s. 75.

[117] Karakaş, s. 99.

Rıza, tıbbi müdahaleye başlamadan makul bir süre önce alınmalı ve müdahalenin sonuna kadar sürmelidir. Kural olarak tıbbi müdahale başladıktan sonra hasta rızasının geri alabilir. Fakat, hasta ciddi ve yakın bir yaşam tehlikesiyle karşıysa rızanın geri alınmasının geçerliliği sorgulanmalıdır. Rıza, genel ve soyut olmamalıdır. Hangi konuda rıza alınmış ise kural olarak o konuda tıbbi müdahalede bulunulabilir. Aksi takdirde hukuka aykırı bir müdahale söz konusu olacaktır. Bazı hallerde ise rıza olmaksızın tıbbi müdahale yapılmaktadır. Bu noktada hukuka uygunluğu sağlayan husus hastanın üstün yararı ya da kamu düzeninin korunmasıdır. Salgın bir hastalıkla mücadele edilmesi, bilinci kapalı bir hastaya acil müdahalede bulunulması veya hastanın rızası ile başlayan bir müdahalede, müdahalenin kapsamının genişlemesi ve bunun için hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması halleri bu konuya örnek gösterilebilir.

Hastanın küçük olduğu hallerde rızayı kimin vereceği yanıtlanması gereken bir sorundur. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar, temsilin hiçbir surette mümkün olmadığı mutlak anlamda kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar ve temsilin söz konusu olabileceği nispi anlamda kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar olarak tasnif edilmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme nispi anlamda kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Dolayısıyla tıbbi rızaya rıza gösterme konusunda temsil mümkün olacaktır. Küçük, temyiz kudretini haiz değilse, tıbbi müdahaleye rıza kanuni temsilci tarafından verilecektir. Buna karşılık, küçüğün temyiz kudretini haiz olduğu hallerde tıbbi müdahaleye rıza küçük tarafından verilmelidir. Türk Medeni Kanunu'na göre de, ayırt etme gücüne sahip küçükler, kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızalarına ihtiyaçları yoktur. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmeleri gerekir. Ancak, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın küçükler için tıbbi müdahaleye rızayı yasal temsilcileri vermektedir.

Sonuç olarak, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza gösterme gibi kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir hakkı tek başına kullanabileceği ilkesine kanun koyucu TŞSTİDK ile bir istisna öngörmüş ve söz konusu kişileri ilgilendiren tıbbi müdahalelerde rızanın yasal temsilci tarafından açıklanacağı vaz edilmiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

- Akipek, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya. (2016). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- Ayan, Mehmet. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara.
- Badur, Emel. (2017). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- Çilingiroğlu, Cüneyt. (1993). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Eren, Fikret. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara.
- Ermən, Barış. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Gülel, İlhan. (2018). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, Hakan. (2012). *Tıp Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Karakaş, Fatma Tülay. (2015). *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2013). *Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. (2015). *Kişiler Hukuku*, 15. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Özsunay, Ergun. (1979). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Tiercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yılmaz, Battal. (2017). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Makaleler:

- Adıgüzel, Sibel. (2014). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 19, Y. 5, s. 943-995.
- Arpacı, Abdülkadir. (2009). Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 2, s. 5-14.
- Birtek, Fatih. (2007). Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 5, s. 1997-2006.
- Deryal, Yahya. (2003). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, *Trabzon Barosu Dergisi*, S. 7, Y. 18, s. 52- 72.
- Işık Yılmaz, Ş. Berfin. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 98, s. 389-410.
- Oktay Özdemir, Saibe. (2010). Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 2. Cilt*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 1325, s. 1315-1351.
- Oral, Tuğçe. (2011). Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, s. 185-209.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, s. 55-77.
- Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar. (2007). Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 10, S. 1, s. 49-73.

Özdemir, Hayrunnisa. (2008). Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, s. 347-379.

Şenocak, Zarife. (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4, s. 65-80.

Zevkliler, Aydın. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, s. 1-37.

Tezler:

Ateş, Zeynep. (2010). Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul.