

KÜÇÜĞÜN TIBBÎ MÜDAHALEYE RIZASI

*Yrd. Doç. Dr. Zariife ŞENOCAK**

GİRİŞ

Hastanın hekim tarafından tedavisi bir hukuki ilişki çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu hukuki ilişki genellikle bir tedavi sözleşmesidir. Tedavi sözleşmesi hekimle hasta arasındaki bir borç ilişkisi olup, edim yükümlerini ve yan yükümleri ihtiva eden, hastalık ve tedavinin türü ile paralel bir süreç arz eden bir organizma olarak da adlandırılabilir¹. Özel hukuk hükümlerine tabi olan bu ilişkide irade özerkliği ilkesi egemendir.

Hekimle hasta arasındaki söz konusu hukuki ilişki, uygulamada birçok problem ortaya çıkarmaktadır. Bu problemlerin önemli bir bölümü, hekimin tıbbi müdahale için hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğüne ilişkindir. Bu alandaki problemler büyük ölçüde, hekimle hasta arasındaki konum farklılığından kaynaklanmaktadır. Bir tarafta hastalığının baskısı altında bulunan, hekimin yardımına muhtaç ve tedavi sözleşmesinin konusu olan tıbbi müdahale konusunda bilgisiz hasta; diğer tarafta bütün mesleki bilgi ve tecrübesiyle hekim... Hekim, bu ilişkideki mesleki rolü dolayısıyla hastanın sağlık sorunlarına ilişkin olarak karar verme yetkisine sahiptir. Bir başka deyişle, hekimlik mesleğini icrada geçerli olan “tedavi özgürlüğü” ilkesi gereği, tedavi yöntemi, dolayısıyla tıbbi edimin şekli ve kapsamı hekim tarafından belirlenir. Fakat diğer taraftan hekim, kişi özgürlüklerinin bir parçası olarak kabul edilen “kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı” nedeniyle, yapılacak her tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasını almak zorundadır. Hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğünün şekli, kapsamı ve sınırları ise, özellikle hastanın yaşam ve sağlığının kutsallığı ile irade özerkliğine, yani “ kendisi hakkında kendi kendine serbestçe karar verebilme hakkına (Selbstbestimmungsrecht) saygı” ilkesinin çatıştığı durumlarda başlı başına sorun yaratmaktadır. Bir de hasta ergin değilse, yani küçükse, hekim hasta ilişkisinde bir takım ilave sorunlarla karşılaşmaktadır. Zira bu durumda, hekim hasta ilişkisine üçüncü bir rol

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Karş. *Deutsch, E.: Medizinrecht, 3. Aufl., Berlin Heidelberg 1997, Nr.48.*

sahibi kişi olarak yasal temsilci iştirak etmektedir. Hekim, küçük ile yasal temsilci arasında bu konuda bir uyuşmazlık çıktığında, hastalığın ve tedavi seçeneklerinin değerlendirilmesinde nasıl bir tutum alması gerektiği konusunda sorunlar yaşamaktadır. Bu noktada, hekimin yasal temsilcinin rızasıyla, fakat küçükün iradesine aykırı olarak ya da tam tersine, küçükün rızasıyla, fakat yasal temsilcinin iradesine aykırı olarak küçükü tedavi edip edemeyeceği hususunda yoğun tartışmalar gündeme gelmektedir.

Çalışmada esas itibarıyla, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleler ile ilgili özel sorunlar ele alınmış olup, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsam ve sınırları ile tıbbi müdahaleye rıza hususlarında ortaya çıkan genel nitelikteki problemler mümkün olduğunca inceleme dışı tutulmuştur.

I. Tıbbi Müdahale Kavramı

Literatürde yapılan tanıma göre, tıbbi müdahale, “fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel (örneğin belli dereceye kadar şaşılık) ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikayetleri (örneğin, hamilelik esnasındaki şikayetler) önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahalelerdir”². Bu ve benzeri tanımlar zorunlu olarak “tıbbi müdahalenin tedavi amacına yönelik olması” unsurunu ihtiva etmektedir. Oysa günümüzde, rıza alınmak şartıyla, yapay dölleme, sterilizasyon, tıbbi açıdan endikasyonu olmayan kürtaj (gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar), başkasına nakletmek amacıyla organ ve doku alınması gibi tedavi amacını taşımayan tıbbi müdahaleler de yapılabilmektedir. Bu tip tıbbi müdahalelerde, “kişinin sağlık kazanması, iyileşmesi” yönündeki üstün bir amacın yerini, nüfus planlaması veya bir başkasının sağlık ve yaşamı gibi, hukukun korumaya değer gördüğü başka bir amaç almıştır. Bazen de, estetik ameliyatlarda ya da cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalelerde olduğu gibi dolaylı bir tedavi amacı (psikolojik sağlığın korunması ve kazandırılmasına yönelik olarak) yeterli görülmektedir. Bunlara bir de, sayısı ve çeşitleri sürekli olarak artış gösteren teşhis koyma amaçlı invaziv müdahaleler eklenmiştir³. Tıbbın bu gelişimi karşısında, bugün artık tıbbın konusunun tıp tekniğinin uygulanması haline geldiğinden söz edilmektedir⁴. Bu açıdan, hekimle hasta arasındaki sözleşmeyi, en azından doğrudan tedavi amacını taşımayan tıbbi

² Voll, D.: *Die Einwilligung im Arztrecht*, Frankfurt am Main 1996, s. 12; Fröhlich, U.: *Forschung wider Willen*, Mannheim 1998, s.9; Laufs.A. / Uhlenbruck, W.: *Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl., München 1999, § 52, Nr. 1.

³ Laufs/Uhlenbruck, § 44, Nr. 1.

⁴ Laufs/Uhlenbruck, § 52, Nr. 2.

müdahaleleri konu edildiğinde, tıbbi müdahale sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesi olarak isimlendirmek yerinde olur kanısındayız.

Tıbbi müdahale kavramına bu çerçevede, cerrahi müdahaleler, anestezi, röntgen ve ışın tedavileri, şok-terapi, ultrason, ilaçla tedavi gibi az ya da çok klasik örnekler yanında; kan testleri, organ- fonksiyon testleri, koruyucu aşılardan laparoskopi, endo- rektoskopi gibi müdahaleler de dahildir⁵.

II. Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tıbbi Müdahaleye Rızanın Tedavi Sözleşmesi ile İlişkisi

Tedavi sözleşmesinin konusunu tıbbi müdahalenin oluşturması nedeniyle, bu sözleşme türü hastanın kişilik değerleriyle yakın ilişki içerisindedir. Hekim bu sözleşmeden doğan asli edim yükümünü (hastanın iyileşmesi, sağlık kazanması için iş görme yükümü) yerine getirmek için gerek teşhis, gerek tedavi aşamasında, hastanın vücut ve ruh bütünlüğü veyahut da giz alanı gibi kişi varlıklarını ihlal etmek zorunda kalmaktadır⁶. Bu nedenle tedavi sözleşmesi, genellikle sadece malvarlığına ilişkin hüküm ve sonuçlar doğuran diğer sözleşme türlerinden farklıdır. Tedavi sözleşmesinde, kişiliğin korunmasına ilişkin problemler ağır basmaktadır. Her ne kadar tedavi sözleşmesinde hastanın ücret ödeme yükümlülüğü ile hekimin hastanın iyileşmesi, sağlık kazanması yönündeki tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü snallagmatik ilişki içerisinde bulunmakta ise de, tedavi sözleşmesinde ağır basan menfaat, hekimin ücretin ödenmesi hususundaki menfaati değil, hastanın iyileşmesi hususundaki menfaatidir.

Hekim hasta arasındaki tedavi ilişkisinde, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan tedavi sözleşmesi ilişkisini ve bu sözleşme dolayısıyla hastanın kişilik değerlerine müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rıza konusunu birbirinden ayırmak gerekir⁷. Çoğu zaman, tıbbi müdahaleye izin verilmesi tedavi sözleşmesinin de kurulması; rızanın verilmemesi bu sözleşmenin sona erdirilmesi (BK. mad. 396 anlamında fesih) sonucunu doğurmaktaysa da, her iki kavram birbiriyle örtüşmez. Dolayısıyla tedavi sözleşmesinin kurulmuş olması, yapılacak tıbbi müdahaleye veya en azından her tıbbi müdahaleye hastanın rıza vermiş olduğu anlamına gelmez.

⁵ Voll, s. 12-13; Fröhlich, s.9; Naegeli, M.: *Die Aertzliche Behandlung handlungsunfaehiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Zürich 1984, s. 98.

⁶ Naegeli, s.68.

⁷ Naegeli, s. 69; karşı. Bucher, E.: *Der Persönlichkeitsschutz beim aertzlichen Handeln: Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, s. 42 (kısaltılmışı: Bucher Persönlichkeitsschutz).

Üçüncü kişi yararına yapılan tedavi sözleşmelerinde durum daha belirgindir⁸.

Her tıbbi müdahale hastanın kişilik haklarına yapılan hukuka aykırı bir ihlal teşkil eder. Rıza ya da diğer bir hukuka uygunluk sebebi (kamu yararı, üstün özel yarar, vekaletsiz iş görme vs.) tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır⁹. Rıza olmaksızın yapılan her tıbbi müdahale, tıp biliminin genel olarak tanınan ve kabul edilen kurallarına uygun şekilde yapılmış olsa bile, hem hastanın kişi özgürlüklerinin bir parçası olan kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının¹⁰, hem de vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelir¹¹. Federal Mahkeme'nin bir kararında¹² belirttiği gibi, "rıza ve hastayı aydınlatma yükümlülüğü, sadece hastanın özgür iradesinin oluşumuna değil, aynı zamanda vücut bütünlüğünün korunması amacına hizmet eder; zira burada kişiliğin korunması, hak sahibinin özgür iradesiyle vücut bütünlüğüne yapılacak herhangi bir müdahale hakkında karar verebilmesini sağlama amacını güder. Bu anlamda, tıbbi müdahalelerde kişinin özgür iradesi ve vücut bütünlüğü birbirinden ayrılmaz şekilde kişilik hakkının korunmasının muhtevasına dahildir".

Hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren rızanın hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Türk ve İsviçre hukukunda hakim olarak gözükken görüşe göre, rıza bir hukuki işlemdir; çünkü rıza ile kişi bir hukuki

⁸ Bkz. dph 18'e ilişkin metin vd.

⁹ Çilingiroğlu, C.: *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993, s. 43; Honsell, H. / Baer, W. / Kuhn, M. I.: *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, s.122 (kısaltılmışı: Honsell/..., Arztrecht); Voll, s.37; Öztan; B.: *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, B. 7*, Ankara 1997, s. 121 (kısaltılmışı: Öztan, Şahsın Hukuku); Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay, S.: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, B. 6, İstanbul 1999, s.118; Eren, F.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, B.6, İstanbul 1998*, s. 587.

¹⁰ Karş. Geiser, Th.: *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Frankfurt am Main, s. 31; Gross, J.: *Die Persönliche Freiheit des Patienten*, Bern 1977, s. 134; Honsell/Wiegand, Arztrecht, Zürich 1994, s. 121; Kılıçoğlu, A. : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, Ankara 2001*, s.171.

¹¹ Öğretideki diğer görüşe göre, hastayı gereği gibi aydınlatmadan yapılan tıbbi müdahale, sadece hastanın kendisi hakkında bizzat karar verme hakkına yapılmış bir tecavüz sayılır. Bu nedenle, hekimin aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde bildirmesi gereken bir riski hastaya söylemeden rızasını alarak yaptığı tıbbi müdahale sonucu, bildirmediği risk gerçekleşmiş ve örneğin hasta felç olmuşsa, bu müdahaleyi tıp biliminin tanınan ve genel kabul gören kurallarına uygun şekilde yapmış olduğu takdirde, hekim, sadece hastanın karar verme özgürlüğünü ihlal etmiş olmasından dolayı manevi tazminat ödemek zorunda kalır. Buna karşılık, yukarıda belirtilen görüş kabul edildiğinde, hekim tıbbi müdahaleyi tıp biliminin genel olarak tanınan ve bilinen kurallarına uygun şekilde yapmış olsa dahi, hastaya manevi tazminat yanında, bildirmediği riskin gerçekleşmesinden dolayı (örnek bağlamında, hastanın felç olmasından dolayı), maddi tazminat da ödemek zorundadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Honsell/Wiegand, Arztrecht, s. 186-187; Laufs/Uhlenbruck, § 67, Nr. 2 vd.; Deutsch, Nr. 167 vd.

¹² BGE 117 Ib s. 201.

sonuca yönelik bir irade açıklamasında bulunmaktadır¹³. Buna karşılık Alman hukukunda hakim olan görüşe göre, rızanın hukuki niteliği hukuki işlem benzeri bir fiildir¹⁴. Bu görüşe göre, rıza ile kişi bir hukuki sonuca, yani tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yönelmemekte; fiili bir sonuca, yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak hareket etmektedir. Hukuk düzeni de bu irade açıklamasına, kişinin iradesinden tamamen bağımsız olarak hukuki bir sonuç, yani hukuka aykırılığın kaldırılması sonucunu bağlamaktadır. Öğretide, hukuki işlem benzeri fiillere, hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinden¹⁵, bu tartışmaların konumuz açısından pratik önemi yoktur. Diğer taraftan, MK mad. 16'ya göre, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcinin rızası olmaksızın tek başına kullanabileceklerini ifade etmek gerekir.

III. Küçüğe Yapılacak Tıbbi Müdahalelerde Tedavi Sözleşmesi

Öğretide hakim olan görüşe göre, hekim ile hasta arasındaki tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşme, tıbbi müdahalenin konusu ne olursa olsun (cinsiyet değişikliği, sterilizasyon, kürtaj, estetik ameliyatlara ve bütün tedavi sözleşmeleri) vekalet sözleşmesi niteliğini taşır¹⁶.

MK mad. 16'ya göre ayırt etme gücüne sahip küçükler, karşılıksız kazanmalar ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar hariç olmak üzere, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Tedavi sözleşmesi de bir borçlandırıcı hukuki işlem olup, bununla küçük

¹³ Hinderling, H.: *Die Aertzliche Aufklaerungspflicht: Ausgewaehlte Schriften*, Zürich 1982, s.72; Jaeggi, P.: *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, ZSR NF 1960 II, 205a vd.; Von Tuhr, A / Peter, H.: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd.I, 3. Aufl., Zürich 1979; s. 419; Kılıçoğlu, A.: *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, B.2, Ankara 1993, s. 176; Eren, C.I, s.587; Oğuzman, M. K. / Öz, M. T.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, B.2, İstanbul 1998, s.482.

¹⁴ Palandt, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58. Aufl., München 1999, Überbl vor § 104, Nr. 6; Alman hukukunda bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Mayer, K. G.: *Medizinische Massnahmen an Betreuten*, Würzburg 1995, s. 26 vd. ; Türk hukukunda aynı görüşte, Sarıal, E.: *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul 1986, s. 64-65; Çilingiroğlu, s. 44.

¹⁵ Eren, C.I, B.6. İstanbul 1998, s. 155; Tekinay, S. S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A. : *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, B.7, İstanbul 1993, s.39.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, M.: *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s.53 vd.; Şenocak, Z.: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, *Yükses Lisans Tezi*, Ankara 1998, s. 24 vd. Sterilizasyon, kürtaj, estetik ameliyat gibi tıbbi müdahalelerde de, sonucun ortaya çıkmasının hekimin tamamen hakim olmadığı faktörlere bağlı olması nedeniyle, hekimin sonucu değil, sonucun ortaya çıkması için tıp biliminin kurallarına uygun bir iş görmeyi borçlandığından hareketle, bir eser sözleşmesinin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 39, Nr. 16 vd.

hekime ücret ödeme borcu altına gireceğinden, ayırt etme gücüne sahip küçüğün bu sözleşmeyi (kendi ad ve hesabına) yapabilmesi için yasal temsilcinin (izin veya icazet şeklinde) rızasına ihtiyaç vardır. Aksi takdirde yapılan sözleşme geçersizdir.

Bununla beraber, küçüğün kendi kazancının olması durumunda, tedavi sözleşmesini yasal temsilcisinin rızası olmaksızın yapabilir yapamayacağı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. MK mad. 359/II, ana babanın çocuğun mallarının bir bölümünü bağımsız bir meslek ya da sanatla uğraşması için ona vermesi durumunda, meslek ve sanatın gerektirdiği işlemlerle sınırlı olmak üzere; yine çocuğun kendi çalışmasının ürünü olan kazancı üzerinde, kazanç miktarı ile sınırlı olmak üzere küçüğün tam fiil ehliyetine sahip olacağını belirtmektedir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip küçük, tıbbi müdahale iş gücünün muhafazasına ya da yeniden kazanılması amacına hizmet ettiği veya kişisel kazancı ile sınırlı olduğu sürece, sağlığı için gerekli olan tedavi sözleşmelerini ana babanın rızası olmadan yapabilmelidir¹⁷.

Küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleler için uygulamada tedavi sözleşmesini genellikle ana baba yapmaktadır. Ana baba (evlilik birliği içinde) küçüğün tedavisi için birlikte hekime başvurduklarında, sözleşme ana baba ve hekim arasında meydana gelir; başka bir deyişle sözleşmenin tarafları ana baba ve hekimdir¹⁸. Ana ve babadan her biri çocuğu tek başlarına hekime götürdüklerinde de durum böyledir; zira MK mad. 188/I'e göre eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme yetkisine sahiptir. MK mad. 189'a göre ise, birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Çocuğun bakımı, dolayısıyla sağlığının korunması da ailenin sürekli ihtiyaçlarına dahil olduğundan¹⁹, ana babanın her biri çocuk için bir tedavi sözleşmesi yaptığında, bu sözleşme evlilik birliğini temsilen yapılmış sayılır²⁰. Dolayısıyla diğer eş de sözleşmenin tarafı olur.

Buna karşılık tıbbi açıdan zorunlu olmayan pahalı tıbbi müdahalelerde (örneğin porselen diş yaptırılması, sosyal sigortanın varlığına rağmen özel

¹⁷ Karş. *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr. 17; *Honsell, H. / Vogt, N. P. / Geiser, Th.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, Basel 1996*, Art 323, Nr. 4 (kısaltılmış: *Honsell/...*).

¹⁸ *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr. 17; *Naegeli*, s. 80. Üçüncü kişi (küçük) yararına sözleşme olarak nitelendirilen bu tedavi sözleşmesinde, ana babanın bu suretle çocuğa yaptığı kazandırmanın temelinde, MK mad. 327 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan ana babanın çocuğa bakım yükümlülüğü yatmaktadır.

¹⁹ *Honsell/Hasenböhler*, Art. 166, Nr.7.

²⁰ *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr. 21; karş. *Naegeli*, s. 81-82.

hekime başvurulması, pahalı bir gözlüğün ısmarlanması durumlarında) hekim diğer eşin de rızasını almalıdır²¹. Aksi takdirde, böyle bir sözleşme ile sadece sözleşmeyi yapan ana ya da baba borç altına girer²².

Ortak hayata son verildiğinde veya ayrılık halinde (bu durumlarda geçici olarak) ya da evlilik boşanma kararı ile sona erdiğinde eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi sona erer²³. Dolayısıyla, velayet kendisine bırakılan ya da (ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde MK mad. 336/II'ye göre eşlerden her ikisinin de velayet hakkına sahip olması durumunda)²⁴ çocuk kendisine bırakılan taraf hekimle tedavi sözleşmesini yapar. Diğer eş, çocuğa karşı bakım yükümlülüğünü mahkemenin tespit edeceği nafaka ile (iştirak nafakası) yerine getirir. Aynı durum ana babanın evli olmaması durumunda, çocuğun soybağının babaya karşı babalığa hüküm (MK mad. 301) ya da tanıma yoluyla (MK mad. 295) kurulması halinde de geçerlidir. Bu durumda da sözleşmenin tarafı, kural olarak, MK mad. 337'ye göre velayet hakkına sahip olan taraftır²⁵.

Ana ve babanın (veya sadece ana veya babanın) hekimle yaptığı tedavi sözleşmesi (vekalet sözleşmesi) öğretide hakim olan görüşe göre, üçüncü kişi lehine (yani çocuk lehine) sözleşmedir²⁶. Eğer çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, ana babanın çocuğa, tedavi sözleşmesinden doğan borcun ifasını hekimden talep hakkını tanımak istemediklerinden hareketle, burada eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir²⁷. Bu durumda, ifanın (tıp biliminin kurallarına uygun tıbbi müdahalenin) çocuğa yapılmasını talep hakkı ana babaya ait olup, çocuk borçlanılan edimin lehdarı, yani yapılacak ifanın muhatabı konumundadır²⁸. Tedavi

²¹ *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr. 23.

²² Bu tıbbi müdahaleler, ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kaldığından, MK mad. 188/II'nin kapsamına girer. MK mad. 188/II'ye göre:

"Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri, ancak aşağıdaki hallerde temsil edilebilir:

1. *Diğer eş veya haklı sebeplerle hakim tarafından yetkili kılınmışsa,*
2. *Birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınmazsa".*

²³ *Honsell/Hasenböhler*, Art. 166, Nr. 22; *Naegeli*, s. 83.

²⁴ Bize göre, MK mad.336 /II "Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir." hükmünün yorumu, velayet hakkının her iki eşe birlikte bırakılabileceği şeklinde yapılmalıdır. Nitekim, kaynak Kanun'un 297'nci maddesinin yorumu da bu şekildedir. Bkz. *Honsell/Schwenzer*, Art. 297, Nr. 10.

²⁵ MK'nun 337'nci maddesine göre *"Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir."*

²⁶ *Krauskopf, P.: Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000*, Nr. 8; *Naegeli*, s. 80; *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr.24; karşı. *Serozan, R.: Çocuk Hukuku, İstanbul 2000*, Nr. 255.

²⁷ *Laufs/Uhlenbruck*, § 40, Nr.25.

²⁸ *Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, B.2, İstanbul 1998*, s. 1133; *Oğuzman/Öz*, s.791.

sözleşmesinden doğan alacak hakkı ana babaya ait olduğu gibi, hekime ödenecek ücretin borçlusu da sözleşmenin tarafı olan ana babadır²⁹. Bununla beraber, tedavi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sonucu zarara uğrayan çocuğun, şartları varsa BK mad. 41 vd.'na dayalı olarak hekimden tazminat talep etme hakkı söz konusudur³⁰.

Buna karşılık, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda, tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişinin kendisi olmasından hareketle, öğretide, ana baba ve hekim arasında tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir³¹. Bu durumda, ana baba sözleşmenin tarafı sıfatını devam ettirmekle beraber, çocuk bu sözleşmeden doğan bir alacak hakkına sahip olup, hekimden borcun ifasını; borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğinde ise, bu suretle meydana gelen zararının tazminini talep edebilir. Bunun yanında, ana baba da tedavi sözleşmesinden doğan edimin çocuğa ifasını isteyebilir³². Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, vaadettiren (konumuzla bağlantılı olarak ana baba), sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan tazminat borcuna ilişkin olarak da, üçüncü kişiye (konumuz bağlamında çocuğa) ifayı vaadedenden (borçludan- konumuz bağlamında hekimden) talep hakkına sahiptir³³; örneğin çocuk yararına yapılan bir tedavi sözleşmesinin ifası sürecinde, çocuk hekimin kusuru nedeniyle felç olmuşsa, çocuk zararının tazminini hekimden talep edebileceği gibi, ana baba da bu tazminat borcunun çocuğa ifasını talep edebilir³⁴. Ana baba, bunun yanında, çocuk yararına edimin ihlali dolayısıyla kendilerinin uğradığı zarar için de (örnek bağlamında, çocuğun bakım ve eğitim masraflarının felç olması nedeniyle artması sonucu, bu bakım ve eğitim masraflarının normal miktarı aşan kısmı için) hekime karşı tazminat talebinde bulunabilir. Hekimle yapılan tedavi sözleşmesini bir bütün olarak etkileyen, değiştiren veya sona erdiren yenilik doğurucu haklar, örneğin BK mad. 396 çerçevesinde sözleşmeyi feshetme hakkı ise, sadece ana babaya aittir³⁵.

IV. Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası

Medeni Kanun'un 16'ncı maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç

²⁹ Naegeli, s. 80.

³⁰ Karş. Krauskopf, Nr. 812 vd.

³¹ Laufs/Uhlenbruck, § 40, Nr.25.

³² Karş. Eren, C.II, s. 1138; Akyol, Ş.:*Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976*, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 801.

³³ Krauskopf, Nr. 1375.

³⁴ Karş. Krauskopf, Nr. 1576.

³⁵ Krauskopf, Nr. 1048, Nr. 1386; Eren, C.II, s. 1137.

olmaksızın kullanabilirler³⁶. Bu hüküm, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından, tam ehliyetli olduğu anlamına gelmektedir³⁷. Söz konusu maddede, bu hakların neler olduğu belirtilmemiştir. Bu kural içi boşluğun doldurulması, pozitif hukuktaki özel hükümlerle ve öğreti ile yargı içtihatlarınca sağlanmaktadır³⁸.

Bu haklar esas itibarıyla temsil yoluyla kullanılmaya elverişli değildir. Bununla beraber, öğreti ve uygulama, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında söz konusu olan temsil düşmanlığının, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin bu haklarını kullanamaması ve bu alanda bir anlamda hak ehliyetlerinin kalkması sonucuna yol açtığını da göz ardı etmemektedir. Bu kaygı ile, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar tasnifi yapılmaktadır³⁹.

Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir [Örneğin, nişanın bozulması (MK mad. 119) ve manevi tazminat talebi (MK mad. 121), mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapma (MK mad. 503) vs.]. Bu da, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler ve kısıtlılar tarafından kullanılmasını imkansızlaştırmaktadır. Buna karşılık nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, ayırt etme gücüne sahip olmama durumunda temsili caiz kılmaktadır; bu hakları kişi ayırt etme gücüne sahipse bizzat kullanabilmekte, ayırt etme gücüne sahip değilse bunlar yasal temsilci tarafından kullanılabilir⁴⁰. Uygulama ve öğretinin nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirdiği haklardan biri de, kişilik değerlerinden olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rızadır⁴¹. Böyle bir tasnif neticesinde, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rızanın herhangi bir teorik tartışmaya yol açmadan yasal temsilcisi tarafından verilmesi mümkün olmaktadır.

MK mad. 16 'da, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat kullanabileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, ayırt

³⁶ Öztan, Şahsın Hukuku, s. 101; Zevkliler, A.: *Medeni Hukuk, B.6, Ankara 2000*, s. 287; Hatemi, H.: *Kişiler Hukuku Dersleri, B.2, İstanbul 2001*, Nr. 173.

³⁷ Bucher, E.: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Personenrecht, 2. Abt., 1. Teilband, Bern 1976*, Art. 19, Nr. 189.

³⁸ Bucher, Art. 19, Nr. 193; Öztan, Şahsın Hukuku, s. 102.

³⁹ Honsell/ Bigler-Eggenberger, Art. 19, Nr. 36; Öztan, Şahsın Hukuku, s. 102.

⁴⁰ Honsell/ Bigler-Eggenberger, Art. 19, Nr. 37. Bunun yanında, ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından kullanılmakla birlikte, yasal temsilcinin de izin, icazet veya oluruyla işleme katılması gerektiği bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kapsamına sokulmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 75-76.

⁴¹ Honsell/ Bigler-Eggenberger, Art. 19, Nr. 41.

etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bu hususta ortaya çıkan görüşleri üç ana başlıkta toplamak mümkündür: Tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşturmakla beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş; yasal temsilcinin ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte arayan görüş ve nihayet ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli sayan görüş.

Birinci görüşün yasal dayanağını TŞSTİK'nun⁴² 70'inci maddesi ve HHY'nin⁴³ 24'üncü ve 26'ıncı maddeleri oluşturmaktadır. TŞSTİK'nun 70'inci maddesi ve HHY'nin 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinden izin alınır. HHY'nin 26'ncı maddesine göre ise, yasal temsilcinin rızasının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır. Söz konusu hükümler lafzı ile bağlı kalınarak birlikte dikkate alındığında, ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın, küçüğe tıbbi müdahale yapılabilmesi için esas itibarıyla yasal temsilcisinin rızasının bulunması şartının arandığı ve fakat küçüğün de bu husustaki görüşünün alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Küçüğün görüşünün alınması, -ayırt etme gücüne sahip olsa da- bu görüşün hekim için bağlayıcı olmadığı anlamına gelir; bu konuda son sözü söyleyecek olan yasal temsilcidir⁴⁴.

Bu hukuki düzenleme, tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğunu ve MK'nun 16'ncı maddesinin bu husustaki düzenlemesini göz ardı etmektedir. Öğretinin Anayasa'nın 17'nci maddesinden ve MK'nun 24'üncü maddesinden türettiği⁴⁵ kendisi hakkında bizzat karar verme (Selbstbestimmung) hakkını, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar söz konusu olduğunda MK'nun 16'ncı maddesi gereği ayırt etme gücüne sahip küçükler de kullanabilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçüklere kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar alanında tam fiil ehliyetinin tanınmasının sebeplerinin başında, kişiliği yakından ilgilendiren işlerde bireye bizzat karar verme, bu kararın sorumluluğunu taşıma ve de kendi kendini koruma özgürlüğünün

⁴² 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun.

⁴³ Hasta Hakları Yönetmeliği.

⁴⁴ Dural, M.: *Landesbericht Türkei: Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenu autonomy am Ende des Lebens*, Hrsg.: Taupitz, J., Mannheim 2000, s.955.

⁴⁵ Öğretilerde, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan "yaşama ve vücut bütünlüğü hakkı ile, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından" ve kişiliğin haksız fiil sonucu ihlal edilmesine karşı korunmasını düzenleyen MK mad. 24'den çıkarılmaktadır. Bkz. Özsunay, E.: *Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983*, s. 34-35; Şenocak, s. 36-37; Honsell/Wiegand, *Arzrecht*, s.121.

bahsedilmesinin gerekliliği düşüncesi gelmektedir⁴⁶. Diğer sebep ise, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar sahasında verilen kararların rasyonel sebeplerden çok, ilgilinin kişilik yapısına dayanmasıdır⁴⁷. Tıbbi müdahaleye rıza da kişilik değeri olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına geldiğinden, hak sahibinin kişiliği ile sıkı bir bağlantı içerisindedir ve vücut ve sağlık üzerinde kişinin yaşam ve geleceğini ilgilendiren (özellikle önemli tıbbi müdahalelerde) önemli etkilere sahiptir. Küçük bu alanda tıbbi müdahalenin objesi değil, süjesi olmak zorundadır⁴⁸. Bu nedenle küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen tıbbi müdahaleye rızanın, tamamen onun yasal temsilcisinin tasarrufuna bırakılması düşünülemez. Zaten Medeni Kanun hükümlerine bakıldığında, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak da adlandırılan bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımının, küçük ayırt etme gücüne sahipse tamamen yasal temsilciye bırakılmadığı, küçüğün iradesinin yanında yasal temsilcinin izin, icazet ya da olurluğunu bildirmesi şeklinde işleme katılmasının şart koşulduğu görülmektedir [örneğin, nişanlanma (MK mad. 188/II), evlenme (MK mad. 126, yargısal erginlik talebi (MK mad. 12) vs.]⁴⁹.

Küçüğe yapılacak tıbbi müdahale için, -kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen- küçüğün rızası yanında yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğini savunan ikinci görüşün⁵⁰ temelinde ise, küçüğün korunması düşüncesi yatmaktadır. Hinderling'e göre, "kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, bu hakkın ilişkin olduğu kişilik değerinin türüne göre, karar verme özgürlüğü ve sınırlı ehliyetsizi koruma ihtiyacı arasındaki denge değişebilir. Vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren, özellikle uzun süre hastahanedeki kalmayı gerektiren tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında, yasal temsilcinin de rızası aranmalıdır. Ameliyat gibi küçüğün yaşam ve ölümünün söz konusu olduğu durumlarda, ana babaya söz hakkı tanınmaması düşünülemez"⁵¹. Bu görüşün haklılık derecesinin değerlendirilmesi açısından tartışılması gereken husus, tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında onun yasal temsilcisinin de rızasının alınmasına, küçüğün korunması açısından ihtiyaç olup olmadığıdır.

Tıbbi müdahaleye rıza konusundaki ayırt etme gücü, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemi ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli

⁴⁶ Bucher, Art. 19, Nr. 190.

⁴⁷ Bucher, Art. 19, Nr. 191.

⁴⁸ Wölk, Fl.: Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, H.2, s.83.

⁴⁹ Bkz. dpn. 40.

⁵⁰ Hinderling, s. 73; Jaeggi, s. 155a; Zevkliler, Medeni Hukuk, s. 438; Serozan, Nr. 78; önemli tıbbi müdahaleler açısından aynı görüşte Çilingiroğlu, s.56.

⁵¹ Hinderling, s. 73.

ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmayı ifade eder⁵². Kanımızca, bir kez küçüğün somut olayda tıbbi müdahaleye rıza konusunda ayırt etme gücünün varlığını ve dolayısıyla, kişilik değeri olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde karar verme özgürlüğünü kullanabileceğini kabul ettikten sonra, bu hakkın kullanımını küçüğün korunması amacıyla yasal temsilcisinin rızasına bağlı tutmak gereksiz bir tedbirdir. MK'nun 339'uncu maddesine göre, ana babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda bir taraftan onun menfaatinin göz önünde tutularak gerekli kararları alıp uygulamaları; diğer taraftan olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanımları ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmaları gerekir. Bu hükmün amacı, ana babanın bu suretle çocuğun hak ve özgürlüklerini algılayabilmesi ve kullanabilmesi için onun kendi bağımsız kişiliğinin gelişimini sağlamalarıdır. Velayetin asıl işlevi de budur. Öğretide ifade edildiği gibi⁵³, bu işlev aynı zamanda velayetin kapsamını ve sınırlarını belirler. Velayetin bu esnek kapsamı çocuk olgunlaştıkça daralır. Velayetin esnek kapsamını daraltan durumlardan biri de tıbbi müdahaleye razı olup olmama hususundaki karar verme özgürlüğüdür. Çocuk ayırt etme gücüne, yani tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda, ana babanın velayet hakkı geri çekilmeli; küçük kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir⁵⁴. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ana babanın rızasına ihtiyaç olmadan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabileceklerini öngören MK mad. 16'da yer alan düzenlemeye tıbbi müdahaleye rıza açısından bir istisna getirilmemelidir.

Diğer taraftan bir hekim tarafından önerilen tedaviye rıza hususunda küçüğün özel bir korunmaya ihtiyacı yoktur. Küçüğün karar verme özgürlüğü ve onu koruma ihtiyacı arasındaki denge, tedaviyi öneren ve uygulayacak olanın, mesleki bilgisi ile donanımlı ve tıp biliminin bilinen ve genel kabul gören kurallarına göre hareket etmekle yükümlü bir hekim olması karşısında zaten mevcuttur. Öğretide, tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimin seçimine ve tedavi için diğer hekimlere başvurulmasının gerekip gerekmeyeceğine ilişkin problemlerde küçüğün korunması ihtiyacının ağır bastığından hareketle, yasal temsilcinin rızasının gerekli olduğu görüşü⁵⁵ ileri sürülmekteyse de, bu görüşün taşıdığı endişe yersizdir. Daha önce de belirtildiği gibi, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rıza vermeye ehil olması, onun tek başına, yasal temsilcisinin rızası olmaksızın

⁵² Naegeli, s. 101; Wölk, s.81.

⁵³ Serozan, Nr. 240; Honsell/Schwenzer, Art.301, Nr.3.

⁵⁴ Bu hakkın yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kullanılabilmesi görüşünde, Öztan, Şahsın Hukuku, s. 103; Naegeli, s. 101 vd.; Wölk, s. 89; Ramer, P./Remhard, J.: *Patientenrecht*, 2. Aufl., Zürich 1998, s. 50-51; Honsell/Wiegand, *Arztrecht*, s. 157-158; Bucher, *Persönlichkeitsschutz*, s.43.

⁵⁵ Hinderling, s. 73.

borç doğuran bir sözleşme olan tedavi sözleşmesini de yapabileceği anlamına gelmez. Tedavi sözleşmesini, ya ana baba (veya velayet hakkına sahip ana veya baba) üçüncü kişi (küçük) lehine sözleşme şeklinde bizzat sözleşmenin tarafı olarak yapar, ya da ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat sözleşmenin tarafı olarak yapacağı veya yaptığı tedavi sözleşmesine yasal temsilci sıfatıyla izin veya icazet verir. Tedavi sözleşmesinin tarafı olacak veya tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimi ise aynı sözleşmenin diğer tarafı belirler. Bu kişi ya ana baba ya da küçüktür. Dolayısıyla, ana baba, sözleşmenin tarafı olarak veya sözleşme tarafının çocuk olması durumunda yasal temsilci sıfatıyla çocuğun yararı ölçüsünde sözleşmeye izin ve icazetini vermeme suretiyle tedaviyi yapacak hekimin belirlenmesinde söz sahibidir. Tedavi sürecinde başka hekimlere başvurmak gerektiğinde ise, ana baba üçüncü kişi lehine sözleşmede hekime BK mad. 389 çerçevesinde talimat verme veya mad. 396 çerçevesinde tedavi sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahip olduğundan bu konuda söz söyleme hakkını kaybetmemektedir⁵⁶.

Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit etmesi gereken kişi, bizzat tedaviyi yapacak olan hekimdir⁵⁷. Zira hekim, hasta hekim ilişkisi sebebiyle küçükle yakın ilişki içerisinde olup, değerlendirmeyi tedavi ilişkisine yabancı diğer hekimlerden daha iyi yapabilecek konumdadır. Bununla beraber, hekimin küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığını iddiasıyla gündeme gelebilecek sorumluluk riskine karşı, (özellikle bir tedavi sözleşmesine dayanmayan, sosyal sağlık sigortasına istinaden kamu hastahanelerinde yapılacak olan) önemli ameliyatlarda yasal temsilcinin rızasını alması tavsiye olunabilir⁵⁸. Yasal temsilcinin rıza vermekten kaçınması durumunda ise, tıbbi müdahale zorunlu değil ve ertelenebilir nitelikte ise, hekimin daha ayrıntılı bir inceleme yapması ve gerekirse bu hususta uzman bir psikiyatristin yardımını alması yerinde olur; küçüğün ayırt etme gücünün olup olmadığı kuşkulu olduğu takdirde ise, durum açıklığa kavuşuncaya kadar tıbbi müdahaleyi ertelemekten başka yapacağı bir şey yoktur⁵⁹. Buna karşılık, küçüğün yaşam ve sağlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması, yani tıbbi müdahalenin acil olması durumunda, hekim tarafından yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebinin, küçüğün üstün yararı oluşturur ve burada vekaletsiz iş görmeye ilişkin kurallar

⁵⁶ Buna karşılık, ana babanın tedavi sözleşmesini yapmaktan veya ayırt etme gücüne sahip küçüğün yapacağı veya yaptığı tedavi sözleşmesine izin veya icazet vermekten kaçınarak çocuğun sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahaleyi engellediği durumlarda, mahkemeye başvurularak MK mad. 346 vd. hükümleri çerçevesinde küçük lehine koruyucu tedbirlerin alınması sağlanabilir (karş. HHY mad. 24/II).

⁵⁷ Wölk, s.86; Naegeli, s. 103.

⁵⁸ Halihazırda TŞSTİK'nun 70'inci maddesine göre, küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcinin rızası şart olduğu gibi, büyük cerrahi ameliyatlarda için bu rızanın yazılı olması da şarttır.

⁵⁹ Aynı görüşte Naegeli, s. 125.

uygulanır.⁶⁰ Acil durumlarda tıbbi müdahale bizzat küçük tarafından reddolunduğu takdirde, böyle bir beyan hukuka aykırı olduğundan, hekim küçüğün iradesi hilafına tıbbi müdahalede bulunabilir⁶¹. Öğretide, burada esas itibarıyla küçüğün ayırt etme gücünün yokluğundan hareket edilebileceği de ifade edilmektedir⁶². Tıbbi açıdan zorunlu olmayan tıbbi müdahaleyi reddettiğinde ise, onun tabii iradesi yeterli sayılmalıdır⁶³.

Hekimin küçüğün ayırt etme gücünün olup olmadığına değerlendirmesi gereken husus, onun sağlık sorunlarında kendi menfaatini gözetip gözetemediğidir. Bu bağlamda, onun, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde verilen bilgileri anlayıp anlamadığı, bu bilgileri kendi değer anlayış açısından değerlendirip değerlendiremediği ve davranışının edindiği kanaate göre belirleyip belirlemediği hususları önem kazanır⁶⁴. Tıbbi müdahaleye rızayı verecek olan ayırt etme gücüne sahip küçük olduğundan, tıbbi müdahale konusunda aydınlatma yükümlülüğü de küçüğe karşı yerine getirilmelidir⁶⁵. Tıbbi aydınlatma, hastaya hastalığının durumu ve gidişatı, tavsiye edilen tedavinin muhtemel riskleri ve yararları konusunda hastayı bilgilendirmeye yönelik olup, onun sağlıklı ve kendi açısından doğru bir karar vermesi amacıyla hizmet ettiği tıbbi müdahaleye verilen rızanın geçerlilik şartıdır⁶⁶. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü, küçüğün bireysel anlama ve kavrama kabiliyetini dikkate alarak yerine getirmelidir.

Tıbbi müdahale konusunda karar verme hak ve yetkisine sahip olmamalarına rağmen, ayırt etme gücüne sahip küçüğün ana babasına, tıbbi

⁶⁰ Bu durumda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı tıbbi müdahale yapıldıktan sonra ortaya çıksa dahi, yasal temsilcinin küçüğün yararına olan tıbbi müdahaleyi reddetmesi yasal temsil yetkisinin aşılması anlamına geldiğinden, bu irade dikkate alınmaz. *Honsell/Wiegand, Artzrecht, s.173.*

⁶¹ HHY'nin 24'üncü maddesine göre, "yasal temsilciden veya -yasal temsilcinin izin vermemesi durumunda- mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayat veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise izin şartı aranmaz. Yine aynı maddeye göre, "hayati ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır".

Bununla beraber, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, hastanın kendisi hakkında karar verme hakkına saygı ilkesi ile yaşamın kutsallığı ilkesinden hangisine üstünlük tanınması gerektiği hususu, doktrinde yoğun tartışmalara yol açmaktadır. Bkz. örneğin, *Laufs/Uhlenbruck, § 52, Nr.12; Eibach, U. / Schaefer, K.: Patientenautonomie und Patientenwünsche, MedR 2001, s.21 vd.*

⁶² Öztan, s. 103; karşı. *Hinderling, s.73.*

⁶³ Wölk, s.89.

⁶⁴ Wölk, s.89.

⁶⁵ *Honsell/Wiegand, Artzrecht, s. 157; Naegeli, s. 114; Wölk, s.88.*

⁶⁶ Özsunay, s.32; Çilingiroğlu, s.57; Şenocak, s. 44; Ayan, s.71; Aşçıoğlu, Ç.: *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s.27; Honsell/Wiegand, Artzrecht, s.119; Deutsch, Nr.100.*

müdahale konusunda bilgi alma hakkı tanınmalıdır⁶⁷. Bu hakkın tanınması, onların MK mad. 339 ve mad. 340 çerçevesinde çocuğun bakımını, eğitimi ve kişiliğinin gelişimini sağlama hak ve ödevini gereği gibi yerine getirebilmeleri açısından zorunludur. Tıbbi müdahale hakkında bilgi alma hakkı ana babanın velayet hakkına dayanmaktadır. Tıbbi müdahaleye rızayı ayırt etme gücüne sahip küçüğün vermesi, onun sağlık sorunlarına ilişkin olarak iç ilişkide ana babasının etkisinden de uzaklaştırılması anlamına gelmemelidir. Küçüğün sağlık sorunlarına ilişkin olarak ana babasının tavsiye ve dayanılmasına ihtiyacı vardır⁶⁸. Ana babanın çocuğa gerekli korumayı ve dayanışmayı sağlaması için ise (çocuğun yararı aksini şart koşmadıkça , örneğin ana baba tarafından çocuğa şiddet uygulanması ihtimali) hekim tarafından tıbbi müdahale hususunda bilgilendirilmeleri gerekir⁶⁹.

Nihayet, açıklamalarımızın doğrudan doğruya tedavi amacını taşıyan tıbbi müdahalelere ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. ODASNHK⁷⁰ mad. 5'e göre, on sekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. NPHK⁷¹ mad. 4/II'ye göre ise, sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde ergin kişinin isteği üzerine yapılır. Yine, HHY mad. 35'e göre, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlara, kendilerine faydası olmaksızın sırf tıbbi araştırma amacını güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Bu kanun hükümlerinde yer alan ve kanımızca isabetli olan düzenlemelerde, söz konusu tıbbi müdahaleler açısından küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarından hareket edilmiştir. Bu çerçevede, bu türden özel tıbbi müdahalelerin küçüklere uygulanması, küçüğün kendisinin veya yasal temsilcisinin bu hususta rızası olsa dahi mümkün değildir⁷².

⁶⁷ Wölk, s.84.

⁶⁸ Wölk, s.85

⁶⁹ Hekimin sır saklama yükümlülüğünden hareketle aksi görüşte, Naegeli, s. 114; Honsell/Wiegand, Arztrecht, s.158, dpn. 147.

⁷⁰ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun.

⁷¹ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.

⁷² Buna karşılık NPHK mad. 5/1'e göre, Kanun'un caiz kıldığı durumlarda kürtaj, ayırt etme gücüne sahip küçüklerde velisinin iznine, küçüğe vasi atanmışsa vasinin rızası yanında sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Bu hukuki düzenlemede, kürtaj için küçüğün rızası ile yasal temsilcinin rızası (küçük vesayet altında ise, buna ilaveten sulh mahkemesinin izni) birlikte arandığından, ayırt etme gücüne sahip küçüğün kürtaj için yapılacak tıbbi müdahaleyi veto etme hakkı vardır. Dolayısıyla küçük, böyle bir tıbbi müdahalenin yapılmasını, rızasını vermemek suretiyle engelleyebilir. Buna karşılık, küçüğün kürtajı istemesi yasal temsilcinin ise istememesi durumunda, yasal temsilcinin bu tıbbi müdahaleyi veto etmek hakkı vardır. Kanımızca, sorumluluğunu yaşam boyu taşıyacak olduğu bir çocuğu dünyaya getirmek ya da getirmemek ayırt etme gücüne sahip küçüğün kararına bırakılmaldır. Bu açıdan, Kanun'un caiz kıldığı durumlarda (gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar tamamen isteğe bağlı olarak; on haftayı aşkın gebeliklerde ise, gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyetin söz konusu olması şartıyla)

SONUÇ

Küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde, hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olan tedavi sözleşmesi ile tıbbi müdahaleye rıza konusunu birbirinden ayırarak ele almak gerekir. Ana babanın çocuklarının (küçüğün) tedavisi için hekimle yaptığı sözleşme, üçüncü kişi, yani küçük yararına sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları ana baba ve hekim olup, hekime ödenecek ücreti ödeme borcu da ana babaya aittir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ise, tedavi sözleşmesini, kural olarak ancak yasal temsilcisinin izin veya icazetiyle yapabilir.

Vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, bu hakkın kullanılması, MK mad. 16'ya göre sadece ayırt etme gücüne sahip olmayı gerektirir. Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip küçük -doğrudan doğruya tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale söz konusu olduğu sürece- bu hakkı bizzat kullanabilmelidir. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda ise, bu hak yasal temsilcisi tarafından kullanılır. Bu çerçevede, TŞSTİK'nun 70'inci maddesi ile HHY'nin 24'üncü maddesinde yer alan ve küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleleri yasal temsilcinin rızasına bağlı tutan düzenlemeler, sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelere uygulanmalıdır.

Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını değerlendirecek olan kişi, onunla bizzat tedavi ilişkisi içerisinde olan hekimdir. Bu değerlendirmede, küçüğün, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde verilen bilgileri anlayıp anlamadığı, bu bilgileri kendi değer anlayışı açısından değerlendirip değerlendiremediği ve davranışını edindiği kanaate göre belirleyip belirleyemediği hususları önem kazanmaktadır.

Rızanın geçerlilik şartı olan tıbbi aydınlatma yükümlülüğü, rızayı verecek olan ayırt etme gücüne sahip küçüğe karşı yerine getirilmelidir. Buna karşılık ana babaya da, çocuğun yararı aksini şart koşmadıkça, yapılacak tıbbi müdahale konusunda bilgi alma hakkı tanınmalıdır.

kürtajın yapıp yapılmaması, sadece ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasına bağlı tutulmalıdır. Ancak, daha öncede belirtildiği gibi, ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından kürtaj için yapılacak tıbbi müdahale sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yasal temsilcinin izin veya icazetine gerek vardır. Yasal temsilcinin haksız yere izin ve icazet vermekten kaçınması durumuna ilişkin olarak bkz. yukarıda, dpn 56.