



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Zeynep ZORER KAPLAN

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI (PEDİYATRİ)
DOKTORLARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2024



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Zeynep ZORER KAPLAN

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI (PEDİYATRİ)
DOKTORLARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Danışman

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2024

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Zeynep ZORER KAPLAN'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. A. Kürşat KARAUZ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Güven YARAR (İmza)

Tez Başlığı: Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları (Pediatri) Doktorlarının Hukuki Sorumluluğu

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 09/05/2024

Mezuniyet Tarihi : 06/06/2024

(İmza)
Prof. Dr. Seda BAYRAKTAR
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları (Pediatri) Doktorlarının Hukuki Sorumluluğu” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Zeynep ZORER KAPLAN



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Zeynep ZORER KAPLAN
Öğrenci Numarası	20195225010
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Yüksek Lisans Tez Başlığı	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları (Pediatri) Doktorlarının Hukuki Sorumluluğu
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2391539332
Rapor Tarihi	30.05.2024
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 10 Alıntılar dahil: % 29
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 113 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Danışman Öğretim Üyesi Unvanı, Adı-Soyadı Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DOKTOR, TIBBİ MÜDAHALE, ÇOCUK VE ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI UZMAN DOKTORU KAVRAMLARI

1.1. Doktor Kavramı	3
1.1.1. Tıp Fakültesinden Mezun Olarak Diploma Sahibi Olmak	3
1.1.2. Vatandaşlık Durumu	3
1.1.2.1. Türk Vatandaşı Olma	3
1.1.2.2. Doktorun Yabancı Olması.....	3
1.1.2.2.1. Genel Olarak	4
1.1.2.2.2. Uygulanacak Hukuk.....	4
1.1.3. Tabip Odasında Kayıtlı Olmak.....	5
1.1.4. Doktorluğa Engel Hali Bulunmaması	5
1.1.4.1. Sürekli Engel Hali	5
1.1.4.2. Geçici Engel Hali	6
1.1.5. Mesleki Mali Sorumluluk Sigorta Yapmak.....	6
1.2. Tıbbi Müdahale Kavramı	6
1.2.1. Kavram	6
1.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları	7
1.2.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Bir Sağlık Personeli Tarafından Yapılması.....	7
1.2.2.2. Aydınlatma ve Rıza Şartı	7
1.2.2.2.1. Aydınlatma	7
1.2.2.2.1.1. Aydınlatılacak Kişi	8
1.2.2.2.1.2. Aydınlatma Yükümlüsü	8
1.2.2.2.1.3. Aydınlatma Zamanı	9
1.2.2.2.1.4. Aydınlatma Kapsamı	9
1.2.2.2.2. Rıza.....	10
1.2.2.2.2.1. Genel Olarak	10
1.2.2.2.2.2. Rıza Açıklaması	10
1.2.2.2.2.3. Rıza Ehliyeti.....	11

1.2.2.3.	Gereklilik ve Özenle Yerine Getirme Şartı	12
1.2.2.3.1.	Gereklilik.....	12
1.2.2.3.2.	Özenle Yerine Getirme.....	13
1.3.	Çocuk Kavramı	13
1.3.1.	Ulusal Mevzuat Bakımından Çocuk.....	15
1.3.1.1.	Anayasa Bakımından Çocuk	15
1.3.1.2.	Türk Medeni Kanunu Bakımından Çocuk	16
1.3.1.3.	Türk Ceza Kanunu Bakımından Çocuk	16
1.3.1.4.	Çocuk Koruma Kanunu Bakımından Çocuk.....	17
1.3.2.	Uluslararası Mevzuat Bakımından Çocuk.....	17
1.3.3.	Hasta Çocuğun Yabancı Uyruklu Olması Halinde Uygulanacak Hukuk.....	17
1.4.	Velayet Kavramı	18
1.5.	Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları (Pediatri) Doktoru Kavramı	18
1.5.1.	Genel Olarak.....	19
1.5.2.	Yan Dal Pediatri Uzmanlığı	20
1.5.3.	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Doktoru Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Aranılan Şartlar.....	20
1.5.3.1.	Aydınlatma	21
1.5.3.1.1.	Aydınlatılacak Kişi.....	21
1.5.3.1.2.	Aydınlatma Yükümlüsü	21
1.5.3.1.3.	Aydınlatma Zamanı.....	22
1.5.3.1.4.	Aydınlatma Kapsamı.....	22
1.5.3.2.	Rıza.....	22
1.5.3.2.1.	Rıza Ehliyeti	22
1.5.3.2.2.	Rızanın Aranmadığı Tıbbi Müdahaleler	28
1.5.3.2.2.1.	Genel Önleyici Aşı Zorunluluğu.....	28
1.5.3.2.2.2.	Soy Bağı Tespiti.....	30
1.5.3.2.2.3.	Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında İç ve Dış Beden Muayenesi	31
1.5.3.2.3.	Tıbbi Kararlarda Çocuğun Yüksek Yararı Karşısında Ana Babanın Rızası	32
1.5.3.3.	Gereklilik.....	33
1.5.3.3.1.	Çocuklara İlişkin Estetik Müdahaleler Bakımından	33
1.5.3.3.2.	Sünnet Özelinde Sosyal Endikasyon.....	34

1.5.3.4.	Çocuk Doktorlarının Özen Yükümlülüğü	35
----------	--	----

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI UZMAN DOKTORLARININ VE HASTANIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1.	Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Doktorlarının Hak Ve Yükümlülükleri.....	37
2.1.1.	Doktorun Yükümlülükleri	37
2.1.1.1.	Hayatta Tutma Yükümlülüğü.....	37
2.1.1.1.1.	Ağır Özürlü Yeni Doğan Bebekler ve Erken Ötenazi.....	38
2.1.1.1.2.	Pasif Ötenazi	38
2.1.1.2.	Özen Yükümlülüğü	38
2.1.1.3.	Sır Saklama Yükümlülüğü	39
2.1.1.4.	Öykü Alma Yükümlülüğü.....	40
2.1.1.5.	Muayene Yükümlülüğü.....	41
2.1.1.6.	Teşhis Yükümlülüğü	41
2.1.1.7.	Tedavi Yükümlülüğü.....	42
2.1.1.8.	Tıbbi Teknik Kullanma Yükümlülüğü	43
2.1.1.9.	Kayıt Tutma Yükümlülüğü	45
2.1.1.10.	Kayıtları Verme Yükümlülüğü.....	45
2.1.2.	Doktorun Hakları.....	46
2.1.2.1.	Hizmetten Çekilme Hakkı.....	47
2.1.2.2.	Hastayı Seçme ve Reddetme Hakkı	47
2.1.2.3.	Tedaviyi Durdurma veya Devam Etme Hakkı	48
2.1.2.4.	Sağlığının Korunmasını İsteme Hakkı	48
2.2.	Tıbbi Müdahalede Çocuğun Ve/Veya Velinin Hak Ve Yükümlülükleri.....	49
2.2.1.	Hasta Çocuk ve Velinin Hakları.....	49
2.2.1.1.	Tedaviyi Kabul ve Ret Hakkı.....	49
2.2.1.2.	Mahremiyet İsteme Hakkı.....	50
2.2.1.2.1.	Mahremiyet İsteme Hakkı Kavramı	51
2.2.1.2.2.	Çocuğun Sağlık Verileri Bakımından Mahremiyet hakkının Değerlendirilmesi.....	52
2.2.2.	Hasta Çocuk ve Velinin Yükümlülükleri	55
2.2.2.1.	Doktorla İşbirliği Yapma	55
2.2.2.2.	Bilgi Verme	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI DOKTORLARININ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

3.1. Sorumluluk Sebepleri.....	56
3.1.1. Genel Olarak.....	56
3.1.2. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis) Kavramı	56
3.1.2.1. Kavram	56
3.1.2.2. Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı	57
3.1.2.3. Çocuk Doktorları Bakımından	58
3.2. Özel Hukuk Sorumluluğu	59
3.2.1. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk	59
3.2.1.1. Doktor ile Hasta arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği	59
3.2.1.1.1. Vekâlet Sözleşmesi	59
3.2.1.1.2. Eser Sözleşmesi.....	60
3.2.1.1.3. Hizmet Sözleşmesi	61
3.2.1.1.4. Sui Generis Görüşü	61
3.2.1.2. Özel Hastane ile Hasta Arasındaki İlişkinin Doktora Etkisi	62
3.2.1.2.1. Genel Olarak	62
3.2.1.2.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi	62
3.2.1.2.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	63
3.2.1.2.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	63
3.2.2. Sözleşme Dışı Sorumluluk	63
3.2.2.1. Culpa in Contrahendo.....	63
3.2.2.2. Vekâletsiz İş Görme	64
3.2.2.3. Haksız Fiil	65
3.2.3. Sorumluluğu Azaltan Haller.....	66
3.2.3.1. Sorumsuzluk Anlaşması.....	66
3.2.3.2. Üçüncü Kişinin Kusuru	66
3.2.4. Sorumluluğun Hukuki Sonuçları.....	67
3.2.4.1. Sorumluluk Sebebiyle Açılacak Davalar	67
3.2.4.1.1. Genel Olarak	67
3.2.4.1.2. Arabuluculuk Şartı	67
3.2.4.1.3. Zamanaşımı	68
3.2.4.2. Tazminat Sorumluluğu.....	68

3.2.4.2.1. Maddi Tazminat	69
3.2.4.2.2. Manevi Tazminat.....	69
3.2.4.2.3. Sorumluluğun Sigortaya Yöneltilmesi	69
3.2.4.3. Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Yargı Yeri	70
3.2.4.3.1. Görevli Mahkeme.....	70
3.2.4.3.2. Yetkili Mahkeme.....	72
3.3. Cezai Ve İdari Sorumluluk	72
3.3.1. Cezai Sorumluluk	73
3.3.1.1. Doktorların Gerçekleştirmiş Oldukları Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ortaya Çıkan Cezai Sorumluluk.....	73
3.3.1.2. Doktorun Gerçekleştirmemiş Olduğu Tıbbi Müdahale Nedeniyle Sorumluluğu	76
3.3.1.3. Doktorun Cezai Sorumluluğunu Gündeme Getirebilecek Diğer Haller	77
3.3.2. İdari Sorumluluk.....	78
SONUÇ	82
KAYNAKÇA.....	85
EK 1- Tıpta Uzmanlık Ek Çizelge.....	92
EK 2- Tıpta Uzmanlık Süreler Ek Çizelge	93
EK 3- Açık Onam Formu.....	94
EK 4- Taahhütname	95
EK 5- Tıbbi Uygulama Hatası İddiası Bulunan Toplam 380 Doktorun Branşlarına Göre Dağılımı	96
EK 6- 0-18 Yaş Grubu Çocuklara Yapılan ve Kusurlu Olup Olmadıkları Yönünden Değerlendirilen Olguların Uzmanlık Dallarına ve Kusur Durumuna Göre Dağılımı	97
EK 7 Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanlarından Kusurlu Bulunan Toplam 21 Olgu Üzerinden Kusur Nedenleri.....	98
ÖZGEÇMİŞ	99

KISALTMALAR LİSTESİ

AHBVHFD	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMBB	Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru
Bkz.	Bakınız
Bs.	Baskı
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
Çev.	Çeviren
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK	5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.	Esas Numarası
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GDPR	Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü
HD	Hukuk Dairesi
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İn.	İçerisinde
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar Numarası
KadHHFD	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Kn.	Kenar Numarası
KSVHY	Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik
KVKK	6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
M.	Madde
NPHK	2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
R.G.	Resmi Gazete
S	Sayı
SS	Sayfa aralığı
Sy.	Sayılı
T.	Tarih

T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UHK	1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÖZET

Hukuk düzeninde kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkının korunması diğer bütün hakların kullanılabilmesinin ön koşuludur. Sağlık ve iyileşmek adına dahi olsa gerçekleştirilen tıbbi müdahale bakımından hastanın ve doktorun kurallar çerçevesinde korunması, beraberinde tarafların sorumluluğunu getirmektedir. Doktor hasta ilişkisi hukuken ne kadar belirlenebilir ve koruyucu olursa hem doktor hem hasta bu denli amaca ulaşabilecektir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının yanında, müdahalenin çocuklar bakımından ne şartlarda ve nasıl uygulanması gerektiğini belirlemek, tıp ve hukuk biliminin öncelikli konusu olmalıdır. Çocuk hastanın hakları ve doktorun sorumluluğu hukuk sınırıyla çevrelenmedikçe toplum sağlığının da tehlikeye düşmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır. Uygulamada, çocuk doktorlarına ilişkin diğer uzmanlıklara göre daha fazla tıbbi hata ve uyuşmazlık olması ve hastanın çok kez korunmaya muhtaç çocuk olması sebebiyle çocuk doktorlarının sorumluluğunun diğer doktorlara nazaran daha hassas ve önemli olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Çocuk doktorlarının görevlerini, karşılaşmaları pek muhtemel yargılamalara karşı endişe duymadan yapabilmeleri ve mesleki özerkliklerini koruyabilmeleri çocuk sağlığını ve dolayısıyla uzun vadedeki toplum sağlığını belirleyecektir.

Kişinin kişiliğinin, yaşamının ve haklarının hukuken korunması gerekliliği karşısında, bakıma ve temsile muhtaç çocuğun ise daha fazla korunmasının gerekliliği ortadadır. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan aydınlatma, çocuğun kişisel sağlık verileri bakımından, müdahaleye rıza verme ise kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması bakımından çocuk hastaların bu durumlar karşısındaki konumu ve doktorun yaklaşımı hukuken tartışılmaya değer konulardır. Diğer yandan tıp hukukunda, doktoru otorite kabul eden ve bir nevi hastanın yerine kendini koyarak hareket eden babacıl anlayış terk edilerek artık kişinin geleceğini belirleme hakkına dayanan otonom anlayışa geçilmiştir. Çocuk doktoru ile hasta ilişkisinde de, ayırt etme gücü olan çocuklar bakımından değil doktorun, velinin dahi çocuk üzerinde hüküm kurmasını kabul etmeyen bir eğilim gelişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Doktoru, Çocuk Hasta, Sorumluluk, Tıbbi Müdahaleye Rıza Ehliyeti, Çocuğun Rızası.

ABSTRACT

LEGAL RESPONSIBILITY OF PEDIATRICIANS

In the legal order, the protection of one's physical integrity and the right to life is at the forefront of the exercise of all other rights. The protection of the patient and the doctor within the framework of the rules in terms of medical attention, even for the health and recovery, brings with it the responsibility of the parties. The more legally determinable and protective doctor-patient relationship is, the more purposeful both the doctor and the patient will be.

In addition to the conditions of lawfulness of the medical attention, determining under which conditions and how the attention should be applied in terms of children should be the primary subject of the medical and juridical sciences. Unless the rights of the paediatric patient and the responsibility of the doctor are not surrounded by the legal boundaries, jeopardise of the public health will be unavoidable result. In practice, it would not be incorrect to say that the responsibility of paediatricians is more sensitive and important than the doctors specified in other fields of medicine, since there are more medical failure and disputes regarding paediatricians than other specialities and the patient is often a child in need of protection. The ability of paediatricians to perform their duties without any concerns regarding possible judgements and to protect their professional autonomy will determine the health of children and thus the health of the community in the long term.

In the face of the necessity to legally protect the personality, life and rights of the person, it is obvious that the child is in need of more care and representation. It is worthy to legally discuss the position of the pediatric patients and the pediatricians from the points of; (i) the notice which legalize the medical attention within the scope of the child's personal medical data and (ii) the consent of the child on the medical attention within the scope of a right strictly bound to the person. On the other hand, in the medical law, the paternalistic understanding, which accepts the doctor as an authority and acts by putting himself in the shoes of the patient, has been abandoned and an autonomous understanding based on the right to determine one's future has been adopted. In the relationship between the paediatrician and the patient, a tendency is being developed which does not accept only the doctor, but even the guardian to rule over the child in terms of children with the power of discernment.

Keywords: Paediatrician, Child Patient, Liability, Consent to Medical Attention, Consent of the Child.

GİRİŞ

Tıp biliminin tecrübeye, hukuk biliminin ise kurallara dayanıyor olması farklı iki düşünce sisteminin varlığını göstermektedir¹. Bu doğrultuda tıp hukukunda kalan boşlukları doldurmak için her iki bilim dalı uzmanları arasındaki işbirliği gerekli ve önemlidir². Çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanlığı, tarihi çok eskiye dayanmayan, ülkemizde³ cumhuriyet döneminde kadın hastalıkları ile iç hastalıkları arasından sıyrılarak belirmiş bir uzman doktorluk olarak tıbbi araştırmalar değiştikçe şekillenmek zorunda olmasının yanı sıra hukuken zaten korunmaya muhtaç çocuğun bir de hasta konumda olması bakımından da hassasiyetle değerlendirilmelidir.

Her hastanın, tedavi yönteminin, hastalığın veya ilacın hasta üzerindeki etkisinin farklı olması gibi çok yönlü etmenlerle donatılmış bir tabloda, doktorun her seferinde aynı kurallarla hareket zorunluluğunu kabul etmek akla aykırıdır. Nitekim bu sebeple doktor, mesleğini icra ederken özerkliğe sahiptir, herhangi bir kişi veya gücün baskısı altında kalmadan özgürce karar vermektedir⁴. Benzer şekilde hasta da dilediği doktoru, tedaviyi seçmede ve dolayısıyla geleceğini belirleme bakımından özgürdür. Doktor hasta ilişkisinin temelindeki tıbbi müdahale ile kişilik haklarının çatışması tıp hukukunun sahasında kalmaktadır⁵. Genel hukuk kurallarının, özelde ise tıp hukukunun, çizdiği çerçevede, çocuk hasta ile doktorun hak ve yükümlülükleri hukukçular tarafından çok dikkatli yorumlanmalıdır.

Çocuk doktorlarının son dönemlerde artan hatalı tıbbi uygulamaları⁶, mesleği icra ederken oluşan haklı endişelerinin, hukuk alanındaki soru işaretlerinin giderilmesi, güçsüz ve

¹ Alman hukukçular tarafından savunulan rıza yeteneği için 14 yaş sınırı hakkında “Özellikle çocuk hastalıklarında uzmanlaşmış bir doktor olarak ben bu görüşe karşı çıktım ve özellikle ergenlik çağındaki olanların gelişme durumlarındaki büyük farklılık dolayısıyla böyle bir belirlemenin yapılamayacağını ve en azından anlamlı olmayacağını söyledim. Fikirleri sorulan çocuk ve gençlik psikiyatrları da böyle bir ölçümün yapılamayacağını ifade ettiler. Ayrıca şunlara da dikkat çekmek gerekir: Rıza yeteneği, temyiz kabiliyetini gerektirir. Bu sadece mevcut yeteneklere bağlı olmayıp, söz konusu tedbirlerin çeşidi, ağırlığı ve özellikle hastaların kavrayışına uygun olarak yapılan açıklamaya bağlıdır. Dolayısıyla bir küçüğün belirli alanlarda rıza yeteneğinin bulunması ve fakat başka alanlarda ise rıza yeteneğine sahip olmaması, tümüyle mümkündür.” Bkz. Mattheis, 2004: 40 vd.

² “Tıp hukuku her zaman disiplinler arası düşünmek zorundadır.” Prof. Henning Rosenau Konuşması, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: 13.

³ Üstün vd., 2019: 217.

⁴ Karataş, 2022: 41

⁵ Çağlar vd., 2007: 70.

⁶ “Ülkemizde 0-18 yaş grubunda artan tıbbi uygulama hataları nedeniyle bu gruba yönelik çalışan sağlık meslek çalışanlarının, özellikle çocuk doktorları ve pratisyenlerin; tanı, tedavi, bakım ve sevk konularında daha dikkatli olmaları ve özenli davranmaları gerekmektedir. Bunların yanı sıra, hastaya ve yakınlarına ayrıntılı bilgi verilerek önerilen tedavinin komplikasyon ve yan etkileri mutlaka hastanın anlayacağı dil ile anlatılmalıdır” Özkaya ve diğerleri, 2011: 151.

bilgisiz konumda olan hastanın üstüne bir de çocuk olması sebebiyle daha çok korunması gerekliliği bu tezi yazmaktaki motivasyonumuzu sağlamıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, çocuk doktorunun sorumluluğu belirlenirken anlamını ve kapsamını doğru değerlendirmemiz gereken temel kavramlara yer verilmiştir. Hukukumuzda çocuk ve çocuk doktoru kavramları ortaya konmuştur. Devamında tıbbi müdahale ve hukuka uygunluk şartları analiz edilmiştir. Bu doğrultuda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan aydınlatma yükümlülüğü, çocuğun rızası ve velinin⁷ tüm bu süreçteki konumu üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde, doktorun yükümlülüklerinden çocuklar bakımından özellikle davranılması gereken ilkeler, uygulama ve teori ile birlikte değerlendirilerek sunulmuştur. Devamında çocuk doktorunun yükümlülükleri karşısında özellikle çocuk hastanın hakları ve çoğunlukla velinin yükümlülüklerinden bahsedilmiştir. Çocuğun sağlık verileri ve hasta mahremiyeti çalışmamızda önemine binaen büyük yer kaplamıştır. Hasta olan çocuğun kişilik haklarının doktor nezdinde ne denli bir yükümlülük yarattığı anlatılmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde çocuk doktorlarının sorumluluğunu doğuran sebepler olarak sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme ve sözleşme dışı olan haksız fiil, vekâletsiz iş görme kavramları incelenmiştir. Çocuk doktoru ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tartışılmıştır. Haksız fiil teşkil eden ve bu yönüyle sorumluluk sebeplerinden olan hatalı tıbbi uygulama üzerinden içtihatlar incelenmiştir. Son olarak doktorun cezai sorumluluğundan, doktorun kusurunun özel hukuktaki etkisi sebebiyle, sınırlı olarak bahsedilmiştir.

Çalışmamız boyunca hukukta çocuk doktorlarını ilgilendirir boşluklara dikkat çekilerek, bu boşlukların doldurulması adına oluşan kanaatlerimiz sunulmuştur. Olması gereken hukuk, uygulamadaki sorunlar ve diğer bilim dallarındaki akademik araştırmalar da göz ardı edilmeyerek yer yer değerlendirilmiştir.

⁷ Çalışma boyunca “veli, ebeveyn, kanuni temsilci ve ana-baba” terimleri çocuğu temsil eden taraf olarak birbirinin yerine kullanılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DOKTOR, TIBBİ MÜDAHALE, ÇOCUK VE ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI UZMAN DOKTORU KAVRAMLARI

1.1. Doktor Kavramı

Doktor Türkçe Sözlükte “*hekim*”⁸ olarak tarif edilmiştir. Hekim ise “*insanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse; doktor, tabip*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktor olmanın şartları, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁹ ile belirlenmiştir. Mevzuatımızda daha çok hekim olarak geçen doktor deyiminden insanların hastalıklarına ilişkin teşhis ve tedavi yapabilme yeteneğine sahip olan tıp fakültesi mezunu kimse anlaşılmalıdır.

1.1.1. Tıp Fakültesinden Mezun Olarak Diploma Sahibi Olmak

1219 sayılı Kanuna göre doktorluk yapabilmek için tıp fakültelerinden başarılı bir şekilde mezun olmak gerekmektedir. Keyfiyet 1219 sayılı Kanun’un m. 1 hükmünde şu şekilde düzenlenmektedir: “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” Doktorluğun icra edilebilmesi diplomanın bulunması şartına bağlıdır. Doktorluk için diploma sahibi olmanın yanında bazı durumlarda ek şartlar da mevcuttur.

1.1.2. Vatandaşlık Durumu

1.1.2.1. Türk Vatandaşı Olma

Ülkemizde, 2011 öncesinde doktor olmanın şartı olarak Türk vatandaşı olmak da aranırken 663 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonucunda bu şart kaldırılmıştır¹⁰. Dolayısıyla artık yabancı uyrukluların da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmasa da ülkemizde doktorluk yapabilmeleri, şartların sağlanması halinde, mümkündür.

1.1.2.2. Doktorun Yabancı Olması

Türk vatandaşı olmayan yabancı kişi ya Türkiye’deki bir üniversiteden mezun olarak ya da denklik belgesi alarak ülkemizde mesleğini sürdürebilmektedir. Son dönemlerde ülkemizin aldığı yoğun göçler nedeniyle yabancı uyruklu doktor sayısı da arttığından konunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

⁸ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 07.11.2023)

⁹ 14.4.1928 Tarih ve 863 Sayılı R.G. (1219 sy. Kanun olarak anılacaktır.)

¹⁰ 2.11.2011 Tarih ve 28103 Sayılı R.G.

1.1.2.2.1. Genel Olarak

Türkiye dışındaki bir ülkeden mezun doktorlar bakımından, Avrupa Bölgesinde Yükseköğretimle İlgili Belgelerin Tanınmasına İlişkin Sözleşme (Lizbon Anlaşması) ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun¹¹ m. 7/p hükmüne göre hazırlanan Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik Yönetmeliği¹² hükümlerine göre hareket edilmektedir. Bu doğrultuda şartları mevcut olması halinde bir başka ülkeden alınan diplomanın ülkemizde denklik belgesi ile Yüksek Öğretim Kurulu tarafından tanınması gerekmektedir¹³.

Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik¹⁴, *Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi* olarak tanımladığı yabancının, özel sağlık kuruluşlarında mesleğini yürütebilmesi için aranan şartları m. 5 hükmünde;

“a) Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.

b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak.

c) Türkçe bilmek.

ç) İlgili mevzuata göre Türkiye'de çalışma ve ikamet izni almış olmak.

d) Hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak” olarak sıralamıştır.

Yabancı doktorların Türkiye'de mesleğini yürütebilmesi için çalışma iznine de sahip olması gerekmektedir. 663 sayılı KHK ile yabancı doktorların Türkiye'de çalışabilmelerinin önü açılmış olup, yabancı uyruklu doktor/hemşire istihdam edecek özel sağlık kuruluşları Sağlık Bakanlığı'ndan, İl Sağlık Müdürlüğünden, almış olduğu mesleki yeterlilik ön izin belgesi ile birlikte Bakanlığa çalışma izin başvuru yapmakta ve talebi uygun bulunanlara çalışma izni düzenlenmektedir¹⁵. Türkiye'deki üniversitelerden mezun olmayan doktorların, çalışma izni olsa dahi denklik belgesine sahip olması aranmaktadır.

1.1.2.2.2. Uygulanacak Hukuk

Şartları taşıyan yabancı doktorun ülkemizde mesleğini icra ederken karşılaşacağı hukuki uyuşmazlıklarda ise hangi hukukun uygulanacağı, milletlerarası özel hukuk kurallarına göre çözümlenecektir. Bu kuralların olaya uygulanması neticesinde tayin ve tespit

¹¹ 6.11.1981 Tarih ve 17506 Sayılı R.G.

¹² 5.12.2017 Tarih ve 30261 Sayılı R.G.

¹³ www.yok.gov.tr/Documents/Yayinlar/Yayinlarimiz/Yuksekogretim_tanima_ve_denklik_el_kitabi.pdf (Erişim Tarihi: 28.2.2024)

¹⁴ 22.2.2012 Tarih ve 28212 Sayılı R.G.

¹⁵ <https://www.csgeb.gov.tr/uigm/sikca-sorulan-sorular/> (Erişim Tarihi: 28.2.2024)

edilen hukukun uygulanması neticesinde uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk belirlenmiş olur ve bu durum milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tesisine de hizmet eder¹⁶. Milletlerarası özel hukuk alanında kalan, ilişkide yabancılık unsuru taşıyan bu gibi durumlarda bağlama kuralları ile çözüme ulaşılmaktadır.

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁷ m. 24 hükmü sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi tutmuştur. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli sayılacaktır. Taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

1.1.3. Tabip Odasında Kayıtlı Olmak

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu¹⁸ m. 7 hükmü gereği serbest olarak çalışan doktorların bir ay içinde, faaliyet gösterdikleri il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur. Kamu hastanelerinde çalışan veya hiç çalışmayan doktorlar için ise bu şart isteğe bağlı kılınmıştır. Çocuk sağlığı ve hastalıkları uzman doktorlarının da kendi muayenehanesinde ve özel hastanelerde faaliyetini sürdürmesi için Türk Tabipler Odasına kaydı gereklidir.

1.1.4. Doktorluğa Engel Hali Bulunmaması

Türkiye’de doktorluk yapabilmek için kanuni, fiili veya idari anlamda bir engelin olmaması gerekmektedir. Bu engeller sürekli veya geçici olarak değerlendirilmektedir.

1.1.4.1. Sürekli Engel Hali

1219 sayılı Kanun m. 28 hükmü gereği “*kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak*” doktorluğun sürekli icrası için aranan şarttır. Diğer yandan aynı hüküm gereği mesleği icra edemeyecek ve iyileşmeyecek şekilde ruh hastalığı olan doktorların de diplomaları geri alınarak meslek icrasına son verilmektedir. Haklı bir eleştiri olarak bir

¹⁶ Şanlı, 2013: Kn 23, 21.

¹⁷ 12.12.2007 Tarihli ve 26728 Sayılı R.G.

¹⁸ 31.1.1953 Tarihli ve 8323 Sayılı R.G.

doktorun mesleğe ilişkin olmayan veya mesleği yürütmesine engel teşkil etmeyen suçlardan dolayı meslekten sürekli olarak men edilmesi bizce de yerinde değildir¹⁹.

1.1.4.2. Geçici Engel Hali

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 39 hükmü gereği doktor kanuna dayalı görevlerini yerine getirmemezse Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından onbeş günden altı aya kadar meslek icrasından men cezası verilebilmektedir. Bu cezanın Yüksek Haysiyet Kurulu tarafından onaylanması halinde doktor mesleğini geçici olarak icra edememektedir²⁰.

1.1.5. Mesleki Mali Sorumluluk Sigorta Yapmak

1219 Sayılı Kanun Ek m. 12/2 hükmü “*Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.*” şeklinde bir sorumluluk getirmiştir. İşbu sigortanın yapılmaması doktorluğa engel bir hal teşkil etmese de kanunda buna ilişkin para cezası öngörüldüğünden doktorların sigorta yaptırması gerekmektedir. Zorunlu sigorta kendi muayenehanesinde çalışan doktorun kendisi, özel hastanede çalışan doktor için ise hastane tarafından yapılmaktadır.

1.2. Tıbbi Müdahale Kavramı

1.2.1. Kavram

Hasta Hakları Yönetmeliği²¹nde tıbbi müdahalenin, “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi*” ifade ettiği belirtilmiştir.

Tıbbi müdahale, öğretilde yapılan birçok tanımlamanın eleştirilebilir eksikleri olması nedeniyle kanaatimizce şu ifadelerle doğru tanımlanmaktadır; “*insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir*”²².

Uygulamadaki şartların ve ihtimallerin sonsuzluğu karşısında, tıbbi müdahale kavramının ve tıp hukukunun önemi daha açık anlaşılmaktadır. Tıbbi müdahale kavramının tanımından da yola çıkarak, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk unsurlarının belirlenmesi, doktorların fiillerinin sınırı bakımından gerekmektedir.

¹⁹ İpekyüz, 2006: 20.

²⁰ İpekyüz, 2006: 19.

²¹ 01.08.1998 Tarihli ve 23420 Sayılı R.G.

²² Ayan, 1991: 5., Hakeri, 2021: 43., Yavuz İpekyüz, 2006:22.

1.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için tıbben gerekli ve uygun bir müdahalenin yetkili bir sağlık personeli tarafından aydınlatılmış ve rızası alınmış hastaya özenli bir şekilde yerine getirilmesi gereklidir. İnsan bedeni ve ruhu üzerinde bir girişim olan tıbbi müdahale, hasta aydınlatılmadığı ve rıza vermediği sürece, esasında ceza hukukundaki yaralama fiili gibi bir hukuka aykırılıktır, özel hukuk alanında ise bir kişilik hakkına saldırıdır. Kişinin dokunulmazlığı, şartları mevcut değilse, müdahale tıbbi amaçla da olsa ihlal edilmiş olacaktır. Bu müdahalenin ihlal kapsamından çıkarılması için, hukuka uygunluk şartlarını taşıması gerekir. Tıp hukukunda belirlenen bu şartlar ile kişi korunmakta ve doktorun fiillerinin tıp ve hukuk sınırı için kalması sağlanmaktadır.

1.2.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Bir Sağlık Personeli Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi 1219 sayılı kanun ile yalnızca sağlık personeline verilmiştir. Acil durum²³ ve ilk yardım²⁴ halleri bu kuralın istisnası olup, doktor dışında kalan sağlık çalışanlarının tıbbi müdahalede bulunabilmesi yine ancak bu durum ayrıca düzenlenmişse mümkündür²⁵. *Çocuk doktoru* başlığında tıbbi müdahalede yetkili kişi olan doktor ve çocuk doktoru olmanın şartlarından bahsedilmektedir²⁶. Bunun yanında yetkili sağlık personeli olan çocuk doktorunun yapacağı tıbbi müdahaleleri pratisyen doktor dediğimiz halk arasında aile hekimi olarak anılan doktorların da yapabilmesi mümkündür. Çalışmamız kapsamında yalnızca uzman çocuk doktorları bakımından kavramlar, sorumluluklar ve yükümlülükler incelenecektir.

1.2.2.2. Aydınlatma ve Rıza Şartı

1.2.2.2.1. Aydınlatma

Anayasa m. 17/1 hükmünün herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu emri, kişiye yapılan bir müdahalede rızasını almadan önce hukuken aydınlatılmasını ve kişiliğin tüm unsurlarıyla en güçlü şekilde korumasını zorunlu kılmaktadır. Otonomi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, esasında kişilik hakkının

²³ Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik 31/ğ Hükmü ; “*Tabip harici sağlık çalışanı, ilk yardım ve acil tıbbi müdahaleler hariç olmak üzere, tabip kararı ve talimatı olmaksızın hangi surette olursa olsun hastalara doğrudan tıbbi hizmet sunamaz. Tabip harici sağlık çalışanının, bu kurala aykırı olarak sunduğu hizmetlerden doğan neticelerden kendisi ile birlikte, mesul müdür ve işleten sorumludur.*”

²⁴ Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik 5/1-H Hükmü

²⁵ 1219 Sayılı Kanun ek m. 13/ü hükmünce; “*Acil tıp teknikeri; ön lisans seviyesindeki acil tıp bölü-münden mezun, acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak kaydıyla hastaya müdahale ve bu hususta lazım gelen iş ve eylemleri yapan sağlık teknikeridir.*”

²⁶ Bkz.: Bölüm I Başlık 1.5.

vücut bulmuş bir halidir. Öğretide kişilik hakkı olarak da anılan ve daha doğuştan sahip olunan, kişiliği oluşturan değerler, mahremiyet, beden, sağlık, onur, resim, isim, tüm özgürlükler ve ehliyet herkese karşı etkili mutlak haklar olarak kabul edilmektedir²⁷.

Avusturya Yüksek Mahkemesi on altı yaşındaki kişinin ameliyatı için sadece ebeveynlerden rıza alınması ve hastanın ise aydınlatılmaması sebebiyle doktoru sorumlu tutmuştur. Aydınlatmanın kapsamı, veli bakımından geniş ve detaylı olması gerekirken çocuk bakımından onun anlayabileceği basit bir anlatımla sağlanmalıdır²⁸.

Anne babası boşanmış çocuklarda karar verme yetkisi olan velayet sahibi ebeveyn aydınlatılmalıdır. Bununla yanında diğer ebeveynin de aydınlatılmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

1.2.2.2.1.1. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılacak kişi, rıza vermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması ve anayasal koruma altında olması sebepleriyle hastanın bizzat kendisi olmalıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kişiliği çok yakından ilgilendiren haklar olduğundan, bunların kullanılmasına karar verme yetkisini bir başkasına devretmek kişilik kavramıyla bağdaşmamaktadır²⁹. Şayet hasta kendi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini istiyorsa HHY m. 18/3 hükmü doğrultusunda bunu yazılı şekilde kayıt altına alınarak yalnızca hastanın istediği kişiye bilgi verilmelidir.

1.2.2.2.1.2. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlüsü, baştan itibaren hastaya bakan doktordur. Başka bir doktor bilgilendirme yapmak zorunda ise bu durum hastaya bildirilerek aydınlatma yapılmalıdır. Öğretide hem asıl sözleşmenin tarafı olan doktorun, hem de müdahaleyi yürütecek olan doktorun aydınlatmayı yapması gerektiği savunulmaktadır³⁰. Alman hukukunda ise aydınlatmanın başka bir doktora yaptırılması Federal Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Ancak Alman Medeni Kanunu'nda 2013 yılında yapılan değişiklik ile birlikte tıbbi müdahale konusunda teknik bilgisi olan bir kişinin de aydınlatma yapabileceği kabul edilmiştir³¹.

²⁷ Serozan, 2000: 79.

²⁸ Karar için bkz., Hakeri, 2021: 344.

²⁹ Oğuzman vd., 2008: 147.

³⁰ Ayan, 1991: 82. Aynı yönde bkz. Hakeri, 2021: 345.

³¹ Hakeri, 2021: 347.

1.2.2.2.1.3. Aydınlatma Zamanı

Aydınlatma zamanı, HHY m. 18/5 hükmünde hastaya makul süre tanınması şeklinde belirtilmiş olup açık bir zaman birimi belirlenmemiştir. Hasta Hakları Avrupa Statüsünün³² bölüm 2'deki Rıza Hakkı başlığı altında hastanın herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin riskler, sıkıntılar, yan etkiler ve alternatif durumlar dâhil olmak üzere tüm bilgiler, en az yirmi dört saat önce hastaya verilmelidir ve hastanın kendi durumu bakımından seçim yapabilmesi sağlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında, aydınlatma ile müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı olması gerektiğini kabul etmiştir³³. Bu doğrultuda ne geç kalınan ne de çok erken sağlanan bir aydınlatma amaca hizmet etmeyecektir; amaç hastaya baskı ve başkaca tedirginlik yaratacak bir durum oluşturmadan rahatça düşünerek geleceğini belirlemesini sağlayacak kararı verecek zamanı tanımaktır. Her bir somut olayda, hastanın durumu, fiziki imkânlar, tıbbi çareler ve sosyal faktörler değişiklik göstereceğinden genel geçer bir zaman kuralı koymak hakkaniyetli olmayacaktır. Bir hasta-doktor ilişkisinde mevcut şartlar altında yapılan aydınlatmanın, hastanın geleceğini belirleme hakkını sağlamaya yönelik olup olmadığı kendi içinde değerlendirilerek aydınlatmanın geçerli sayılıp sayılamayacağı tespit edilmelidir.

1.2.2.2.1.4. Aydınlatma Kapsamı

Aydınlatmanın kapsamı da yine olay özelinde şartlar değerlendirilerek hastanın anlama kabiliyeti esas alınarak belirlenmelidir. Alman hukukunda bizce de isabetli şekilde, *“kural olarak müdahale ve olası sonuçları ne denli hafif derecede ise, o denli yüksek derecede rıza kabiliyetinin bulunduğu kabul etmek gerekir”*³⁴. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/2 hükmüne göre gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir. HHY m. 31 hükmü rızanın ve dolayısıyla aydınlatmanın kapsamının, müdahalenin konusu ve sonuçları olması gerektiğini düzenlemiştir. Aynı yönetmeliğin m. 15 hükmü ise daha ayrıntılı olarak *“hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği”* şeklinde aydınlatmanın

³² <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/65202/0/hasta-haklari-avrupa-statusupdf.pdf> (Erişim Tarihi: 31.1.2024)

³³ AYMBB, T. 4.7.2019, Başvuru No 2015/2536; AYMBB T. 16.1.2020 Başvuru No 2016/6776

³⁴ Hilgendorf, 2021: kn. 26, 40.

kapsamını belirlemektedir. Müdahalenin ivediliği arttıkça aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır³⁵. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın m. 26 hükmü yine aydınlatmanın kapsamını; *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır,”* şeklinde düzenlemektedir. Tüm bu değerlendirmelerin özündeki amaç doğrultusunda, uygulamadaki matbu aydınlatma formlarının yeterli olmadığı ortadadır. Geçerli bir tıbbi müdahale için, hastanın yaşı, eğitimi gibi etkenlerle şekillenen konumuna göre gerekli ve yeterli şekilde aydınlatılması en üstün koşuldur³⁶. Aydınlatma, kişiye özgü bir şekilde, hasta ile doktor arasında hasta bakımından anlaşılabilir nitelik taşımalıdır ki doktor hasta arasında kurulan sözleşmedeki güven ilişkisi de bunu zorunlu kılmaktadır. Uygulamadaki hasta yoğunluğu ve doktorların çalışma şartlarının, burada bahsettiğimiz olması gereken hukuka hizmet etmemesi yine beraberinde disiplinler arası bir çözüm arayışı getirmelidir.

1.2.2.2.2. Rıza

1.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Kişinin geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendi bedeni üzerinde kendi belirleme yapma yetkisini ağır tutup, önceleri kabul edilen paternalist (babacıl) anlayışın tıp hukukundaki yerini almıştır. Doktorun kendini hasta yerine koyup onun için karar almasına izin veren anlayış yerine bugün hastanın karar mekanizmasına bağlı bir sistem gelişmiştir.

1.2.2.2.2.2. Rıza Açıklaması

Rıza en geç müdahale yapılma anında, normal şartlar altında ise müdahaleden önce verilmiş olmalıdır. Yoksa müdahaleden sonra verilen rıza, ceza hukuku anlamında müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Özel hukuk anlamında ise sonradan verilen rıza ancak tazminat sorumluluğunu kaldırabilecektir³⁷.

Rıza açık veya örtülü (zımni) şekilde, verilebilir. Yazılı olması zorunlu değildir, kural olarak sözlü açıklanır; ancak kanunen yazılı rızanın zorunlu tutulduğu haller bulunmaktadır. Örneğin, 1219 sayılı Kanun m. 70 hükmü büyük ameliyatlarda alınan rızanın yazılı olmasını

³⁵ Hancı, 2002: 55.

³⁶ Ersöz, 2010: 122.

³⁷ Arat, 2006: 234.

emretmektedir. Rıza soyut ve genel olmamalı, aydınlatma kapsamında kalmalı ve kişinin gerçek iradesini ortaya koymalıdır.

Çocuk doktorlarını ilgilendiren olası bir ihtilafta taraflar çocuk, ana baba birlikte ve zaman zaman da ana baba ayrı olarak bulunabilir, tarafların aynı iradede olmamaları durumunda bunun çocuk doktoru için yaratacağı belirsizlik çözüme ulaştırılmalıdır. Veli ile hasta çocuk farklı iradeye sahip ise; 1219 Sayılı Kanun velinin rızasının varlığını zorunlu kıldığından, velinin rızası esas alınacaktır. Öğretide şayet çocuğun rıza ehliyeti var ise artık velinin rızasının bir hükmü kalmayacağı, hasta çocuğun iradesinin esas olması gerektiği savunulmaktadır³⁸. Sır saklama yükümlülüğü olmaması halinde velinin de rızasının alınması gerektiği, karar verme sürecinden velinin tamamen dışlanmaması gerektiği öne sürülmektedir. Aynı anda hem çocuğun hem velinin rızasının gerektiği hallerde ise acil haller hariç olmak üzere velinin rızası yok ise müdahale yapılmamalıdır. Böyle bir durumda hâkime başvurmak gerekecektir. Uygulamada çocuğun velayetinin ortak olduğu ana babanın kendi aralarında farklı iradeye sahip olmaları durumunda hangisinin iradesinin esas alınacağı, üç farklı şekilde değerlendirilmektedir; rutin muayenelerde (ilk evre hastalık ve yaralanmalar) doktor, çocuğun yanında hazır bulunan velinin beyanını esas alabilir. Önemsiz denmeyecek riskler içeren orta ağırlıktaki müdahalelerde, doktor müdahaleye rıza olduğu konusunda, çocuğun yanında bulunmayan diğer veliden de tereddüt etmemesi gerekir, TMK m. 342 hükmü açıktır; *“İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler..”* Önemli riskler içeren ağır müdahalelerde her iki ebeveynin de rızası aranacaktır³⁹.

1.2.2.2.3. Rıza Ehliyeti

Rıza verme ehliyetinden, salt özel hukuktaki fiil ehliyeti ve ceza hukukundaki ceza ehliyeti anlaşılmamalıdır. Rıza ehliyetinden anlaşılması gereken; hasta açısından, kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahaleyi anlama, karar verme ve kavrama yeteneğidir. Eğer hasta, aydınlatıldıktan sonra bile müdahalenin nitelik, anlam ve kapsamını anlayabilecek durumda değilse, o halde hastanın rıza verme ehliyetinin var olduğundan söz edilemeyecektir⁴⁰. Rıza verme ehliyeti, bizzat kendisi aydınlatılması gereken hastaya aittir. Bu doğrultuda ülkemizde uygulamada sıklıkla yakınlarına, eşine aydınlatma yapılarak alınan rızalar geçersizdir. Bu durumun bir istisnası olarak ölüden organ ve doku alınması bakımından 2238 sayılı Organ ve

³⁸ Hakeri, 2021: 411., Er vd., 2021: 309.

³⁹ Hakeri, 2021: 408.

⁴⁰ Rosenau, 2006: 51.

Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna⁴¹ göre kişinin sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilmektedir⁴².

1.2.2.3. Gereklilik ve Özenle Yerine Getirme Şartı

1.2.2.3.1. Gereklilik

Tıbbi müdahalenin yukarıda anılan şartları taşımasının yanında, tıbbi verilere göre zorunlu olması ve yine bu verilere uygun şekilde özenle yerine getirilmesi ancak hukuka uygun olmasını sağlamaktadır. Tıp bilimine göre müdahalenin zorunlu olması, diğer adıyla gereklilik, “endikasyon” olarak anılmaktadır. Bu kavram, Anayasa m. 17 hükmünde “*Tıbbi zorunluluklar... dışında kimsenin vucüt bütünlüğüne dokunulamaz*” şeklinde korunmaktadır. Mevzuat genelinde endikasyon açık bir şekilde her tıbbi müdahale için aranmaktadır. HHK m. 12 hükmü; “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” demek suretiyle tıbbi gereklilikler dışındaki müdahaleleri yasaklamıştır.

Çalışmamız bakımından da önem taşıyan hastanın rızası ve endikasyon şartlarının bir arada aranıp aranmayacağı tartışmasıdır. Öğretide farklı görüşler olan bu tartışmada,

⁴¹ 3.6.1979 Tarihli ve 16655 Sayılı R.G.

⁴² **Madde 14** – Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.¹

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

Ayrıca vücudunu ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.^[4]

Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.

kanaatimizce, ne gerekli olmayan bir müdahalenin, esasında yaralama suçu olmasına rağmen hastanın rızasıyla hukuka uygun kabul edilebilmesi ne de tıbben gerekli olmayan her müdahalenin topyekûn yasak sayılması hakkaniyetli olmayacaktır⁴³. Burada aranan gereklilik şartı mutlaka bir tıbbi endikasyon değil, kanuni, sosyal ve psikolojik endikasyon da olabilir. Örneğin; estetik bir ameliyat için psikolojik bir endikasyon, tanık koruma kanunu kapsamında yapılan estetik müdahale için kanuni endikasyon⁴⁴, sünnet için ise sosyal ve kanuni bir endikasyon olduğu söylenebilecektir. Sünnet özelinde çocuğun aydınlatılması yaşına uygun şekilde doktor tarafından sağlandıktan sonra, velinin rızası ile sosyal ve kanuni endikasyon şartlarının taşıdığı için hukuka uygundur.

1.2.2.3.2. Özenle Yerine Getirme

Doktorun tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili olmasına ve müdahalenin endikasyon şartını sağlamasına, doğru şekilde hastayı aydınlatması üzerine aldığı rızaya uygun şekilde yapmasına rağmen halen müdahale hukuka uygun sayılamayacaktır. Doktorun tıp biliminin kuralları ve meslek etiği çerçevesinde aradaki hasta-doktor sözleşmesinin tüm sorumluluklarını taşır halde özenle⁴⁵ yerine getirmemesi yukarıda anılan tüm şartlara rağmen müdahaleyi hukuka aykırı kılacaktır. Doktor mesleki tüm yükümlülüklerini ve tıbbın tüm verilerini özenle kullanmak zorundadır; aksi halde mesleki kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır.

1.3. Çocuk Kavramı

Çocuk Türkçe Sözlük'te "*Bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız; yavru*" olarak tanımlanmış olup halk arasında da bu tanıma uygun kullanılmaktadır⁴⁶. Çalışma kapsamında çocuk doktorlarının sorumluluğu değerlendirilirken kuşkusuz hastanın çocuk olup olmadığı ve çocuk kavramının belirlenmesi önem taşımaktadır.

⁴³Ayan, 1991: 9., Aşçıoğlu, 1993: 52., Yavuz İpekyüz, 2006: 32., Hakeri, 2021: 546.

⁴⁴Hakeri, 2021: 545.

⁴⁵ "...O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir." (Kapatılan) Yarg. 13. HD, 2018/5227 E. 2019/12604 K.

⁴⁶<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 4.3.2024)

Uygulamada klinik birimlerin çocuğun yaşı gerekçesiyle sevk ederek hastanın ölümü gibi telafisi imkânsız sonuçlara varılan uyuşmazlıkların olması konunun önemini göstermektedir⁴⁷.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin⁴⁸ m. 73; "*Yatan her hastanın tedavisi tabibin tertip ve tavsiyesi üzerine ilgili sağlık personeli tarafından sağlanır.*" hükmüne istinaden Sağlık Bakanlığı'nın Pratisyen Tabiplerin Hasta Yatırmaları ve Uzman Tabiplerin Hasta Bakma Yaş Sınırı başlıklı ve 2018/30 sayılı genelgesinin⁴⁹ ilgili kısmı çocuk kavramı bakımından değerlendirilmelidir. Genelge ile uygulamada birlik sağlamak amaçlanmış ve bu doğrultuda uzman doktorların hasta bakma yaş sınırı değerlendirilirken çocukken başlayan ancak erişkinlik döneminde de tanı, tedavi ve takip gerektiren hastalıklarda hastaların, on sekiz yaşına kadar çocuk ana/yan dal uzman doktorları tarafından; on sekiz yirmi üç yaş arasında hem çocuk hem erişkin ana/yan dal uzman doktorları tarafından; yirmi üç yaş sonrası ise erişkin ana/yan dal uzman doktorları tarafından tanı, tedavi ve takibi yapılabileceği düzenlenmiştir⁵⁰.

Çocukluk, hukukta doğumla başlar; ancak çocukluğun sonu, konuşma dilinde veya her uzmanlık alanında farklıdır. Çocukluğun son bulmasının yaş, cinsel veya zihinsel olgunluk sebeplerinden hangisi ile kabul edilmesi konusu tartışmalıdır⁵¹. Çocuğun kendi başına buyruk olabilmesi için cinsel, bedensel olgunluğunun değil, düşünsel olgunluğuna önem

⁴⁷ “..”Ben suç tarihinde.....eğitim ve araştırma hastanesi çocuk kliniğinde nöbetçi doktor olarak görev yapıyordum Klinikte nöbet tuttuğum sırada bir çocuk hasta getirildi ancak 15 yaşından gün almıştı yani bizim klinik uygulamamıza göre kendisi çocuk sayılmıyordu hastaya gerekli müdahaleyi yaptım ve daha sonra acil nöroloji bölümünü aradım, nöbetçi doktorla görüştüm hastaya yaşı itibarı ile bakamayacağımızı bu yüzden hastayı nöroloji kliniğe gönderdiğimi söyledim”... Bir kişinin "çocuk" olup olmaması ile ilgili bir tartışma olamaz. Ulusal ve uluslararası mevzuata göre 18 yaşını doldurmuş olanlar çocuktur. Ancak bir hastanede hangi yaş sınırlarına hangi durumda hangi kliniğin bakacağı bir iç protokolle ayrıca düzenlenmiş olabilir. Dosyada Dr.Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uygulamanın nasıl yapıldığı veya yapılması gerektiği ile ilgili bir bilgi mevcut değildir. Ancak hastanın gittiği diğer hastanelerde de çocuk klinikleri tarafından takibe ve bakıma alınmış olmasının Dr.'un yaptığı uygulamanın yani hastayı çocuk kliniklerine göndermesinin doğru bir davranış olduğunu göstermektedir. Dolayısı ile söz konusu hekimin "asistan" sıfatı ile "pratisyen hekim" kadar olan "bireysel" hata ve sorumluluğundan söz etmek de mümkün değildir. Kanaatimizce bu olayda sistemden, hastane idaresinden ve diğer kişilere ait bireysel hatalardan kaynaklanan zararlı sonuç, haksız biçimde Dr.'un üzerine yüklenmişti..” Yarg. 12. CD, 04.07.2017 T, 2015/16291 E. 2017/5821 K.

⁴⁸ 13.1.1983 Tarihli ve 17927 Sayılı R.G.

⁴⁹ <https://www.saglik.gov.tr/TR-50909/pratisyen-tabiplerin-hasta-yatirmalari-ve-uzman-tabiplerin-hasta-bakma-yas-siniri.html> (Erişim Tarihi: 1.3.2024)

⁵⁰ “24.03.2013 tarihli ve 28597 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde de çocuk hastalar 18 (onsekiz) yaş altı olarak belirlenmiş durumdadır.... 18-23 yaş arasındaki “devir süresi” içinde hastanın erişkin ana/yan dal uzman tabibine devir hazırlığının tamamlanması ve en geç 23 yaş sonunda erişkin ana/yan dal uzman tabibine devredilmesi gerekmektedir. Ancak, erişkin ana/yan dal uzman tabiplerince takibi yapılamayan kalıtsal, immünolojik ve metabolik hastalıklarda, hastaların erişkinlik döneminde de ilgili çocuk hastalıkları yan dal uzman tabipleri tarafından da tanı, tedavi ve takibi yapılabilir. Yine, çocukluk döneminde başlayıp erişkinlik döneminde de tanı, tedavi ve takip gerektiren hastalıklarda erişkin yan dal uzman tabibin aynı il sınırları içinde fiilen olmadığı durumlarda, ilgili erişkin ana dal uzman tabibi takibinde çocuk yan dal uzman tabiplerince de ilaçları raporlamak ve reçetelenmek suretiyle takibine devam edilebilir.”

⁵¹ İmamoğlu, 2005: 189. Aynı yönde bkz. Kantarcı, 2016: 17.

verilmelidir⁵². Tıbbi anlamda tam olarak tanımlanmamış çocuk için, genellikle psikolojideki “oral bebeklik dönemi (0-2 yaş), ilk çocukluk dönemi (2-6 yaş), orta çocukluk dönemi (6-12 yaş), ergenlik dönemi (12-18) yaş” olarak belirlenen gelişim dönemleri esas alınmaktadır⁵³.

Tıp hukuku bağlamında adil bir değerlendirme yapılabilmesi için çocuğun üstün yararı ve haklarının korunması esas alınarak, tıp biliminin verileriyle çocuk sayılmanın şartları hukuki zeminde buluşturulmalıdır. Ancak tıp hukukunda, tıp bilimine göre de çocuğun ve sağlıktaki yüksek yararının tanımı tam anlamıyla yapılmadığından bu anlamda bir boşluk bulunduğu söylenebilir. Aynı anda birden fazla dinamikle gelişen uygulama dikkate alındığında, tıp biliminin yapacağı çocuk tanımı esas alınarak doktora tereddütsüz ve belli bir çerçevede esneklik sağlayan bir hareket alanı sunulmalıdır. Örneğin, bizim de katıldığımız görüşe göre, on sekiz yaş altındaki herkesin daha baştan çocuk acil servisinde tıbbi müdahale hakkına sahip olduğu gibi bir belirleme yerine, tıbbi müdahalenin türüne göre ve doktor tarafından bir belirleme yapılması daha uygun olacaktır⁵⁴.

“...İbni Sina'ya göre, insan yaşamındaki gelişim dönemlerinden en önemlisi erken çocukluk döneminde gelişimdir. İbni Sina bu dönemi şöyle açıklar: “Doğumundan hemen sonra bebek, sorun ve zorluklar ile karşılaşır, bu sorun ve zorlukların bakım veren ortamdan asıl ele alındığı ise çocuğun ruhsal durumunu, mizacını ve dolayısıyla onun iyi kötü, doğru yanlış, yani etik anlayışını etkileyecektir.”⁵⁵

Çocuğun kişisel, ruhsal ve fiziksel olarak bakıma ve yardıma muhtaç olduğu ulusal ve uluslararası düzenlemelerle kabul edilmiştir⁵⁶. Hukuken çocuk kavramını inceleyecek olursak birçok düzenlemede ve öğretide çocuk tanımının yapıldığı görülmektedir⁵⁷. Bu çerçevede gerek uluslararası sözleşmeler gerekse mevzuatımız ışığında on sekiz yaş altı herkesin hukuken çocuk olduğu kabul edilmektedir.

1.3.1. Ulusal Mevzuat Bakımından Çocuk

1.3.1.1. Anayasa Bakımından Çocuk

Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı Anayasa m. 41 hükmü esasında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun⁵⁸ ve çocuğa ilişkin diğer tüm kanunların özünü ortaya koymaktadır; “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının

⁵² Serozan, 2005: 6. Benzer şekilde bkz. “Ebeveynin terbiye amacı ve bundan kaynaklanan bilgilenme hakkı, çocuğun karar verme yeteneği arttıkça azalmak durumundadır.” Dülger, 2014: 67.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, 2020: 98 vd.

⁵⁴ Hakeri, 2021: 62.

⁵⁵ Öztürk Ertem, 2008: 212.

⁵⁶ Sert Sütçü, 2021: 198.

⁵⁷ Çocuğun yaş basamakları için bkz. Serozan, 2005, 7.

⁵⁸ 8.12.2001 Tarihli ve 24607 Sayılı R.G.

öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”. Anayasamızda çocuk, tanımlanmıyor da olsa, Türk toplumunun temeli kabul edilen aile kavramının parçalarından biri olduğundan, çocuğun anne baba tarafından korunması ve bakılması çocuk bakımından birer hak olarak kabul edilirken ana baba bakımından da yükümlülük olarak emredilmiştir.

1.3.1.2. Türk Medeni Kanunu Bakımından Çocuk

Türk Medeni Kanunu m. 11 hükmü erginliğin on sekiz yaşın dolmasıyla başlayacağını düzenler. Kanuna göre evlenme, on beş yaşın doldurulmasıyla çocuğun veya velinin mahkemeye başvurarak ergin kılınmayı istemesi yoluyla ergin kılınma mümkündür. Ancak ergin kılınsa dahi kişi on sekiz yaşına kadar çocuktur. Kanun kişilik kavramı kapsamında “çocuk” yerine *ergin olmayanı* işaret eden “küçük” ifadesini kullanmaktadır. “Çocuk” kavramını kanun, evlilik, boşanma, velayet, vesayet, soy bağı gibi anne babayla olan durumu karşısındaki ifadelerde kullanmıştır.

1.3.1.3. Türk Ceza Kanunu Bakımından Çocuk

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁵⁹ m. 6 hükmü çocuğu henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlar. Bu sebeple TCK’nın uygulaması bakımından çocuk henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kimsedir. Çocuğun evlilik yoluyla veya mahkeme kararı ile ergin kılındığı hallerde dahi kanun uygulaması bakımından yaş kıstasını esas almak gerekir. Ancak TCK m. 102 hükmü ve devamında düzenlenen cinsel suçlar bakımından çocuk kavramına farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir⁶⁰. Bu kapsamda bir görüş evlilik yoluyla ergin olan kişinin artık çocuk olamayacağı ve bu kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel saldırı suçunun eşi karşı işlenmesi hali kapsamında olacağını belirtmektedirler⁶¹. Diğer görüş ise çocuğun evlilik yoluyla ergin olması veya mahkeme kararı ile ergin kılınmasının çocuk sıfatını değiştirmeyeceği yönündedir⁶². Kanaatimizce ceza hukuku bağlamında çocuktan ne anlaşılması gerektiği noktasında mevzuatın lafzına ve ruhuna birlikte bakmak gerekir. Nitekim Çocuk Koruma Kanunu “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade eder şeklinde tanımlanmış olan çocuk fiil ehliyeti

⁵⁹ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı R.G.

⁶⁰ Söz konusu tartışmalar için bkz. Kantarcı, 2017: 151 vd.; Kaplan, 2023a: 506 vd.

⁶¹ Akbulut, 2013: 547-548; Koca vd., 2019: 354.

⁶² Üzülmöz, 2009: 30; Farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. Kantarcı, 2017: 167-169; Tezcan vd., 2022: 405, 464; Kaplan, 2023a: 507.

bakımından değil olayları ve olguları anlamlandırma yeteneği açısından korunması gereken grup olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla gerek TCK gerekse diğer mevzuat açısından ceza hukuku prensiplerinin uygulandığı durumlarda lafzi yorum yapmak aynı zamanda amaca uygun bir yorum olacağından yaş kıstası esas alınarak çocuğu belirlememiz gerekir. Bu sebeple onsekiz yaşından küçük bir kimse söz konusu ise artık bu çocuğun evli mi yoksa ergin mi olduğuna bakmaksızın çocuk olarak kabul edilmesi çocuğun üstün yararına da hizmet edecektir.

1.3.1.4. Çocuk Koruma Kanunu Bakımından Çocuk

Çocuğa ilişkin onbir yaşını bitirmeyen, onbir yaşı bitirmiş fakat onbeş yaşı doldurmamış çocuk hakkında farklı tedbir kuralları getiren 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁶³ tarafından mülga edilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu m. 3 hükmünde çocuk için “*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişidir*” şeklinde bir tanımlama yapılmaktadır. ÇKK m. 21 hükmü on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceğini emrederken yine bu yaşın bir kıstas olabileceği yorumu yapılabilecektir.

1.3.2. Uluslararası Mevzuat Bakımından Çocuk

Ülkemiz tarafından da imzalanan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁶⁴ uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır. Sözleşmenin m. 16 hükmü ile “*Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz*” ifadesiyle çocuğa ilişkin hukuki bir koruma sağlanmıştır.

1.3.3. Hasta Çocuğun Yabancı Uyruklu Olması Halinde Uygulanacak Hukuk

Hasta çocuğun ve/veya ana babasının yabancı uyruklu olması ihtimallerinde yabancılık unsurunun oluşmasına istinaden yine 5718 sayılı MÖHUK gereği uygulanacak hukuk belirlenecektir. Tekrara düşmemek adına doktorun yabancı uyruklu olması halindeki

⁶³ 15.7.2005 tarihli ve 25876 sayılı R.G.

⁶⁴ Türkiye, Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)’ni 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış, Sözleşme Bakanlar Kurulu’nun 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı kararıyla onaylanmış ve 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

hukuki durum burada da geçerli olmaktadır⁶⁵. Milletlerarası özel hukukun ana kavramlarından yabancılık unsurunun, çalışma konumuzu ilgilendirir bir kısmı olan sağlık turizmi bakımından doğru anlaşılması gerekmektedir. Sağlık turizmi ise sağlık amacıyla yalnızca tedavi olmak üzere bir süreliğine gelen turistlerin seyahati anlamına gelmektedir⁶⁶. Ülkemize gelen yabancı uyruklu kişi bakımından yabancılık unsuru olduğu açıktır; ancak Türk vatandaşı olup mutad meskeni yurt dışında bulunan kişi bakımından da oluşan yabancılık unsurunun yalnızca vatandaşlık olarak değerlendirilmediği göz ardı edilmemelidir⁶⁷. Doktor hasta ilişkisinde yabancılık unsuru bulunması halinde doktorun muayene yeri, hastanın mutad meskeni, tarafların seçtiği hukuk gibi çeşitli bağlama noktaları üzerinden hareket edilmektedir.

1.4. Velayet Kavramı

Çalışma kapsamında doktorun muhatabının diğer doktorlardan farklı olarak duruma göre değişen çocuk ve velayet sahibi veli olması sebebiyle velayet kavramına değinmek gerekmektedir. Boşanma durumu hariç, TMK m. 335 hükmü gereği, ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Bu velayetin kapsamı kanunun m. 339-345 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kanuna göre ana ve baba çocuğun bakım ve eğitiminden sorumludur, çocuk ana babanın sözünü dinlemekle yükümlüdür; ergin oluncaya kadar çocuk anne babanın velayeti altındadır. TMK m. 339/3 hükmü “*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*” şeklinde olup çocukla muhatap olan doktor bakımından da önemlidir. Velayet kavramı alınacak rızanın kim tarafından alınması gerektiği bakımından doktor nezdinde önemli olsa da esasında çocuk ergin kılınsa dahi tıbbi müdahale bakımından çocuk olarak kabul edilmeye devam edilebilir, diğer bir anlatımla ergin olduğundan hareketle çocuk cerrahının değil, genel cerrahın çocuk hastaya bakması gerektiğini söylemek hatalı olacaktır.

1.5. Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları (Pediatri) Doktoru Kavramı

Doktorlar kendi içinde pratisyen doktor ve uzman doktor olarak ikiye ayrılmaktadır. Nitekim çalışma konumuz tüm doktorları kapsamamakta olup uzman çocuk doktorları ile sınırlandırmıştır. Bu kapsamda çocuk doktorundan ne anlaşılması gerektiğinin de kısaca açıklanması gerekir.

⁶⁵ Bkz. Başlık 1.1.2.2.2.

⁶⁶ Camız, 2023; 6.

⁶⁷ Karma, 2022; 129.

Çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı, doğumdan on sekiz yaşına⁶⁸ kadar çocukların fiziksel, davranışsal ve zihinsel bakımını yöneten uzman doktordur⁶⁹. Tanımı ve kapsamı belirlenirken henüz 19. yy sonrası olduğu olduğu göz önüne alındığında hukuken tartışılması ve boşluklarının doldurulması gereken bir uzmanlık alanıdır.

Tıp fakültesi mezunu olmak çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı olmak için yeterli değildir. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde⁷⁰ detayıyla düzenlenen uzmanlık şartlarına göre, tıpta uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitimi için giriş sınavı, yarışma esasına dayanan mesleki bir bilgi sınavı şeklindedir. Bu giriş sınavından sonra, uzmanlık öğrencisi doktorun ana dalda uzmanlık eğitimini bitirme sınavına girebilmesi için ise tez hazırlaması zorunludur. Tezi kabul edilen, uzmanlık eğitimi süresini ve rotasyonlarını başarıyla tamamlayan doktor, uzmanlık eğitimini bitirme sınavı ile eğitimini nihayete erdirir ve Sağlık Bakanlığınca düzenlenen uzmanlık belgeleri tescil edilir. Yönetmelikte uzman *“çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olan”* doktor olarak tanımlanmıştır. Çalışma boyunca pediatri uzmanı terimi tüm çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanlığının alt yan dallarını kapsar şekilde kullanılacak olup ayrıca teşhis ve tedavi sürecine katkıda bulunan yardımcı sağlık çalışanlarının sorumluluğu ise kapsam dışında tutulacaktır.

1.5.1. Genel Olarak

Türkçe sözlükte *çocuk sağlığı ve hastalıkları ile ilgili hekimlik dalı* anlamına gelen pediatri kavramı uygulamada sıkça kullanılmaktadır⁷¹. Çalışma boyunca çocuk doktoru, pediatri uzmanı kavramları esasında çocuk hasta üzerinde uzmanlaşmış tüm ana ve alt dalları kapsar şekilde yorumlanmalıdır, nitekim çalışmamızın özellik gösterdiği husus hastanın çocuk olmasıdır.

Ana dal uzmanlıklarından çocuk cerrahisi için aranan eğitim süresi beş yıl, çocuk sağlığı ve hastalıkları için dört yıl, çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları için genel olarak dört yıl, istisna olarak ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanları için ise bu süre iki yıl olarak düzenlenmiştir.

⁶⁸ Bkz. Bölüm I, 1.2. Çocuk Kavramı

⁶⁹ Dayan, 2021: 24.

⁷⁰ 03.09.2022 Tarih ve 31942 Sayılı R.G.

⁷¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.2.2024)

1.5.2. Yan Dal Pediatri Uzmanlığı

1219 sayılı Kanun'un ek m. 14 hükmünde belirtildiği şekilde tıpta uzmanlık ana dalları ile eğitim süreleri Ek 1 sayılı çizelgede belirtilmiş olup ana dal olan çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanlığı için dört yıllık eğitim süresi şartı aranmaktadır. Çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının alt yan dalları ve eğitim süreleri de Ek 3 sayılı çizelge ile yine kanun ekinde bulunmaktadır⁷².

Günümüzde tıptaki ve pediatrideki gelişmeler ile yetişkin hastalarda var olan yan dalların çoğunun çocuklar için de vücut bulduğu gözükmemektedir. Örneğin; pediatrik hematoloji, onkoloji, kardiyoloji, gastroenteroloji, gelişimsel pediatri gibi bilim dalları gelişmektedir⁷³.

Çocuk acil tıp, çocuk alerji ve immünoloji, çocuk endokrinolojisi, çocuk enfeksiyon hastalıkları, çocuk gastroenteroloji ve hepatolojisi, çocuk hematolojisi, çocuk kardiyolojisi, çocuk metabolizma ve beslenme, çocuk nefrolojisi, çocuk nörolojisi, çocuk onkolojisi ve kemik ilik nakli, çocuk romatolojisi, çocuk yoğun bakım, genel çocuk, sosyal pediatri, yenidoğan yoğun bakım, gelişimsel pediatri ve neonatoloji olmak üzere çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanlığına bağlı alt yan dal bölümlerinin eğitim süreleri üç yıldır. Kalp ve damar cerrahisine bağlı olan çocuk kalp ve damar cerrahisi ve radyoloji ana dalına bağlı olan çocuk radyolojisi için uzmanlık eğitim süresi ise iki yıldır.

1.5.3. Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Doktoru Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Aranan Şartlar

Tıbbi müdahale, birçok çalışmaya konu olmuş ve üzerinde çokça tartışma yapılmış disiplinler arası⁷⁴ bir kavram olduğundan çalışmamızda çocuk doktorları bakımından sınırlı şekilde incelenecektir. Tıbbi müdahale kavramını geniş yorumladığımızda, bir çocuk doktorunun çocuk üzerinde doğrudan bir girişimi olmasa dahi telefonda soru soran velisine verdiği ilaç kullanma tavsiyesi bir tıbbi müdahale sayılmalıdır⁷⁵. Yargıtay'ın bir kararında⁷⁶ ateşlenen çocuğu davalı doktor özel muayenehanesinde muayene ederek beta mikrobiyotik verdiğini, çocuk kustuğu için dört gün sonra tekrar gittiklerinde ilacın sonlandırıldığı, bu sefer de çocuğun okulda fenalaştığı, özel hastanede apandisitinin patladığının söylendiği ve ameliyathanenin hazırlandığı fakat bebekliğinden beri çocuğu takip

⁷² Tez ekinde sunulmaktadır, Bkz. Ek1- Ek2.

⁷³ Öztürk Ertem, 2008: 212.

⁷⁴ Kaya, 2012: 46.

⁷⁵ Hakeri, 2021: 579.

⁷⁶ Yarg. 13. H.D. 18.09.2019 T. 2016/18005 E. , 2019/8441 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 1.4.2024)

eden doktoru arandığında ‘*doktorculuk oynamayın ameliyata gerek yok*’ ifadesiyle kendilerini yanına çağırarak vakit kaybına sebep olduğu ve fakat doktorun daha sonra hata yaptığını anlayıp hastanedeki doktoru aradığı ancak ne var ki ameliyat ekibinin dağıldığı, çocuğun hayati riske girdiği, davalının yanlış teşhis koyduğu gibi, meslektaşlarına güvensizliği nedeni ile ölümle sonuçlanabilecek gecikmeye neden olduğu somut olayda, alınan raporda davalı doktorun tıbbi ihmali olmadığı belirtilmiş, çocuğun cerrahi konsültasyonu veya ileri tetkiklerinin yapılması gerektiği, bu yönlendirmenin yapılmamasının bir eksiklik olduğu ancak arada kalan süreçte çocuğun doktora götürülmediği dikkate alındığında doktor uygulaması ya da ailenin hastayı doktora götürmemesinin ne derece katkısının olduğunun tıbben belirlenemeyeceği mütalaası ile bu hususta yeni bir bilirkişi raporu alınmaksızın hüküm kurulmasını eksik inceleme kabul ederek kararı bozmuştur⁷⁷. Kararda da gözüktüğü üzere, doktorun telefonda ağzından çıkan her bir kelimenin çocuğun sağlık sürecine doğrudan etki ettiği açıktır.

1.5.3.1. Aydınlatma

1.5.3.1.1. Aydınlatılacak Kişi

Tıbbi müdahale öncesi, çocuk doktorları bakımından önem taşıyan, doktorun çocuğu mu ebeveyni mi aydınlatacağı konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. HHY m. 24/2 hükmü açıktır; velinin rızası yeterli olsa dahi, çocuğun da anlatılanları anlayabileceği ölçüde dinlenmesi, bilgilendirilmesi ve tedavisi ile ilgili kararlara katılımının sağlanması gerekmektedir. Çocuk doktoru, hastası olan çocuğun öyküsünü aldığı, şikâyetlerini hem anne-babadan hem çocuktan dinlediği, teşhis ve tedavi aydınlatması için hem veliyi hem çocuğu sürece dâhil ederek bilgilendirdiği ölçüde hukuki sorumluluğunu taşıdığını gösterecektir.

1.5.3.1.2. Aydınlatma Yükümlüsü

Kanaatimizce, çocuğun üstün yararı, duygusal ve ruhsal dünyasının bir yetişkinden farklı ve daha hassas olduğu gerçeğiyle değerlendirildiğinde, baştan itibaren çocuk ile

⁷⁷ Kararın aşağıdaki kısmı doktorun sorumluluğu bakımından önemlidir;

“...vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. O nedenle, ... memuru ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özelliklerinin göz önünde tutulması, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yolun seçilmesi gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir.”

iletişimde ve sürece hâkim olan, daha önemlisi çocuğun güvenini kazanan doktorun aydınlatmayı da bizzat kendisinin yapması zorunlu tutulmalıdır. Bu sebeple, yönetmelikte değişiklik yapılarak çocuk hasta söz konusu olduğunda bir başka doktorun aydınlatma yapması kabul edilmemelidir⁷⁸.

1.5.3.1.3. Aydınlatma Zamanı

Çocuk doktorları özelinde, çocuk bakımından korku yaratacak bir durum olması halinde, çocuğun yaşı, ruhsal durumu, anlama seviyesi gibi birçok etken değerlendirilerek aydınlatma o çocuğa uygun şekilde ve zamanda yapılmalıdır. Veliye müdahale hakkında müdahale öncesinde aydınlatma yapılırken, örneğin dört yaşındaki bir çocuk bakımından akciğer filmi çekilmesinin hemen öncesinde, *şimdi karnının içindekileri görmek için bir fotoğraf çekmemiz gerekiyor izin verir misin* şeklinde basit bir anlatımla aydınlatma yapılması makul olacaktır.

1.5.3.1.4. Aydınlatma Kapsamı

Çocuğa yapılacak aydınlatmanın şeklini ve kapsamını yine çocuğun ayırt etme gücünü ölçmekle yükümlü olan doktor belirlemelidir. Doktorun çocuğun ayırt etme gücünü ölçebilmesi ve aydınlatmanın kapsamını belirleyebilmesi noktasında, bir düzenleme yapılarak doktora sosyolog veya psikolog desteği sağlanması doğru olacaktır.

1.5.3.2. Rıza

1.5.3.2.1. Rıza Ehliyeti

Tıp hukukunda değişen ve artık hâkim olan otonomi anlayışına uygun bir yorumla çocuk doktorları bakımından da çocuk ve velinin ayrı ayrı sürece dâhil edilmeleri gerekmektedir. Doktorun dahi hasta üzerinde bir otorite teşkil etmediği bu ilişkide velinin hasta olan çocuk üzerindeki kayıtsız şartsız bir otoritesi tıp hukukun benimsediği anlayışa da aykırı düşecektir. Tıbbi müdahaledeki sürece dâhil olmanın iki ayağı aydınlatma ve rıza olup, bu şartların çocuk bakımından nasıl uygulanması gerektiği önem taşımaktadır.

“Tıbbi uygulamada 12 yaşından küçük çocukların kendileri için tıbbi kararlar vermelerine genellikle müsaade edilmemektedir. Reşit olmamış ergenlik dönemindeki çocuklar açısından ise kendi kararlarının sonuçlarına katlanabilecek sorumluluk ve deneyime sahip olmamaları, duygularının çok değişken oluşu ve yalnızca kısa dönemli sonuçlara

⁷⁸ HHY m. 18/2: Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.

*odaklanıp uzun dönem sonuçları tam değerlendirememeleri, bu süreci zorlaştırabilmektedir. Bu çocuklar akran baskısı, aşırı dürtüsellik ve riskli davranışlara eğilim gibi birçok olaydan olumsuz olarak etkilenebilmektedir. Bu itibarla bu çocuklarda rıza konusu büyük önem taşımakta ve uygulamada da sorunlara neden olmaktadır.”*⁷⁹

1982 Anayasası m. 17 hükmü, 1219 sayılı kanun m. 70 hükmü, TMK m. 24 hükmü açıkça hastanın müdahaleye rızasını, çocuk doktorları bakımından ise velinin rızasını zorunlu tutmaktadır. Hastanın rızası yok iken doktorun yapacağı tıbbi müdahale doktoru doğrudan kusurlu kılmaktadır. Hasta ile doktor arasında bir sözleşme ancak hastanın vereceği rıza ile kurulabileceğinden rıza öncesinde sözleşmeye dayanan herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır, burada şartları oluşması halinde ancak bir sözleşme öncesi sorumluluk söz konusu olabilecektir. Mevzuat, içtihatlar ve tüm hukuki ilkeler değerlendirildiğinde, hasta istememesine rağmen hastanın üstün yararı gözetilerek müdahale yapılması kabul görmemektedir. Rıza, üstün yararı da aşacak boyutta önemlidir. İstisna olarak örneğin⁸⁰; trafik kazası sonucu ayağında kangren gelişen beş yaşındaki çocuğun ayağı kesilmek zorunda olsa da aydınlatma sonrası anne baba ayağın kesilmesine izin vermemekte ve çocuğu çıkarmak istemektedirler. Savcıdan şifahi olarak alınan talimat ile anne babanın rıza vermemesine karşı bir şey yapamayan çocuk cerrahi doktorlar, taburcu olan hastanın iki gün sonra öldüğünü öğrenmektedirler. Bu örnekteki gibi, ana babanın rızasının kötü niyetli veya çocuk aleyhine olması durumunda, hasta bekleyebilecek durumda ise doktorun adli makamlara başvurup müdahale için izin alması, hastanın durumu acil ise doğrudan müdahale etmesi gerekir. Olay özelinde ise savcı yetkisini kullanmayarak gerekli izni vermediği için ölümden doktor sorumlu tutulamayacaktır; bu olayda doktorun ana baba hakkında suç duyurusunda bulunmakla yükümlü olduğu unutulmamalıdır.

Kural olarak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, kişinin ancak kendisi tarafından kullanılabilir. Esasında istisnai bir durum olması gereken “*anne baba çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanabilmesi için gerekli görülen olurlarını kişisel bir kapris ya da batıl bir inanç uğruna ve çocuğun yararını da göz ardına iterek esirgerlerse, örneğin ivedi bir operasyona izin vermezlerse, anne babanın direnişini kırabilmek için TMK m. 2 hükmü hakkın kötüye kullanılması kuralı, TMK m. 345 hükmü kayyım kurumu ve son çare olarak da zorunluluk hali ve vekaletsiz iş görme hükümlerine*”⁸¹ başvurulabilecektir.

Türk Medeni Kanunu m. 16 hükmü gereği ayırt etme gücüne sahip çocuk velisinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezken karşılıksız kazanmada ve kişiye

⁷⁹ Hakeri, 2021a: 116-117.

⁸⁰ Hancı, 2002: 69.

⁸¹ Serozan, 2005: 192.

sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Doktorla yapılan tedavi sözleşmesi de borçlandırıcı bir işlem olduğundan ilişkinin kurulabilmesi için velinin rızası gereklidir. Çocuğun kendi kazancının olması durumunda, ayırt etme gücüne sahip çocuk, *“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 yapabilmelidir”*⁸².

Gerek hukukumuzda gerekse karşılaştırmalı hukukta çocuğun ehliyeti konusu detaylı değerlendirilmelidir. Tıbbi müdahaleye çocuğun rızası alınmalı mı alınmamalı noktasında, yapılacak müdahalenin acilliği, ağırlığı, önemi, yan etki ihtimalleri, süresi gibi tüm detaylar ve bilhassa tıbbi müdahalenin endikasyon şartının olup olmaması, çocuğa müdahalede rıza bakımından önem taşımaktadır. Nitekim uygulamanın aksine, endikasyonu olmayan estetik bir müdahale için ne velinin ne de çocuğun rızası yeterli olmamalıdır. Şayet tedavi edilecek bir hastalık yoksa ve acil bir durum değilse çocuğun reşit olmasının beklenmesi gerekmektedir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 hükmü, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle serbestçe ifade etme hakkının varlığını düzenlemektedir.

Hastanın rıza ehliyetinin olup olmadığının, yönetmelikteki adıyla yeterliğin, tespiti doktora ait bir yükümlülüktür. HHY m. 4/f hükmü yeterliği *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali”* olarak tanımlanmıştır.

1219 sayılı Kanunun m. 70 hükmü, hastanın küçükse velisinin rızasının alınmasını emreder, nitekim HHY m. 24 hükmü de velinin iznini arar. TMK m. 16 hükmü *“ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”* şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kanunda sadece TMK m. 16 hükmünde geçmekte olup sınırları belirsiz olan ve içinin şekillenmesi gereken hayli önemli bir kavramdır⁸³.

Veli ile çocuğun rızasının aynı anda aranıp aranmayacağı sorunu öğretilde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasıyla birlikte velinin de

⁸² Şenocak, 2001: 70.

⁸³ Kurt, 2016: 181.

rızasının olması gerektiğini, zira 1219 sayılı Kanun, velinin rızası esas olduğundan çocuğun sadece fikrinin alınacağını savunulan bir görüştür⁸⁴. Bu yoruma göre TMK m. 16 hükmü⁸⁵ göz ardı edilmektedir, zira tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir. TMK'ya göre ayırt etme gücüne sahip çocuğun bedeni ve hayatıyla ilgili olarak sadece fikrini bildirmesi değil, bu konuya bizzat rıza verip vermemesi aranmalıdır. Öğretide isabetle, mevzuatta velinin rızasının arandığı mutlak durum, çocuğun ayırt etme gücünün olmaması halinde geçerli olmalıdır görüşü ağır basmaktadır⁸⁶. Bir diğer görüş ise daha yeni bir kanun olan TMK hükmünün eski kanun olan 1219 sayılı Kanuna göre öncelikli uygulanması gerektiğidir⁸⁷. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise 1219 sayılı Kanun tıbbi müdahaleyi ilgilendiren bir düzenleme olup TMK'ya göre daha özel bir kanundur, bu sebeple de TMK'ya nazaran öncelikle uygulanmalıdır. Olması gereken hukukta ise çocuğun sürece etkin şekilde katılmasını ve mümkünse bizzat rıza verip vermeme hakkını kullanmasını sağlanmak esas olmalıdır. Nitekim Dünya Hekimler Birliği, Hasta Hakları Bildirgesi "*Hasta çocuk ise veya yasal yeterliği yoksa, bazı kararlarda bir yasal temsilcinin onamının alınması gereklidir. Bununla birlikte, hasta kapasitesinin izin verdiği en geniş ölçüde, karar alma sürecine dahil edilmelidir.*" düzenlemesini yapmıştır.

TCK bakımından konuyu değerlendirmek gerekirse; bir görüşe göre on iki yaşın altındaki çocukların kusur yeteneği olmadığından rıza yetkisi de olmadığı, on sekiz yaş üstü çocukların ise bu yeteneğe sahip oldukları kural olarak kabul edilmektedir⁸⁸. Diğer bir görüşe göre ise on beş yaşın Türk hukuku bakımından belirleyici bir yaş sınırı olduğunu, tek başına malvarlığı üzerinde vasiyet yoluyla tasarruf edebilen kişinin, bedeni üzerinde de çok önemli olmayan tıbbi müdahalelere rıza gösterme yeteneğinin olduğunu kabul eder⁸⁹. Yargıtay'ın kararlarında da on beş yaş üstü çocukların iradelerine geçerlilik tanıma eğilimi vardır⁹⁰.

Tüm bu tartışmalarda göz ardı edilmemesi gereken en önemli konu, somut olayda aydınlatılma ve karar anlarında her bir hasta çocuğun gelişimi, olgunluğu, önceki deneyimlerine dayanarak rıza yeteneğinin olup olmadığı belirlenmelidir. Çocuğun bir tıbbi müdahaleye karşı koyduğu iradesini geçerli kabul eden ülkelerde her çocuğun algısı ve anlayışı farklı olduğundan bir yaş sınırı düzenlenmemiştir⁹¹. Kanaatimizce; hukukumuzdaki

⁸⁴ Hakeri, 2021: 398.

⁸⁵ Madde 16- Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

⁸⁶ Hakeri, 2021: 399.

⁸⁷ Doğramacı, 2017: 192.

⁸⁸ Hakeri, 2021: 399

⁸⁹ Deryal, 2007: 16.

⁹⁰ Bkz. Hakeri, 2021: 399.

⁹¹ Yücel, 2018: 146.

düzenlemeler de göz ardı edilmeden, on iki yaş altı çocukların hiçbir şekilde rıza ehliyetinin olmadığı, on iki ile on beş yaş arası çocukların mutlaka veli rızasıyla birlikte rızasının veya duruma göre fikrinin alınması, on beş yaş üstü çocukların detaylı şekilde değerlendirilerek ayırt etme gücüne sahip ise rıza ehliyetine sahip olduğu ve son olarak on sekiz yaşa yakın dönemden başlamak üzere kesin bir rıza ehliyetinin varlığı kabul edilmelidir. Bu yönde detaylı bir düzenleme çocuğun rıza verme ehliyeti konusunda yeterliğini tespit etmek durumunda kalan doktor için tereddüt ihtimalini ortadan kaldırır. Alternatif bir öneri olarak da doktorun çocuğun yeterliğini tespiti için psikolog veya sosyolog onayı imkanı getirmek olabilir.

Kanaatimizce, HHY 24/2 hükmünce ile bir yandan çocuğun tıbbi müdahale sürecinde kararlara katılımı aranırken, diğer yandan yine aynı madde ve 1219 Sayılı kanun m. 70 hükmü ile mutlak surette velinin rızasını aramak doğru bir düzenleme olmamıştır. Ayırt etme gücüne sahip çocuk hastaların çok önemli olmayan tıbbi müdahalelere rıza göstermeleri kabul edilmelidir. Türkiye'nin imzaladığı Biyotıp Sözleşmesi⁹² m. 6 hükmü *“Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.”* Medeni Kanun m. 339 hükmü ilgili kısım *“Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.”* demek suretiyle çocuğun sürece dâhil edilmesini esas alır. Kanaatimizce, Türkiye'nin imzalamasıyla bir iç metin hükmünde olan Biyotıp Sözleşmesinin de TMK'nın da bu ruhu taşıması sebepleriyle 1219 sayılı kanunda ve HHY'de değişiklik yapılarak açıkça çocuğun ayırt etme gücünün varlığı halinde ve olgunluk derecesine göre rızasına velinin rızası olmaksızın dahi geçerlik tanıyan bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır. Örnek teşkil eden bir kanun olarak 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁹³ 6/1 hükmü gebeliğin sonlandırılması için sadece velinin rızasını yeterli görmeyip ayrıca gebe çocuğun da rızasını arar. Çocuğun gebeliği bakımından bir sorun da uygulamada onbeş yaş altı çocukların gebeliğinin sonlandırılması konusudur. Gebeliğin sonlandırılması yine aynı kanunda *“gebe küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine”* bağlanmıştır. Maalesef ülkemizdeki töre cinayeti gerçeği göz ardı edilmesi mümkün olmayan bir sorundur. Bebeğini aldırma isteyen bir çocuğun bazı durumlarda ailesinin rızasının alınması çocuğun

⁹² 5013 sayılı 3.12.2003 kabul tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

⁹³ 27.5.1983 Tarihli ve 18059 Sayılı R.G.

öldürülmesi gibi telafisi mümkün olmayacak büyük zararlara sebep olabilir. Bu durumda çocuk on altı yaşını doldurmamış ise savcılığa başvurarak savcının izni ile müdahale edilebilir. Yine çocuk doktorunun ve kadın doğum doktorunun birlikte dikkat etmesi gereken hususlar, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın çocuğu koruma altına almasının sağlanması ve bu koruma altında savcılık tarafından sağlık tedbiri alınması olmalıdır⁹⁴.

Boşanma durumu var ise velayet hakkı olan velinin rızası ve imam nikâhı gibi sorunlarda ise nüfus kaydı dikkate alınarak annenin rızası esas alınmalıdır. Her iki ebeveynin de rızasının alınması gereken durumlarda biri gelmiyorsa, doktorun bu durumu tutanak altına alarak müdahale yapması uygun olacaktır. Acil bir durum söz konusu ise tüm bu kurallar kenara bırakılarak tek tarafın rızasıyla dahi müdahale yapılmalıdır. Ana baba olarak müştereken çocuğun tıbbi müdahalesi hakkında ortaya irade koyması gereken eşler arasında ihtilaf çıkarsa hâkim kararı alınması gerekir. Burada çocuğun üstün yararı esas alınacaktır.

1219 sayılı Kanun m. 70 hükmü “*veli ..olmadığı veya bulunamadığı takdirde muvafakat şart değildir*” şeklinde olup olmamak durumunu çocuğun ebeveynleri ölmüş ve halen yasal temsilci atanmamış, *bulunmamak* durumunu ise ebeveynler hayatta ancak hali hazırda bulunmadığı şeklinde yorumlamak gerekir. Burada acil ve gerekli durumlarında olmayan ve de bulunmayan velinin rızasının gerekli olmadığı şeklinde sınırlı bir yorum yapılmalıdır. Bazı düzenlemelerde ise velinin rızası yasaklanmıştır; örneğin on sekiz yaş altındakilerin organ ve doku nakli yasak olduğundan⁹⁵ velinin rızası da geçersizdir.

Konuya ilişkin 2015/2521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye kararını inceleyecek olursak; kararın konusu yanında velisi olmaksızın sağlık hizmeti alamayan şikâyetçinin, çocukların kendi başlarına sağlık hizmeti alabilmeleri talebidir. Bu tavsiye kararında alınan psikolog uzman görüşünde “*15 yaşındaki bir çocuğun kendini ifade edebilme ve aile desteği olmaksızın bir yerden bir yere gidebilme yönünde gelişimi tamamlamış olarak kabul edilebileceği, bir sağlık kuruluşuna tek başına giderek derdini anlatabilecek fiziksel ve bilişsel yeterliliğe normal şartlar altında eriştiğinin varsayıldığı, tek başına sağlık hizmeti almak istemesinin psikolojik anlamda olumsuz bir etkisi olmadığı gibi aksine kişisel gelişimine de pozitif bir kazanç sağlayacağı değerlendirilmekte olup somut olayda çocuğa barkod verilmemesi ve sağlık hizmetinden faydalandırılmaması yönündeki uygulama yerine velisinden alınacak imzalı onam formuyla beraber hizmetlerden yararlanabileceği bilgisinin çocuğa verilmesinin daha uygun bir yaklaşım tarzı olacağı*” şeklindedir. Devamında “*Yukarıda gerek psikolog görüşünde ifade edildiği ve gerekse şikâyetçi ile Kurumumuz sosyal*

⁹⁴ Hakeri, 2021: 406.

⁹⁵ 03.06.1979 Tarih ve 16655 Sayılı R.G. Yayımlanan Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

hizmetler uzmanı aracılığıyla yapılan görüşmede 1999 doğumlu şikayetçinin kendini ifade etmekte zorlanmadığı, ailesiyle yapılabilecek görüşmede de açık ve özgüveni yüksek bir genç olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenlerle; şikayetçinin dış tedavisini yanında kanuni temsilcisi olmadığı için sadece 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda öngörülen kurallara göre yapılamayacağını belirten İdarenin işleminin Hukuk Devletinde uluslararası sözleşmeler, haklı beklentiye uygunluk ve yaşam hakkına aykırı olması sebebiyle şikayetçinin yanında velisi veya vasisi olmadan dış tedavisi talebinin reddine yönelik idarenin işleminde hukuka ve uluslararası mevzuat hükümlerine uygunluk tespit edilememiştir.” Buraya kadar metnin tamamına bakıldığında da oldukça özet ve yerinde bir değerlendirme olan bu kararın devamında, *“onbeş yaşını dolduran çocukların yanlarında kanuni temsilcileri olmadan sağlık hizmeti almaya sosyal yaşama ilişkin durumları dikkate alınarak sağlıkta çocuğun yüksek menfaatine uygun kararların mevzuata dönüştürülmesi bakımından Sağlık Bakanlığı’nca ilgili Kurum ve Kuruluşlarına genelge hazırlayıp yollaması konusunda Sağlık Bakanlığı’na Tavsiyede bulunulmasına ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümlerinin Uluslararası mevzuat hükümlerine uygun hale getirilmesi ile ilgili mevzuatta değişiklik yapılması için kanun tasarısı hazırlaması”* tavsiye edilmektedir. Burada genelge ile bir kanunun değişmesi hukuken yanlış bir yorum olup esasında konu bir kanun değişikliği ile çözülebilecektir. İç hukuk metni hükmünde olan Biyotıp Sözleşmesi ve HHY ile esas alınması gereken velinin rızası olmasına rağmen, çocuğun da rızasının geçerli sayılabileceği önemli risk taşımayan müdahaleler bakımından menfaati gözetilerek hareket etme alanı çocuk doktoruna sağlanmıştır. Uygulamada, çocuk doktorlarının açık bir hüküm ile kendilerini güvenceye alma istekleri anlaşılırdır. Bizce de, kanunda konuyu kesinliğe kavuşturacak şekilde değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

1.5.3.2.2. Rızanın Aranmadığı Tıbbi Müdahaleler

1.5.3.2.2.1. Genel Önleyici Aşı Zorunluluğu

Sosyal medyanın da etkisiyle bir dönem daha yoğun şekilde çocukları için zorunlu aşıları reddeden velilerin varlığı⁹⁶, konunun çalışmamız kapsamında incelenmesini gerektirmektedir. Bilhassa çocuklara önleyici olması için rutin olarak uygulanan aşılar bakımından, bu aşıların zorunlu olup olmaması ve velinin rızası tartışılması gereken konulardır. Velilerin aşığı reddetmesinde etkili birçok faktör bulunmaktadır. Bunlar; aşıların

⁹⁶ ...Araştırmamızda aşı reddini, aşının ticari olması ve aşı içeriğinde zararlı maddelerin olmasına bağlayan gruplar ile ebeveynlerin eğitim seviyesi karşılaştırıldığında fark istatistiksel olarak anlamlı bulundu. Bu sonuç bize eğitim seviyesi arttıkça bireylerin aşı konusunda kaygılarının da arttığı sonucuna ulaştırmıştır. Ünsal, Aile Sağlığı Merkezlerine Başvuran Ebeveynlerde Çocukluk Çağı Aşı Reddi Nedenleri: 36

içerisinde zararlı maddelerin olması düşüncesi, aşılardan anlık yan etkilerine karşı kaygılar, aşılardan ileride hastalıklara neden olabileceği düşüncesi (otizm, SSPE), aşılamadan gereksiz görülmesi, aşının faydalarına inanmama, aşılarla ilgili yetersiz bilgilendirme gibi nedenler aşı reddini artıran faktörler içerisinde⁹⁷. Anayasa m. 19/2 hükmü “*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için **kanunda belirtilen esaslara** uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi;halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*” Anayasamızda belirtildiği üzere, zorunlu bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için kamu sağlığının korunması amacıyla bunun kanunla emredilmesi gerekir. Örneğin; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁹⁸ ülkemizde zorunlu tıbbi müdahaleleri düzenlerken m. 88 hükmünde herkesin çiçek aşısı yapma zorunluluğunu emretmiştir. Türk hukukunda bunun dışında kalan tüm aşılar isteğe bağlıdır. Anayasa m. 13 hükmü temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığıyla “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” demek suretiyle açık şekilde kişinin hakkına bir müdahalede bulunulabilmesi için muhakkak müdahalenin geçerli bir sebebe dayanması, kanunla düzenlenmesi ve ölçülü olmasını aramaktadır. Dolayısıyla koruyucu amaçla dahi olsa aşılar için aydınlatma ve rıza şart olmalı, şayet bu şart aranmayacaksa da bunun açıkça kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. UHK m. 72 hükmünde, m. 57 hükmünde sayılan hastalıklar için hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbikinden bahsetmekle genel bir aşı zorunluluğu emrettiği söylenemez. Bu hüküm gereğince bakanlık öncelikle salgını belirledikten sonra aşı zorunlu olabilir. Velinin de aşıya rıza göstermeyerek rıza yetkisini kötüye kullandıklarını iddia edilemez⁹⁹. Koruyucu rutin aşılar da kısa vadede bir tehlike olmadığından acil bir durum yoktur. Diğer yandan çocuğun sağlığı için acil bir zorunluluk olması halinde veli rıza vermese dahi aşı yapılabilecektir.

Yargıtay’ın bir kararında¹⁰⁰; “*ana ve babanın aşı uygulamasına rıza göstermemeleri halinde, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olan bu durumda ana babanın rızasının aranmayacağı, somut olayda ana ve babanın haklı bir sebep ve delil göstermeksizin çocuklarına aşı uygulanmasına karşı çıktıkları, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün*

⁹⁷ Ünsal, 2020: 18.

⁹⁸ 6.5.1930 Tarihli ve 1489 Sayılı R.G.

⁹⁹ Hakeri, 2021: 442.

¹⁰⁰ Yarg. 19. CD, 5.11.2015 T. ve 2015/87 E. 2015/6676 K.

yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgunun bulunmadığı gibi aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşılması karşısında” aile mahkemesinin aşya ilişkin koruma tedbirini yerinde bulmuştur.

Anayasa mahkemesinin kararına¹⁰¹ kadar, çocuğuna aşı yaptırmak istemeyen veliler öncelikle uyarılmakta, eğer aşığı reddetme konusunda ısrarcı olurlarsa İl Sağlık Müdürlüğü tarafından savcılığa şikâyet edilmekte, savcılık ise Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünden uzman yönlendirilerek çocuğa yönelik bir istismar veya ihmal olup olmadığını değerlendirmekte idi. Esasında çocuğa aşı yaptırmayı reddetmenin dayanağının velinin bilinçli bir eylemi mi yoksa çocuğun sağlığının ihmali mi olduğu ihtimallerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşının zorunlu olduğuna ilişkin bir kanuni düzenlememiz olmadığı için AYM kararlarında zorunlu aşı uygulamasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Bu doğrultuda topuk kanı alma zorunluluğu bakımından yine AYM’ye taşınan bir başvuruda¹⁰² yüksek mahkeme bu uygulamayı hukuka uygun bulmuştur, zira bu hususta bir kanuni düzenleme¹⁰³ vardır.

1.5.3.2.2.2. Soy Bağı Tespiti

Soy bağı bakımından esas olan genetik veri kavramı 6698 sayılı KVKK’da¹⁰⁴ tanımlanmamıştır. Genetik veri, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 4/13 hükmünde “Kişinin biyolojik numunesinden çıkarılan, onun fizyolojisine veya sağlığına ilişkin irsi veya sonradan kazanılan genetik özelliklerle ilgili verileri” olarak tanımlanmaktadır. Kişinin sağlık verisi, babasını öğrenmesi için gerekli olan genetik veriye göre daha sıkı korunmakta ise de genetik veya sağlık verisinin işlenmesi için her durumda kişinin açık rızası gerekmektedir. İstisna olarak, kanunda öngörülen hallerde kişinin rızası aranmamaktadır¹⁰⁵.

Uyuşmazlık olması halinde soy bağının tespiti için TMK m. 284/2¹⁰⁶ hükmünce tarafların müdahaleye rıza göstermesi emredilmektedir. HMK soybağı tespiti için inceleme başlıklı m. 292 hükmü açıktır; “Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel

¹⁰¹ AYMBB, 11.11.2015 T., 2013/1789 Başvuru Numarası <https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2013-1789-t-11-11-2015-halime-sare-aysal-basvurusu/1504956/1789> (Erişim Tarihi: 29.1.2024)

¹⁰² AYMBB, 29.06.2016 T., 2014/4077 Başvuru Numarası https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2014-4077-t-29-06-2016-velayet-altinda-bulunan-basvurucuya-zorunlu-cocukluk-don/2452336/2014_4077 (Erişim Tarihi: 29.1.2024)

¹⁰³ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Kanun Numarası: 3359 Kabul Tarihi: 7/5/1987, 3/L Hükmü; “.. Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır. ”

¹⁰⁴ 7.4.2016 Tarihli ve 29677 Sayılı R.G.

¹⁰⁵ Dönmez, 2018: 185.

¹⁰⁶ “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. ”

verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz. ” TMK’ya göre ise müdahaleye rıza göstermeyen taraf bakımından hakim bundan beklenen sonucu, rıza vermeyen tarafın aleyhine doğmuş sayabilmektedir. HMK hükmü ile rıza verilmemesi halinde hakime zor kullanarak inceleme hakkı vermesi karşısında TMK arasında açık bir çelişki bulunmaktadır. HMK ile kabul edilen zor kullanma yetkisi her ne kadar gerçeğin ortaya çıkarılması gayesi taşısa da esasında bir kişilik hakkının ihlali anlamına da geldiğinden haklı olarak eleştirilmektedir. Bir görüş TMK m. 284 hükmü maddi hukuka ilişkin olduğundan HMK m. 292 hükmüne göre üstün tutulmasını savunurken, ağırlıklı bir diğer görüşe göre ise sonradan yürürlüğe giren HMK’nın zımnen TMK ilgili hükmünü ortadan kaldırdığı yönündedir¹⁰⁷.

1.5.3.2.2.3. Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında İç ve Dış Beden Muayenesi

Dış beden muayenesi için bir karara gerek olmamasına rağmen iç beden muayenesinin yapılabilmesi için soruşturma evresinde sulh ceza mahkemesinin kararının varlığı aranmaktadır.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın m. 39 hükmü gereği “Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.” şeklinde cinsel ilişkiye ilişkin muayenelerde rızanın önemi vurgulanmıştır. Ancak Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’in¹⁰⁸ m. 4 hükmünde “Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. ” Yönetmelik kapsamında iç beden muayenesi, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması halinde ve sadece doktor tarafından yapılabilir. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de yönetmeliğe göre iç beden muayenesi sayılmaktadır.

Çocuğun jinekolojik/genital müdahalesi hakkında ana babanın bilgilendirilip bilgilendirilemeyeceği konusu önem taşımaktadır. Bu müdahale bakımından ana ve babanın

¹⁰⁷ Dönmez, 2018:186-187.

¹⁰⁸ 01.06.2005 Tarihli ve 25832 sayılı R.G.

aydınlatılması ve rızasının aranması, bazı durumlarda çocuğun mahremiyetinin ihlali anlamına gelecektir¹⁰⁹. Örneğin, on beş yaşını doldurmuş bir çocuk TCK m. 104 hükmü gereği cinsel dokunulmazlığına ilişkin bir fiile rıza gösterme ehliyetine sahipken tıbbi jinekolojik müdahaleye kendi başına rıza gösterebilmelidir. On beş yaşını doldurmuş çocuğun rızasının olmaması halinde tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelecek hatta TCK kapsamında çeşitli suçlara sebebiyet verebilecektir. Diğer bir örnekte çocuğunun cinsel ilişkiye girip girmediğini öğrenmek isteyen ana baba genital muayene suçu kapsamında fail olarak sorumlu tutulacaktır¹¹⁰. Bu örnekte çocuğu jinekolojik olarak muayene eden doktor da genital muayene suçundan fail olarak sorumlu tutulacaktır¹¹¹.

1.5.3.2.3. Tıbbi Kararlarda Çocuğun Yüksek Yararı Karşısında Ana Babanın Rızası

Tıbbi kararlarda ana babanın rızası karşısında çocuğun yüksek yararının yeri hukukten tartışılması gereken bir konudur. Hasta çocuğun kendi geleceğini belirlemesi hakkı kapsamında yüksek yarar ilkesi ve katılım hakkı bakımından önemli olan çocuğun yararı ne öğretide ne de kanunda açıkça düzenlenmemiştir¹¹².

Yargıtay bir kararında¹¹³ “Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar veren makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” şeklinde çocuğun yüksek yararının ölçütünü belirlemiştir.

Yetişkin bir bireyin ayırt etme gücü olmadığında onun adına hareketle tıbbi kararları verirken, özerklik ilkesi gereği hastanın varsayılan iradesine uygun olan geçmişteki duygu ve istekleri dikkate alınırken, yaşama süresi belli olmayan down sendromu ile doğan bir bebek için aynı yolu izlemek mümkün olmayacaktır. İradesini hiçbir zaman belirleyemeyen kişilerle ilgili alınan kararlardaki tek motivasyon onların esenliğinin ve onurunun korunması olacaktır¹¹⁴. İngiltere’de istinaf mahkemesinin verdiği bir kararda¹¹⁵ mahkeme, down sendromu ile doğan ve bağırsak tıkanıklığı nedeniyle ancak bir operasyonla kurtarılabilecek

¹⁰⁹ Hakeri, 2021: 249.

¹¹⁰ Dülger, 2008: 1265.

¹¹¹ Bkz. TCK m. 287 hükmü “Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. ”

¹¹² Dede, 2017: 79.

¹¹³ Yarg. 2. HD., 9.3.2021 T., 2021/939 E. 2021/2071 K. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama> (Erişim Tarihi: 27.3.2024)

¹¹⁴ Yücel, 2018: 276-277.

¹¹⁵ Great Britain, England, Court of Appeal, Civil Division, In Re B (A Minor) (Wardship; Medical Treatment) CA 1981, The All England Law Reports, (1990) 3: 927-930; Giesen, 1990, 941. Karar için bkz. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11648312/> (Erişim Tarihi: 29.1.2024)

olan bebek bakımından sadece ana babanın kaygıları ve düşünceleriyle çocuk adına karar verilemeyeceği, çocuğun yüksek yararı doğrultusunda karar vermek için somut olaydaki çocuğun içinde bulunduğu şartlarda esenliğini göz önünde bulundurmak gerektiği sonucuna varmıştır.

Ayırt etme gücüne sahip çocuklarda ise tıbbi müdahaleye mümkün oldukça çocuğun tek başına rıza vermesi sağlanmalıdır¹¹⁶. Çocuk yararına, idare hukukundaki kamu yararı kadar önem atfeden görüş¹¹⁷, bizce de isabetlidir. Uygulamada ana babanın, çocuğun kişilik haklarını ihlal etmesi halinde aralarındaki ilişkinin tinsel ve duygusal niteliği gereği çocuğun anne babadan tazminat istemesinin mümkün kabul edilmemektedir. Zorunlu bir tıbbi tedavisinin ana baba tarafından engellendiği bir ihtimalde bu paternalist görüşe göre çocuk tazminat isteyemeyecektir¹¹⁸. Kanaatimizce, korunmak istenenin çocuğun yüksek yararı olduğu durumlarda, ana baba ile çocuk arasındaki koruma ve bakım ilişkisi çok titiz değerlendirilmeli ve çocuğun tazmin hakkı da korunmalıdır. Çocuğun, anne babanın bir objesi olmadığı gerçeği göz ardı edilmemelidir¹¹⁹. Herhangi bir sebeple çocuğun üstün yararının tehlikeye düşmesi halinde ise TMK m. 346¹²⁰ vd. hükümlerince hâkim çocuğu korumaya ilişkin önlemleri almalıdır.

1.5.3.3. Gereklilik

1.5.3.3.1. Çocuklara İlişkin Estetik Müdahaleler Bakımından

Estetik müdahaleleri, kişinin dış görüntüsünde doğuştan veya sonradan oluşan bozuklukları düzeltme, güzelleştirme amaçlı müdahaleler olarak tanımlamak mümkündür¹²¹. Tanımdan da hareketle estetik müdahaleler için, hoşla gitmeyen görüntünün hastada yarattığı ruhsal rahatsızlığın tam ispatı mümkün olmasa dahi uygulamada tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale olduğu yönünde kabul vardır. Günümüzde henüz on sekiz yaşını doldurmamış da olsa çocukların estetik müdahale talepleri hukuken mümkün kabul edilmektedir. Bir diğer kavram olan rekonstrüktif müdahaleler doğuştan gelen veya sonradan oluşan görüntü ve/veya işlev bozukluğunun düzeltilmesi iken estetik müdahale yalnızca güzelleşme veya kişinin anatomik olarak farklı görünmesinden kaynaklanan ruhsal rahatsızlığının giderilmesi amaçlıdır¹²². 1219 Sayılı kanunda çocuklara ilişkin estetik müdahaleler bakımından bir ana

¹¹⁶ Sert, 2020: 208.

¹¹⁷ Serozan, 2000: 47.

¹¹⁸ Serozan, 2000: 81.

¹¹⁹ İmamoğlu, 2005: 193.

¹²⁰ **Madde 346-** Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

¹²¹ Ayan, 1991: 34., Aşçıoğlu, 1993: 51.

¹²² Koçak Diker, 2023: 221.

veya yan dal öngörülmediğinden çocuk cerrahisi, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi veya kulak burun boğaz ana dallarının müdahaleye yetkili olduğu uygulamada da yaygındır¹²³. Çocuğun estetik müdahalesi bakımından da çocuğun özerklik hakkı göz ardı edilmeyerek, çocuğun yararı esas alınmalıdır. Ana babanın sosyal, akran baskısı endişesi dahi tek başına estetik müdahale için yeterli bir rıza olarak görülmeyp, çocuğun fiziksel görüntüsünü algılayıp algılayamadığı ihtimallerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹²⁴. Çocuğun algısının yeterli olduğu durumlarda ise, kanaatimizce çocuğun kişilik hakkına saygı gereği artık ana babadan ziyade çocuğun rızasına üstünlük tanınmalıdır.

1.5.3.3.2. Sünnet Özelinde Sosyal Endikasyon

Sünnet, bilhassa çocuk doktorlarını ve yan dal olarak çocuk cerrahlarını oldukça ilgilendiren bir konudur. Endikasyonu olmayan bir sünnet, çocuğu yaralama hükmünde olup buna velinin rıza gösteremeyeceği savunulabilir bir görüştür. Türk hukuku bakımından 1219 sayılı kanunda¹²⁵ düzenlenen sünnet, kanuni endikasyonu sağlamakta ve sünnete rıza veren velinin çocuğun üzerinde medeni kanunun verdiği yetkilerini kullandığı kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da buna paralel şekilde düzenlemeler çoğunluktadır¹²⁶.

Sünnetin gerekçeleri ise etnik, kültürel, dinsel veya tıbbi olabilmektedir. Diğer yandan sünnetin tıbbi olarak gerekliliği halen tıp bilimi alanında tartışılmaktadır. Sünnet sonrası bunun cinselliğe etkisi konusunda çok sayıda araştırmalar yapılmış olup farklı sonuçların elde edildiği görülmüştür. Kanada Pediatri Topluluğu (CPS) ve Amerikan Pediatri Akademisi (AAP) rutin sünneti önermemektedir. Sünnetin, erkek cinsel yaşamına katkı sağladığını belirten çalışmalar olmakla birlikte sünnetin negatif etkilerini vurgulayan çalışma sayısı azdır¹²⁷. İki ile altı yaş arasında olduğu kabul edilen dönemde çocuğun genital organlarının farkına varmakta ve psikolojik olarak da cinsiyetine yönelmekte olması sebebiyle bu yaş aralığında yapılacak sünnet, çocuklarda cinsel organın kaybı endişesi yaratabilmektedir. Diğer yandan sünnetli olanlara göre sünnetsiz çocuklarda idrar yolu enfeksiyonu riskinin daha yüksek olduğu tıbben kabul edilmektedir¹²⁸. Tüm bu tıp verileri incelendiğinde sünnet konusunda hukuken daha detaylı düzenlemeler yapılması, çocuğun kendi bedeni üzerinde daha fazla söz hakkı olması imkânı sağlanması bizce yerinde olacaktır.

¹²³ Koçak Diker, 2023: 223.

¹²⁴ Koçak Diker, 2023: 225.

¹²⁵ 1219 Sayılı Kanun m. 3 hükmü ile 01.01.2015 tarihinden itibaren sünnet işlemi kural olarak yalnızca doktor tarafından yapılabilir.

¹²⁶ Hakeri, 2021: 412.

¹²⁷ Detaylı bilgi için bkz. Öztürk vd., 2018: 374.

¹²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Çalışkan, 2014: 14.

Yargıtay hastaya ait tıbbi kayıtlarda sünnet işlemine ilişkin detaylı bilgi olmadığı, bu bakımdan hasta yakınlarının sünnet uygulaması konusunda yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı konusunda bilgi olmadığı bir kararında¹²⁹ davacıların bilgilendirme ve onay formu ile işlem öncesi yeterince bilgilendirilip aydınlatıldığından da söz edilemeyeceği; davalı doktorun savunmaları doğrultusunda farazi değerlendirmelere göre, hastaya ait kayıt sunmayan davalı sağlık kurumu yanı sıra vekil konumunda olan davalı doktorun da sorumlu olduğu gözetilmesi, bu çerçevede davacıların tazminat taleplerinin davalılar yönünden yeniden değerlendirilmesine karar vermiştir. Yargıtay bir başka kararında¹³⁰ ise sünnet esnasında kullanılan anestezi ilacına alerjisi olan bebeğin ölümü üzerine doktorun sorumluluğu bakımından sünnet operasyonu öncesi bir alerji testi veya başkaca bir tıbbi araştırma yapıldığına dair dosyada herhangi bir tespitin bulunmadığından hareketle eksik inceleme olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'ın genel görüşü; malpraktis komplikasyon ayrımının ve doktorun kusurunun alınacak bilirkişi raporlarıyla eksiksiz şekilde tespiti ile yargılama yapılması yönündedir.

1.5.3.4. Çocuk Doktorlarının Özen Yükümlülüğü

Çocuk doktorlarının diğer doktorlardan farklı olarak hasta çocuk ve ana babası ile olan ilişkisi esasında kendisinden daha özenli olmasının beklenmesine sebep olmaktadır. Bu sebeptendir ki çocuk doktorlarının hasta doktor iletişimde daha özenli davranması aranmalıdır. Nitekim yapılan bir pilot çalışmada¹³¹ çağdaş doktorluk anlayışında, doktor hasta ilişkisinde iletişimin kuvvetlenmesinin doktorun empati yeteneğine bağlı olarak teşhis ve tedavide başarı oranını artması muhtemel görülerek, doktorun yaşı artıkça hastanın bakış açısını yakalama ve hastayı anlamının yani empati becerisinin arttığı saptanmıştır. Bu çalışmadan da hareketle pediatri anlamında doktorun tecrübe sahibi olması, çocuk sahibi olması, daha duygusal olunmasına bağlı olarak kadın olması gibi etmenler empati yeteneğini artırmakta; bunun da, sorumluluğunu doğuran ihtimalleri azalttığı göz önüne alındığında aydınlatma, rıza ve teşhis süreçlerinin ne denli özenli olması gerektiği ortadadır. Çocuğu hasta olduğu için son derece zor bir ruhsal durumda olan aile ile kurulması gereken duyarlı ve etkili iletişim bir yanda

¹²⁹ ... davacı İsmail'in olay tarihinde 8 yaşında olduğu ...sünnet operasyonunun ağrıya neden olabilen bir cerrahi girişim olduğu, işlem sırasında veya sonrasında ağrı kesici uygulamasının tıbben doğru ve tercih edilmesi gereken bir tedavi yöntemi olduğu, çocuğa uygulanan ... ilacın uygun dozda ve doğru bir şekilde verildiği, intramüsküler enjeksiyonun daima komplikasyon riski taşıdığı, bu komplikasyonlardan birinin de siyatik sinir hasarı olduğu, bu bakımdan çocuklarda, erişkinlerde, vücut yapısı zayıf olan hastalarda ya da normal vücut yapısına sahip hastalarda da gelişebildiği, dosyada hasta ve yakınlarının sünnet uygulaması ve intramüsküler analjezik konusunda yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı konusunda bilgi olmadığı,... Yarg. 3. HD, 15.09.2021 T. 2020/6148 E. 2021/8490 K.

¹³⁰ Yarg. 13. HD. 16.09.2015 T. 2014/17432 E. 2015/8358 K. <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> (Erişim Tarihi: 1.2.2024)

¹³¹ Okuyazi, S. vd., 2019: 232.

dursun, yetişkinlerden tamamen farklı olan çocuk ile iletişim pediatri uzmanları için bir başka sorumluluk boyutu yaratmaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI UZMAN DOKTORLARININ VE HASTANIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Doktorlarının Hak Ve Yükümlülükleri

2.1.1. Doktorun Yükümlülükleri

Çocuklara müdahale eden doktorların en önemli yükümlülüklerinden biri hasta çocuk ve ana babanın ayrı ayrı veya birlikte aydınlatılması ve rızalarının alınması olacaktır¹³². Nitekim çocuk sağlığı ve hastalıkları uzman doktorları için aydınlatma ve rıza alma, gerek kanuni anlamda gerekse özen yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak başta gelen bir yükümlülüktür.

2.1.1.1. Hayatta Tutma Yükümlülüğü

Herkesin, Anayasa m. 17 hükmü gereği, yaşama hakkı vardır. Doktorun, bu hakka muhalefet anlamına gelen bir işlemi hukuk düzeninde korunmayacaktır, zira insan hayatını korumak doktorun en önemli görevidir. Ancak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, iradesine saygı gösterilmesini zorunlu tutacağından doktorun hayatta tutma yükümlülüğü ve hastanın yaşam hakkı ile tedaviyi ret hakkı arasında ince bir ayrım vardır¹³³.

Hukuk düzeninin yaşama hakkını koruması beraberinde ölme hakkını kabul etmemesini getirmektedir. Hastanın ölümüne yardım olarak değerlendirilebilecek ötenazi, hukukumuzda HHY m. 13 hükmü ile yasaklanmıştır. Bunun sebebi yaşam hakkına dayalı olan doktorun hastayı yaşatma yükümlülüğüdür. Diğer kanunlarımızda ötenazi düzenlenmemiş ve uygulamada da içtihat özelinde incelenmemiştir¹³⁴. Tanım olarak tıbben hastanın iyileşme ihtimali bulunmadığı veya dayanılmayacak acı çektiği ve kesin olarak öleceği durumlarda kişinin tıbbi şekilde öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilmesi suretiyle ölümüne terk edilmesi ötenazidir¹³⁵.

¹³² Bkz. Birinci Bölüm, 1.5.3.

¹³³ Hakeri, 2022: 79. Dünya Sağlık Örgütü'nün 1991 yılında Roma'da yaptığı toplantıda "*hastaların son günlerinde insanca bakım görme ve onurlu bir şekilde ölme hakkına sahip olduğu*" kabul edilmiştir. Bkz. Aşçıoğlu, 1993, 50.

¹³⁴ Hakeri, 2022: 80.

¹³⁵ Aşçıoğlu, 1993: 50, Hakeri, 2022: 76.

2.1.1.1.1. Ağır Özürlü Yeni Doğan Bebekler ve Erken Ötenazi

Ağır özürlü yeni doğan bebekler bakımından doktorun tedavi yükümlülüğü konusu tartışmalı bir alanda kalmakta olup esasında durum bir tür erken ötenazidir¹³⁶. HHY m. 14 hükmü ise “...*Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.*” şeklinde açıkça sınır çizmiştir. Yeni doğan bebek bakımından kendi iradesini belirlemek mümkün değildir. Tüm canlıların yaşam hakkına eşit değerde sahip olduğu prensibine bağlı olarak doktor yeni doğan bebeğin de bir hukuksal yükümlülükten ziyade insan onurunun korunması adına tedavisini tümüyle yapma yükümlülüğü altındadır¹³⁷. Alman hukukunda, ağır sakatlıklarla dünyaya gelen, iyileşme şansı bulunmayan ve kendi kaderlerini belirleme iradeleri olmayan yeni doğanların, tedavisinin durdurulabilmesi için ancak tıbbi imkânların sonuna gelinmiş olması veya hukuka uygunluk sebebi olarak bir zorunluluk hali oluşması; hiçbir zaman bilinçli hale gelemeyecek ve ağır acılar çekiyor olması şartları gerekmektedir¹³⁸. Kanaatimizce de Alman hukukundaki değerlendirme yerindedir, ağır sakat bebeğe bir ömür bakmakla yükümlü olan ebeveynin bu husustaki iradesi esas olmalıdır.

2.1.1.1.2. Pasif Ötenazi

Pasif ötenazi, ölmek üzere olan hastalarda, hastanın iradesi dikkate alınmadan doktor tarafından tedaviye başlanılmaması veya tedavinin yarıda bırakılması olarak ifade edilmektedir. Öğretide bir görüşe göre, hastanın tedaviyi ret hakkını kullanmasına doktorun saygı duyarak tedaviyi başlatmaması veya devam etmemesi pasif de olsa ötenazi olarak adlandırılmayacağı yönündedir¹³⁹. Bunun aksi bir görüşe göre¹⁴⁰, hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında pasif ötenazi bir temel haktır. Pasif ötenazi hastanın iradesi veya varsayılan iradesi ile ortaya konmuşsa kaderini kendi belirleme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

2.1.1.2. Özen Yükümlülüğü

Doktor ile hasta arasındaki ilişkinin temelini doktorun göstereceği özene dayalı güven oluşturmaktadır, uzmanlığı olan doktora karşı hasta, tez özelinde çocuk hasta, bilgisi olmayan ve doğrudan can sağlığını ilgilendiren taraf olup güçsüz konumdadır. Doktor ile hasta arasındaki bu bilgi eşitsizliği hasta hakları konusunda doktorlara duyarlılık kazandırılmalıdır¹⁴¹.

¹³⁶ Hakeri, 2021, 592.

¹³⁷ Hakeri, 2021: 593.

¹³⁸ Hilgendorf, 2021: kn 54-55, 88.

¹³⁹ Hakeri, 2022: 85.

¹⁴⁰ Atladı, 2008: 40.

¹⁴¹ Özlü, 2009: 66.

Kanun zayıf konumdaki hastayı korumalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁴² m. 506/2 hükmü doktorun hastası bakımından bir vekil gibi özenli ve sadakatle hareket etmesini emreder. Doktorun özen yükümlülüğü esasında diğer tüm yükümlülüklerin kaynağıdır. Doktor yalnızca mesleki olarak değil, olağan tüm durumlarda hayatın akışına uygun şekilde özen göstermelidir. Hasta devletin doktora verdiği diplomaya güvenerek, doktorunun titiz, dikkatli ve özenli davranmasını beklemekte haklıdır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin m. 4 hükmünde tıbbi bir müdahalenin, mesleki yükümlülük ve tıp bilimi standartlarına uygun olması gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay¹⁴³ “*hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o an ki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kuralları “Tıbbi Standart” olarak tanımlamıştır.*

Özen yükümlülüğü gereği olarak kişisel edim yükümlülüğü doğan doktor olarak yüklendiği edimi bizzat kendisi yapmalıdır¹⁴⁴. TBK m. 506 hükmüne göre bizzat ifa yükümlülüğü kural ise de istisnai olarak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Yani zorunluluk veya teamül var ise doktor yardımcı kişi kullanabilir veya yerine bir başka doktoru koyabilir. Çocuk doktorunun çocukla olan ilişkisindeki hassasiyet göz önüne alındığında bu anlamda daha dikkatli olması gerektiğini savunmak yerinde olacaktır. Temsil edilmesi mümkün edimler bakımından doktorun yardımcı şahıs kullanmasında bir mahâl yoktur, ancak kanunen, ikamesi yasaklanan bir edimi başkasına gördüren ile esas doktor birlikte sorumlu olacaktır¹⁴⁵.

2.1.1.3. Sır Saklama Yükümlülüğü

Hukuki kuralların ötesinde, hastanın gerçek manada şifaya kavuşması için doktora karşı dürüst olabilmesi gerekir; bunun temelinde de korunması gereken, hasta doktor arasındaki güven ilişkisidir. Hastanın makul olarak korunmaya layık olan her türlü verisi, bu manada doktora verdiği sır olarak kabul edilmelidir¹⁴⁶. Tıp ahlakı yönünden uluslararası kuralları Türk Tabipler Birliği'nin de bağlı olduğu Dünya Hekimler Birliği (UHB) koymaktadır¹⁴⁷. Birliğin birçok kararının ışığında doktor hastanın ölümünden sonra bile hasta

¹⁴² 4.2.2011 Tarihli ve 27836 Sayılı R.G.

¹⁴³ Yarg. 15. Hukuk Dairesi 2018/4621 E. , 2018/4686 K.

¹⁴⁴ TDN, Madde 16 – Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir.

¹⁴⁵ TBK, İşin Üçüncü Kişiyi Gördürülmesi Hâlinde Madde 507- Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.

¹⁴⁶ Hakeri, 2021: 635.

¹⁴⁷ Hancı, 2002: 97.

hakkında bildiği her şeyle ilgili bütün gizliliği sürdürecektir¹⁴⁸. Doktorun TBK m. 502 vd. hükümlerince de sadakat yükümlülüğünün zorunlu olarak doğurduğu bu sır saklama yükümlülüğünü temelde açıklayan Anayasa m. 20/3 hükmü; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” şeklinde açıktır. Doktorun tutması gereken hastaya ait sırlar, anayasal koruma altında olan kişisel veri anlamına geldiğinden, kapsam olarak geniş yorumlanmalıdır.

2.1.1.4. Öykü Alma Yükümlülüğü

Doktorun öykü alma yükümlülüğü, hastalığın genel çerçevede büyük bir resim olarak ve dolayısıyla eksiksiz değerlendirilmesini sağlayacak, doktor böylece doğru teşhise ulaşacak ve doğru tedavi ile hasta şifasına kavuşacaktır. Öykü hasta veya yakınından alınan *hasta öyküsü*, ailede hastalığın olup olmadığı araştırması yapılan *aile öyküsü*, önceki kullanılan ilaçlar veya alerjik reaksiyonlar gibi *ilaç öyküsü* veya *sosyal öykü* şeklinde çeşitli olabilir. Öykü alınması, beklenmedik durumların bertaraf edilmesini mümkün kılacak, şüpheli durumların aydınlatılarak anlamlandırılmasını sağlayacaktır. Yargıtay bir kararında¹⁴⁹ “*doktorun ailenin kendisini daha önceki tetkikler konusunda bilgilendirmemesi, kendisinin de başka bir hastanede yapılan tetkik ve muayene sonuçlarını görmesinin mümkün olmaması nedeniyle bebekteki rahatsızlığın kalıcı karaciğer hastalığına neden olmayan bir rahatsızlık olarak düşünmesinin doğal olduğu*”nun kabul edilmiş olması gerek doktorun öykü alma esnasındaki özen göstermesinin gerekse hasta ve velisi bakımından eksiksiz bilgi vermenin ne kadar önemli bir yükümlülük olduğunu göstermektedir. Yine bir başka Yargıtay kararında¹⁵⁰ gözüne tel batan çocuğun öyküsü hekime belirtilmemiş ise doktorun herhangi bir kusur veya ihmalinin söz konusu olmadığı, şayet tel battığı bildirilmiş ise göz hastalıkları uzmanına sevkı gerekirken reçete verilerek evine gönderilmesi tıbbi kural ve gerekliliklere aykırı olduğundan görev ihmalinin bulunduğu ancak bu ihmalle uzuv tatili niteliğindeki yaralama arasında illiyet bağı kurulmasının tıbben mümkün görülmemiştir. Eksik bilgi veren ana baba veya hasta da

¹⁴⁸ Hekimlik Ahlakı Uluslararası Yasası, UHB Kurultayı, Venedik, 1983, www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf (erişim tarihi 4.1.2024)

¹⁴⁹ Yarg. 3. H.D. 26.05.2021 T., 2020/5201E., 2021/5565 K. <https://legalbank.net/arama> (Erişim Tarihi: 10.11.2023)

¹⁵⁰ Yarg. 13. H.D. 15.04.2013 T., 2012/14313 E., 2013/9515 K. <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> (Erişim Tarihi: 1.2.2024)

kusurları oranında sorumlu olmaktadır. Nitekim öykü alsa hastanın kalıtsal bir hastalığı olduğunu bilecekken almayarak sebep olduğu zarardan doktor sorumlu olacaktır. Çocuk doktorları öyküyü çocuk ayırt etme gücüne sahipse çocuktan alabilecekse de bunun yanında mutlaka ana babadan da öykü almalıdır.

2.1.1.5. Muayene Yükümlülüğü

Esasında muayene olmadan bir teşhis, teşhis olmadan da bir tedavi yapılamayacağı gerçeği karşısında her bir yükümlülüğün birbirine domino taşları gibi bağlı olduğu söylenebilecektir. Bu sebeple temelde bulunan muayene yapılmadan özenli ve doğru bir tedavi de yapılamayacağı için muayene ana bir yükümlülüktür. Muayene modern teşhis teknikleri ve imkânlarıyla kapsamlı şekilde olmalıdır. Yapılma amacına bağlı olarak muayeneler teşhis muayenesi, önleyici, erken tanı muayenesi ve kontrol muayenesi olabilmektedir. Danıştay bir kararında muayene yükümlülüğünün ihlal edilmesinden kaynaklı olarak hasta hakkının ihlaline karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı; “*Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır.*”¹⁵¹ şeklindedir. Muayene yükümlülüğü, muayenenin doktorun doğrudan kontrolü altında ve tüm gerekli tetkikler eksiksiz şekilde yapıldığında sağlanmış olmaktadır. Doktorun acil durumlarda hastanın yanına gelene kadar talimat vererek tedbir alması mümkün sayılabilse de uzaktan muayene, teşhis ve tedavi etmesi işin doğasına aykırı olup, hukuk düzenince de yasak kabul edilmektedir¹⁵². Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın m. 23 hükmü gereği “*Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.*” demek suretiyle muayenesiz tedavi yasağı getirilmiştir.

2.1.1.6. Teşhis Yükümlülüğü

Teşhis, hastalığın tanınması ve durumun belirlenmesidir. Kuşkusuz yerinde ve tam bir tedavinin ön şartı doğru bir teşhisten geçecektir, bu nedenle doktorluk sözleşmesinin de esaslı unsuru teşhis yükümlülüğüdür. Teşhisin acillik durumuna, teknik imkânlar, amacına bağlı olarak farklı türleri bulunmaktadır; bunlar ilk muayene sonrası *geçici teşhis*, detaylı tetkiklerle ortaya konan *kesin teşhis*, hastanın hastaneye havale eden *sevk teşhisi*, taburcu olan hastaya verilen *taburcu teşhisi* olarak isimlendirilmektedir. Teşhisin hastaya en az zarar verecek

¹⁵¹ Danıştay 10.D, E. 2007/6322, K. 2010/5981, T. 13.7.2010

¹⁵² Hakeri, 2021: 570.

yöntemle belirlenmesi, bizzat doktor tarafından öykü alınarak yerine getirilmesi, gecikmeksizin zamanında yapılması gerekir. Ancak bu gerekliliklere karşılık hasta doktordan teşhis için tüm teknik yöntemlerin atlanmadan kullanılmasını isteyemez, çünkü teşhisten sonra tedavi imkânı mevcut değilse doktorun tüm yöntemleri kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kural belli bir standartla teşhisin sağlanmasıdır, yoksa her ihtimalde tüm tetkiklerin yapılması şart değildir; ancak teşhis konamıyorsa tüm tetkik imkânlarının kullanıldığından emin olunmalıdır. Bizzat muayene kural olduğu gibi teşhisin bizzat yapılması da şarttır. Yargıtay'ın *“çocuk hastalıkları konsültasyonunda nöbetçi çocuk hastalıkları uzmanı olan sanık doktorun...telefonla arandığında bizzat gelmeyerek tahlil sonuçlarına göre hastanın değerlendirilmesini söylediği, akabinde yoğun bakım ünitesinde yatan hastanın beş gün sonra yaşamını yitirdiği olayda, Yüksek Sağlık Şurasının raporunda özetle; hastanın kendi kusmuğunu aspire etmesi sonucu akciğer aspirasyon pnömonisi geliştiğinin, nöbetçi doktor sanığın görev yerinde bulunmaması ve hastayı bizzat değerlendirmemesi nedeniyle kusurlu olduğunun belirtildiği”* kararında¹⁵³ uzaktan muayene yasağına uymama doğrudan doktorun kusuruna delil sayılmıştır.

2.1.1.7. Tedavi Yükümlülüğü

Tedavi kelimesinden basit bir anlatımla anlaşılan çeşitli yöntemlerle hastalığı iyileştirme ve bir tür terapidir¹⁵⁴. Günümüzde hem sosyal şartlar hem de tıbbi teknikler değişmiş ve gelişmiştir. Tedavinin önceleri yalnızca iyileştirme amacına dönük olduğu ancak günümüzde endikasyonu bulunmayan ve iyileştirme amacı gütmeyen rahim tahliyesi, estetik ameliyatlar, cinsiyet değişimi gibi şekillerde olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi¹⁵⁵ m.13 hükmü doktorun *“teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey”* yapamayacağını emrederek tedavide sınırın tıbbi verilere uygun olması ve hastaya zarar vermemesi olduğunu belirlemektedir.

Anayasa m. 18, m. 48 ve m. 49 hükümleri gereği hiç kimse bir mesleği yapmaya zorlanamayacağından, yine Anayasa m. 23 hükmü ışığında doktorun bir tedaviyi üstlenip üstlenmemesi noktasında özgür olması gerekmektedir. Doktor bir hastanın tedavisini üstlendiğinde artık bir tedavi yükümlülüğünden bahsetmek mümkün olmaktadır. Doktorun ücretin ödenmemesi, randevulara gelinmemesi veya önerilen tedavilerin uygulanmaması gibi sebeplerle hastayı reddetmesi kamu doktoru olmaması halinde mümkün olmaktadır. Özel

¹⁵³ Yarg. 12. C.D., 2012/14601 E. , 2013/6702 K.

¹⁵⁴ TDK Sözlük, (Erişim Tarihi 10.12.2023)

¹⁵⁵ 19.2.1960 Tarih ve 10436 Sayılı R.G.

olarak çalışan doktorun, tedavisini üstlendiği hastanın bilahare tedavisini yürütmeme imkânı da hastanın mevcut durumuna zarar vermemek veya acil bir durumu yönetmemek şartları ile olabilecektir. Yargıtay yeni doğan yoğun bakımından taburcu olduktan sonra tek gözünün kör olduğu, diğer gözünün de %80 oranında görme kabiliyetini yitiren bebeğe ilişkin bir kararında¹⁵⁶ *“Epikriz raporunda "göz hastalıkları polikliniğinde ... muayenesi önerildi" şeklinde yazıyor olması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat için yeterli kabul edilemez.... Davalı şirketin işlettiği özel hastane, yenidoğan yoğun bakım hizmeti vermektedir, davalı doktor da bu servisin sorumlu çocuk doktorudur. Davacı ...'nın taburcu işlemleri yapılmadan önce, hastaya yapılması gerekli tüm tetkik ve muayenelerin bizzat davalı doktor sorumluluğunda, davalı özel hastane tarafından gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır. Aksi bir kabul, taraflar arasındaki vekalet akdinin niteliğine de aykırı düşecektir.”* kabulüyle hareket etmiştir. Bazı durumlarda, örneğin, çocuk hastalıkları uzmanının daha özel bir uzmanlaşma gerektirdiğini düşündüğü noktada başka bir doktora sevk etme imkânı da olabilmektedir. Bahsedilen bu sevk yapılmazsa, hasta çocuğu tedavide ısrar edilirse, uygulanan tedavi maksada ulaşmadığı veya zarara sebep olunması ihtimallerinde çocuk doktoru bakımından bir tür üstlenme kusuru oluşmaktadır. Buna benzer başka bir durumda ise, hasta veya velisi de sevke itiraz ederek kendisinin o doktor tarafından tedavisine devam edilmesinde ısrarcı olamaz. Tıp hukuku, hukukun ve tıbbın verilerinin birbirine aykırı hareketine cevaz vermemektedir. Doktorluk mesleğinin özerkliği gereği, tedavinin gerekli ve yararlı olup olmadığı, uzmanlığını aşp aşmadığını belirlemesi doktorun bizzat karar vereceği konulardır. Hastanın özerklik hakkı ise ona ancak tedaviyi ret hakkı verir. Doktor, etkisiz bir tedavi için hasta tarafından zorlanamaz. Bu konuda önemli bir AİHM kararında; bitkisel hayatta reşit olmayan on dört yaşındaki çocuğun tedavi ve yaşam desteğinin durdurulması gerektiği zira hastanın tedavisine devam edilmesinin mantık dışı direktme olduğunu iddia eden doktor yerel mahkemece haklı bulunmuş; mahkeme kararı Fransız aile tarafından AİHM'e taşınmıştır. AİHM doktorun tedaviyi durdurma kararının AİHS'nin m. 2 hükmündeki yaşam ihlaline de aykırı olmadığına ve doktorun haklı olduğuna karar vermiştir¹⁵⁷.

2.1.1.8. Tıbbi Teknik Kullanma Yükümlülüğü

Günümüz teknolojisinin oldukça ilerlemiş olması tıpta da çok sayıda önemli teknik imkân yaratmıştır. Gelişen şartlarda robot hemşireler, yaşlı ve çocuk bakımında robot bakıcılar ve robotik cerrahi dünyadaki yeniliklerden sayılabilmektedir¹⁵⁸. Çocuklarda da

¹⁵⁶ Yarg. 3. H.D. 5.4.2022 T., 2021/7475 E., 2022/3191 K.

¹⁵⁷ Hakeri, 2021: 600.

¹⁵⁸ Parlak Börü, 2019: 760.

örneğin endoskopik cerrahi müdahaleler robotik olabilmektedir¹⁵⁹. Tıpta teknik imkânların doğurduğu sonuçlar ve faydalar tartışmasız olup hastanın tüm teknik imkânların kullanılmasını istemesi doğal bir hakkıdır, ancak hayatın olağan akışında mümkün olan ve belli bir standarda tabi teknik imkânın doktor tarafından kullanılabilirliği olması beklenebilmelidir. Doğum sebebiyle engelli olan çocuğa ilişkin bir kararda¹⁶⁰ “Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.” demek suretiyle tıbbi teknik imkânların önemi ortaya konulmuştur.

Tedavi esnasında mevcut ve kullanılması gereken bir teknik aracın kullanılmaması doktorun sorumluluğunu doğuracaktır. Bir Yargıtay kararında¹⁶¹ “...hastanenin gereken donanımına sahip olmasına rağmen doğumu operatif olarak sonuçlandıramayan sanık doktorların görevlerinin gereklerini yerine getirmede ihmal gösterdiklerinin sabit olduğu kabul edilmiştir.

Başka bir kararda¹⁶² yine Davacılar, 3,5 yaşındaki çocuklarının bulantı ve kusma şikayeti nedeni ile müraaatlarında davalı tarafça 1 gün yatışının yapılarak ilaç ve serumla tedaviye başlandığı ve taburcu sonrası .. ishalinin devam etmesi nedeni ile tedaviye devam edilip aynı şikayetlerin devamı üzerine de, bir başka merkeze müraaatlarında apandisit nedeni ile ameliyat edildiği, olayda davalı hastahane yapılan teşhis ve tedavinin tıbbın gereklerine uygun yapıp yapılmadığı ile, olayda doktor hatası olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Eş deyişle davadaki iddia ve istek, davalı hastane ve onun personelinin, vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışına dayandırılmıştır..... Davacılar çocuklarının apandisit olduğunun kendi anlatımları ve ultrason tetkiki ile anlaşıldığını ileri sürdüklerine göre, hastanın davalı tarafın gözetimindeki aşamada, mevcut bulgulara göre fiziki muayene ile ya da ileri tetkik yapılarak (ultrason, MR v.s) anlaşılıp anlaşılamayacağını belirlenmesi önem arz etmektedir. Öyle ki, bu tetkiklerin yapılmaması hastanın hastalığının tespit edilmemesine neden olmuşsa hekim sorumlu olacaktır.” şeklinde karar verilmiştir.

¹⁵⁹ Robotik cerrahinin ülkemizde yaygınlaşmasına yönelik öneriler için bkz. Ateş vd, 2017: 250.

¹⁶⁰ Yarg. 13. HD., 13/05/2019 T. , 2016/13530 E., 2019/6035 K.

¹⁶¹ Yarg. 12. CD., T. 12.04.2017, 12670/3105. Karar için bkz. Hakeri, 2021, 607.

¹⁶² Yarg. 13. HD. 05/04/2022 T., 2015/41418 E. , 2018/5670 K.

2.1.1.9. Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Kayıt tutma yükümlülüğü esasında gerek hasta gerekse doktor için bir tür güvence yaratmayı amaçlamaktadır. TBK m. 508 hükmü¹⁶³ ışığında doktor ile hasta arasında kurulan vekâlet ilişkisinde doktorun hastasına hesap verebilmesinin yolu da tutulan kayıtlar olacaktır. Tıp bilimine yabancı konumda olan hasta ancak tutulan bu kayıtlar ile bilgilenebilecek, bir başka doktordan da kayıtlar ışığında tedavisi ve teşhisi konularında bilgi talep edebilecektir. Bir ihtilaf olması halinde tutulan kayıtlar hasta tarafından kullanılabileceği gibi doktor bakımından da kendini savunma aracı olabilecektir. Kayıt kapsamı somut olaya göre değişkenlik gösterebilecek olup temelde hastanın öyküsünü, şikâyetlerini, teşhis ve tedavilerini içerir. Kayıt kapsamı hukukçulardan ziyade doktorlar tarafından tıbbi bakış açısı öncelik yapılarak belirlenmelidir. Zira kayıt tutmanın esas amacı delil yaratmak değil, tıbbın gereğinin yapılmasıdır. Özellikle ayırt etme gücü bulunmayan çocuk hastaların kayıtları hassasiyetle tutulmalıdır ki, aynı anda ana baba kayıpları yaşanması muhtemel olup doktor açısından kayıtlar ciddi bir yol gösterici etkiye sahip olacaktır. Genel olarak kayıtların eksik tutulması bir tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmemektedir ancak Yargıtay¹⁶⁴ bir kararında sadece kayıtların düzgün tutulmamasının bile kusur olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay bebekte gelişim geriliği oluşan bir olayda *“doğum eylemi sırasında çekilmiş herhangi bir NST çıktısı veya doğum anında alınan herhangi bir çocuk kan gazı örneğine rastlanmadığı, NST çıktılarının ve diğer detaylı bilgilerin sunulan dosyada bulunmaması sebebiyle davalı doktorların bebeğin rahatsızlığında ihmal veya kusurlarının olup olmadığının belirlenemeyeceği, NST çıktılarının dosyada bulunmamasının ise bir eksiklik olarak değerlendirilebileceği, ... kayıtların tutulması ve sunulmasının davalı doktorların görevi olduğu gözetilerek, doğum eylemi sırasında çekilen NST ve doğum anında alınan çocuk kan gazı örneği kayıtlarını tutmanın hangi davalı doktorun sorumluluğunda olduğu saptanmak suretiyle belirlenecek sonuca göre karar verilmesi gerekir”* şeklinde karar vermiştir¹⁶⁵.

2.1.1.10. Kayıtları Verme Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10 hükmüne göre her kişi haber veya fikir almak veya vermek hakkına sahiptir. Anayasamız m. 20/3 hükmüne göre de herkes kendisine ilişkin

¹⁶³ Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür. Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.

¹⁶⁴ YHGK, 09.10.1996 T., 4-532/683

¹⁶⁵ Yarg. 3. HD., 23/09/2021 T., 2020/6595 E., 2021/8955 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 14.1.2024)

kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Tutulan kayıtlar hastaya aittir, hasta istediği anda ulaşabilmelidir. Kayıtların incelenmesi hakkı AİHS m. 8 hükmü gereğidir, nitekim AİHM bir kararında kayıtların örneklerinin verilmemesini de 6. hükmün ihlali saymıştır¹⁶⁶. Diğer yandan KSVHY m. 10 hükmü *Avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edemezler. Müvekkiline ait sağlık verilerinin avukata aktarılması için düzenlenmiş olan vekâletnamede, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması gerekir.* şeklindeki düzenlemesi ile avukatın müvekkilinin kişisel verisini talep etmesi için dahi müvekkilin vekalette özel açık rızasını arayarak korumanın gücünü artırmıştır. Ancak bu yönde bir sınırlamanın normlar hiyerarşisi gereği bir yönetmelik ile değil ancak bir kanunla yapılması gerekmektedir¹⁶⁷. Çalışmamız kapsamında önemli bir sorun da, çocuğa ilişkin sağlık verilerinden ibaret bu kayıtların çocuk tarafından talep edilmesine rağmen sadece ebeveyn vermesi veya çocuğun kendi verilerinin işlenmesine rızası olmadığı hallerde kayıtların ebeveyni ile paylaşılıp paylaşılamayacağı olacaktır. Konunun yine, çocuğun ayırt etme gücü oranında kendine sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakkının, verilerinin, korunması gerekliliği ve ebeveynin çocuğa bakma borcu kavramlarının birlikte değerlendirilmesi ile çözülmesi gerekmektedir. Her durumda çocuğun yüksek yararının esas alınması gerekmektedir.

2.1.2. Doktorun Hakları

Gelişen süreçte hasta haklarının üzerinde çokça durulmuş olmasına karşılık ihmal edildiği düşünülebilen doktor haklarının vurgulanması ihtiyacını doğurmuştur, esasında hasta ve doktor hakları birbirinin tersi anlamına gelmemekte ve birbirini tamamlamaktadır¹⁶⁸.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6 hükmü *“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”* doktorun tüm haklarının temelini ortaya koymaktadır. Doktorun bir birey olarak özgür olmasının yanında mesleki olarak da özerk olması için hakları açıkça belirlenmelidir. Doktorun hastadan işbirliğinde bulunmasını isteme, danışma (konsültasyon yapma), çağdaş tıp seviyesini takip edebilmek ve uygulayabilmek imkanını isteme, çalıştığı kurumda yönetime katılma gibi hakları kendisine muhakkak sağlanmalıdır.

¹⁶⁶ AİHM, K.H. ve Diğerleri / Slovakya, Başvuru No 32881/04, 28.04.2009 T.

¹⁶⁷ Kurt Konca, vs., 2023: 222.

¹⁶⁸ Hakeri, 2021: 109.

2.1.2.1. Hizmetten Çekilme Hakkı

Günümüzde sağlık alanında şiddet ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Buradan örnekle bir doktorun şiddete uğramış olduğu hastaya halen hizmet vermesini beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Mesleki özerkliği gereği doktor, özgür iradesiyle hizmet vermeli ve bunun doğal bir sonucu olarak da hizmetten çekilme hakkına sahip olmalıdır. Hizmetten çekilme doktora, dilediği hastayı kabul veya ret, uygun gördüğü tedaviyi belirlediği şekilde devam ettirme ve sonlandırma haklarını tanımalıdır.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Çalışan güvenliğinin sağlanması konulu 2012/23 nolu Genelgesi¹⁶⁹ m. 6 hükmü ile sağlık çalışanının şiddete uğraması durumunda acil haller dışında olmak üzere hizmetten çekilme hakkının varlığını düzenlemiştir. Genelgede anılan tek hizmetten çekilme sebebi olan şiddetten fiziki bir şiddet anlaşılmalıdır; ancak uygulamada sözlü şiddetin de çekilme sebebi kabul edildiği görülmektedir¹⁷⁰.

2.1.2.2. Hastayı Seçme ve Reddetme Hakkı

Uygulamada hastanın doktorunu seçme hakkının doktor tarafında da hastayı seçme ve reddetme hakkını doğurması karşılıklı hakların birbirini tamamlıyor olmasının bir sonucu olmaktadır. Çalışma kapsamımızda kalan özel hastanede çalışan ve özel muayenehanesi olan doktorların örneğin randevulara zamanında gelmeyen, saygılı iletişim kurmayan hastaları reddetme hakkı olması gerekmektedir. Ancak kamu hastanesinde çalışan doktor bakımından sadece acil hallerle sınırlı olmayarak her koşulda hastaya bakması gerekir, kural olarak hastayı seçme hakkı kamu hizmeti olması sebebiyle bulunmamaktadır. İstisna olarak haklı görülebilecek ret sebepleri var ise ve aynı hastane içinde hastanın tedavi edilebiliyor olması halinde doktorun hastayı reddedebileceği kabul edilmelidir¹⁷¹.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 25 hükmü bu konuyu “*Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektirdiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir.*” demek suretiyle açıklığa kavuşturmaktadır. Ancak bu ihtimalde doktor hasta yakınlarını bilgilendirmeye ve devretmek olduğu meslektaşına da tüm bilgileri aktarma zorunluluğu vardır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 18 hükmü gereği doktor, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı

¹⁶⁹ <https://edremitadsm.saglik.gov.tr/TR,551268/calisan-guvenliginin-saglanmasi-genelgesi.html> (Erişim Tarihi: 24.3.2024)

¹⁷⁰ Hakeri, 2021: 136.

¹⁷¹ Hakeri, 2021: 133.

reddedebilir. Örneğin; ebeveynin doktora şiddet uygulaması halinde TDN ilgili hükmü kapsamındaki haller hariç olmak üzere hasta çocuğa bakmaması mümkündür; ancak durumun gerekleri ve şartları çocuğun üstün yararı ışığında değerlendirilmelidir.

2.1.2.3. Tedaviyi Durdurma veya Devam Etme Hakkı

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6 hükmü doktorun istediği tedaviyi seçme hakkını düzenler. TDN m. 19 hükmü ise doktorun mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabileceğini düzenlemiştir. Ancak tedaviyi durdurmanın doktor tarafından hastaya zarar verecek şekilde kullanımı hakkın kötüye kullanımı olacaktır. Nitekim hüküm devamında, tedaviyi durdurma durumunda başka bir doktorun tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı hesaplayarak doktorun hastayı haberdar etmesi şarttır. Hayati tehlike durumunda doktor, başka bir doktoru temin etmeden hastayı terk edemez.

Türkiye'de mesleğini yürüten tüm doktorların uymak zorunda olduğu kuralları belirleyen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları¹⁷²,nın m. 25 hükmü “*Tedaviyi Üstlenmeme veya Yarıda Bırakma Hakkı*” düzenlenmiştir. Buna göre; “*Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür*” olarak benzer şekilde düzenlenmiştir.

2.1.2.4. Sağlığının Korunmasını İsteme Hakkı

Anayasa m. 56 hükmü ile tüm bireyler gibi doktorların da sağlık hakkını güvence altına almıştır. Doktor, mesleği gereği bulaş riskinin yüksek olduğu bir ortamda çalışmak durumunda olsa dahi gerekli önlemlerin alınmadığı, kendisine sağlıklı bir ortam sunulmadığı durumda mesleğini icra etmeme imkânına sahip olmalıdır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.15 hükmü “*Hastaya bakmak üzere bir aile nezdine veya herhangi bir müesseseye çağrılan tabip, korunmayı da sağlamaya çalışır. Tabip, hastalara ve onlarla birlikte yaşayanlara, kendilerine ve muhitlerine karşı mesuliyetlerini bildirir. Tabip icabında, tedaviye devamı reddetmek pahasına da olsa, hijyen ve korunma*

¹⁷² Türk Tabipleri Birliği’nin 47. Genel Kurulunda kabul edilerek, 10-11 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kaidelerine riayeti temin için gayret sarfeder.” şeklinde doktorun sağlığının korunmasını emretmiştir.

2.2. Tıbbi Müdahalede Çocuğun Ve/Veya Velinin Hak Ve Yükümlülükleri

Tıbbi müdahalede bulunulan taraf, diğer deyişle hasta, HHY m. 4 hükmünde tanımlandığı şekilde *“Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi”* ifade eder. ÇHS m. 24 hükmü çocuğun sağlıklı yaşam hakkını güvence altına alır. Her bir hak kural olarak ilişkinin karşısında bulunan taraf için bir yükümlülük doğurur, hasta doktor ilişkisinde de durum pek farklı değildir. Doktorun yükümlülüklerinin hastaya tanıdığı haklar, aynı şekilde hastanın yükümlülüklerinin de doktora sağladığı hak ve alanlar olacaktır. Bu doğrultuda ilişkinin her iki tarafının da zaman zaman karşılıklı olarak ve/veya aynı anda yükümlülüklerine uyması tarafların haklarının korunmasını sağlayacak olup, örneğin doktorla işbirliği yapmayan hasta, doktorun görevini yapmasını engellemiş olursa¹⁷³, doğacak zararlarda birlikte sorumluluk halleri gündeme gelecektir.

2.2.1. Hasta Çocuk ve Velinin Hakları

2.2.1.1. Tedaviyi Kabul ve Ret Hakkı

Doktorun tedavi yükümlülüğünün gerçekleşme şartı ancak veli ve/veya çocuğun rızasının bulunmasıdır. Hal böyle iken hastanın ve/veya velinin tedaviyi reddetmesi halinde doktorun tedavi yükümlülüğünün sonlandığı açıkça ortadır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hukuken korunan yüksek bir değer ifade eder ve rızanın olmaması hallerinde tedavi bir hukuka aykırılıktan ibaret hale gelir.

Anayasanın m. 17/2 *“tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, vücut bütünlüğüne dokunulamaz”* şeklindeki hükmü zorunlu her tıbbi müdahalenin hastanın rızası olmasa da yapılabileceği anlamına gelmez. Zira bu durumda hastanın tedaviyi ret hakkı yok sayılmış olacaktır. Tıbben zorunluluk var ise bu hastanın rızasının da var olduğu anlamına gelmeyecektir¹⁷⁴. Tıbbi müdahaleye rıza beyanı örtülü olarak da yapılabilirken, tedaviyi ret beyanı açık bir şekilde beyan edilmelidir. Doktorun sorumluluğu açısından, geniş, detaylı bir aydınlatma sonrası hasta ve hatta yakınlarından mutlaka yazılı imzalı bir beyan alınması doğru olacaktır. Zira tedavinin reddi hastaya verilen bilgiler ışığında ve bu bilgilere rağmen

¹⁷³ Doğan, 2016: 62

¹⁷⁴ Hakeri, 2021, 585. Aksi Görüş Çilingiroğlu, 47; Erman, 154.

olmalıdır. Ana veya babanın tedavinin devamı veya sonlandırılması konularında anlaşmazlığa düşmesi halinde TMK m. 195/1 hükmüne¹⁷⁵ dayanarak hâkime başvurulmalıdır.

Biyotıp Sözleşmesi m. 5 hükmü “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. ... İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” şeklindedir. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 tarihinde imzalanan Lizbon Bildirgesi m. 3 hükmüne göre de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı tedaviyi red veya kabul beyanı ile kullanılır. 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinin m. 3.2 hükmü de aynı doğrultuda hastanın tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkını korur.

2.2.1.2. Mahremiyet İsteme Hakkı

6698 sayılı KVKK kapsamında doğrudan çocuklara ait kişisel verilere ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kurulu’nun¹⁷⁶ bu konudaki bir kararında¹⁷⁷ kişisel verisi işlenen ilgili kişinin reşit olmaması halinde veri işleme ile ilgili KVKK kapsamında alınacak rızanın kişinin velisinden alınması gerektiği, rızaya ilişkin yerine getirilmesi gereken aydınlatma yükümlülüğünün reşit olmayan kişinin velisine yönelik yerine getirilmesi ve bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin hiçbir şüphe olmayacak şekilde veri sahibi tarafından yerine getirilmesi gerektiği, aksi halde verilen rızanın hukuka aykırı olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Karar değerlendirildiğinde Kurul’un çocuklara ait kişisel verilerin, çocukları belirli veya belirlenebilir kılan tüm bilgilerin, işlenmesine ilişkin TMK kapsamında belirlenen genel ilkelere uygun bir yorum yaptığı ve buna paralel bir karar verdiği görülmektedir. Çocukların kişisel verilerinin saklanması isteme hakkı ile ilgili olarak doktorun değerlendirmesi önem kazanmaktadır; doktor bu talebi değerlendirirken her durumda çocuğun ana babasının da bilgilendirilmesi ilkesi ile hareket edildiğinde sır saklama yükümlülüğünün genel mantığına ters düşecek bir durum doğmaktadır¹⁷⁸. Tıp hukukunda eleştirdiğimiz bir nokta olarak, ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından, kişisel veriler hakkında da açık kanuni düzenlemelerle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının veliden bağımsız olarak bizzat kullanımına KVKK’da yer açılmalıdır¹⁷⁹. Çocukların kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilmesi için çocuğun fiil ehliyeti olması gerekmekte olup bu konunun

¹⁷⁵ “Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

¹⁷⁶ Kurul olarak anılacaktır.

¹⁷⁷ Kişisel Verilerin Korunması Kurulu’nun 02.04.2020 Tarih, 2020/255 No’lu Kararı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6894/2020-255>, (Erişim Tarihi: 4.1.2024)

¹⁷⁸ Yılmaz, 2021: 207

¹⁷⁹ Bkz. II. Bölüm, Başlık 2.1.1.10

tartışılması gerekmektedir¹⁸⁰. Öğretide bir görüşe göre; “*ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi adına yasal temsilcisi rıza gösterebilecektir. Ağırlıklı olan görüşe göre; tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisinin rıza gösterebilmesi için somut olay kapsamında veri işleme, tam ehliyetsiz çocuğun menfaatine olmalıdır. Örneğin sağlık, eğitim gibi hizmetler sunan kurumlarda tam ehliyetsiz çocuğun verilerinin yasal temsilcinin rızası ile işlenmesinde çocuğun menfaatinin bulunduğu savunulabilecektir. Ancak herhangi bir sosyal paylaşım sitesinde, internet ortamında çocuklara ilişkin verilerin işlenmesi veya paylaşılması durumunda çocuğun menfaatinin olduğu savunulamayacaktır*”¹⁸¹. Çocuğun kişisel verilerinin korunması adına ne TMK ne de KVKK özel bir hüküm içermemekte ve bu oldukça önem arz eden bir eksiklik olarak görülmektedir¹⁸².

Özel nitelikli olan kişisel sağlık verisi ise öğrenilmesi halinde kişiyi mağdur edebilen veya ayrımcılığa maruz kalmasına neden olabilecek derecede en mahrem veriler olduğundan diğer kişisel verilere oranla daha sıkı şekilde korunması gereken verilerdir¹⁸³.

2.2.1.2.1. Mahremiyet İsteme Hakkı Kavramı

TDN m. 4 hükmü doktorların mesleği icrası sırasında öğrendiği sırları kanuni bir zorunluluk olmadıkça ifşa edemeyeceğini, tıbbi çalışmalarda da hastanın kimliğinin açıklanamayacağını emreder. HHY m. 21 hükmü ise sır saklamanın kapsamını daha detaylı olarak hastanın mahremiyetine saygının esas olduğunu, her türlü müdahalede hastanın mahremiyetinin korunmasını açıkça isteme hakkı olduğunu koruma altına alır. Hüküm devamında;

“Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

¹⁸⁰ Detaylı anlatım için bkz. II. Bölüm, Başlık 3.1.1.2

¹⁸¹ Deniz, 2021: 135.

¹⁸² Sert Sütçü, 2021: 203.

¹⁸³ Doğan vd., 2021: 465.

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.” şeklinde düzenlemiştir.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik¹⁸⁴ m. 5/1-I hükmü yine doktorun mesleki uygulamalar sırasında edindiği kişisel sağlık verilerini, ilgili mevzuat gereği rapor düzenleme ve hastanın ya da diğer kişilerin hayatı tehlikesi söz konusu olduğu durumlar hariç olmak üzere korumasını, üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli tedbirleri almasını emreder.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 31 hükmü ise kişisel verilerin ancak gizli tutulması şartıyla araştırmada kullanılabileceğini düzenlemiştir. Yasal düzenlemelerden görüldüğü üzere kişisel verinin önemine binaen doktorun sır saklama yükümlülüğü de büyük önem taşımaktadır.

2.2.1.2.2. Çocuğun Sağlık Verileri Bakımından Mahremiyet hakkının Değerlendirilmesi

Çocuk doktorlarının, diğer doktorlardan farklı olarak maruz kalabileceği bir sorun kuşkusuz hastası olan çocuğun mahremiyetidir. Ana babaya yapılan aydınlatmada dahi paylaşılan veriler duruma göre bir mahremiyet ihlali sayılabilmektedir.

Sağlık verileri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁸⁵ m. 6 hükmünde sayılı olup kanunda özel nitelikli, öğretilde de hassas veriler olarak adlandırılmaktadır. Hassas veriler de hassas olmayan veriler gibi birer kişisel veri olduğundan eşit öneme sahip olsa da kanun koyucu bir takım toplumsal ve siyasal kaygılarla hassas verilere bazı ayrıcalıklar tanımıştır¹⁸⁶. Öğretilde kişisel sağlık verileri, kişinin sağlık hizmetinden faydalanmak amacıyla sağlık kuruluşlarında yaptığı işlemler olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁷. KSVHY çocukların sağlık verilerine erişim başlıklı m. 8 hükmü “Ebeveynler, çocuklarına ilişkin sağlık kayıtlarına herhangi bir onaya ihtiyaç duyulmaksızın e-Nabız üzerinden erişebilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, sağlık geçmişlerine ebeveynlerinin erişimini e-Nabız üzerinden izne tabi tutabilir. Anne ve babanın boşanması hâlinde velâyet hakkı üzerinde bırakılmayan taraf, çocuk ile velinin faydası gözetilmek suretiyle kişisel verilerin korunması mevzuatına uygun şekilde ve Genel Müdürlükçe belirlenen sınırlar çerçevesinde çocuğa ilişkin sağlık verilerine

¹⁸⁴ 22.05.2014 Tarih ve 29007 Sayılı R.G.

¹⁸⁵ 7.4.2016 Tarih ve 29677 Sayılı R.G.

¹⁸⁶ Sert, 2016: 278.

¹⁸⁷ Deniz, 2021: 71.

erişebilir.” şeklindedir. Genel müdürlük Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğünü ifade eder. Yönetmeliğe göre kişisel sağlık verisi *“kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler”* olarak tanımlanmıştır. Düzenlemede görüldüğü üzere e nabız üzerinden ana babasına sağlık verileri bakımından kısıtlama getirebilmesi için çocuğun ayırt etme gücünün varlığı aranmıştır. Bu düzenleme çocuklar bakımından geçerli bir ön kabul teşkil etmektedir. Sır saklama yükümlülüğü kural ise de, öğretilde bazen bunun istisnaları olabileceği kabul edilmektedir. Sağlık personelinin suçu bildirme yükümlülüğü istisnadır, bir cinsel istismar söz konusu ise durum adli mercilere bildirilmek zorundadır. TCK m. 279¹⁸⁸ ve 280¹⁸⁹ hükümleri zorunluluk haline örnek oluşturmaktadır. Alman hukukunda özellikle çocuklara kötü muamele ve çocukların cinsel istismarı gibi ağır suçların öğrenilmesi ve bu durumun tekrarlaması tehlikesi varsa durumun polise bildirilmesi zorunluluk hali olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁰.

Kişisel veri kapsamında kabul edilmiş en geniş kapsamlı düzenleme 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'dür. Çocukların verilerinin işlenmesi bakımından da önem arz eden bu GDPR m. 6/1-f hükmüne göre; öncelikle veri sahibinin çocuk olması halinde, veri sahibinin kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir veri sorumlusu veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basmaması gerekir ve veri işlemenin söz konusu menfaatler doğrultusunda gerekli olması gerekir. GDPR m. 8/1 hükmüne göre veri sahibinin çocuk olduğu durumlarda rızanın geçerli olabilmesi için çocuğun en az on altı yaşında olması gerekir. Veri sahibinin on altı yaşından küçük olduğu durumlarda, rızanın velayet hakkı sahibi tarafından verilmesi veya çocuk tarafından verilip velayet hakkı sahibi tarafından onaylanması şarttır. Üye Devletler, belirlenen bu yaşı on üç yaşına kadar indirebilir. Ayrıca, çocuklara ait verilerin işlenmesi ile ilgili getirilen bu düzenlemelerin, Üye Devletlerin sözleşmeler hukuku anlamında sözleşmenin geçerliliği, kurulması ve hükmüne ilişkin kurallarını etkilemeyeceği belirtilmiştir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi Madde 279- (1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

¹⁸⁹ Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi Madde 280- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

¹⁹⁰ Hakeri, 2021: 228.

¹⁹¹ Dülger, 2019:117.

Yeni bir düzenleme sayılan Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik¹⁹² sosyal paylaşım ve internet sitelerinde yapılan tanıtım ve bilgilendirmelere doktorları da dahil eden şekilde bazı düzenlemeler getirmektedir. Yönetmeliğin m. 6 hükmü tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde mahremiyete saygı ve bilgilerin gizli tutulmasını, hastaya ait görsel içeriklerin kullanılabilmesi için hastanın kendisinin, küçük veya mahcur ise veli veya vasisinin açık rızasının alınması ve Hasta Hakları Yönetmeliği'ne uyulmasını ve açık rıza alınırken yönetmelik ekinde¹⁹³ yer alan Görsel İçerik Kaydetme ve İşleme Onam Formu kullanılması zorunlu kılınmıştır. Madde “*Görsel paylaşım izni, hastanın kendisinin, küçük veya mahcur ise veli veya vasisinin isteği üzerine herhangi bir usul ve şarta bağlanmaksızın her zaman geri çekilebilir....Başka mecralarda yapılmış olsa dahi görsel içeriklere ilişkin yapılan hasta yorumları veya teşekkür ilanı anlamına gelecek ifadeler paylaşılamaz. Görsel içeriklere ait paylaşımların tamamen yoruma kapatılması zorunludur.*” şeklinde devam etmektedir. Çocuk doktorları arasında son dönem oldukça yaygın olan sosyal medya paylaşımları bu anlamda yönetmelik esasları doğrultusunda, ekli formla izin alınmadıysa içerik olarak hasta çocuk görüntüsünü içermemek ve gönderiler yorumlara kapalı olmak zorundadır. Aksi halde çocukların hassas verileri olan sağlık verileri bakımından özel hayatına müdahale ile doktorun ihlali söz konusu olmaktadır. Radyo ve televizyona katılacak doktorların ise yine yönetmelik ekindeki taahhünameyi¹⁹⁴ imzalayarak iki nüsha halinde gerekli mercilere sunması şartı aranmaktadır.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹⁹⁵ m. 4 hükmünde tıp hukukunda esas olması gereken mahremiyeti, sağlık verilerinin kimliksizleştirilmesi şeklinde sağlamaya çalışmaktadır. İstisnai de olsa, hukuk düzenimizin bazı verilerin kişilerle eşleştirilebilmesine imkân vermesinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Günümüzde veri, tıpkı bir eşya kadar ekonomik bir anlam taşımaktadır. Dünyanın yeni petrolü¹⁹⁶ olarak görülen veri kavramının kişinin yaşam hakkı söz konusu olduğunda ticari kaygılardan arınmış ve korunaklı olması zaruridir, bu nedenle tıp hukukunda mahremiyet esas olmak zorundadır.

¹⁹² 29.07.2023 Tarih ve 32263 Sayılı R.G.

¹⁹³ Tez ekinde sunulmaktadır, bkz. Ek3.

¹⁹⁴ Tez ekinde sunulmaktadır, bkz. Ek4.

¹⁹⁵ 21.06.2019 Tarih ve 30808 Sayılı R.G.

¹⁹⁶ İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi, Büyük Verinin Sağlık Hizmetlerinde Kullanımında Epistemolojik Ve Etik Sorunlar, Abdullah Uçar, İlhan İlkılıç, 81

2.2.2. Hasta Çocuk ve Velinin Yükümlülükleri

2.2.2.1. Doktorla İşbirliği Yapma

HHY 42/A hükmünde hastanın “*kural ve uygulamalarına uygun davranması ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket etmesi*” uyması gereken kurallardandır. İşbirliği; hasta çocuk ve anne babası tarafından doktora duyulması gereken saygıyı, tavsiyelerinin ve reçetesinin uygulanmasını da kapsamaktadır. İşbirliğini geniş yorumlamak esasında hastanın tüm yükümlülüklerini ortaya koyacaktır. Bu bağlamda hastanın refakatçi bulundurma, randevu ve ziyaret saatlerine uyma, bulunduğu ortam ve sağlık çalışanlarına zarar vermeme, ücret ödeme yükümlülükleri de gerek aradaki sözleşmeye gerekse işbirliği yükümlülüğüne dâhildir. Hasta yakınlarından beklenen de hastanın yükümlülüklerini yerine getirmesinde hastaya ve doktora yardımcı olmasıdır¹⁹⁷. Doktoruyla işbirliği yapmayarak onun edimini engelleyen hasta TBK m. 52 hükmü gereği birlikte kusuru nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.

2.2.2.2. Bilgi Verme

HHY m. 42/A hükmünde hastanın yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hasta hikâyesinin düzgün alınıp alınmadığına ilişkin olarak dava aşamasında en önemli belge, doktorun tuttuğu tıbbi kayıttır. Bu kayıttaki bilgilerle, tıbbi müdahalede bulunan doktorun hukuka uygun hareketinin tespiti ile vekâlet sözleşmesine aykırı davranıp, davranmadığını gösterecektir. Hasta yönünden ise belirtmediği husus, geçirdiği hastalık, kullandığı ilaçlar, sorumluluğun boyutunu belirlemektedir.

¹⁹⁷ Doğan, 2016: 75.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUK SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI DOKTORLARININ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

3.1. Sorumluluk Sebepleri

3.1.1. Genel Olarak

Bir doktorun karşılaşılabileceği uyuşmazlık, şartlarına göre özel hukuk, ceza veya idare hukukuna tabi olabilmektedir. Doktorun mesleğini icra şekli, yeri, şartları, hastanın aldığı hizmetin niteliği, aradaki sözleşme veya sözleşme dışı ilişki gibi birçok faktör uyuşmazlığın tabi olduğu hukuk alanını belirlemektedir. Çocuk doktorunun kusuru ile verdiği zararı tazmin etmesine dayanan sorumluluğu özel hukuk, zararın bir suç teşkil etmesi halinde şahsen cezalandırılmasını gerektiren sorumluluğu ceza hukuku, devlet hastanesinde çalıştığı durumlarda ise doğan sorumluluğu kural olarak idare hukuku sahasında kalmaktadır. Devlet hastanelerinde çalışan çocuk doktorları bakımından hastane ile hasta arasında bir sözleşme olmayıp; hasta, kamu hizmetinden yararlanan olduğu için kamu hukuku esaslarına göre hareket edilmektedir.

Özel muayenehanesinde veya özel hastanede çalışan doktorun sorumluluğu özelinde çalışma konumuzun özel hukuk alanında olması ve fakat konunun bütünlüğünün de bozulmaması adına ve doktorun suç oluşturan eylemleri, hukuk davalarında haksız fiil veya kusuruna delalet olduğu için cezai ve idari sorumluluğa da değinilmektedir¹⁹⁸. Her halükarda doktorun sorumluluğunun temelinde hatalı bir tıbbi uygulamanın yattığı, yalnızca sorumluluğun sonuçlarının veya yargılama usulünün değiştiği göz önüne alındığında öncelikle *malpraktisin* doğru anlaşılması önem arz etmektedir.

3.1.2. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis) Kavramı

3.1.2.1. Kavram

Doktorluğun doğrudan insan bedeni ve kişilik haklarına müdahale şeklinde icra edilebilen bir meslek olması, ne yazık ki en ufak bir ihmalde dahi ciddi zararlara sebep olabildiği ve çalışma koşullarının da zorluğu gerçekleriyle birlikte değerlendirildiğinde sorumluluklarının çok ağır olduğu ortadadır¹⁹⁹. Nitekim tıp hukukunun en önemli kavramlarından biri sorumlulukların temeli olan malpraktis olmaktadır.

¹⁹⁸ Bkz. III. Bölüm, Başlık 3.3. Cezai ve İdari Sorumluluk

¹⁹⁹ Savaş, 2012: 260.

Hatalı tıbbi uygulama, doktor tarafından yetersiz tedavi ve yanlış teşhis dâhil olmak üzere yapılan tüm tıbbi ihmal veya hatalar olarak tanımlanabilir. Sezeryan sonrası annenin karnında gazlı bez gibi bir cisim unutulması bu duruma örnek verilebilir. Uygulamada malpraktis olarak anılan bu durum ile bazı tıbbi terimler karıştırılmaktadır²⁰⁰. Yargıtay bir kararında²⁰¹, “doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde, tehlike ve zarar oluşturan eylemleri” tıbbi hata olarak kabul etmektedir.

Son yıllarda artan malpraktis ve buna bağlı davaların doktorlar üzerinde baskı yarattığı bir gerçektir. Nitekim doktorun hukuken sorumlu olacağı endişesiyle riskli müdahaleleri üstlenmekten kaçınması veya tıbben gerekli olmasa dahi fazladan tahlil, görüntü veya ilaç tavsiyesinde bulunmak olarak vücut bulan çekinik (defansif) tıp kavramı oluşmuştur²⁰². Defansif tıpta, doktorun amacı yargılamadan kaçınmak olduğundan, esasında kusurunun ve buna bağlı sorumluluğunun doğması söz konusu olmaktadır. Bu kavram üzerinden yine disiplinler arası bir çalışma ile tıp hukukunda da düzenlemeler iyileştirilmelidir.

3.1.2.2. Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı

Tıbbi malpraktis ile komplikasyonun ayrımı iyi yapılmalıdır; bu terimler doktorun sorumluluğunu belirlemede oldukça önemlidir. “Tıp biliminin tam olarak bilinmesi mümkün olmayan yapısı içinde kusur bulunmaksızın oluşan, istenmeyen zararlı sonuçlar, “komplikasyon” olarak isimlendirilmektedir.”²⁰³ Komplikasyon, doktorun tüm tıbbi standartlara uymasına rağmen hastada iyileşme veya düzelmeyi sağlamayan aksine bir zarar doğuran durum olduğundan kusuru olmayan doktorun sorumluluğunu doğurmamaktadır. Bununla birlikte hekimin kusuru olsa dahi oluşan sonuç öngörülebilir değildi ise yine doktorun sorumluluğu doğmayacaktır²⁰⁴.

²⁰⁰ “Malpraktis sözcüğünün kökeni Latince mala(yanlış) ve praxis(tedavi)’ten gelmektedir. Mesleki eylemleri gerçekleştirirken hekimin yapmış olduğu özen ya da beceri eksiliğinden ileri gelen bütün hatalı durumları içermektedir. Tıbbi ve dış tedavilerinden kaynaklanan sorunlara atıfta bulunmak için birbirinin yerine kullanılan yaygın terimler arasında “komplikasyon”, “yan etki”, “sekel”, “ters reaksiyon” ve “tıbbi uygulama hatası” yer alır. Hatalı uygulama; komplikasyon, yan etki ve sekelden kesin olarak ayırt edilmelidir. Komplikasyon, belirli bir hastalıkla ilişkili olarak ortaya çıkan diğer hastalık veya semptomları ifade eder. Yan etki, başlangıçta amaçlanan sonuçla eşzamanlı olarak ortaya çıkan istenmeyen durumlar için kullanılır. Sekel, bir hastalıktan sonra kalan semptomları veya bir olaydan sonra ortaya çıkan advers reaksiyonları ifade eder. Hekimlerin ve diğer sağlık personellerinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, hastaların tedavisi ile bağlantılı olarak meydana gelen tüm olaylar “tıbbi kaza” olarak adlandırılır.” Dayan, 2021: 36

²⁰¹ YCGK. 16.5.2017 T. 2017/12-271 E., 2017/278 K.

²⁰² Hakeri, 2021: 258.; Şahin vd., 2020: 485.

²⁰³ Savaş, 2012: 271.

²⁰⁴ Özcan vd., 2020: 295.

Yargıtay'ın malpraktis ile komplikasyonun ayrımının ve doktorun kusuruna bağlı sorumluluğunun bilirkşi raporlarıyla detaylı şekilde tespitini aradığı kararları bulunmaktadır²⁰⁵.

3.1.2.3. Çocuk Doktorları Bakımından

Çocuk doktorlarının özellikle teşhis ve tanı koymakta yanılmamak adına çocuk ve velisinden detaylı ve doğru bir öykü alması önemlidir²⁰⁶. Hasta çocuk ve onun bakım ve koruma yükümlüsü ana baba ile olan iletişim birlikte değerlendirildiğinde tüm ihtimaller dışlanabilecektir. Diğer doktorlardan farklı olarak, çocuk doktorlarının hastası olan çocukla sağlıklı iletişim kurabilmesi, onun ayırt etme gücünü tespiti açısından da önemlidir.

“Pediatri hekimleri erişkin hastalar gibi semptomları açıkça belli olmayan küçük hastalara tanı koyma aşamasında oldukça dikkatli olmalıdır. Amerika’da yapılan araştırmalar sonucunda en yaygın pediatrik hata ‘yanlış tanı’dır. Yaygın görülen diğer bir hata ise; iş yükü fazla olan hekimlerin anne gerginliğini ve çocuğun şikayetlerini fazla bulması sonucunda ‘şikayetçi anne’ ya da ‘sinirli anne’ gibi ifadelerle etiketleyerek hastasını ihmal etmesi sonucunda problemlerin daha da artmasıdır. Bundan dolayı annenin çocuğunun şikâyetleri ile ilgili söyledikleri dikkate alınmalı ve kaydedilmelidir. Annenin söyledikleri çocuktaki herhangi bir hastalığın habercisi olabilir”²⁰⁷.

Yargıtay bir kararında²⁰⁸ ameliyat esnasında gerekli kayıtların tutulmaması, ilgili raporun yedi sekiz ay sonra tutulması, çocuk hastanın yaşı ve kilosuna göre genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabul etmiştir.

²⁰⁵ “...Davalılar, durumun olağan bir komplikasyon olduğunu savunarak, davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, davalıların kusurlarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, davalı hastanede davalı doktor tarafından yapılan rahim ameliyatı sırasında idrar kesesinin yırtılması sonucu tazminat istemiyle eldeki davayı açmıştır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur...” Yarg. 13. HD, 05.04.2017 T., 2015/40778 E. 2017/3963 K.

²⁰⁶ Karar için bkz. Bölüm II, 3.1.3

²⁰⁷ Dayan, 2021: 57.

²⁰⁸ Yarg. 13. HD., 7.2.2005 T. 2004/12088 E. 2005/1728 K. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi 28.3.2024)

3.2. Özel Hukuk Sorumluluğu

3.2.1. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk

Mesleğini bir kuruma veya kuruluşa bağlı olmaksızın serbest şekilde sürdüren doktorun sorumluluğunu doğuran dört farklı hukuki ilişki; “*culpa in contrahendo*”, sözleşme, vekâletsiz iş görme ve haksız fiil olarak sayılabilecektir²⁰⁹.

Sözleşme sorumluluğunun oluşabilmesi için geçerli olarak zımni veya açık şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı ve bu sözleşme borçlarının ihlal edilmesi, kusurlu hareketle ihlal sonucu oluşan zarar arasında illiyet bağının olması gerekmektedir²¹⁰.

3.2.1.1. Doktor ile Hasta arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Doktor ile hasta arasındaki ilişki, kanunda doğrudan düzenlenmiş bir sözleşme türü olmayıp öğretide farklı görüşlerle isimlendirilmiştir²¹¹. Vekâlet, hizmet, eser sözleşmesi veya sui generis şeklinde hukuki olarak nitelendirilebilen doktor hasta ilişki zaman zaman vekaletsiz iş görme şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Öğretide, tedavi sözleşmesi²¹² ve hekimlik sözleşmesi²¹³ olarak da anılan, doktor hasta ilişkisinde uzman taraf olan doktorun hastayı iyileştirmesine karşılık hastanın ücret ödemesi edimleri sözleşme konusudur ve sözleşmenin kurulması ancak karşılıklı iradelerin uyuşması ile mümkündür²¹⁴.

Doktorun sözleşmeye dayalı sorumluluğunun doğması için öncesinde açık veya örtülü olarak kurulmuş bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir²¹⁵. Sözleşme bir şekil şartına bağlı olmadığından yazılı veya sözlü olarak kurulabilmekte ancak ispat açısından yazılı yapılması tavsiye edilmektedir.

3.2.1.1.1. Vekâlet Sözleşmesi

Hasta çocuk adına doktor ile tedavi (vekâlet) sözleşmesi yapan kişi, uygulamada veli olmaktadır. Bu yönüyle kurulan hukuki ilişki bir tür üçüncü kişi yararına sözleşme teşkil etmektedir²¹⁶. Sözleşmenin lehtarını iyileşmesi vaat edilen hasta çocuk iken, tarafları ücret ödeme yükümlüsü olan ana ve/veya baba ile bunun karşılığında tedavi edimi vaadini

²⁰⁹ Özdemir, 2016: 35.

²¹⁰ Ayan, 1991, 63.; İpekyüz, 2006: 123.

²¹¹ Hukuksal nitelik hakkında detaylı olarak bkz. Ayan, 1991: 49 vd., Hakeri, 2021:963 vd., İpekyüz, 2006; 56 vd.

²¹² Ayan, 1991: 44. Aynı yönde bkz. Hakeri, 2021: 293.; İpekyüz, 2006: 15.

²¹³ “Taraflardan birinin serbest çalışan hekim ve asli edim yükümünün de hastanın bizzat ya da yakınının/temsilcisinin ödeyeceği bir bedel karşılığında tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirmesi olduğu sözleşmeye hekimlik sözleşmesi adı verilmektedir.” Demir, 2009, 154.

²¹⁴ Yavuz İpekyüz, 2006: 16, ., Hakeri, 2021: 964.

²¹⁵ Şenocak, 1998: 9.

²¹⁶ Şenocak, 2001: 71.

borçlanan doktordur. Hasta çocuğun tedavisinde ana baba, çocuk ve doktor olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur²¹⁷.

Doktorun uzmanlığı karşısında, kendi bedeni üzerinde kendini iyileştirme gücü ve bilgisi olmayan hasta bu işi doktora bırakmakta ve karşılığında da bir ücret ödemektedir. Kanunda tam adı konulmamış bu doktor ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği de dikkate alındığında, öğretide, bu ilişkinin hangi sözleşme tipine uygun olduğu konusunda bir görüş birliği olmasa da, baskın olarak, vekâlet olarak kurulan sözleşme kabul edilmiştir²¹⁸. TBK m. 502/1 hükmünde, vekâlet sözleşmesi “*vekâlet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide yapılan “*Vekâleti, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmak üzere yükleyen sözleşme*”²¹⁹ tanım da bizce yerindedir.

Kanaatimizce vekâlet sözleşmesini doktor hasta ilişkisine uygun kılan en önemli etken aradaki güven ilişkisidir. Güçsüz konumda olan hasta, doktorun şahsına, bilgisine, diplomasına, okuduğu okula veya tecrübesine güvenerek bir nevi kendisini ona teslim etmektedir. Hâkimiyet ve kendi geleceği hakkında karar verme yetkisi hukuken hastanın elindedir, doktor ise kendi mesleki özerkliğine sahiptir. Tarafların sözleşmeyi serbestçe seçmesi, kural olarak sebep göstermeksizin ve tazminatla yükümlü olmaksızın feshedebilmesi sözleşmenin dayandığı güven unsuru sayesinde²²⁰. Tüm şartlar değerlendirildiğinde aradaki ilişkinin ruhunun vekâlet verme güvenine dayandığını söylemek mümkün gözükmemektedir.

3.2.1.1.2. Eser Sözleşmesi

Doktor hasta ilişkisinin hukuki olarak niteliği konusunda diğer bir görüş olarak eser sözleşmesi savunulmaktadır. TBK m. 460 hükmü eser sözleşmesini yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamıştır. Bu sözleşme türünde süreç ve verilen hizmetin yanında esasen bir sonuç sözleşme konusu olmaktadır. Bir diş doktorunun ön diş estetiği yapması, bir cerrahın estetik operasyonu yapması gibi iyileştirme amacı taşımayan, görsel bir sonucu vaat eden müdahaleler için doktor ile hasta arasında eser sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir²²¹. Bu yönüyle daha çok yanık, kaza vs. sonucunda çocuklarda oluşan yanık deri, kırık çene gibi

²¹⁷ Dede, 2017: 229.

²¹⁸ Yavuz İpekyüz, 2006: 68.

²¹⁹ Başpınar, 2004: 70.

²²⁰ Şenocak, 1998: 17.

²²¹ Aşçıoğlu, 1993: 18., Ayan, 1991: 52.

yaralanma ve doğuştan gelen yarık dudak gibi sağlık sorunlarını gideren doktorların da müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir²²².

3.2.1.1.3. Hizmet Sözleşmesi

TBK m. 393 hükmü gereği hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Doktor hasta ilişkisi çoğunlukla bir tedavi için yapılmakta olup sürekli bir hizmeti içermediği gibi kural olarak bir hizmet ilişkisi olmadığı yönünde öğretide görüş birliği vardır. Nitekim hastanın talimatına bağımlılık veya doktor ile hasta arasında bir alt üst ilişkisi söz konusu değildir. İstisna olarak aile hekimliğinde belli veya belirsiz bir zaman olsa da bir süreç söz konusu olduğu için hizmet sözleşmesi sayılabileceği savunulmaktadır²²³. Aile hekiminin de hastanın emir ve talimatları ile bağlı olmaması sebepleriyle hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Aile hekimi ile hasta arasında özel hukuku ilgilendiren bir sözleşme olmayıp, bir kamu hukuku ilişkisi kurulmaktadır.

Hizmet sözleşmesi ancak özel hastanede çalışan doktor ile hastane arasında bulunmakta olup doktorun hastaya karşı, kural olarak, haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır²²⁴. Uygulamada, özel hastaneye başvuran hasta ile doktor arasında değil, hasta ile özel hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur ve bu sözleşmeye öğretide hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmektedir²²⁵.

3.2.1.1.4. Sui Generis Görüşü

Öğretide bir diğer görüşe²²⁶ göre ise hastanın kişiliği ve doktor arasındaki güven ilişkisi, her iki tarafın insan da olsa eşit imkânlarla sahip olmayışı, doktora sahip olduğu uzmanlığın verdiği güç ve otorite karşısında hastanın bilgisizliği ve zayıflığı sebepleri ile aradaki ilişkinin kendine has (*sui generis*) olduğudur. Bizce de yerinde olan görüşe göre, tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin, tıbbi müdahalenin türüne ve sonuç taahhüt edip etmemesine göre belirlenmelidir²²⁷.

²²² Bkz. İpekyüz, 2006: 65 vd.

²²³ Detaylı bilgi için bkz. Yavuz İpekyüz, 2006: 58. Karşı yönde bkz. Hakeri, 2021: 970.

²²⁴ Yavuz İpekyüz, 2015: 24

²²⁵ Ayan, 1991: 46.

²²⁶ Ayan, 1991: 51. Aynı yönde bkz. Oğuz, 2018: 158.

²²⁷ Özdemir vd., 2023: 497.

3.2.1.2. Özel Hastane ile Hasta Arasındaki İlişkinin Doktora Etkisi

3.2.1.2.1. Genel Olarak

Özel hastanede çalışan pediatri uzmanları bakımından önemli bir husus da, sözleşmenin doktorla değil hasta ile hastane arasında kuruluyor olmasıdır. Nitekim bu sözleşmeye aykırılık halleri uygulamada daha çok hastanenin sorumluluğuna sebep olmakta ve kusuru olmayan doktor sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Özel hastaneye başvuran hasta çocuk bakımından bu sözleşme anne ya da babası tarafından imzalanır. Özel hastanede çalışan çocuk doktorları bakımından göz ardı edilmeyecek olan hastane ile hasta arasındaki bu sözleşme ilişkisi, doktorun sorumluluğu belirlenirken önem taşımaktadır. Yargıtay'ın öğretiyeye uygun bir içtihatında²²⁸ “*yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini(borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmedeği şeklindeki borca aykırılık, hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak*” kabul edilerek doktorun değil, özel hastanenin sorumluluğunu kabul etmiştir.

3.2.1.2.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Özel hastaneye başvuran hasta ile hastane arasında kurulan sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi ismi verilmektedir²²⁹. Bu sözleşme, tam veya kısmi hastaneye kabul sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği²³⁰ ek m. 5/1/I “*...Hastaya sunulan teşhis ve tedavi hizmetlerinden muayenehane hekimi ve özel hastane müştereken sorumludur.*” hükmü özel

²²⁸ “Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. ... Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanununda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri(yatırma, yedirip içirme v) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır(B.K.m.11/1);hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye(hasta)kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam(bölünmemiş) ya da kısmi(bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır. Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.... Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işletmesini sorumlu tutabilmektedir.” (YHGK, 21.10.200 T. 9 2009/393 E. 2009/452 K.)

²²⁹ Ayan, 1991: 46.;

muayenehanesi olan doktorlar bakımından hastane ile birlikte sorumluluğu esas almışsa da bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi durumunda tedavi ediminin doktorun sorumluluğuna sebep sayılması gerekmektedir.

3.2.1.2.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastanın özel bir hastaneye yatırılarak tedavi sürecinin başlaması halinde ortada hasta ile hastane arasında kurulan hastaneye tam kabul sözleşmesi vardır. Burada sözleşmenin oluşmasını sağlayan asli unsur yatırılarak tedavi edilme olup hastanın yeme, içme, barındırılması ve bakılması söz konusu ise tam hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir²³¹. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane bizzat doktoru seçerek ve tüm sorumluluğu bünyesinde toplayarak hastaya muhatap olmaktadır, yalnızca tıbbi tedaviyi kendisi veya denetimi altındaki doktora yaptırması söz konusu olmayacağı için hasta ile olan vekâlet ilişkisini doktora tevkil yetkisi ile devretmektedir. Yoksa Alman hukukunda olduğu gibi hasta ile hastane arasındaki ilişkide doktoru ifa yardımcısı olarak görmek Türk hukukuna uygun bir yorum olmamaktadır²³².

3.2.1.2.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastanın yalnızca teşhis, tedavi ve kısa süreli, bir oda tahsis edilmeksizin ayakta tedavi olması durumunda ise doktor ile hasta arasında bir tedavi ilişkisi kurulurken, hastanenin yeme içme barındırma ve bakım yapma yükümlülüklerinin ayrı olarak kurulduğu bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olması halinde, hatalı bir tıbbi uygulama sebebiyle sorumlu olan hastane değil doktor olmaktadır²³³.

3.2.2. Sözleşme Dışı Sorumluluk

3.2.2.1. Culpa in Contrahendo

Sözleşme görüşmesi yapılırken ortada henüz kurulmuş bir sözleşme olmaksızın tarafların birbirine verdiği zararlar nedeniyle oluşan sorumluluk öğretide sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) olarak tanımlanmaktadır²³⁴. Doktorun sözleşme öncesi sorumluluğunu, hastaya karşı aydınlatma, bilgilendirme ve uyarma gibi yükümlülükleri

²³⁰ Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2002 Resmî Gazete Sayısı: 24708

²³¹ Ayan, 1991: 133.; Hakeri, 2021: 971.

²³² Aşçıoğlu, 1993: 22.

²³³ Hakeri, 2021: 972.

²³⁴ Kılıçoğlu, 2011: 79.

oluşturur²³⁵. Sözleşme öncesi bir sorumluluk oluşması için mutlaka sonrasında sözleşmenin kurulmuş olması aranmamaktadır; taraflar arasında bir sosyal temasın olması ve zarar görenin doktora duyduğu güven duygusunun yükselmesi, bir nevi sözleşme trafiğine girilmiş olması gerekli ve yeterlidir²³⁶. Doktor sözleşme görüşmeleri öncesinde kusuru sebebiyle hastanın zararına sebep olursa bu zararı tazmin etmekle yükümlü olmaktadır²³⁷. Türk toplumunda sosyal bir ortamda doktor veya tanıdık bir doktoru görünce danışılması sıklıkla gerçekleşmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, esasında TMK m. 2 hükmü dürüstlük kuralı gereği, danışan kişinin uzman kişiye olan güveninin korunmalı ve yanlış verdiği bilgidan dolayı doktorun sorumluluğu doğmalıdır²³⁸.

3.2.2.2. Vekâletsiz İş Görme

Hukukta bir sözleşme ilişkisi kurulabilmesi için karşılıklı irade beyanlarının uyumu gerekir. Acil hallerde veya ameliyatın genişletilmesini gerektiren hallerde her zaman bir sözleşme ilişkisi kurulamadığından, doktor bakımından vekâletsiz iş görme gerçekleşmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3 hükmüne göre doktorun hasta ile kurulmuş bir sözleşmesi olmasa dahi acil durumlarda, mücbir sebep olmadıkça, tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu vardır.

Vekâletsiz iş görme halinde, her türlü ihmalden sorumluluğun yanında TBK m. 527/2 hükmü²³⁹ gereği doktorun sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesi konusu tartışmalıdır. Öğretide bizim de katıldığımız baskın görüş²⁴⁰, ameliyatın genişlemesi gibi bir vekâletsiz iş görme halinde doktorun sorumluluğunun azaldığı kabulünün kanun hükmüne dayanılarak dahi savunulamayacağı yönündedir. Doktorun acil duruma sebebiyle, normal tedavi sözleşmesine nazaran daha hafif bir özen göstermesi öncelikle aradaki güven ilişkisine aykırılık teşkil etmekte olup sırf acil durum doktora özensizlik anlamında bir haklı sebep oluşturmamalıdır. Doktor her ne şart altında olursa olsun ortalama bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür. Öğretide bunun aksine, doktorun acil durumlardaki müdahalesindeki sorumluluğunun azaltılmaması halinde doktorların müdahalede çekingen davranabileceği veya nasıl cesaretlendirilebileceği eleştirisi esasında hukukun değil psikoloji biliminin üzerinde durabileceği bir mesele olarak kabul edilmelidir²⁴¹.

²³⁵ Arslan, 2020: 420.

²³⁶ Başpınar, 2004: 228.

²³⁷ Demir, 2009: 153.

²³⁸ Başpınar, 2004: 229.

²³⁹ “Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.”

²⁴⁰ Ayan, 1991: 114. Aynı yönde bkz. Arat, 2006: 236.

²⁴¹ Topuz, 2008: 303-304.

Zira zaten bu acil durumun şartları altında ortalama bir doktordan beklenecek özen doktorun sorumluluğu bakımından önemlidir, yoksa herhangi bir zaman dilimindeki benzer olmayan şartlar bakımından bir değerlendirme söz konusu olmayacaktır.

3.2.2.3. Haksız Fiil

Hasta ile doktor arasında sözleşme kurulmaksızın doktorun müdahalede bulunması halinde vekâletsiz iş görme şartları oluşmaz ise haksız fiil oluşur. Örneğin kişisel düşmanlık besleyen doktorun hastanın hayatına son vermesi bir haksız fiil teşkil eder²⁴². Haksız fiilin oluşması için hukuka aykırı bir fiil bulunması, failin kusurlu olması, bunun sonucu olarak zarar oluşması ve bu zararlar fiil arasında bir illiyet bağı şartları birlikte aranmaktadır²⁴³. Hukuka aykırılık, doğrudan veya dolaylı olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan bir kuralın ihlali olarak tanımlanabilir. Doktorun bu hukuka aykırılığı bilerek veya isteyerek hareket etmesi, bunu önlemek için ortalama bir doktorun göstermesi gereken özeni göstermemesi ise kusuru oluşturur. Haksız fiilin varlığından söz edebilmek için hukuka aykırı fiile bağlı olarak maddi veya manevi bir zarar doğmuş ve hastanın zararının doktorun haksız fiili yüzünden meydana gelmiş olması, illiyet bağının kurulması, gerekmektedir. İlliyet bağının sorumluluk yönünden önemini gösterir bir Yargıtay kararının²⁴⁴ ilgili kısmı aşağıdadır;

“... davalının uzman çocuk doktoru olduğu, olay günü altı yaşındaki çocuğun boğaz ağrısı ve yüksek ateşten dolayı hastanenin acil servis bölümüne başvurduğu, dava dışı acil doktorunun hastanın yatışına karar verdiği, davalı doktorun ise çocuğu uzaktan takip ettiği, hastanın solunum cihazına bağlandığı ve kusmuğunu yutarak vefat ettiği, ..Davaya konu olayla ilgili olarak; mahkemece Adli Tıp Kurumundan alınan raporda; "kusurlu eylemle ölüm arasında kesin bir illiyet bağı kurulamayacağının", yine mahkemece bilirkişi kurulundan alınan rapor ile ceza yargılaması sırasında alınan raporda “davalının kusurlu olmadığı” belirtildiği anlaşılmakla, davalının görevi ihmal eylemiyle çocuğun ölümü arasında uygun nedensellik (illiyet) bağı bulunmadığından davanın ve birleşen davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yanılıklı gerekçe ile kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

²⁴² Ayan, 1991: 61

²⁴³ “Mahkemece, davalı hastane ve çocuk doktoru olan diğer davalı ... yönünden maddi tazminat yönünden kabulüne ve manevi tazminat yönünden kısmen kabulüne karar verilmiş ise de; tazminata hükmedilebilmesi için yalnız eylem ile ortaya çıkan sonuç arasında illiyet bağı bulunması yeterli olmayıp, bunun yanında diğer şartların da bulunması gerekmektedir. Buna göre gerek maddi gerekse manevi tazminata hükmedilebilmesi için ortada hukuka aykırı bir eylem, bir zarar, bu zarar ile eylem arasında illiyet bağı ve kusur bulunmalıdır. Mahkemece, gerek maddi gerekse manevi tazminat talepleri yönünden kusurlu eylem ile davacı küçüğün rahatsızlığı arasında illiyet bağı kurulamayacağı, davacı küçükteki bu durumun erken ya da geç teşhis edilmesinin sonuca etki etmeyeceği de gözönüne alındığında; davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” (Kapatılan) Yarg. 13. HD, 2018/5227 E., 2019/12604 K.)

²⁴⁴ Yarg. 4. HD, 2016/10862 E., 2019/2811 K.

Esasında sözleşmeye aykırı durumlar da birer haksız fiil teşkil edebilmektedir. Böyle bir durumda serbest çalışan bir doktor ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesinde doktorun sebep olduğu aykırılık bakımından sözleşmeye dayalı ve haksız fiil sorumlulukları yarışmakta ve öğretide yaygın görüşe göre hasta dilediği sorumluluk sebebine dayanabilmektedir²⁴⁵.

3.2.3. Sorumluluğu Azaltan Haller

3.2.3.1. Sorumsuzluk Anlaşması

Doktorun özel hukuktaki sorumluluk sebepleri; sözleşme, *culpa in contrahendo*, vekaletsiz iş görme veya haksız fiildir. Sorumluluğun kapsamı ise bu sebeplerden doğan hukuka aykırı fiil ile verdiği zararın tazmin yükümlülüğünü ifade etmektedir. Kural olarak, doktor, tıbbi müdahalenin başarılı olacağı garantisini veremez, doktorun sorumluluğu ancak doktorun tıbbi müdahaleye ilişkin öngörülebilir risklerden kaçınmayı amaçlamayan bir davranış sergilememiş ise doğmaktadır²⁴⁶. TBK m. 115 hükmü borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşmeyi kesin hükümsüz kabul etmiştir. Uzmanlığı gereği ve ancak kanun veya bir makamın onayı ile faaliyet gösteren doktorların ise ihmallerinin hafif veya ağır olmasına bakılmaksızın yaptıkları sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak geçersizdir. Doktorların devletin verdiği diploma ve izne bağlı olarak faaliyet gösterebilmesi ve buradan doğan uzmanlıkları onlar bakımından toplumda kanuna aykırı bir durum olmadığına ilişkin bir hava ve üstünlük oluşturduğundan karşı tarafa sorumsuzluk şartlarını kolayca kabul ettirebileceklerinden, kanunun sorumsuzluk yasağı ile bir tür koruma yarattığı söylenebilecektir²⁴⁷. Kanunla açıkça yasaklandığından, doktor hafif veya ağır tüm ihmal veya kusurundan sorumlu tutulmaktadır.

3.2.3.2. Üçüncü Kişinin Kusuru

6098 Sayılı TBK m. 66 hükmü gereği adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olup, bu bakımdan özel muayenehanesi olan pediatri doktorlarının da bu kapsamda sorumluluklarının doğması mümkündür. Bu sorumluluğun doğması için doktorun kusuru aranmaz, burada sadece çalıştırdığı kişi bakımından kanunen kusursuz sorumluluk hali söz konusudur.

²⁴⁵ Abik, 2005: 271.

²⁴⁶ Şenocak, 2009: 43. Benzer şekilde bkz. “...beklenilen özen, zararlı sonucu önleyebilecek beklenen davranış biçimidir.” Aşçıoğlu, 1993: 78.

²⁴⁷ Başpınar, 2004: 272.

Özel muayenehanesi olan doktor işyerinde çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, ancak sorumluluktan kurtulabilecektir.

Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu TBK m. 116 hükmünde²⁴⁸ düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile karıştırılmamalıdır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda üçüncü kişinin uğradığı zarara istinaden, sözleşme dışı bir sorumluluk söz konusudur. Örneğin; özel sekreter tahlil sonuçlarını karıştırırsa üçüncü kişi zararı için sözleşme olmasa da TBK m. 66 hükmüne dayanabilirken; yanlış iğne yapan hemşire bakımından zarar gören hasta ve/veya ailesi tazminat talebini TBK m. 116 hükmüne dayanarak doktora yönlendirebilecektir. Bu iki hükmün uygulanması olayın şartlarına göre değişecektir. İfa yardımcısının sorumluluğu da kusursuz sorumluluğa dâhildir; ifa yardımcısının kusuru olup olmadığına bakılmaksızın borçlu sorumludur²⁴⁹.

3.2.4. Sorumluluğun Hukuki Sonuçları

3.2.4.1. Sorumluluk Sebebiyle Açılabilecek Davalar

3.2.4.1.1. Genel Olarak

Maddi tazminat davası, doktorun müdahalesinden zarar gören çocuk ayırt etme gücüne sahip olsa dahi velisi tarafından açılabilirken, manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için çocuk adına veli bu talepte bulunamaz, ayırt etme hakkına sahip küçük bu hakkı doğrudan kullanmalıdır²⁵⁰.

Doktorun haksız fiili üzerine açılan ceza davasında verilen beraat kararı aynı fiil sebebiyle görülen tazminat davasında hâkimi bağlamayacaktır, suç oluşmasa dahi hukuka aykırı olan bir fiil doktorun tazminat sorumluluğuna sebep olabilecektir.

3.2.4.1.2. Arabuluculuk Şartı

6502 Sayılı TKHK m. 73/A hükmü ile tüketici işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması şartı getirilmiştir²⁵¹.

²⁴⁸ 3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

MADDE 116- Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

²⁴⁹ Hakeri, 2021: 1158.

²⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Yavuz İpekyüz, 2015: 38

²⁵¹ Bkz. 28.7.2020 T. Resmi Gazetede yayınlanan 7251 Sayılı Kanun m. 59 hükmü

Uyuşmazlık bedelinin kanuni sınırı²⁵² altında kalması halinde yapılan tüketici hakem heyeti başvuruları ile tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar halinde öncesinde arabuluculuğa başvurma şartı aranmamaktadır. Bu başvurular ise tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine, tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise ilçe kaymakamlığına yapılabilir.

3.2.4.1.3. Zamanaşımı

TBK m. 72 hükmü gereği öğrenme tarihinden itibaren iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle tazminat hakkı zamanaşımına uğramaktadır. Yargıtay *“doğum sırasında doktorların dikkatsizliği ve tedbirsizliği sebebiyle çocuğunun beyninde hasarlar meydana geldiği, doğumdan bugüne kadar çocuğun tedavi gördüğü ancak durumunun gittikçe ağırlaştığı”* bir olayda zamanaşımı itirazları hakkında *“ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığıнын öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır... Bu durumda, davacının tedavilerinin halen devam ettiği dolayısıyla gelişen bir durumun ya da müstakbel (gerçekleşecek-gelecek) bir zararın söz konusu olduğu, bu durumda, dava konusu doğumdan gerçekleştiği tarihten itibaren değil, zararın net olarak ortaya çıktığı tarihten itibaren zamanaşımı süresinin başlatılarak ve vekilin hesap verme yükümlülüğü devam ettiğine göre işin esasına girilmesi gerektiği anlaşılmaktadır...Hal böyle olunca, davanın açıldığı tarih itibarıyla zamanaşımı süresi dolmamış olup”* kabulüyle ilk derece mahkemesinin zamanaşımı sebebiyle verdiği ret kararının bozulmasına karar vermiştir²⁵³.

3.2.4.2. Tazminat Sorumluluğu

Serbest çalışan çocuk doktorları bakımından özel hukuk kapsamında; Culpa in contrahendo, haksız fiil, sözleşmeye aykırılık veya vekâletsiz iş görme durumlarından doğan sorumluluk maddi veya manevi tazmin etme yükümlülüğü olmaktadır.

²⁵² TKHK m. 68 hükmüne 2023 yılı için değeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

²⁵³ Yarg. 13. HD 27.03.2019 T. 2018/3647 E. 2019/4065 K.

3.2.4.2.1. Maddi Tazminat

Doktorun hata, ihmal ve kusurlarıyla hastaya verdiği zararlardan 5237 sayılı TCK hükümlerince şahsi sorumluluğu söz konusu iken, hasta ve/veya yakınları tarafından doktor hakkında dava açılması halinde 6098 sayılı TBK hükümlerine göre mal varlıklarından tazmin etmekle yükümlü tutulabilmektedir²⁵⁴. Tazmin edilmesi istenen zarar kişinin beden bütünlüğüne ilişkin ise buna maddi tazminat adı verilmektedir.

3.2.4.2.2. Manevi Tazminat

Tazmin edilmesi istenen zarar kişilik haklarına²⁵⁵ ihlal içeriyor ise TBK m. 56 hükmü gereği manevi tazminat söz konusu olmaktadır. TBK m. 54 hükmü bedensel zararları tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak bunlarla sınırlı olmamak üzere saymaktadır. TBK m. 56/2 hükmüyle “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” denilmek suretiyle hasta yakınlarının da zararının tazmini kabul edilmektedir.

3.2.4.2.3. Sorumluluğun Sigortaya Yöneltilmesi

Doktorların mali meslek sigortasını yaptırmaları zorunludur²⁵⁶. Özel hastanede veya kendi muayenehanesinde çalışan doktora ilişkin uyuşmazlıklarda, davanın sigorta şirketine yönlendirilmesi, zararın tazmini sonrası sigorta şirketinin doktora rücu etmesi de bir diğer ihtimaldir.

Kamuda çalışan çocuk doktorları bakımından da anayasal ve kanuni bir kural olarak davanın idareye karşı açılması gerekiyor ise de uygulamada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²⁵⁷ esas alınarak idareye husumet yöneltilmeksizin davanın doktorun sigorta şirketine yöneltildiği de görülmektedir²⁵⁸.

²⁵⁴ Yavuz İpekyüz, 2015: 23

²⁵⁵ Kişilik hakkının zedelenmesi MADDE 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

²⁵⁶ Bkz. Bölüm I., Başlık 1.1.5

²⁵⁷ 14.2.2011 Tarihli ve 27846 sayılı R.G.

²⁵⁸ Hakeri, 2021: 992.

3.2.4.3. Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Yargı Yeri

3.2.4.3.1. Görevli Mahkeme

Çalışma kapsamında kalan özel muayenehanesinde serbest veya özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışan doktorlar bakımından açılacak tazminat davalarında görevli yargı yeri adli mahkemeler olup genel asliye mahkemeleri değil, tüketici mahkemeleri görevlidir. Ancak tıbbi hata üzerine doğrudan doktorun mesleki sorumluluk sigortası yaptırdığı sigorta şirketine başvurma ve dava açma hakları da bulunmaktadır; bu durumda görevli mahkeme Tüketici Mahkemeleri değil, Asliye Hukuk Mahkemeleridir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁵⁹’un m. 3/1 hükmünde tüketici işlemi, *Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem* olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda özel hastane/doktor ile hasta arasındaki uyuşmazlıklar da tüketici işlemi olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay taraflar arasında teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, hasta davacıların tüketici (tedavi ücreti alıcısı) ve özel hastane olan davalının satıcı (hizmet sunucusu) olduğunu, bu durumda davaya bakmaya genel mahkeme asliye hukuk değil tüketici mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmiştir²⁶⁰. Özel hastanede çalışan doktorlar bakımından tüketici mahkemelerinin görevli olmasının, davacı hasta tarafından olumlu yanı harçtan muaf olunmasıdır. Ancak kanaatimizce, bir doktor ile hasta ilişkisini tüketici kanununa tabi görmek beraberinde, tıbbın ticarileşmesini kabul eden bir anlayışı da doğuracaktır, bu doğrultuda uzmanlaşmış özel tıp mahkemeleri kurulması gereklidir²⁶¹.

Özel muayenehanesi olan kamu doktorları bakımından da kişisel kusurlarının bulunması halinde görevli yargı yeri adli mahkemelerdir. Yargıtay’ın küçüğün tedavi için doktorun özel muayenehanesine getirildiği bir kararında²⁶² doktorun yanlış tedavisi ve eksik takibinden dolayı küçüğün kolundaki kırığın iyileşmeyip daha da kolunu kötüleştirdiği iddiasıyla talep edilen manevi tazminat bakımından, yerel mahkemece, davalı doktorun görevi

²⁵⁹ 28.11.2013 Tarihli ve 28835 Sayılı R.G.

²⁶⁰ Yarg. 13. HD, 28.9.2012 T. 2012/21184 E. 2012/20509 K.

²⁶¹ Detaylı bilgi için bkz. Kök, 2015: 615. “*Tıbbi uygulama hatalarının yargısal çözümünde yaşanan çeşitli sorunlara (açılan dava sayısındaki artış, bilirkişilik sistemi, rücu davaları gibi) bağlı olarak yargılama sürecinin uzaması, bunun sonucu yargılamanın pahalı olması, adaletin gerçekleşmesindeki gecikme devletin en önemli görevi ve erki olan yargıyı ister istemez olumsuz etkilemiştir. Ancak, sorunun çözümü olarak sağlık hizmetleri sunumunda hekim-hasta arasındaki ilişkide ortaya çıkan uyuşmazlıkları tüketici hukuku mantığı ile Tüketici Mahkemelerine verme fikri, bilimsel-etik ve hukuki değerler üçgeninde bir faaliyet gösteren tıp etkinlik alanı açısından uygun değildir.* ”

²⁶² Yarg. 13. HD, 18.12.2013 T., 2013/11671 E. 2013/31920 K.

sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği kusura yani kamu görevlisi olan doktorun ihmeline dayandıkları, bu eylemin görev sırasında ve görevle ilgisinin yani hizmet kusuru niteliğinde bulunması nedeniyle eldeki davada husumetin, kamu görevlisine değil idareye düştüğünü, davanın idare aleyhine açılması gerektiği gerekçesi ile davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş ise de; ortopedi doktoru olarak hem Devlet Hastanesinde hem de özel muayenesinde çalışan davalının, 2006 yılı Temmuz ayında sağ kolunun kırılması üzerine Devlet Hastanesinde çekilen film ile birlikte özel muayenehanesine getirilen davacı küçüğün kolunu alçıya alarak tedaviye başladığı, hem özel muayenehanesinde hem de Devlet Hastanesinde takip ve tedavisiyle devam ettiği, davacıların, ortopedi doktoru olan davalının takip ve tedavide kişisel kusurunun bulunması nedenine dayalı olarak manevi tazminat talep ettikleri, bu davada davalıya husumetin doğru olarak yönlendirildiğini kabul etmiştir.

Özel hastanede çalışan çocuk doktorları bakımından, tazminat sorumluluğu özel hastane işletmecisinde olduğu gibi, kamu hastanelerinde çalışan çocuk doktorları bakımından da tazminat sorumluluğu kamuya aittir, bu ihtimallerde tazminat davası hastaneye yöneltildikten sonra hastane doktora rücu edebilecektir. Çalışma kapsamı dışında kaldığı için kısaca bahsetmek gerekirse, idare hukukunda hem doktor hem hastane aleyhine dava açmak mümkün değildir, yalnızca kusurlu kamu kurumu dava edilmelidir²⁶³. Yargıtay bu kuralın aksine “Kamu görevlisi olan doktor aleyhine açılan dava kişisel kusur iddiasıyla açılmışsa, hukuk mahkemesi davaya bakmalı ve öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapmalıdır.” şeklinde karar²⁶⁴ vermişse de YHGK verdiği bir kararla²⁶⁵ devlet hastanesinde çalışan doktorun kişisel kusuru olsa da bunun tartışmasını rücu halinde doktor ile iç ilişkiye saklayıp idarenin hizmet kusurunu esas almış ve dolayısıyla davanın yalnızca idare aleyhine açılmasını kabul etmiştir. Ceza hukuku bakımından ise detayı aşağıda değerlendirilecek şekilde ceza sorumluluğunun şahsiliği gereği doktor bizzat sorumlu olacaktır.

²⁶³ “...Doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüşse, incelenme yeri adli yargıdır. ... 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idare mahkemelerinde ancak ilgili idare kurumu dava edilebilir. Bu yasal düzenlemeye göre gerçek kişilere karşı idare mahkemelerinde dava açılamaz. Bu durumda gerçek kişi doktora karşı açılmış olan dava için de görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde her iki davalı için de görevsizlik kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu’na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:... davalı doktor hakkında dava dilekçesindeki açıklamalar değerlendirildiğinde, kişisel kusuruna dayanıldığıının anlaşılmasına, bu yöndeki savı inceleme görevinin adli yargıya ait bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu’na benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...” YHGK. 15.11.2000 T. 2000/4-1650 E. 2000 /1690 K.

²⁶⁴ YHGK, 29.03.2006 T. 2006/4-86 E. 2006/111 K.

²⁶⁵ YHGK 01.02.2012 T. 2011/4-592 E. 2012/25 K. legalbank.net (Erişim Tarihi: 31.1.2024)

3.2.4.3.2. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁶⁶ genel yetki kurallarına göre, davalı doktorun veya özel hastanenin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde, aynı zamanda sözleşmeden de kaynaklanan bu uyuşmazlıklar sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Bu hüküm, uygulamada özel hastanelerin merkezi yerine hastanın tedavi olduğu şubenin bulunduğu yerde davanın açılabilmesini sağlamaktadır. 6502 sayılı TKHK m. 73 hükmü gereği dava tüketicinin/hastanın yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir. Yine bu hüküm de davacı hasta lehine, tedaviyi bir başka şehirde görmüş olsa dahi kendi yerleşim yerinde dava açma hakkını tanımaktadır.

3.3. Cezai Ve İdari Sorumluluk

Çocuk doktorlarının uygulamadan kaynaklı cezai sorumlulukları çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. İlk olarak doktorun gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sonucu sorumluluğu doğabilir. Doktorun yanlış veya eksik müdahalede bulunması ya da rıza dışı veya aydınlatılmış onamı almadan gerçekleştirdiği müdahaleler çeşitli suçlara yol açabilir. İkinci olarak doktorun gerçekleştirmemiş olduğu tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkabilir. Son olarak doktorun sağlık mevzuatı ve diğer meri kanunlarla getirilen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilir. Çalışmamızın konusu çocuk doktorlarının hukuki sorumluluğu olduğu için biz çalışma konusunu açmayacak şekilde kısaca burada cezai sorumluluktan da bahsetmeye çalışacağız. Ancak bu ayrıma geçmeden önce tıbbi müdahale sonucunda ceza sorumluluğunun doğması için gerekli koşullardan kısaca bahsedeceğiz.

Çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere hastanın tedaviye rıza göstermesi gerekir. Bizim açımızdan ise çocuk söz konusu olduğundan çocuğun veli veya vasisinin rızasının alınması gerekir. Çocuk eğer anlayabilecek durumda ise çocuğun da tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılması ve çocuğun rızasının alınması gerekir. Bu durumda yapılacak müdahale hukuka uygun olduğundan herhangi bir cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir²⁶⁷.

Çocuk doktorlarının sorumluluğu irdelendiğinden hasta olan kişinin çocuk olması gerekir. Ceza hukuku açısından çocuk kavramı ise ÇKK ve TCK'da tanımlanmış olup buna göre on sekiz yaşını doldurmayan herkes çocuktur. Dolayısıyla aşağıda yer verdiğimiz cezai sorumluluğu doğuran ihtimallerde mağdur çocuk olmak durumundadır. Çocuğun reşit olup

²⁶⁶ 4.2.2011 Tarih ve 27836 Sayılı R.G.

²⁶⁷ Gökcan, 2009: 323; Soyaslan, 2009: 331; Ümit, 2017: 204; Özcan, 2016: 46.

olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda on yedi yaşında evlilik veya mahkeme kararıyla ergin kılınmış bir kimse söz konusu olsa da TCK açısından bu kişi çocuktur. Çocuktan bahsedebilmek için ayrıca doğmuş olması gerekir. Anne karnındaki cenine karşı gerçekleştirilen müdahaleler yerine göre kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine (anneye karşı) yerine göre de çocuk düşürme suçuna vücut verebilecektir.

3.3.1. Cezai Sorumluluk

3.3.1.1. Doktorların Gerçekleştirmiş Oldukları Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ortaya Çıkan Cezai Sorumluluk

Çocuk doktorları gerçekleştirmiş oldukları tıbbi müdahale sonucunda çocukların sağlığını bozan bir duruma sebebiyet vermiş olabilir. Bu gibi durumlarda doktorun yaralama neticesinden sorumluluğuna gidilecektir. Ancak sağlığın bozulması çocuğun hayatını kaybetmesi şeklinde bir netice meydana getirmiş ise bu durumda ölüm neticesinden doktorun sorumluluğuna gidilecektir²⁶⁸. Bu ayrımı yapabilmek için aynı zamanda doktorun yapmış olduğu davranışı ortaya koyan motivasyona da bakılması gerekir. Örneğin; çocuğun ölmesine yönelik bir müdahalede bulunulmuş ve fakat çocuk bir şekilde hayatta kalmışsa sorumluluk ortaya çıkan netice üzerinden değil ulaşılmak istenen netice üzerinden olacaktır ve bu durumu failin davranışını yönlendiren iradesi ile tespit edilebilecektir.

Doktorun gerçekleştirdiği müdahale çocuğun ölümüne sebebiyet vermişse o zaman doktor açısından kasten öldürme veya taksirle ölüme neden olma suçları gündeme gelecektir. TCK m. 81 hükmünde düzenlenen kasten öldürme suçunda failin bilerek ve isteyerek bir başkasının yaşamını sonlandırması halinde kasten öldürme suçu oluşacaktır ve fail hakkında müebbet hapis cezası verilecektir. Çalışma konumuz çocuk doktorlarının sorumluluğu olduğu için kasten öldürme suçunun mağduru da bir “çocuk” olacaktır. TCK m. 82/1-e’de kasten öldürmenin çocuğa karşı işlenmiş olması nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve bu durumda doktora (faile) verilecek ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, ceza hukuku açısından çocukları daha fazla korumaya değer görmüş ve çocuğa karşı gerçekleştirilen öldürme suçu tıpkı çocuğa karşı işlenen diğer suçlarda olduğu gibi failin daha fazla cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Çocuk doktorunun çocuğu öldürdüğü durumlarda gerçekleştirdiği hareketi bilerek ve isteyerek icra etmesi gerekir. Nitekim TCK m. 21 hükmünde kast; “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu sebeple doktorun gerçekleştirdiği

²⁶⁸ Gökcan, 2009: 323.

davranışı bir çocuğa karşı gerçekleştirdiğini bilmesi ve onu öldürmek isteyerek icra etmesi gerekir²⁶⁹. Aksi halde doktorun sorumluluğu taksirle ölüme neden olma suçundan oluşacaktır.

Çocuklara yönelik doğrudan bir öldürme isteğinde bulunmayan doktorun gerçekleştirdiği müdahale sonucu çocukların ölebileceğini muhtemel görmesine rağmen yine de umursamayarak hareketine devam ederse bu durumda olası kast ile hareket etmiştir ve sorumluluğu TCK m. 21/2 hükmü delaletiyle TCK m. 82/1-e hükmünden olacaktır. Olası kast TCK m. 21/2 hükmünde olası kast söz konusu olduğu durumlarda fail hakkında indirimli ceza verileceği öngörülmüştür. Nitekim fıkranın ikinci cümlesinde “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” demek suretiyle indirim oranları belirlenmiş ve indirim uygulanması hâkimin takdirine bırakılmadan doğrudan düzenlenmiştir. Burada çocuğun ölebileceğinin öngörülmüş olmasına rağmen hareketin gerçekleştirilmesi durumunda fail hakkında uygulanacak hükümlerin olası kastla öldürme mi yoksa bilinçli taksirle ölüme neden olma suçuna ilişkin hükümler mi olduğunun belirlenmesi önemli olacaktır.

TCK m. 21/2 hükmünde olası kast ve m. 22/2 hükmünde de bilinçli taksir tanımlanmış olup iki tanımın da benzer olduğu görülmektedir. Bu sebeple öğretide iki kavramı ayırmak için öngörülen netice karşısında failin sübjektif durumu dikkate alınmaktadır. Buna göre bilinçli taksirin söz konusu olabilmesi için failin öngördüğü neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik özensiz bir güveni söz konusu olmaktadır²⁷⁰. Ancak olayda failin tek başına güveni yeterli görülmemekte ve failden neticenin meydana gelmesini engelleme yönünde bir çaba göstermesi beklenmektedir²⁷¹. Benzer şekilde failin fiile ilişkin yeteneği, tecrübesi, eğitimi varsa bu güven anlamlı hale gelir. Tersî durumda ise tecrübesiz bir kimsenin yeteneğine güven duyarak fiili işlemesi halinde bilinçli taksirden söz etmek mümkün değildir²⁷². Olası kasttan bahsedebilmek içinse failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalması söz konusudur²⁷³. Ancak failin öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük bir beklentisi yoksa da olası kast söz konusu olacaktır²⁷⁴. Bilinçli taksirde duyulan güven ciddi iken olası kastta güven yerine ümit vardır²⁷⁵. Failin, öngörmüş olduğu neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir tasavvuru varsa

²⁶⁹ Ümit, 2017: 219.

²⁷⁰ İçel, 1967: 194, Özgenç, 2021: 288, Özbek vd., 2022: 273, Demirbaş, 2022: 428, Hilgendorf, vd., 2021: 320; Heinrich, 2015: 84; Kaplan, 2023: 28.

²⁷¹ Hilgendorf vd., 2021: 107.

²⁷² Karakehya, 2010: 28.

²⁷³ Özbek vd., 2022: 272.

²⁷⁴ Kaplan, 2023: 28.

²⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. Turhan, 2020: 480.

diğer bir ifadeyle hareketin sonucu gerçekleşmesi muhtemel neticelerden somut olayda gerçekleşen netice fail tarafından “gerçekleşmeyecek” şeklinde sınıflandırmışsa artık bilinçli taksirin varlığı kabul edilmelidir²⁷⁶. Fail tarafından muhtemel addedilen netice kabullenilirse olası kast söz konusu olacaktır²⁷⁷. Fail, kendisi için önemli olan hareketi yapmakta ve hareket ile birlikte doğması muhtemel neticeyi de olayın akışına bırakmaktadır²⁷⁸. Yani fail hareketine odaklanmakta ve neticeyi önemsememektedir²⁷⁹. Bu açıklamalar ışığında çocuk doktorlarının gerçekleştirdiği davranış bakımından neticenin kabullenildiği ortaya konduğu takdirde hekimin sorumluluğu olası kastla öldürme suçundan olacaktır. Aksi halde bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan olacaktır²⁸⁰.

Çocuk doktoru objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde tıbbi müdahalede bulunur ve bunun sonucu çocuk ölürse TCK m. 85 hükmünce taksirle ölüme neden olma suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Doktorun objektif özen yükümlülüğünün kaynağını tıp biliminin verileri oluşturmaktadır. Buna göre hekim tıbbi müdahalenin yöntemini, türünü ve uygulamasını tıp biliminin verilerine uygun bir şekilde yapmalıdır²⁸¹. Özen yükümlülüğünün “hastanın koruma altına alınması ve hastayı kontrol ve denetim altında bulundurmaya” kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği de ileri sürülmektedir²⁸². Eğer tıp biliminin verilerine ilişkin bilgi veya beceri eksikliği söz konusu olursa yine sorumluluk taksirle ölüme sebebiyet vermeden olacaktır²⁸³. İfade ettiğimiz üzere doktor kendi beceresi, bilgisi veya tecrübesine güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik güven içinde tıbbi müdahalede bulunmuşsa bu durumda bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Doktorun yanlış tedavi yöntemi seçmesi veya seçtiği yöntemin istenilen sonuca ulaşmaması,

²⁷⁶ Özansü, 2007: 185; Aynı yönde bkz. Kaplan, 2023: 29.

²⁷⁷ Özgenç, 2021: 287, Bozbayındır, 2018: 25, 322; Karakehya, 2010: 134-135.

²⁷⁸ Özgenç, 2021: 287, Karakehya, 2010: 135, Kaplan, 29.

²⁷⁹ Karakehya, 2010: 135-136; Kaplan, 29.

²⁸⁰ Benzer yönde bkz. Soyaslan, 2009: 33; Ümit, 2017: 223 vd.

²⁸¹ “Katılan ...’nın yatırıldığı doğum servisinde görevli sanık hekimin gerekli ilgiyi göstermediğinin iddia edilmesi, hazırlıkta görevlendirilen üç kişilik bilirkişi raporunda hastanın yatırılmasından sonra çok geç girişimde bulunulduğu, doğum sırasında çocuk hekimi bulundurulmadığı, bebeğin postpartum takibi ile ilgili eksiklik bulunduğu sonucuna varılması, 3.7.2001 tarihli muhakkik raporunda sanığın NST bilgisinin yetersiz bulunduğu belirtilmesi, yargılama aşamasında bilirkişi olarak görevlendirilen Adli Tıp Uzmanının raporunda ise küçükte tespit edilen beyin hasarı ile doğum yönetimi arasında nedensellik bağı kurulamadığı ve sanığa atfedilebilecek kusur bulunmadığı belirtilmiş olup önceki bilirkişi raporu ile arasında çelişki bulunduğu anlaşılmaması karşısında; sanığın, doğum safhasında gerekli mesleki özeni gösterip göstermediği, yapılması gereken işlemler konusunda bir savsamanın bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde de yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile bebekte ortaya çıkan tıbbi sorunlar ve sonucunda meydana gelen ölüm arasında bir nedensellik bağı ve sanığa atfedilebilecek bir kusur bulunup bulunmadığı, sanığın kendisine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmesi durumunda dahi aynı sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi açısından dosya ile birlikte ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınması ve sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi”, Yarg. 4 CD, 12.07.2006 T. 4 2004/10373 E., 2006/13795 K., (Erişim Tarihi :11/12/2023. www.legalbank.net).

²⁸² Ümit, 2017: 216.

²⁸³ Aynı yönde bkz. Gökcan, 2009: 323.

tanının yanlış yapılması, hatalı uygulama yapılması gibi uygulamalar taksirli sorumluluğu gerektiren uygulamalardır²⁸⁴. Tıbbi müdahalenin olası komplikasyonları söz konusu olduğu durumlarda hasta bilgilendirilmişse artık taksirden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Doktorun gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sonucu çocuk ölmez ve fakat çocuğun sağlığı veya algılama yeteneği bozulur ya da uygulama nedeniyle çocuk acı çekerse sorumluluk yaralama suçlarından olacaktır. Tekrara kaçmama adına kısaca belirtmek gerekirse fail bilerek ve isteyerek çocuğun sağlığının bozulmasına neden olacak müdahalede bulunursa kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Kasten öldürme suçundan farklı olarak kasten yaralama suçunda çocuk cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak mağdurun çocuk olması halinde TCK m. 86/3-b hükmünde yer alan suçun kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi nitelikli hali gündeme gelebilir. Diğer yandan yaralanmanın boyutu neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir durum teşkil ederse bu durumda TCK m. 87’de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama söz konusu olacaktır.

3.3.1.2. Doktorun Gerçekleştirmemiş Olduğu Tıbbi Müdahale Nedeniyle Sorumluluğu

Çocuk doktoru kendisine başvuran çocuk hasta bakımından tıbbi müdahalede bulunmaz ve tıbbi müdahalenin yapılmaması nedeniyle çocuğun sağlığı bozulur veya çocuk ölürse doktorun yine cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. 5237 sayılı TCK m. 83 hükmünde ihmal suretiyle kasten öldürme suçu düzenlenmiş ve buna göre ihmali hareket icrai harekete eş değer olduğu takdirde failin sorumluluğuna gidilmektedir. Kanunda bu eş değerliğin kriteri olarak da kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli hareket sayılmıştır. Doktorlar açısından bu kriterlerin hepsi de gündeme gelecektir. Örneğin kamu hastanelerinde çalışan doktorlar açısından kanundan doğan yükümlülük gündeme gelecektir. Özel muayenehane veya hastanelerde çalışan doktorlar açısından ise sözleşmeye dayalı yükümlülük gündeme gelecektir. Her iki grup doktor açısından ise bir önceki başlıkta açıkladığımız hatalı veya eksik tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan riskin bertaraf edilmesine yönelik yükümlülük de önceki taksirli hareketten kaynaklanmaktadır²⁸⁵. Burada her üç yükümlülük kaynağı bakımından failin sorumluluğu meydana gelen neticeye göre belirlenecektir. Müdahalede bulunmama sonucu çocuk ölürse ihmal suretiyle kasten öldürme, çocuğun sağlığı bozulur ve fakat ölmezse TCK m. 88 hükmü gereği ihmal suretiyle kasten yaralama suçu gündeme gelecektir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimler açısından bazı hallerde görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) gündeme gelebilir. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği m.

²⁸⁴ Gökcan, 2009: 324-325; Ümit, 2017: 224.

²⁸⁵ Soyaslan, 2009: 332; Ümit, 2017: 218 vd.

257, tali bir norm olup başka bir suçun oluşmaması halinde gündeme gelebilecektir²⁸⁶. Ancak Yargıtay ise güncel bir kararında yanlış tedavi sonucu ölüm meydana gelen bir olayda görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kuran yerel mahkemenin kararını suçun vasfı yönünden onaylamıştır²⁸⁷.

3.3.1.3. Doktorun Cezai Sorumluluğunu Gündeme Getirebilecek Diğer Haller

Doktor tıbbi müdahalede bulunurken veya tıbbi müdahale ile doğrudan bağlantılı olmayan davranışları nedeniyle yukarıda yer vermediğimiz çeşitli suçları işleyebilir. Ancak bu durumda doktorun kasten hareket ediyor olması gerekir. Örneğin çocuklar üzerinde deney ve deneme yapıp TCK m. 90 hükmünde düzenlenen insan üzerinde deney suçunu işleyebilir²⁸⁸. Çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılabilmesi için yetişkinlere oranla ilave şartlar aranmaktadır. Kanun koyucu çocukların bilimsel deney konu edilmesini zorlaştırarak çocukları ilave bir koruma altına almıştır²⁸⁹. Benzer şekilde çocukların organ veya dokularını alarak TCK m. 91 hükmünde düzenlenen organ veya doku ticareti suçunu işleyebilir. Çocuklara ilişkin kişisel verileri mevzuata aykırı olarak işler veya üçüncü kişilerle paylaşırsa TCK m. 135 ve 136 hükmünde düzenlenen suçları oluşacaktır. Yine çocuğun görüntülerinin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi veya çocuğun özel hayatına ilişkin var olan görüntülerin paylaşılması TCK m. 134 hükmünde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu gündeme getirecektir. Hekimin tıbbi müdahalenin sınırını aşarak çocuğu cinsel yönden istismar etmesi de ihtimal dahilindedir ve bu durumda TCK m. 103 hükmünde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Kamu görevlisi olan doktorlar bakımından uygulamada “bıçak parası” diye tabir edilen tıbbi müdahale karşılığında para alınması hali de irtikap suçu kapsamında değerlendirilmektedir²⁹⁰. Görüldüğü üzere tıbbi

²⁸⁶ Aynı yönde bkz. Gökcan, 2009: 327.

²⁸⁷ Yarg. 5 CD, E. 2021/9714, K. 2023/636, T. 6.2.2023, (Erişim Tarihi: 12.12.2023: Yargıtay İçtihat Merkezi) aynı yönde bkz. “NST kayıtlarının bulunmaması, müştekinin kendisine 3 defa NST yapıldığına dair beyanı karşısında, müştekinin hastanede gece saat 03:00 sıralarından doğumun gerçekleştiği 11:30 saatine kadar saat başı NST kontrolü yapılması gerektiği genel tıp uygulamalarında bilindiğine göre, sanıkların düzenli aralıklarla NST tetkiki yapmaması ve ÇKS'nin sayı olarak tespit edilmemesi dolayısıyla eylemlerinin tıp kurallarına aykırı olduğu anlaşıldığından; sanıkların eyleminin TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilerek, atılı suçtan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” Yarg. 12 CD, E. 2017/9921, K. 2018/2180, T. 27.02.2018; Yarg. 12 CD, E. 2016/12670, K. 2017/3105, T. 12.04.2017 (Erişim Tarihi :11/12/2023. www.legalbank.net)

²⁸⁸ Soyaslan, 2009: 335.

²⁸⁹ Madde 90/ (3) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra; a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

²⁹⁰ Ümit, 2017: 218.

müdahale ile bağlantılı veya tıbbi müdahaleden bağımsız olarak doktorların gerçekleştirebileceği birçok suç mevcut olup bu suçların her biri bağımsız bir tez çalışmasına konu olacağından biz burada kısaca bilgi vermekle yetindik. Detaylı bir çalışma mevcut tezin kapsamını aşacaktır.

3.3.2. İdari Sorumluluk

Doktorun disiplin sorumluluğu mevzuatta dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu durum hekimin çalıştığı kuruma bağlı olarak değişiklik arz etmektedir. Örneğin memur statüsünde çalışan doktorlar açısından disiplin sorumluluğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu²⁹¹, na göre belirlenmektedir. Yine 1216 sayılı kanunda da özel düzenlemeler mevcuttur. Üniversite hastanelerinde çalışan doktorlar açısından ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri uyarınca disiplin sorumluluğu belirlenecektir. Özel muayenehaneleri olan veya özel sağlık kuruluşlarında çalışan doktorlar açısından ise 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu hükümleri uyarınca disiplin sorumluluğu belirlenecektir.

Çalışma konumuz çocuk doktorlarının hukuki sorumluluğu olduğu için memur statüsünde olmayan doktorlar açısından disiplin sorumluluğu kısmını ele alacağız. Ayrıca disiplin sorumluluğu geniş bir konu ihtiva etmesi nedeniyle sadece çalışmamız açısından mukayeseye yarayacak kadar bilgi verilecektir.

Memur statüsünde olmayan özel sağlık kuruluşlarında veya serbest olarak çalışan çocuk doktorlarının disiplin sorumluluğu 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 59 hükmü uyarınca çıkarılan Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği²⁹² hükümleri uyarınca belirlenecektir. Yönetmeliğe göre çocuk doktorlarına verilebilecek disiplin cezaları şunlardır: uyarma²⁹³, para cezası²⁹⁴, geçici olarak meslekten alıkoyma²⁹⁵, oda bölgesinde çalışmanın

²⁹¹ 23.7.1965 Tarihli ve 12056 Sayılı R.G.

²⁹² 28.4.2004 Tarihli ve 25446 Sayılı R.G.

²⁹³ Uyarma Cezası Madde 3 - Uyarma (yazılı ihtar) cezası, hekime ve bu Yönetmelik kapsamındaki kişilere mesleğini uygularken ve/veya meslektaşları ile olan ilişkilerinde daha özenli tutum ve davranışlar içinde olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezası verilmesini gerektiren haller aşağıda gösterilmiştir:

a) Tabip odası veya Birlik organlarına seçilmiş olup da yasa ve yönetmeliklerin kendisine yüklediği görevleri yapmamak,
b) Tabip odasına kayıtlı olup da mesleki faaliyetinde ortaya çıkan değişiklikleri, değişiklik tarihinden itibaren 15 gün içinde bildirmemek,
c) Meslektaşlarına ve diğer sağlık meslek mensuplarına karşı küçük düşürücü davranışlarda bulunmak veya kötülemek,
d) Hasta üzerindeki mesleki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanmak,
e) Hasta haklarına saygı göstermemek,
f) Hasta kayıtlarını usulüne uygun olarak tutmamak,
g) Hekimlik mesleğine ilişkin hukuksal düzenlemelere aykırı olmakla birlikte aşağıda belirtilen diğer disiplin suçları arasında sayılmış haller dışında kalan, nitelik ve ağırlık itibarıyla diğer disiplin suçları arasına dahil edilemeyen bir eylemde bulunmak.

²⁹⁴ Para Cezası Madde 4 - Para cezası, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (b) bendinde belirtilen sınırlar dahilindeki paranın odaya ödenmesine dair verilecek cezadır.

Para cezasını gerektiren haller şunlardır:

- a) Resmi görevi dışında hekimlik faaliyetini yürüttüğü yerin bağlı bulunduğu odaya 30 gün içinde kayıt olmamak,
- b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak,
- c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak,
- d) Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari ürün veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek,
- e) El ilanları, tabelalar, basın ve benzeri yollarla meslektaşlararası haksız, tıp dışı rekabete yol açacak duyurular yapmak,
- f) Meslek uygulaması sırasında veya tabip odası ile ilişkilerinde herhangi bir şekilde haksız kazanç teminine yönelik davranışlarda bulunmak,
- g) Tıpta Uzmanlık Tüzüğüne göre alınmış bir uzmanlık belgesi olmadan herhangi bir biçimde uzmanmış gibi tanıtım yapmak,
- h) Bilimsel araştırmalar ve eğitime yönelik şeffaf kurumsal ilişkiler dışında, endüstri kuruluşları ile çıkar ilişkileri kurmak, Türk Tabipleri Birliği Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri'ne aykırı davranmak,
- i) Meslektaşlara maddi çıkar karşılığı muayene ve tedavi için hasta göndermek, kendisine hasta sağlaması için aracı kullanmak veya herhangi bir kişiye bu nedenle çıkar sağlamak, hastaları zorunlu durumlar dışında kendisine, yakınına veya ortağına ait özel sağlık kuruluşlarına yönlendirici tavır ve davranışlarda bulunmak,
- j) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış tabela ile ilgili kurallara uymamak,
- k) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış asgari ücret tarifeleri altında ücret almak,
- l) Türk Tabipleri Birliği Kanununun 5 inci maddesine uygun izin almadan çalışmak,
- m) Aidatını ve oda veya Birlik Genel Kurulu tarafından belirlenen ödentileri haklı gerekçe olmaksızın süresinde ödememek,
- n) Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 10 uncu maddesinde belirtilen görevi ilgili yıl sonuna kadar yerine getirmemek,
- o) Oda veya Birlik organlarına seçilmiş üyelerin görev yapmasını engelleyici davranışta bulunmak,
- p) Hasta sevkleri, rapor, reçete vb. belgelerde usulsüz uygulamalar yapmak, sevk belgelerine el koymak,
- r) Acil durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren girişimlerde bulunarak hastaya zarar vermek,
- s) Hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak,
- t) Sonuçta hastanın ölümüne, sakatlığına sebep olmayıp da sağlığının kısa süreli geçici bozulmasına yol açan tıbbi hata ve ihmalde bulunmak,
- u) Adli vakaların muayenesinde ve rapor tanziminde gerekli özeni göstermemek,
- v) Sorumlusu olduğu sağlık kuruluşunda hekimleri ve diğer personelini sağlık alanı ile ilgili görev ve yetki alanı dışında çalıştırmak

²⁹⁵ Geçici Olarak Meslekten Alıkoyma Cezası Madde 5 - Geçici olarak meslekten alıkoyma cezası, meslek uygulamasından 15 günden 6 aya kadar süreyle alıkonulmadır.

Meslekten geçici olarak alıkoyma cezası alanlar, bu süre dolmadan Türkiye'nin hiçbir yerinde özel sağlık kuruluşu açamaz ve resmi veya özel herhangi bir yerde mesleğini uygulayamaz.

Geçici olarak meslekten alıkoyma cezasını gerektiren haller şunlardır:

- a) Meslektaşlara, diğer sağlık meslek mensuplarına veya hastalara fiili saldırıda bulunmak,
- b) Meslektaşlara, diğer sağlık meslek mensuplarına veya hastalara cinsel tacizde bulunmak,
- c) Mesleğin uygulanması sırasında ve meslek sebebiyle öğrenilen hastalara ait sırları yasal zorunluluk dışında açıklamak,
- d) Birden fazla yerde muayenehane açmak veya çalıştırmak,
- e) Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'ne göre alınmış bir uzmanlık belgesi olmadan herhangi bir biçimde uzmanmış gibi davranmak veya tanıtım yapmak suretiyle meslek uygulamasında bulunmak,
- f) Kamu kurum ve kuruluşlarının dolandırılmasına yönelik eylemlerde bulunmak; bu amaca yönelik olarak sahte belge veya reçete düzenlemek, reçete ve belgeler üzerinde tahrifat yapmak,
- g) Gerçeğe uymayan rapor ve/veya belge vermek,
- h) Hasta kayıtlarında tahrifat yapmak,
- i) Bilimsel araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtmamak; çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adlarına yayında yer vermek, kaynak göstermeden veya izin almadan başkalarına ait verileri, olguları veya yazılı eserleri kullanmak ve benzeri suretle bilimsel yayınlarda yayının etiğine aykırı davranmak,
- j) Muayene ve tedavi sırasında hastaların cinsiyet, ırk, milliyet, etnik köken, din ve mezhep, ahlaki ve siyasi düşünce, kişilik, ekonomik ve sosyal durumuna göre ayrıcalıklı uygulama yapmak,

yasaklanması²⁹⁶. Yönetmelik m.7 hükmünde ayrıca disiplin cezasını gerektiren fiillerin benzerlerinin işlenmesi halinde de benzer fiile ilişkin cezanın verilebileceğini hüküm altına almıştır. Yönetmelik her ne kadar Türk Tabipler Birliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılmışsa da ilgili kanunda disiplin suçunu oluşturan fiil ve yaptırımlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple disiplin fiil ve cezalarının yönetmelikle düzenlenmesi hukuki güvenlik açısından sorunludur. Benzer şekilde yönetmelikte yer almayan ve fakat benzer olan fiiller de m. 7 hükmü ile cezalandırılmak suretiyle uygulamada keyfiliğin önü iyice açılmış olmaktadır. Bu sebeple memur statüsünde veya üniversite hastanelerinde çalışmayan doktorlar açısından disiplin sorumluluğunun güvenceye kavuşturulması gerekir. Bu noktada yönetmelikle getirilen düzenlemelerin TTBK'ya alınması sorunu çözecektir.

Doktorların disiplin soruşturması iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Buna göre ilk etapta disiplin soruşturması yapılır ve hazırlanan rapora göre disiplin kovuşturması açılır. Disiplin soruşturması Tabip Odası tarafından yürütülürken disiplin kovuşturması onur kurulu ve yüksek onur kurulu tarafından yürütülür. Disiplin soruşturmasında soruşturmaya dayanak fiil ve ekleri soruşturulan hekime tebliğ edilir ve savunmasını yapmak üzere en az on beş günlük süre tanınır. Bu uygulama Ceza Muhakemesi Kanunu'nun duruşma ile iddianamenin tebliği arasında olması gereken en az yedi günlük süre kuralının savunma lehine genişletilmesinin bir görünümüdür. Soruşturma sonucunda yönetim kurulu kovuşturma açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verir. Bu kararlara karşı onur kuruluna itiraz edilebilir. Disiplin kovuşturması sonucu ceza verilmesine veya verilmesine yer olmadığı

k) Kendisine başvuran veya çalıştığı kuruma gelen acil hastaların gerekli tıbbi tedavi veya girişimlerini başlatmamak, yapmamak ya da ilgili kuruluşlara sevkini geciktirmek veya yapmamak,

l) Hastalıkların tanı ve tedavisinde bilimselliği henüz kanıtlanmamış ya da bilim dışı yöntemleri uygulamak veya önermek,

m) Usulüne uygun olarak ruhsatlandırılmamış maddeleri ilaç olarak önermek,

n) İlgili hukuksal düzenlemelere aykırı olarak canlılar üzerinde deneyler yapmak, yapılmasına destek olmak,

o) İlgili hukuksal düzenlemelerdeki sınırlar haricinde gebeliği küretaj veya herhangi bir yöntem ile sonlandırmak veya usule aykırı organ nakline katılmak,

p) Meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya kalıcı zarar vermek,

r) Savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini yerine getirmek; savcılık ya da mahkeme istemi olsa dahi ilgilinin, veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı olmaksızın cinsel ilişki muayenesi yapmak,

s) Mesleki bilgi ve becerilerini insan onuruna ters düşecek amaçlarla kullanmak, işkence yapmak, işkenceye katılmak veya işkence olarak nitelendirilebilecek işlem ve davranışlarda bulunmak, işkence bulgularının tespitinde gerçeğe aykırı rapor düzenlemek,

t) Belirlenmiş tıbbi etik değerler ile Türk Tabipleri Birliği ve/veya Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından benimsenen uluslararası belgeler ve kurallar dışında davranışta bulunmak.

²⁹⁶ Oda Bölgesinde Çalışmanın Yasaklanması Madde 6 - Oda bölgesinde çalışmanın yasaklanması, bir oda bölgesinde üç defa meslek uygulamasından alıkoyma cezası alanların, meslek uygulamasından oda bölgesinde sürekli olarak alıkonulmasıdır.

Hekimlerden, oda bölgesinde üç defa meslek uygulamasından alıkoyma cezası almış olanların geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verilecek bir durumun tespitinde, oda bölgesinde çalışmaktan sürekli olarak alıkonulmalarına karar verilir.

Bu ceza Merkez Konseyi tarafından bütün tabip odalarına bildirilir.

kararlarına karşı da yüksek onur kuruluna itiraz edilebilir. Çalışma konumuzun dışına çıkmamak adına ceza ve idari sorumluluğuna detaya girilmeksizin bu kapsamda değinilmesi yeterli görülmektedir.



SONUÇ

Çocuklara ilişkin tıbbi uygulama hatalarında artış olması çocuk doktorlarının daha özenli davranması gerektiğini gösterdiği kadar bu konudaki düzenlemelerin de gözden geçirilmesinin gerektiğini de göstermektedir. Tıp ve hukuk bilimi tam bir işbirliği ile çocuk hukukunda boşluk bırakmayacak şekilde tanımlama ve sınırlama yapmadıkça çocuk doktorlarının sorumluluğu bakımından da kesin olmayan alanlar varlığı devam ettirecektir. Disiplinler arası bir dal olan tıp hukukunun, *çocuk* söz konusu olduğunda; tıp, hukuk, psikoloji, sosyoloji, teknoloji verileri ile donatılması zorunludur. Zira kişinin değerleri, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün hukuki koruma kalkanı; savunmasız ve bakıma muhtaç çocuklar için daha güçlü olmak zorundadır.

Mevcut mevzuatta, çocuğun ayırt etme gücünün bulunması halinde, doktorun doğrudan çocuğun iradesi ile hareket imkânı bulunmamaktadır. Kanun koyucu çocuğun sürece dâhil edilmesini düzenlerken, esasında tersten bir yorumla, çocuğun tedavi sürecinde yalnızca dışlanmamasını kabul etmektedir. Oysa çocuk doktorlarını tereddütte bırakmayacak şekilde bir düzenleme yapılarak, ayırt etme gücü bulunan çocuklar bakımından, kendi kaderini kendi belirleme adına çocukların iradelerini geçerli kılmak ve fakat çocuğun iradesinin yeterli olup olmadığı konusunda takdiri tümüyle doktora bırakmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çocuk doktorlarının uygulamada yaşadığı sorunların ve endişelerin ancak açık düzenlemeler yoluyla giderilebileceği unutulmamalıdır.

Uygulamada çocuk doktorlarının kusur nedenlerinin genel olarak eksik muayene ve özensiz takip olduğu görülmektedir. Çocuk doktorlarının sorumluluk esaslarına bakıldığında karşısında tek hasta yerine, hasta çocuk ve velisi olduğundan, öykü alırken, aydınlatma yaparken ve rıza aşamasında diğer dallara göre daha dikkatli ve özenli davranması gerekmektedir. Doktor ile hasta arasındaki iletişim ne kadar güçlü olursa teşhis ve tedavinin de o kadar başarılı sonuçlanacağı bir gerçektir. İyi iletişim, hukuken, hastanın öyküsünün eksiksiz alınması, tüm şartlar ve ihtimaller bakımından en uygun şekilde aydınlatılması ve geçerli rızasının alınması ile sağlanabilecektir. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesinin çocuk doktorları bakımından daha fazla dikkat ve özen istediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tarih boyunca doktorun otorite, hastanın ise zayıf olduğu kabulünden bugün geline noktada her iki tarafın da özerk kabul edildiği anlayışa varılmış olması her iki taraf için de yerinde bir sonuçtur. Çocuk doktorlarının mesleğini, sınırları belirlenmiş, boşluğu bulunmayan bir hukuk zemininde, tereddüt duymadan, tıbbi verilere ve deontolojiye uygun

şekilde yapabilmesi gerek tıp bilimi, gerek doktorların hukuki sorumlulukları, gerekse hasta çocuk haklarının gerçekleştirilmesi adına önemlidir. Bu doğrultuda uygulamada, çocuğun tıbbi müdahaleye rızası bakımından açık bir düzenleme ihtiyacı bulunduğu kanaatindeyiz. Ülkemizde, yargı çalışanlarının ve doktorların yoğun iş gücü, zaman zaman çözümsüzlük, bürokrasi sebebiyle gecikme, doktorlar bakımından çalışma motivasyonunun düşmesi gibi istenmeyen sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçların tüm disiplinler tarafından dikkatle incelenmesi gerekliliği yanında, hukuk tarafında ise kanun koyucunun boşluksuz ve alternatif çözümler içeren düzenlemeler yapması bizce zorunludur. Tıp hukukundan doğan ihtilaflarda, doktorların hukuki sorumluluğunun belirlenmesi özelinde, Yargıtay'ın çok sayıda kararındaki gibi bilirkişi raporlarının dahi çok kez yetmediği ve yargılamanın eksik inceleme sebebiyle daha da uzadığı görülmektedir. Bu sorununu çözümü olarak özel tıp mahkemelerinin kurulması, ticari ve tüketim ruhu taşıyan Tüketici Kanununa tabi olmak yerine kendi yapısına yakın bu özel mahkemelerde muhakeme edilmesi bizce gereklidir.

Çocukların sağlık verilerinin ifşa olması, onların eğitim, çalışma, evlilik hayatları da dâhil olmak üzere tüm ömürlerini fiziksel, psikolojik ve sosyolojik olarak etkileyecektir. Bu sebeptendir ki hukukumuzda sağlık verileri hassas veriler olarak daha güçlü bir koruma altındadır. Çocuk doktorlarının çocuklara ait sağlık verileri bakımından son derece titiz davranması, şartları oluştuğunda bu verileri ana babaya karşı dahi koruması ve bu yönde tüm tedbirleri alması gerekmektedir. Son dönemlerde yaygın olarak görülen çocuk doktorlarının sosyal medya paylaşımlarında, hastalarının bilhassa sağlık verileri olmak üzere hiçbir kişisel verisini ana babanın ve bizce şartları uygun ise çocuğun da onayı olmaksızın paylaşmaması gerekmektedir. Çocuk hastanın mahremiyeti esastır, zira bu veriler bir hayatın şekillenmesine sebep olacaktır. Kişinin korunmaya, çocuğun çok daha korunmaya, daha savunmasız hasta bir çocuğun ise en güçlü şekilde korunmaya muhtaç olduğu ne tıpçılar ne de hukukçular tarafından unutulmamalıdır.

Hastanın her zararından doktorun sorumlu olmadığı unutulmamalıdır. Zarara neden olmamak için beklenen tüm özeni gösteren doktor, zarar doğsa dahi bundan sorumlu olmayacaktır. Aksi kabulde, komplikasyon gibi bilimsel kabuller reddedilmiş ve doktorların mesleğini icra etmesinin önünde engel yaratılmış olacaktır. Diğerlerine nazaran daha geç oluşmuş bir uzmanlık olan çocuk sağlığı ve hastalığı uzmanlığının, çocuk üzerindeki bilimsel çalışmalar ile görüş değiştirmesi, farklı yaklaşımlar sunan doktorların olması, veliler nezdinde farklı yorumlanabilmekte, doktora karşı ön yargı geliştirmektedir. Aynı şekilde evhamlı veli tavırları da doktor nezdinde öykü alırken bir önyargı oluşturabilmektedir. Bazen kendini ifade dahi edemeyen hasta çocuk, doğal olarak doktoru öykü almada yalnızca hastası adına konuşan

veliye mahkûm etmektedir. Bahsedilen tüm bu önyargılar, velayete dayanan temsil gibi etmenler doğrudan doktor hasta iletişiminin zayıflığına, bu da tedavinin eksik veya yanlış sonuçlanmasına sebep olabilmektedir. Çocuk doktorları, hastasına ve/veya veliye, somut olaya uygun doğru bir aydınlatma sonrası alınan rıza üzerine tıbbi gereklilikleri tam ve özenli şekilde uygulaması halinde, bir zarar doğsa dahi bu zararda ancak varsa kusuru oranında hukuken sorumlu olabilecektir. Diğer uzman doktorluklardan farklı olarak, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı doktorun, çocuk hukukunu da gözetmesi gerekliliğini unutmamalıdır. Bunun yanında, hastasının çocuk olmasını, doktorun omuzlarına adeta ek bir hukuki külfet olarak yüklemek yerine detaylı, disiplinler arası olarak çalışılarak şüphe bırakmayan düzenlemeler yapılmasının gerektiği kanaate varılmıştır.



KAYNAKÇA

- Abik, Y. (2005). “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(3), Ankara.
- Akbulut, B. (2013) “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, *MÜHFAD*, 19/2, 541-586 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan).
- Akyüz, E. (2020). *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Pegem Yayıncılık, Ankara.
- Alkan, A., Özyıldız, K. H. (2021). Sağlık Hizmeti Sunumunda Çocuk Hastalarla İletişim. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 24(2), 415-434.
- Arat, A. (2006). “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2): 225-238.
- Arslan, F. (2020) “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), 400-422.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*. Tekışık Matbaası, Ankara.
- Ateş, U.ve Ergün, E. ve Göllü, G. ve Türedi, B. ve Bahadır, K. ve Çakmak, A.M. (2017) ‘Robotik Cerrahinin Ülkemizde Yaygınlaşma Süreci ve Önündeki Engeller’, *Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi*, 2017/4, 248-253.
- Atladı, R.B. (2008). “Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı”. *Güncel Hukuk Dergisi*, (2), 38-40.
- Ayan, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara.
- Başpınar, V. (2004). *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Bozbayındır, A.E. (2018). *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Camız, R. (2023) *Sağlık Turizminden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri.
- Çağlar, Ö. Ve Özcan, B. (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*, 10(1), 50-73.
- Çakal, A. (2018). *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Seçkin Yayıncılık, Antalya.

- Çalışkan, M.K. (2014). “*Sünnet Derisinin Yaşamın İlk Yıllarındaki Histolojik Değişiminin Değerlendirilmesi*”. Tıpta Uzmanlık Tezi, Mersin.
- Çilingiroğlu, C. (1993). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Dayan, K. (2021). “*Pediatric Hekimlerinde Malpraktis Kaygısının Değerlendirilmesi*”. Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Tıpta Uzmanlık Tezi, İstanbul.
- Dede, E. (2017). *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Demir, M. (2009). “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”. in. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, 2.Bs, Ankara Barosu Yayınları, 153-170.
- Demirbaş, T. (2022). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Deniz, İ. (2021). *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Deryal, Y. (2007). “Çocuk Hastaların Hakları”, *IV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı Özel Sayı*, 8-9.
- Doğan, C. (2016). “Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri”, *ERÜHFD*, XI(2).
- Doğan, C. ve Hakeri, H. ve Korkusuz, M. R. (2021). 6698 Sayılı Kanun Kapsamında Kişisel Sağlık Verileri, ss 441-446, *V. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı*, Adalet Yayınevi, 1. Bs, Ankara.
- Doğramacı, Y. G. (2017) Çocuğun Hakları: Tıbbi Uygulamaya Rıza, *İstanbul Barosu Dergisi, Çocuk Hakları 23 Nisan Özel Yayını*, 184-198.
- Dönmez, Z. (2018). Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkisine Yönelik Bir Değerlendirme, *TAAD*, 9(36), 171-195.
- Dülger, İ. (2008). Genital Muayene Suçu, *V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. 28 Şubat- 1 Mart 2008, ss 1259-1283. Ankara.
- Dülger, M.V. (2014) “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1(2), İstanbul.
- Dülger, M. V. (2019). Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması. *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 71-174.
- Er, A., Topaç, Ö., Kaygusuz, S. (2021) *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, 1. Bs., Ankara.
- Erman, B. (2003). *Ceza Hukuku'nda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Bs, Ankara.
- Ersöz, A. K. (2010). “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(45), 105-122.

- Gökcan, H. T. (2009). “Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması, in. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, 2.Bs, Ankara Barosu Yayınları, 321-328.
- Hakeri, H. (2021a). Çocukların Sağlık Hakkı, ss 110-135, *İstanbul Barosu Dergisi Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını*, İstanbul.
- Hakeri, H. (2021). *Tıp Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, H. (2022). *Tıp Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hancı, H. (2002). *Malpraktis, Tıbbi Girişim Nedenleri, Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Heinrich, B. (2015). *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, Çev. Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Hilgendorf, E. (2021). *Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Hilgendorf, E. ve Valerius, B. (2021). *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- İçel, K. (1967). *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Cezaevi Matbaası, İstanbul.
- İmamoğlu, S. H. (2005). “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, *AÜHFD*, 54(2), 183-218.
- Kalaycı, M.B. (2019). *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Kantarıcı, N. (2016). *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kantarıcı, N. (2017) “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, *CHD*, 12(33), 151-177.
- Kaplan, M. (2023). “Binalarda Kolon Kesme Eylemlerinin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 18(204), 19-31,
- Kaplan, M. (2023a). “Ceza Hukukunda Özel Genel Norm İlişkisinin Tespiti”, *CHD*, 18(53), 487-524.
- Karakehya, H. (2010). *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Karataş, E., (2022). *Hekimin Mesleki Özerkliği*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Karma, S. (2022). *Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi*, 1. Bs., Adalet Yayınevi.

- Kaya, M.: (2012). “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, (100), 46-82.
- Koca, M., Üzülmüş, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6.Bs., Adalet Yayınevi, Ankara.
- Koçak Diker, D. (2023). “Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, *İNÜHFD*, 14(1), 218-231.
- Kök, A. N. (2015). “Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı? ”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, ss. 605–616.
- Kılıçoğlu, M. A. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Yayınları, 14. Bs. Ankara.
- Kurt Konca, N. ve Badur, E. (2023). Avukatın Müvekkilinin Kişisel Sağlık Verilerine Erişimine İlişkin Değerlendirmeler: *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31(1), 193-228.
- Kurt, E. (2016). “Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukukî Sonuçları”, *İKÜHFD*, 15(2), 121-187.
- Mattheis, R., Çev. Hakeri, H. (2004). Hukukçu ve Tıpçıların Konuşmaları, ss 39-41, in. *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Oğuz, F. (2018). “Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluk”, ss 145-180. İn. Ed. Sert Sütçü, S. *Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar*. Seçkin Yayıncılık, 1. Bs. Ankara.
- Oğuzman, M K. ve Barlas, N. (2008). *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 15. Bs. İstanbul,
- Oğuzman, M K. ve Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2010). *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul,
- Okuyazı, S., Direkii, M., Ögenleriii, O., Derici Yıldırımiv, D., (2019). Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Doktorlarının Empati Becerisi Üzerine Bir Pilot Çalışma, *Lokman Hekim Dergisi*; 9(2), 228-235.
- Ozansü, M. C. (2007). *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özbek, V.Ö. ve Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13.Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Öztürk Ertem, İ. (2008). “Gelişimsel Pediatri” *Çocuk Dergisi*, 8(4), 212-216.
- Özcan, S. (2016). “Hekimin Öldürme ve Yaralama suçlarından Sorumluluğu” *KadHHFD*, 4(2), 45-66.

- Özcan, Z., Özcanoglu A. B., (2020) Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(16), 289-315
- Özdemir, H. (2012). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul, ss 295-311, (Yay.Haz. İstanbul Barosu), İstanbul,
- Özdemir, H. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X1(1).
- Özdemir, H. ve Sert Sütçü, S. ve Doğan, M. ve Akipek Öcal, Ş. ve Öz, M. T. ve Ceylan, E. ve Şenocak, K. ve Cumalıoğlu, E. (2023). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17 Bs, Seçkin, Yayıncılık. Ankara.
- Özkaya, N. ve Yılmaz, R. ve Özkaya, H. ve Can, M. Ve Pakiş, I. ve Yıldırım A.ve Elmas, İ. (2011). Tıbbi uygulama hatası iddiası ile Adli Tıp Kurumu'na gönderilen 0-18 yaş grubu olguların değerlendirilmesi, *Türk Pediatri Arşivi Dergisi*, *Galenos Yayınevi*, 46, 151-158.
- Özlü, T. (2009). Hasta Hekim İlişkisi, in. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasın 2007, 2.Bs, *Ankara Barosu Yayınları*, ss 65-70.
- Öztürk, S.A. ve Özorak, A. (2018). Sünnetin Cinsel Fonksiyonlar Üzerine Etkisi, *Pamukkale Tıp Dergisi*, 11(3): 371-376.
- Parlak Börü, Ş. (2019). “Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 758-775
- Rosenau, H., (2006). Çev. Ali Kemal YILDIZ, Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza, II. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, III(2).
- Savaş, H. (2012). “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul, ss 259-293, 10-17 Eylül 2011, (Yay. Haz. İstanbul Barosu), İstanbul.
- Serozan, R. (2005). *Çocuk Hukuku*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Sert Sütçü, S. (2021). “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması”, H. Özcan ve M. Başar ve D. Ormanoğlu ve F. Kayış (Ed.), *Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, ss 193-203. Adalet Yayınevi, Ankara,
- Sert, G. (2020). *Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş*, 1.Bs. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sert, S. (2016). “İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi”, *TBB Dergisi*, (116), 275-292.

- Soyaslan, D. (2009). “Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu”, in. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasın 2007, 2.Bs, *Ankara Barosu Yayınları*, ss 329-346, Ankara.
- Şahin, B., Alçalı, Ö. (2020). “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 11(41), 483-510.
- Şanlı, C., Esen E., Ataman Figanmeşe İ. (2013). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bs. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Şenocak, Z. (1998). “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları* No:529-44, Ankara.
- Şenocak, Z. (2001). “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *AÜHFD*, 50(4): 65-80.
- Şenocak, Z. (2009). *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*. Turhan Kitapevi, Ankara.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2022). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Topuz, S. (2008). “Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *EÜHFD*, III(1), 293-313.
- Turhan, E.N., (2020). “Alman ve Türk Mahkeme Kararları Ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı” *AHBVHFD*, XXIV(3), 447-500.
- Uçar, A. ve İlhan İ. (2019). “Büyük Verinin Sağlık Hizmetlerinde Kullanımında Epistemolojik ve Etik Sorunlar”. *Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi*, 2(2), 80-92.
- Ümit, C. (2017). “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”. *TAAD*, 8(32), 197-247.
- Ünsal, H. İ. (2020). *Aile Sağlığı Merkezlerine Başvuran Ebeveynlerde Çocukluk Çağı Aşı Reddi Nedenleri*, Tıpta Uzmanlık Tezi, Diyarbakır.
- Üstün Ç, Demirci Güngördü N, Özçiftçi S. (2019). Çocuk hekimliği Tarihine İlişkin Eski Bir Kitap İncelemesi ve Dr. Sezai Bedrettin Tümay. *Türk Pediatri Arşivi*, 54(4), 213-219.
- Üzülmez, İ. (2009). “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *ErcÜHFD*, IV(2), 25-42.
- Yavuz İpekyüz, F. (2006). *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Yavuz İpekyüz, F. (2015). Hekimin Tazminat Sorumluluğu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(33).
- Yılmaz, S.S. (2021). *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yücel, Ö. (2018). *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

İnternet Kaynakları

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://legalbank.net/belge>

www.yok.gov.tr/Documents/Yayinlar/Yayinlarimiz/Yuksekogretim_tanima_ve_denklik_el_kitabi.pdf



EK 1- Tıpta Uzmanlık Ek Çizelge

EK-1 ⁽¹⁾

Tıpta Uzmanlık Ana Dalları ve Eğitim Sürelerine Dair Çizelge

Ana Dallar	Eğitim Süreleri	
1- Acil Tıp	4 yıl	İç Hastalıkları uzmanları için 2 yıl Genel Cerrahi uzmanları için 2 yıl
2- Adli Tıp	4 yıl	Patoloji uzmanları için 2 yıl
3- Ağız, Yüz ve Çene Cerrahisi	5 yıl	Kulak-Burun-Bogaz Hastalıkları uzmanları için 2 yıl Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi uzmanları için 2 yıl
4- Aile Hekimliği	5 yıl	
5- Anatomi	5 yıl	
6- Anesteziyoloji ve Reanimasyon	4 yıl	
7- Askeri Sağlık Hizmetleri *	5 yıl	
8- Beyin ve Sinir Cerrahisi	5 yıl	
9- Çocuk Cerrahisi	5 yıl	
10- Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	4 yıl	
11- Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları	4 yıl	Ruh Sağlığı ve Hastalıkları uzmanları için 2 yıl
12- Deri ve Zührevi Hastalıkları	4 yıl	
13- Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji	5 yıl	Tıbbi Mikrobiyoloji uzmanı tabipler için 3 yıl
14- Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon	4 yıl	
15- Fizyoloji	3 yıl	
16- Genel Cerrahi	5 yıl	
17- Göğüs Cerrahisi	5 yıl	Kalp ve Damar Cerrahisi uzmanları için 2 yıl Genel Cerrahi uzmanları için 3 yıl
18- Göğüs Hastalıkları	4 yıl	İç Hastalıkları uzmanları için 2 yıl
19- Göz Hastalıkları	4 yıl	
20- Halk Sağlığı	4 yıl	
21- Hava ve Uzay Hekimliği	5 yıl	
22- Histoloji ve Embriyoloji	5 yıl	
23- İç Hastalıkları	4 yıl	
24- Kadın Hastalıkları ve Doğum	4 yıl	

(1) Bu çizelge 6/4/2011 tarihli ve 6225 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin hükmüdür.

EK 2- Tıpta Uzmanlık Süreler Ek Çizelge

EK-3 ⁽¹⁾

Tıpta Uzmanlık Yan Dallar, Bağlı Ana Dallar ve Eğitim Sürelerine Dair Çizelge

Yan Dallar	Bağlı Ana Dallar	Eğitim Süreleri
1- Algoloji	Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Nöroloji Anesteziyoloji ve Reanimasyon	2 yıl 2 yıl 2 yıl
2- Askeri Psikiyatri *	Ruh Sağlığı ve Hastalıkları	2 yıl
3- Cerrahi Onkoloji	Genel Cerrahi	2 yıl
4- Çevre Sağlığı	Halk Sağlığı	2 yıl
5- Çocuk Acil	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
6- Çocuk Endokrinolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
7- Çocuk Enfeksiyon Hastalıkları	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
8- Çocuk Gastroenterolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
9- Çocuk Genetik Hastalıkları	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
10- Çocuk Göğüs Hastalıkları	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
11- Çocuk Hematolojisi ve Onkolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
12- Çocuk İmmünolojisi ve Alerji Hastalıkları	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
13- Çocuk Kalp ve Damar Cerrahisi	Kalp ve Damar Cerrahisi	2 yıl
14- Çocuk Kardiyolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
15- Çocuk Metabolizma Hastalıkları	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
16- Çocuk Nefrolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
17- Çocuk Nörolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
18- Çocuk Radyolojisi	Radyoloji	2 yıl
19- Çocuk Romatolojisi	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
20- Çocuk Ürolojisi	Üroloji Çocuk Cerrahisi	3 yıl 3 yıl

(1) Bu çizelge 6/4/2011 tarihli ve 6225 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin hükmüdür.

21- Çocuk Yoğun Bakım	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	3 yıl
-----------------------	-------------------------------	-------

EK 3- Açık Onam Formu

I	EK-1 GÖRSEL İÇERİK KAYDETME VE İŞLEME ONAM FORMU
Şahsıma ait fotoğraf ve/veya video çekimlerinin yapılmasına ve çekimler sırasında ortaya çıkacak görsel içeriklerimin sağlık hizmetlerinde tanıtım ve bilgilendirme çerçevesinde adı geçen sağlık tesisi/sağlık meslek mensubu tarafından işlenmesine, paylaşılmasına ve kullanılmasına kimliğimin gizli tutulması şartı ile açık rızam olduğunu ve işbu metni okuyup anladığımı kabul ediyorum.	
Onamı Veren/Yasal Temsilcisi	
Adı Soyadı: T.C. Kimlik No: Tarih: İmza:	
Onamı Alan Sağlık Tesisi: Uygulayıcı Hekimin Adı Soyadı: Görevi/Unvanı: T.C. Kimlik No: Tarih: İmza:	
Açıklamalar	
• Hasta istediği zaman verdiği bu onamı (rızayı) geri çekme hakkına sahiptir. • Bu onam formu, görsel verilerin işlenmesi, paylaşılması ve kullanılmasına yönelik olup, tedavi sürecine etkisi yoktur. • Her cerrahi veya girişimsel işlem risk taşır. Sonuçlar kişiden kişiye değişiklik gösterebilir. Her vakada aynı sonuç elde edilemeyebilir. Erken dönem sonuçları yanıtıcı olabilir, görseldeki sonuç zamanla değişebilir. İşlem öncesinde hastanın uygulayıcı hekim tarafından bilgilendirilmesi zorunludur.	

EK 4- Taahhütname

EK-3 TAAHHÜTNAME

Topluma yönelik olarak radyo ve televizyonlarda yapacağım bilgilendirmelerde, halkın sağlığını koruma amacı ve mesleğimin gerektirdiği sorumluluk bilinci içerisinde;

- Kanunlara, genel ahlaka, tıbbi deontoloji ve sağlık meslekleri etik kurallarına uyacağımı,
- Dürüstlük ve tarafsızlık, saygınlık ve güven, nezaket ve saygı gibi temel etik ilkelerine uygun davranacağımı,
- Bilgilendirmelerimde, kendi uzmanlık/mesleki alanım sınırları içinde kalacağımı,
- Belirli bir hasta veya hastaların teşhis ve tedavisine yönelik olarak bilgilendirme yapmayacağımı,]
- Kişileri yanıltacak, yanlış yönlendirecek ve paniğe sevk edecek şekilde konuşmayacağımı,
- Kişilerin, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar edecek şekilde veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenim oluşturmayacağımı,
- Doğruluğu bilimsel ve klinik olarak kanıtlanmamış veya mevzuatla tıbbi işlem olarak tanımlanıp düzenlenmemiş tedavi ve yöntemler hakkında; bu yöntemlerin hastalıkları tedavi ettiği veya tedaviye yardımcı olduğuna dair bilgilendirme yapmayacağımı,
- Hastaların hekim veya sağlık kuruluşunu seçme hakkını ihlal edecek şekilde ve belirli bir kişi veya belirli bir sağlık kuruluşlarına yönlendirmeyeceğimi,
- Sağlık hizmetlerinin sonuçlarını garanti eden ve kesinlik vaat edecek şekilde konuşmayacağımı,
- Bilimsel yayınlardan yapılan alıntılar ve bilimsel terimleri yanıltıcı biçimde kullanmayacağımı,
- Sağlık kuruluşları ve sağlık meslek mensuplarına yönelik şiddete sevk edici, aşağılayıcı ve alay edici ifadeler kullanmayacağımı,
- Yürürlükteki mevzuata göre ülkemizde uygulanması yasaklanmış olan tıbbi işlemlere yönelik bilgilendirme yapmayacağımı,

Beyan ve taahhüt ederim.

Adı Soyadı:

Görevi/Unvanı:

T. C. Kimlik No:

Diploma No:

Tarih:

İmza:

EK 5- Tıbbi Uygulama Hatası İddiası Bulunan Toplam 380 Doktorun Branşlarına Göre Dağılımı²⁹⁷

Tablo 3. Tıbbi uygulama hatası iddiası olan hekimlerin uzmanlık dallarına göre dağılımı		
	Toplam	% *
Çocuk hastalıkları uzmanı	97	25,53
Kadın-doğum uzmanı	75	19,74
Pratisyen doktor	70	18,42
Ortopedi uzmanı	33	8,68
Genel Cerrahi uzmanı	23	6,05
Anestezi uzmanı	16	4,21
KBB uzmanı	11	2,90
Beyin Cerrahi uzmanı	11	2,90
Göz Hastalıkları uzmanı	9	2,37
Kardiyoloji uzmanı	8	2,11
Radyoloji uzmanı	7	1,84
Çocuk Cerrahi uzmanı	5	1,31
Kalp-Damar Cerrahi uzmanı	5	1,31
Dahiliye uzmanı	4	1,05
Üroloji uzmanı	4	1,05
Plastik Cerrahi uzmanı	2	0,53
Toplam	380	100

²⁹⁷ Özkaya vd., 2011; 154.

EK 6- 0-18 Yaş Grubu Çocuklara Yapılan ve Kusurlu Olup Olmadıkları Yönünden Değerlendirilen Olguların Uzmanlık Dallarına ve Kusur Durumuna Göre Dağılımı²⁹⁸

Tablo 4. Olgularda tıbbi uygulama hatası tespit edilen doktorların kusurluluk dağılımı					
	Kusurlu	Kusursuz	Belirtilmeyen	Toplam	% *
Çocuk hastalıkları uzmanı	21 (%21,6)	61 (%62,9)	15 (%15,5)	97 (%100)	21,13
Kadın-doğum uzmanı	14 (%18,7)	51 (%68,0)	10 (%13,3)	75 (%100)	16,34
Pratisyen doktor	13 (%18,6)	45 (%64,3)	12 (%17,1)	70 (%100)	15,25
Hemşire-ebe	14(%21,9)	40 (%62,5)	10 (%15,6)	64 (%100)	13,94
Ortopedi uzmanı	13 (%39,4)	15(%45,5)	5 (%15,2)	33 (%100)	7,19
Genel cerrahi uzmanı	5 (%21,7)	14 (%60,9)	4 (%17,4)	23 (%100)	5,01
Anestezi uzmanı	4 (%25)	12 (%75,0)	-	16 (%100)	3,49
KBB uzmanı	4 (%36,4)	6 (%54,5)	1 (%9,1)	11 (%100)	2,40
Beyin cerrahi uzmanı	3 (%27,3)	6 (%54,5)	2 (%18,2)	11 (%100)	2,40
Diş hekimi	3 (%27,8)	7 (%63,6)	1 (%9,1)	11 (%100)	2,40
Göz hastalıkları uzmanı	-	9 (%100)	-	9 (%100)	1,96
Kardiyoloji uzmanı	1 (%12,56)	4 (%50,0)	3 (%37,5)	8 (%100)	1,74
Radyoloji uzmanı	1 (%14,3)	5 (%71,4)	1 (%14,3)	7 (%100)	1,53
Çocuk cerrahi uzmanı	4 (%80)	1 (%20,0)	-	5 (%100)	1,09
Kalp-damar cerrahi uzmanı	1 (%20)	3 (%60)	1 (%20)	5 (%100)	1,09
Doğum ekibi	3 (%75)	1 (%25)	-	4 (%100)	0,87
Dahiliye uzmanı	2 (%50)	1 (%25)	1 (%25)	4 (%100)	0,87
Üroloji uzmanı	1 (%25)	3 (%75)	-	4 (%100)	0,87
Plastik cerrahi uzmanı	1 (%50)	-	1 (%50)	2 (%100)	0,44
TOPLAM				459	100*

*Oran toplam 459 olgu üzerinden hesaplanmıştır

²⁹⁸ Özkaya vd., 2011: 155.

EK 7²⁹⁹ Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanlarından Kusurlu Bulunan Toplam 21 Olgu Üzerinden Kusur Nedenleri

Tablo 5. Çocuk doktorlarının kusur nedenlerine göre dağılımı	
Kusur Nedeni*	Kusurlu**
Takipte özen eksikliği/yetersizliği	3
Eksik muayene/ özensiz muayene	2
Konsültasyon istememek	5
Gereken sağlık kurumuna sevk etmemek	3
Gerekli tetkikleri yapmamak/gerekli grafileri istememek	1
Yatması gereken hastayı yatırmayıp evine göndermek	4
Doğru teşhis koymamak/ doğru tedavi vermemek	1
Çağırına zamanında uymamak	1
Meslekte acemilik/yetersizlik	1
TOPLAM	21***

*Bilirkişi görüşünde geçen kusur nedenleri dikkate alınmıştır

**Aynı nedenden dolayı değerlendirilip kusurlu bulunma oranı verilmiştir

***Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları uzmanı kusur durumu değerlendirilen toplam 97 olgu üzerinden kusurlu bulunma yüzdesi verilmiştir

²⁹⁹ Özkaya vd., 2011: 156.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Zeynep ZORER KAPLAN
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Beykoz Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	İstanbul Barosu Doğru Hukuk Bürosu Gülel Hukuk Bürosu
Çalıştığı Kurumlar	Doğru Hukuk Bürosu Gülel Hukuk Bürosu Zorer Hukuk Bürosu Zan Hukuk Bürosu