

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNDEN
DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

ÖZTÜRK AYDIN

2501110327

DANIŞMAN

DOÇ. DR. BURCU KALKAN OĞUZTÜRK

İSTANBUL, 2013



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : ÖZTÜRK AYDIN

Numarası : 2501110327

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : DOÇ.DR. BURCU KALKAN OĞUZTÜRK

Tez Savunma Tarihi : 31.07.2013

Tez Savunma Saati : 13:00

Tez Başlığı : ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNDE DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR. HÜSEYİN HATEMİ		Kabul
2. PROF.DR. M.TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
3. DOÇ.DR.BURCU KALKAN OĞUZTÜRK		Kabul
4. DOÇ.DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
5. YRD.DOÇ.DR.AYÇA AKKAYAN YILDIRIM	—	—

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ.DR. FARUK ACAR		Kabul
2-YRD.DOÇ.DR.ÖZLEM KARLI	—	—

ÖZ

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

ÖZTÜRK AYDIN

Üreme hakkı, yaşam hakkı kapsamında kişiliğini özgürce geliştirme hakkının bir parçasıdır. Kişinin kiminle, nerede ve nasıl üreyip üremeyeceği üreme hakkını belirler. Biyoteknolojik gelişmeler sayesinde doğal yollardan çocuk sahibi olamayan evli eşlerin üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olabilmesi mümkündür. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri yapay dölleme, embriyo nakli, sperm ve yumurta bağışını kapsayan bir üst başlıktır. Ülkemizde, yapay dölleme türlerinden homolog dölleme yoluyla tüpte oluşan embriyonun anne rahmine nakli yasal olarak düzenlenmiştir. Tüpteki embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi ve özellikle artan embriyolardan kök hücre elde edilip edilemeyeceği de güncelliğini koruyan bir konudur. Çalışmamızda bu işlemlerin hukuka uygunluğunu ve bu işlemleri gerçekleştiren merkezlerin ve hekimlerin hukuki sorumluluğunu ele alacağız. Bu kapsamda, üreme merkezlerine başvuran eşlerin kişilik hakları kapsamında vücut bütünlüğünün korunması, yaşam hakkı, üreme hakkı ve mahremiyet hakkının ihlali halinde oluşan maddi ve manevi zararlarını üreme merkezleri veya hekimlere yönelik açacakları tazminat davası ile talep edebileceklerini inceleyeceğiz. Ayrıca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri yoluyla doğan çocukların özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ve heterolog dölleme yoluyla dünyaya gelmesi halinde soybağını bilme hakkının ihlali nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararlarını sözleşmesel veya haksız fiil ilişkisine dayanarak talep edebileceklerini aktaracağız.

Anahtar kelimeler: Üreme hakkı, embriyo, yapay dölleme, üreme merkezleri, hekim, kişilik hakları.

ABSTRACT

LEGAL LIABILITY ARISING FROM ASSISTED REPRODUCTION TREATMENT METHODS

Reproductive right is a part of the scope of the right to the free development of the personality through the right to life. where, with whom and how the person reproduces determine the reproduction right. Thanks to advances in biotech, married spouses who can not have children by natural means, get possible to be a parent through assisted reproduction treatment methods. assisted reproduction treatment methods are the top of the header consisted of artificial insemination methods of, embryo transfer, sperm and egg donation. In our country, through homologous types of artificial insemination and in vitro fertilization, that the embryo is transplanted mother's womb is legally regulated. Determine the legal status of the embryo in the tube, and in particular whether it is increasing the timeliness of obtaining stem cells from embryos that protects the issue. In our study, the legality of these transactions and that legal liability of centers and physicians performs these operations will be considered. In this context, the protection of the integrity of the body within the scope of individual rights of spouses admitted to reproductive centers, the right to life, the right to privacy and the right to reproductive material and moral damages in case of infringement of breeding centers, or they can claim with a claim for compensation for physicians examine openers. In addition, the world of disabled children born through assisted reproduction treatment in the event of a violation of the integrity of the body and the world through heterologous fertilization, paternity, in the event of a violation of the right to know the material and moral damages on the basis of a contractual relationship with or may demand tort transfer.

Keywords: reproductive rights , embriyo, artificial insemination, assisted reproduction treatment centers , contractual and tort liability of doctor, personal rights.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada üremeye yardımcı tedavilerden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararların hangi hukuki sebeplerle tazmin edilebileceği incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri etrafında şekillenen ve güncelliğini koruyan biyoetik ve hukuki sorunlar da ele alınmıştır. Bu alanda henüz bir çalışmanın bulunmaması şüphesiz bu tezi daha farklı bir konuma yerleştirmektedir.

Tez çalışmamda danışmanlığımı yapan ve bana özgürce hareket etme fırsatını sunan değerli hocam Sayın Doç Dr. Burcu Kalkan Oğuztürk'e; değerli katkıları ve beni teşviki için değerli hocam Sayın Prof. Dr. Yusuf Büyükay'a; tez jürimde bulunup değerli eleştirilerde ve aydınlatıcı genel kültür bilgilerinde bulunan değerli hocam Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye; tez jürimde hazır bulunarak değerli eleştirilerde bulunup beni ve tezimi onurlandıran değerli hocam Sayın Prof. Dr. Tufan Öğüz'e; görüşlerimizi kendimize has üslubumuzla anlatabileceğimizi bana gösteren değerli hocam Sayın Doç. Dr.Faruk Acar'a; tez hakkındaki olumlu ve beni şevklendiren görüşleri için değerli hocam Sayın Doç. Dr. Bilgehan Çetiner'e; tezin hazırlanması sırasında desteklerini aldığım değerli araştırma görevlisi arkadaşlarım Ahmet Gazi Gazel'e, Adem Avcı'ya, Mehmet Özüğür'a ve Mehmet Aytaç Poyraz'a şükranlarımı sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

I. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ KAVRAMI	3
II. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN YAPAY DÖLLENME	5
A. Yapay Döllenme Kavramı	6
B. Yapay Döllenme Türleri.....	7
1. Homolog Döllenme	7
a. Tanımı	7
b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri	7
c. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler	8

(1) Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler	8
(2) Biyoetik Sorunlar	9
(3) Hukuki Sorunlar	10
2. Heterolog Döllenme	13
a. Genel Olarak	13
(1) Tanımı	13
(2) Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri	14
(3) Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler	15
i. Biyoteknolojik Değerlendirme	15
ii. Biyoetik Sorunlar	16
iii. Hukuki Sorunlar	17
b. Sperm Bağışı	18
c. Yumurta Nakli	21
d. Embriyo Bağışı	22
III. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN EMBRİYO VE CENİN	23
A. Embriyo ve Cenin Kavramları	23
1. Genel Olarak	23
2. Ceninin Kişiliğinin Başlangıcı	24
a. Sağ ve Tam Doğum	24
b. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Anne Rahmine Düşme Anının Değerlendirilmesi	25
c. Sağ ve Tam Doğum Şartının Hukuki Niteliği	27
3. Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkı	28

a. Yaşam Hakkı ve Başlangıcı	28
b. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Açısından Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkının Başlangıcı ve Korunması	29
4. Embriyonun ve Üreme Hücrelerinin Kişilik Değeri veya Malvarlığı Olarak Değerlendirilmesi	31
B. Embriyo Nakli Türleri	33
1. In-Vivo	33
a. Tanımı	33
b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri	33
c. Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar	34
2. In-Vitro	35
a. Tanımı	35
b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri	35
c. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler	36
(1) Biyoteknolojik Değerlendirme	36
(2) Biyoetik Sorunlar	37
(3) Hukuki Sorunlar	42
C. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Preimplantasyon - Prenatal Genetik Tanı Testleri	44
1. Preimplantasyon Genetik Tanı Testleri	44
2. Prenatal Genetik Tanı Testleri	46
IV. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN TAŞIYICI ANNELİK	47
A. Tanımı	47
B. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri	48

C. Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar	48
---------------------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN UYGULANMASININ TIBBİ MÜDAHALE OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TÜRLERİ BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ	51
A. Tıbbi Müdahale Tanımı ve Unsurları Bakımından	51
B. Tıbbi Müdahale Türleri Bakımından	53
1. İcra Ediliş Tarzına Göre Tıbbi Müdahale Türleri Bakımından	53
2. Uygulanan Tedavi Yönteminin Yaygınlığı Bakımından	53
a. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler Bakımından	53
b. Yeni Tıbbi Müdahaleler Bakımından	53
II. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ	55
A. Genel Olarak	55
B. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Hukuka Uygun Uygulanması İçin Gerekli Genel Şartlar	56
1. Yetkili Hekim ve Merkez	57
2. Tıp Biliminin Objektif Verileriyle Hareket Edilmesi	61
3. Doğrudan veya Dolaylı Tedavi Amacı Taşınması	62
4. Aydınlatma	63
a. Genel Olarak	63
b. Aydınlatmanın Konusu	65
c. Aydınlatmanın İcrası	67
(1) Aydınlatma Yükümlüsü	67

(2) Aydınlatılacak Kişi	67
(3) Aydınlatma Zamanı	68
(4) Aydınlatma Şekli	68
d. Aydınlatmanın Kapsamı	69
(1) Genel Olarak	69
(2) Kapsamın Genişlediği Haller	70
(3) Kapsamın Daraldığı Haller	71
(4) Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller	72
e. Aydınlatmanın İspatı	74
5. Rıza.....	74
a. Genel Olarak	74
b. Rızanın Konusu	75
c. Rızanın Açıklanması ve Geri Alınması	76
d. Rıza Vermenin Şekli	76
e. Rıza Ehliyeti	77
f. Rızanın Kapsamı	78
g. Rıza Aranmayan Haller	78
C. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Hukuka Uygun Uygulanması İçin Gerekli Özel Şartlar	79
1. Evli Eşlerin Üreme Hücrelerinin Kullanılması	79
2. Hamile Eşin Sağlığı ve Çocuğun Doğması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınması	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİ UYGULAYAN HEKİMİN VE ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİ BAKIMINDAN	83
A. Sözleşmenin Niteliği	83
1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Niteliği Konusundaki Tartışmalar	83
a. Genel Olarak	83
b. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	83
c. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	85
d. Eser Sözleşmesi Görüşü	86
e. Sui Generis Görüşü	88
f. Ara Sonuç	88
2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ile İlgili Yapılan Sözleşmelerin Niteliği Konusundaki Tartışmalar	89
a. Homolog Döllenme ve Embriyo Nakilleri	89
b. Preimplantasyon ve Prenatal Genetik Tanı Testleri ve Bilgilendirme Sözleşmesi	89
c. Kürtaj Sözleşmesi	90
d. Dondurulmuş Üreme Hücrelerinin ve Embriyoların Saklanması Sırasında Saklama Sözleşmesinin Varlığı Konusundaki Tartışmalar	91
B. Hekimin Sözleşmeden Doğan Borçları	94
1. Teşhis Koyma ve Tedaviyi Yürütme Borcu	94
a. Genel Olarak	94
b. Yardımcı Kişi Kullanılması	96
c. Alt Vekil	98
(1) Genel Olarak	98
(2) Alt Vekâlet ve İkame Vekâleti Ayırımı	99

(3) Hekimin ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sorumluluğunun Kapsamı	102
2. Sadakat Borcu	104
3. Özen Borcu	104
4. Arşivleme ve Kayıt Tutma Borcu	106
5. Sır Saklama Borcu	109
6. Diğer Borçlar	113
a. Aydınlatma ve Rıza Alma Borcu	113
b. Üreme Hücrelerinin ve Tüpteki Embrioların Yönetmelik Kapsamında Kullanılması ve Saklanması Borcu	113
c. Hesap Verme Borcu	114
C. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluğun Şartları	115
1. Geçerli Bir Sözleşmenin Bulunması	115
2. Sözleşmeye Aykırılık	118
3. Kusur	120
4. Zarar	122
5. İlliyet Bağı	123
D. Sözleşmenin Sona Ermesi	125
1. Borçların Geçerli İfası	125
2. İstifa ve Azil	125
3. Ölüm, Fiil Ehliyetinin Kaybı ve İflas	126
a. Hasta Bakımından	126
b. Merkez Bakımından	127
4. Sürenin Dolması	128
5. Hamileliğin Sonlandırılması	129

II. HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ BAKIMINDAN	129
A. Haksız Fiilin Şartları	129
1. Hukuka Aykırı Fiil	130
a. Hukuka Aykırılık	130
b. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller	131
(1) Mağdurun Rızası	131
(2) Kamu veya Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması	132
(3) Üstün Özel Yarar ve Üstün Kamu Yararı	132
(4) Meşru Müdafaa, İztırar Hali ve Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma	133
2. Kusur	133
3. Zarar	133
4. İlliyet Bağı	134
B. Kişilik Haklarına Aykırılıktan Doğan Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğunun İncelenmesi	135
1. Vücut Bütünlüğü ve Yaşam Hakkı	135
a. Eşlerden Birinin veya Her İkisinin Rızasının Olmadığı Halde Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunması	135
b. Hekimin Kusurlu Tıbbi Müdahalesi İle Çocuğun Dünyaya Özürlü Olarak Gelmesi	137
c. Hekimin Doğacak Çocuktaki Anomaliyi Zamanında Teşhis Edememesi	138
(1) Anne ve Baba Bakımından	138
(2) Cenin Bakımından	139
2. Mahremiyet Hakkı	142

3. İhmalen veya Kasten Eşlere Ait Olmayan Üreme Hücrelerinin Kullanılması	146
a. Eşlerin Rızasının Yokluğu	146
b. Eşlerin Rızasının Varlığı	149
c. Eşlerden Birinin Rızasının Yokluğu	150
d. Ara Sonuç	152
4. Ortaya Çıkabilecek Diğer Hukuka Aykırı Durumlar	155
C. Kusursuz Sorumluluk Halleri	156
1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu	156
2. Yapı Malikinin Sorumluluğu	157
3. Tehlike Sorumluluğu	158
III. VEKALETSİZ İŞ GÖRME BAKIMINDAN	159
A. Genel Olarak	159
B. Hekimin ve Merkezin Sorumluluğu	160
1. Caiz Olan Vekâletsiz İş Görme Halinde	160
2. Caiz Olmayan Vekâletsiz İş Görme Halinde	162
IV. DÜRÜSTLÜK KURALINA DAYANAN SÖZLEŞME BENZERİ BORÇ İLİŞKİLERİ	163
A. Culpa In Contrahendo	163
B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme	165
C. Sözleşmenin Art Etkisi	166
V. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİ BAKIMINDAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ	167
A. Hukuki Niteliği	167
B. Türleri	169

1. Tam Kabul Sözleşmesi	169
2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	170
3. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	171

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

I. SEBEPLERİN YARIŞMASI	173
II. DAVACI TARAFLAR	175
A. Eşler	175
B. Cenin	176
C. Diğer İlgililer	176
III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI	177
A. Sorumsuzluk Anlaşmasının Anlamı, İçeriği ve Hukuki Niteliği	177
1. Genel Olarak	177
2. Hekimin Sorumluluğu Bakımından	177
B. Hekimin ve Merkezin Sorumluluğu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşmasının Tabi Olduğu Yaptırım	178
1. Şahsen İfa Bakımından	178
2. Yardımcı Kişilerin İfası Bakımından	181
IV. MADDİ TAZMİNAT	181
A. Maddi Zararın Belirlenmesi	181
B. Maddi Tazminata Etki Eden Nedenler	185
1. Elde Edilen Menfaatler	185
2. Zarar Veren Kusurunun Ağırlığı	186
3. Tarafların Ekonomik Durumu	186

4. Müterafik Kusur	187
V. MANEVİ TAZMİNAT	190
A. Manevi Zararın Belirlenmesi	190
B. Manevi Tazminata Etki Eden Nedenler	192
VI. ZAMANAŞIMI	193
A. Sözleşme Zamanaşımı	193
B. Haksız Fiil Zamanaşımı	193
C. Vekâletsiz İş Görme Zamanaşımı	193
D. Zamanaşımının Başlangıcı	194
SONUÇ	196
KAYNAKÇA	205

KISALTMALAR

AÇSAP	Ana-Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
a.e.	aynı eser
a.m.	aynı makale
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.y.	aynı yer
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
c.	cümle
C	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
Çev.	Çeviren
dpn.	dipnot
E.	Esas sayılı
GIFT	Gamete İntrafallopian Transfer
HD.	Hukuk Dairesi
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

IVF	in vitro fertilization
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar sayılı
m.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPHK	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODASNHK	Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
OPU	Oocyte Pick-Up
R.G.	Resmi Gazete
s.	sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTBY	Türk Tabib Birliği Yasası
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizannamesi
TŞSTİDY	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi
vd.	ve devamı
ZİFT	Zigot İntrafallopian Transfer

GİRİŞ

Tıp ve genetiğin ilerlemesi ile birlikte, toplumlara göre değişen ahlak ve etik anlayışları içerisinde, doğal yollarla çocuk sahibi olamayan veya olmak istemeyen evli veya evli olmayan çiftlerin, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak çocuk sahibi olması imkanı doğmuştur. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasının hukuki bir düzenlemeye ihtiyaç duyması muhakkaktır. Bu hukuki düzenlemeler yapılırken dikkate alınacak etik ve ahlaki değerlerin neler olduğu halen tartışmalıdır. Ayrıca, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması miras hukuku, kişilik hakları, aile hukuku, hekimin sorumluluğu ve ceza hukuku alanında birçok yeni hukuki sorunlar da doğuracaktır.

Bu çalışmamızda üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin ve bu merkezlerde çalışan hekimlerin yapay dölllenme, embriyo ve üreme hücrelerinin saklanması, embriyo nakli işlemlerini gerçekleştirmesinden doğan hukuki sorumluluklarını ele alacağız.

Birinci bölümde, öncelikle, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından yapay dölllenme ile ilgili genel bilgiler verdikten sonra biyoteknolojik bakımdan değerlendirecek, biyoetik ve hukuki sorunlara değineceğiz. Ardından, embriyo ile cenini incelediğimiz bölümde, ilk olarak embriyonun hukuki ve ahlaki statüsü üzerinde duracağız ve ceninin yaşam hakkı ve kişilik hakkını kazanması ile ilgili açıklamalara yer verdikten sonra, döllenen embriyonun anne rahmine nakledilmesi ile ilgili mevcut biyoetik ve hukuki sorunlara değineceğiz.

İkinci bölümde, hukuka uygun bir üremeye yardımcı tedavi yönteminin uygulanması için gerekli genel ve özel şartlara açıklık getireceğiz.

Üçüncü bölümde; ilk olarak, üremeye yardımcı tedavi merkezlerin sözleşmesel sorumluluğunu anlatacağız. Bu kapsamda, yapay dölllenme, embriyo nakli ve kürtaj sözleşmelerinin hukuki niteliği aktaracağız. Sonra, merkezin sözleşmeye dayalı borçlarının neler olduğunu, bu borçlara aykırılığın şartlarını ve sözleşmenin sona ermesini ele alacağız. İkinci olarak, merkez ve hekimin haksız fiil sorumluluğunu ele alacak ve bu kapsamda kişilik haklarının ihlali sayılan halleri

ayrıntılı şekilde inceleyeceğiz. Bundan sonra, vekaletsiz iş görmeyi ve hastaneye kabul sözleşmesinin özel görünümünü üremeye yardımcı tedavi uygulaması bakımından inceleyeceğiz. Ayrıca, koruyucu etkili sözleşme, art etki, culpa in contrahendo sorumluluğunun üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması bakımından inceleyeceğiz.

Dördüncü bölümde, hekimin ve merkezin hukuki sorumluluğun sonuçlarını anlatacağız. Bu kapsamda; hukuki sebeplerin yarışmasını, kimlerin dava açabileceğini, sorumluluğun önceden anlaşarak azaltılması ve kaldırılmasını, açılacak maddi ve manevi tazminat davalarını, bu davalarda istenebilecek kalemleri, tabi olunan zamanaşımını ayrıntılı şekilde inceleyeceğiz.

Ülkemizde, yapay döllenenin içerisinde bulunduğu üremeye yardımcı tedavi teknikleri, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik¹ ile düzenlenmiştir. Çalışmamızda Yönetmelik ile getirilen düzenlemeler incelenecek ve bahsi geçen konuların nasıl ele alındığı irdelenecektir.

Çalışmamızın kapsamına sadece özel hastaneler bünyesinde açılan üremeye yardımcı tedavi merkezleri ve daha önceden açılmış olan müstakil merkezler dahil olduğundan kamu hastanesi bünyesinde açılan üremeye yardımcı tedavi merkezlerinden doğan sorumluluk incelenmeyecektir.

¹ R.G: 27513 T: 06.03.2010. Bundan sonra “Yönetmelik” olarak bahsedilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNE GENEL BAKIŞ

I. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ KAVRAMI

Kişinin çocuk sahibi olması en temel haklarından biridir. Bu en temel hakkının önündeki doğal engeli kaldıran tıbbi gelişmeler vesilesiyle çocuk sahibi olması, en tabii haklarından olan soyunu sürdürme hakkını kullanması anlamına gelir. Soyunu sürdürme hakkı, tıptaki ve gen teknolojisindeki yeni gelişmeler ile ortaya çıkan kimliğini bilme hakkı, soybağını bilme hakkı, benzersiz olma hakkı, müdahale edilmemiş bir kökene sahip olma hakkı gibi haklardan biridir². Soyunu sürdürme hakkının hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; yaşama hakkının bir görünümüdür³. Bir diğer görüşe göre, yaşama hakkının Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nde ve diğer insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde ele alındığı şeklinin soyunu sürdürme hakkını içerecek şekilde geniş yorumlanması yanlıştır⁴. Bu konuda kabul edilmesi gereken görüş ise; soyunu sürdürme hakkının Anayasa ile güvence altına alınan⁵ kişiliğini özgürce geliştirme hakkının bir görünümü olduğudur⁶. Durum bu olmakla birlikte, ülkemizde, evli çiftlerin çocuk sahibi olamadığı için başkalarının yumurta ve spermini kullanarak soyunu sürdürmek istemesi bu madde kapsamında korunan bir hak olarak görülmemektedir. Çünkü böyle bir durum soybağının değişmesine neden olmakta ve anayasa tarafından güvence altına alınan soybağının sağlıklı bir şekilde kurulmasının önünde engel teşkil etmektedir.

Ayrıca, üreme hakkının da üremeye yardımcı tedavi ile yakından ilgisi vardır. Bir kişinin ne zaman ve kiminle birleşerek kaç tane çocuk sahibi olacağını

² Yasemin Erol, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 29.

³ Ergun Özsunay, "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s. 4.

⁴ Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 5.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.17/1: "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*"

⁶ Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 6.

belirlenmesi onun üreme özgürlüğünü teşkil eder. Üreme hakkı, bir açıdan da kişinin çocuk sahibi olmaya karar verme hakkıdır⁷. Çocuk sahibi olamayan çiftlerin tedavi yoluyla çocuk sahibi olabilmeleri bir devlet politikası olarak desteklenmelidir⁸. Üreme hakkı, ilk olarak 1968 Tahran Bildirisi'nde ulusalüstü insan hakları hukuku kapsamında bir hak olarak kabul edilmiştir⁹. Ayrıca, Kadına Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde çiftlerin sahip olacakları çocukların sayısı ve bunun zamanı konusunda sorumlu ve özgür oldukları, bu konuda en yüksek standartlara erişme haklarının bulunduğu belirtilmiştir¹⁰.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, ülkemizde, Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmelik m.4/h'de üremeye yardımcı tedavi yöntemleri şu şekilde tanımlanmıştır: " *Anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar ifade eder.*"

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri dört farklı yöntemle gerçekleştirilebilmektedir. Birinci yöntemde; sperm, cinsel ilişki olmaksızın ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yoluna enjekte edilmektedir. Ana rahminde gerçekleşen bu yöntem dar anlamıyla yapay döllenmeyi ifade etmektedir¹¹. İkinci yöntemde; birinci yöntemden farklı olarak sperm ile birlikte döllenmeye elverişli yumurtanın da ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yatağına enjekte edilmesi söz konusudur¹². Üçüncü yöntemde; sperm ve yumurta dış ortamda, genellikle bir tüp içinde döllendirilir. Bu yönteme halk arasında tüp bebek denmektedir. Tüpte döllenme yoluyla oluşan embriyo sonradan ana rahmine yerleştirilir¹³. Dördüncü

⁷ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 204.

⁸ Jonathan Herring, **Medical Law and Ethics**, Third Edition, Oxford University Press, 2010, s. 345.

⁹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 203.

¹⁰ **A.e.**

¹¹ Haluk N. Nomer, "Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", **M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.545; M. Beşir Acabey, **Soybağı**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002, s.175.

¹² Nomer, **Sun'i Döllenme**, s.545; Acabey, **a.g.e.**, s.175.

¹³ Bu durum in-vitro fertilizasyon veya in-vitro embriyo nakli olarak adlandırılır. Bkz. Nomer, **Sun'i Döllenme**, s.545; Acabey, **a.g.e.**, s.175.

yöntemde ise, başka bir kadının rahminde döllenirilen embriyo, sonradan başka bir kadının rahmine nakledilmektedir¹⁴.

Bilimin hızla ilerlemesi ile birlikte ortaya çıkan yeni üremeye yardımcı tedavi yöntemleri de mevcuttur. Bunlar; zigot ve gamet transferi ile mikroenjeksiyon yöntemleridir¹⁵. Gamet transferinde, sperm ve yumurta hücreleri in-vitro fertilizasyon uygulamasında olduğu gibi elde edilir ve bir nakil sondası yardımıyla döllenme in- vivo gerçekleştirilir. Bu uygulama, yumurtlama sıkıntısı yaşanan hallerde tercih edilir. Zigot transferinde, döllenme tüpte gerçekleştirilir. Mikroenjeksiyon yönteminde, erkeğin spermelerinde mevcut sıkıntılar yüzünden sperm, yumurta hücresine enjekte edilerek döllenme gerçekleştirilir.

Dar anlamda yapay döllenme sadece sperm kadın rahmine veya döl yatağına ya da yumurta kanalına aktarılmasını anlatır¹⁶. Buna aşılama¹⁷ veya sun'i ilkah¹⁸ da demek mümkündür. Geniş anlamda yapay döllenme dışarıdan bir müdahaleyle cinsel birleşme olmadan sperm ve yumurtanın döllenmesini anlatmaktadır¹⁹. Yapay döllenme, içerisinde yapay döllenme, embriyo nakli, sperm nakli ve yumurta bağışını barındıran geniş anlamda kullanılan bir kavramdır. Fakat biz, Yönetmeliğin tercihi sebebiyle, yapay döllenmeyi dar anlamda kullanıp geniş anlamda kullanmayacak ve bunun yerine üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramını kullanacağız.

¹⁴ Bu durum in-vivo fertilizasyon veya in-vivo embriyo nakli olarak adlandırılır. Bkz. Nomer, **Sun'i Döllenme**, s.546; Acabey, **a.g.e.** , s.175.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, **a.g.e.** , s. 69 vd. ve orada anılan kaynaklar.

¹⁶ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 545.

¹⁷ Erol, **a.g.e.** , s. 35.

¹⁸ Berna Özpınar, "Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu", **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 34.

¹⁹ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 545; Acabey, **a.g.e.** , s. 173.

II. ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN YAPAY DÖLLENME VE TÜRLERİ

A. Yapay Döllenme Kavramı

Döllenme, her canlı türünde kendine özgü farklılıklar barındırmakla beraber sperm ve yumurtanın herhangi bir müdahalede bulunulmadan birleşmesidir²⁰. Fakat bunun için gerekli olan unsurlardan birinin eksikliği veya işlevsizliği halinde döllenme gerçekleşmeyecektir. Bu durumda çocuk sahibi olamayacak insanların tıbbi müdahalede bulunularak çocuk sahibi olmalarını sağlayan yapay döllenme, sperm ve yumurtanın işlevsizliğin giderilmesi veya eksik unsurun yerine işlevsel yenisinin getirilerek döllenmenin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Homolog döllenmenin yasal olarak düzenlendiği Yönetmelikte heterolog döllenme kabul görmemiş ve bu yöntemin uygulandığı merkezler için cezai yaptırımlar getirilmiştir. Ayrıca, embriyo nakli konusunda sıkı kurallar getirilmiş ve sperm ile yumurta bağıışı yasaklanmıştır.

Evli çiftlerin sperm ve yumurtalarının kullanıldığı ve evlilik içerisinde gerçekleştirilen yapay döllenmeye homolog döllenme denirken²¹, evlilik içerisinde gerçekleşmeyen yani birbiriyle evli olmayan kişilerin sperm ve yumurtalarının kullanılarak yapılan yapay döllenmeye de heterolog döllenme denmektedir²². Yapay döllenme türlerinden olan homolog döllenme, hem düzenlemesinde sakınca görülmemesi hem de doğuracağı hukuki problemlerin azlığı nedeniyle genel itibariyle kabul gören bir uygulama olsa da; heterolog döllenme, bahsettiğimiz gibi etik ve ahlaki tartışmaları bünyesinde barından ve sonuçları itibariyle hukuki açıdan çözülmesi zor sorunlar doğuran bir uygulamadır. Aynı cinsten evliliklerin serbest olduğu ülkelerde bu yolla evlenen çiftlerin çocuk özlemini giderdiği, kariyer planları yaparken çocuk doğurmak isteyemeyen evli veya evli olmayan kadınların başvurduğu bir yöntem olması heterolog döllenmenin etik ve ahlaki açıdan

²⁰ Mehmet Akif Erkan, Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002, s. 4.

²¹ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 545.

²² Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 41; Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 545; Acabey, **a.g.e.**, s.176.

tartışılmasına yol açmaktadır. Ayrıca doğacak çocuğun anne ve babasının tespiti ile soybağı ve velayet hukukunun belirlenmesi, çocuğun miras hakkı, soybağını bilme hakkının ihlali gibi birçok çözülmesi gereken hukuki sorun karşımıza çıkmaktadır

B. Yapay Döllenme Türleri

1. Homolog Döllenme

a. Tanımı

Homolog döllenme, evli çiftlerin sperm ve yumurtalarının kullanılarak yapay döllenmenin gerçekleştirildiği haldir²³. Homolog döllenme tıbben ve hukuken sıcak bakılan bir uygulamadır. Çünkü, evlilik içinde eşlerin cinsel birleşme sonucu dünyaya çocuk getirmelerinin önünde duran engellerin yapılan tıbbi müdahale sonucu ortadan kaldırılması söz konusudur. Bu tıbbi müdahale, eşlerin üreme hücrelerine yapıldığı için doğal döllenme sonucu dünyaya gelen çocuktan yapay döllenme sonucu dünyaya gelen çocuğun bir farkı yoktur. Her ikisinde de biyolojik – genetik anne - baba aynıdır.

b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri

Bu yönetime başvurulmasının nedeni, eşlerin her ikisinin de üreme yeteneğinin bulunmasına rağmen doğal döllenmenin gerçekleşmemesidir. Sperm sayısının azlığı ya da spermilerin hareket gücünün yetersizliği doğal döllenmenin gerçekleşmesini engelleyebilir²⁴. Bu durumda, yapılan müdahalelerle sperm yumurtayı döllemesi yapay yoldan gerçekleşecektir. Fakat eşlerden birinin kalıtsal bir hastalığı ya da kadının gebe kalmasının kendini hayati tehlikeye sokması, kan uyuşmazlığı gibi durumlarda bu yönetime başvurma engellenebilir²⁵.

²³ Iris Schröder, **Die kulturelle Konstruktion von Verwandtschaft unter den Bedingungen der Reproduktionstechnologien in Deutschland**, Göttingen, 2003, s.73; Ayan, **a.g.e.** , s. 41.

²⁴ Ayan, **a.g.e.** , s. 41.

²⁵ Hans Lüttger, “Die künstliche Samenübertragung beim Menschen als Kriminalpolitisches und legistorisches Problem”, **AÜHFD**, No: 1-4, 1978, s. 135.

Fiziksel ve ruhsal nedenlerle veya buna benzer başka nedenlerle doğal döllemenin meydana gelmemesi halinde de homolog dölleme uygulanabilir²⁶. Eşlerden birinin savaş veya hapis gibi nedenlerle uzakta olması halinde de bu yöntem uygulanabilir. Bunun örnekleri II. Dünya Savaşı ve Kore Savaşı'nda yaşanmıştır²⁷. Son zamanlarda ise, Filistinli kadınlar İsrail tarafından hapsedilmiş kocalarının spermleri ile yapay dölleme yoluyla hamile kalmaktadır²⁸.

c. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler

(1) Biyoteknolojik Değerlendirme

Bazı kısır çiftlerde kısırlığın nedeni, spermin yetersizliği, bozukluğu ya da hiç olmamasıdır. Kısır çiftlerde bozukluk sadece erkek üreme hücrelerine aitse ve kadının çocuk doğurmasına engel başka bir neden yoksa, böyle bir çift istediği takdirde yapay döllemeyle çocuk sahibi olabilmektedir. Ovülasyon gününden bir gün önce, ovülasyon gününde ve ovülasyon gününden bir gün sonra olmak üzere arka arkaya üç gün yapay dölleme yapılır. Kullanılacak spermler bir enjektör yardımıyla, yavaş olarak rahim ağzına bırakılır ya da çanak biçiminde ufak bir kaba konarak rahim ağzının önüne konur ve spermlerin rahim içine kendiliklerinden geçmeleri sağlanır. Bu işlemden sonra kadının kalçasının altına bir yastık konarak yarım saat kadar sırt üstü yatması gerekir. Yapay dölleme, hamilelik oluşana kadar her ay yinelenmelidir²⁹.

Genel uygulamaları şöyle sayabiliriz: Gamet transferi(GIFT), zigot transferi(ZIFT), intrositoplazmik sperm enjeksiyonu, tüpteki embriyoların manipülasyonu, dondurulmuş üreme hücrelerinin sonradan döllemesi³⁰.

²⁶ Erol, **a.g.e.** , s. 110.

²⁷ Ayan, **a.g.e.** , s. 41; Lüttger, **a.g.m.** , s. 135.

²⁸ http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/03/130315_kacak_sperm.shtml, (Çevrimiçi, 25. 03. 2013).

²⁹ <http://www.saglik.im/suni-dolleme-artifisyel-inseminasyon>, (Çevrimiçi, 15.03.2013).

³⁰ Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik**, s. 192.

Türkiye’deki yaygın uygulamalardan biri mikroenjeksiyondur³¹. Mililitrede 10 bin sperme kadar olan durumlarda mikroenjeksiyon yöntemi ile yapay dölleme uygulanır. Şunu belirtmeliyiz ki, yumurta ve sperm yan yana getirilse bile normal dölleme olmuyorsa bunun nedeni sadece sperm sayısı azlığı değil sperm dölleme yeteneğinin de olmamasıdır. Sadece sperm sayısı az fakat dölleme yeteneği olsaydı yumurta ve sperm vücut dışında tüpte yan yana getirilerek döllemeleri sağlanabilecekti. Mikroenjeksiyon yönteminde durum farklıdır. Sperm sayısı az, hareket kabiliyeti düşük, sperm bozuk olduğu için sperm doğal olarak yumurtaya gidemiyorsa o halde sperme yardım edilerek yumurtanın içine girmesi sağlanacaktır. Yani dölleme zorla gerçekleştirilecektir. Uygulamada, sperm bir pipetle alınıp, yumurtanın kabuğu delindikten sonra pipetteki sperm o delikten enjektörle yumurtanın stoplazmasına doğrudan enjekte edilmektedir³².

Türkiye’deki diğer yaygın uygulama olan GIFT yönteminde ise, sperm dölleme yeteneği bulunmakla beraber hareket kabiliyeti veya sperm sayısının azlığı söz konusu ise embriyolar rahme değil de fallopyan tüplerine nakledilmektedir³³.

(2) Biyoetik Sorunlar

Yapay döllemeye karşı çıkan görüşlere göre; doğa en iyisini bilmektedir. Buna göre, doğal cinsel ilişkinin bir sonucu olan döllemenin, yapay olarak gerçekleştirilmesi, doğanın kendi denge kurallarına aykırı kabul edilmeli ve ahlaka aykırı sayılmalıdır. Ayrıca insan embriyosuna ruhsuz bir obje gibi bakarak ona bir deney materyali olarak davranmanın insan onurunu zedeleyeceğine inanılmaktadır³⁴. Özellikle, Katolik kilisesinin görüşüne göre; yapay dölleme, Tanrının işine karışmak anlamına gelmektedir. Aksi görüşteki yararçı kuram taraftarları, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak çocuk sahibi olmanın etik olduğunu, bunun sayesinde bireylerin mutlu olduğunu; ödev bilim kuramı taraftarları ise, bireyin özerk olmasından hareketle aydınlatılmış onamları var olduğu sürece bunun etik olduğunu

³¹ <http://www.aksyon.com.tr/aksyon/mobile.do?load=wapDetay&link=26329>, (Çevrimiçi, 22. 03. 2013).

³² http://www.beslenme.gen.tr/Saglik/Mikro_enjeksiyon_nedir.html, (Çevrimiçi, 15.03.2013).

³³ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 192.

³⁴ Bu konudaki görüşler için bkz. Müge Ürem, “Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, No: 208, 2012, s. 94.

görüşünü ileri sürmektedir³⁵. Kanaatimizce, homolog döllenme, evlilik birliğinin meyvesi kabul edilen çocuğa sahip olma imkânı tanıdığı ve böylelikle, mutlu bir aile ve toplum oluşturduğu için etik kabul edilmeli; heterolog döllenme ise, ortaya çıkaracağı birçok bireysel, ailevi ve toplumsal sorunlar yüzünden etik kabul edilmemelidir.

(3) Hukuki Sorunlar

Homolog döllenme, soybağı ve miras hukuku alanında en az sorun doğuran yöntem olduğu için sıcak bakılmakta ve ülkemizde de Yönetmelikte düzenlenmektedir. TMK' daki soybağına ve mirasa ilişkin hükümler bu yöntemde rahatlıkla uygulanabilecektir³⁶. Burada sorun oluşturan durum ise, ölümden sonra homolog döllenme ve sperm kokteylidir.

Yönetmelik m.18/11'e göre adaylardan alınan üreme hücrelerinin dondurulmak suretiyle saklanması halinde, kendisinden alınan eşin talebi, ölümü veya yıllık protokolü yenilememesi sonucunda üreme hücreleri üreme merkezi müdürlüğünce kurulacak komisyon tarafından tutanak tutularak imha edilecektir. Yine Yönetmelik m.18/12'ye göre, adaylardan alınan fazla embriyoların dondurulmak suretiyle saklanması halinde de eşlerin birlikte talebi, boşanması veya bir tanesinin ölümü ya da belirlenen sürenin sona ermesi sonucunda embriyolar, üreme merkezi müdürlüğünce kurulacak komisyon tarafından tutanak tutularak imha edilecektir. Fakat eşlerden birinin ölümünden sonra kasten veya ihmalen üreme hücrelerinin kullanılarak homolog döllenmenin meydana gelmesi sonucu bir çocuk dünyaya gelirse, bu çocuğun soybağının ölen kişi ile kurulup kurulamayacağı ve bu kişinin mirasında hak sahibi olup olamayacağı üzerinde durulması gereken bir konudur.

Öncelikle, ölüm veya boşanmanın üzerinden 300 gün geçmeden önce doğan çocuğun soybağı babalık karinesi³⁷ nedeniyle çocukla kurulmalıdır. Bu konuda karşıt

³⁵ Nermin Ersoy, "Yapay Döllenmenin Etik Konuları", **Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi**, C: 6, 1996, s. 67 vd.

³⁶ Erol, **a.g.e.** , s. 37; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 365.

³⁷ TMK m. 285/1: " *Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.* "

görüş şunu demektedir ki kişi ölümüyle beraber çocuk yapma yetisini ve spermi üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir ve döllenmiş yumurta ana rahmine konulmadıkça tam ve sağ doğmak koşuluyla kişilik kazanmayacağı için çocuk ve koca arasında soybağı babalık karinesi hükmünce kurulamayacaktır³⁸. Fakat çocuk yararı ilkesini üstün tutarak meseleyi ele alırsak, bu durumda, çocuk ile sperm sahibi koca arasında soybağını kurmalı ve çocuğu, kocanın yasal mirasçısı yapmalıyız³⁹. Fakat doğum 300 gün geçtikten sonra meydana gelirse, bu durumda, koca ile çocuk arasındaki soybağı ancak babalık davası ile kurulabilir⁴⁰. Fakat mirasın açıldığı anda henüz döllenmiş veya anne rahmine nakledilmiş yani anne rahmine düşmüş bir cenin olmadığı için doğan çocuğun miras hakkı söz konusu olmayacaktır⁴¹.

Dondurulmuş embriyonun kocanın ölümünden sonra anne rahmine nakledilmesi sonucunda 300 gün içinde doğan çocuğun soybağı çocuk yararı ilkesi üstün tutularak babalık karinesi hükmünce ölen kocayla kurulmalıdır⁴². Doğum 300 gün geçtikten sonra gerçekleşirse babalık davası yoluyla çocuk ile ölen koca arasında soybağı kurulabilecektir⁴³. Doğan çocuğun babaya mirasçı olup olmadığı ile ilgili kişiliğin başlangıcını döllenme anı olarak gören görüşe göre, döllenme evlilik içerisinde gerçekleştiği için çocuğun mirasçı olması gerekmektedir⁴⁴. Bu görüşe göre; İsviçre Medeni Kanunu'nda kocanın ölümden 300 gün sonra doğan çocuğun, babalık karinesinden yararlanabilmesi için, döllenmenin kocanın ölümünden önce meydana geldiğinin ispatı hükmünden ilhamen Medeni Kanunumuzun soybağı ve kişiler hukukunu düzenleyen kısımlarında tıbbi gelişmelerin ışığında hem doğal hem de yapay döllenmeyi kapsayan döllenme anının esas alınması gerekir⁴⁵.

Kişiliğin başlangıcını anne rahmine düşme anı olarak kabul eden görüşe göre, mirasın açılması sırasında anne rahmine düşmüş bir cenin olmadığı için çocuğun

³⁸ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 580.

³⁹ Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2006, s. 51.

⁴⁰ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 580.

⁴¹ **A.y.** , s. 579.

⁴² Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 377.

⁴³ **A.e.**

⁴⁴ Tülay Aydın Ünver, **Cenin Hukuki Konumu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, s. 59; Acabey, **a.g.e.** , s.198.

⁴⁵ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.** , s. 54.

mirasçı olmaması gerekir⁴⁶. Fakat anne rahmine düşmediğinden dolayı ölen kocaya babalık davasıyla hukuken bağlanan çocuğun miras hakkından mahrum bırakılmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağını ileri süren görüş de vardır⁴⁷.

Doktrinde bir görüş, her ne kadar homolog döllenme ölümden sonra gerçekleşse de, çocuk yararı ilkesinin üstün tutarak bir zamanlar evli olan çiftlerin bu şekilde dünyaya gelen çocuklarının ölen babanın soyadını kullanma ve miras hakkından yoksun bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla 300 gün geçtikten sonra doğsa bile çocuğun soybağının ölen koca ile kurulması gerektiğini savunmuştur⁴⁸. Hatta, Yönetmelikte ölümden sonra homolog döllenmeye belirli süre sınırlaması içinde izin getirilmesine yönelik bir düzenlemenin olmasını savunan görüş de vardır⁴⁹.

Kanaatimizce, kocanın ölümünden sonra 300 gün içinde doğan çocuk için babalık karinesi işletilmeli ve çocuğun babası ölen koca olmalı iken, 300 gün sonra doğan çocuğun babalık davası ile soybağının ölen koca ile kurulması sağlanmalıdır. Bu 300 günlük süre katı olarak uygulanmamalı ve 301 ve 302 gibi birkaç günlük gecikme yüzünden doğan çocuk haklarından mahrum edilmemelidir⁵⁰. Miras hukuku açısından çocuk yararı ilkesi gereği doğan çocuğun ölen kocaya mirasçı olması sağlanmalı, özellikle, kocanın ölümünden 300 gün sonra doğan çocuk babalık davası ile soybağı açısından ölen kocaya bağlandıktan sonra ölümden önce veya sonra rahme implante edilip edilmediğine bakılmaksızın ölen kocaya mirasçı olabilmelidir. Annenin üst zümre mirasçılarını mirastan mahrum etme amacını taşıyarak ölümden sonra homolog döllenmeyi tercih etmesi durumunda bile doğan çocuğun miras hakkı korunmalıdır. Böyle bir durumda ahlaka aykırı fiil işleyen hekimin ve annenin sorumluluğuna gidilerek üst zümre mirasçılarının zararlarının tazmin edilmesi daha makul bir çözümdür⁵¹.

⁴⁶ Nomer, **Sun’i Döllenme**, s. 580.

⁴⁷ Acabey, **a.g.e.**, s. 191.

⁴⁸ Reşat Atabek, “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, C: LXI, No: 7-8-9, 1985, s. 117.

⁴⁹ Erol, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 163; Kalkan Oğuztürk, **Biyoeetik**, s. 378.

⁵¹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoeetik**, s. 380-381.

Bir diğ er üzerinde durulması gereken konu olan sperm kokteylinden kasıt, karışık döll enmedir. Kocanın spermi ile beraber bir başkasının sperminin karıştırılması ve oluşan sperm kokteylin eş in yumurtası ile döll endirilmesidir.⁵² Bu durumda homolog döll enme ile heterolog döll enme bir aradadır. Soybağ ının evlilik iç i doğ umdan dolayı annenin eş i ile kurulacağ ı muhakkaktır ama kocanın soybağ ının reddi davası açı p aç amayacağ ı belirlenmelidir. Kocanın yapay döll enmeye rıza göstermesine rağ men kendi rızası olmadan karışık döll enme yapılmış sa soybağ ının reddi davası açabilmesi gerekir⁵³. Ç ünkü soybağ ının reddi davası kiş iye sıkı sıkıya bağ lı bir haktır ve önceden bu haktan feragat edilmesi mümkün değ ildir. Ayrıca, kocanın rızası olmadan karışık döll enmeyi kasten veya ihmalen gerç ekleştiren hekimden tazminat istenmesi de mümkün olmalıdır.

Homolog döll enmeyi gerç ekleştirecek hekimin yanlış tedavi uygulaması, üreme hücrelerini karış tırması, sperminin kullanılmasına rızası olmayan eş in ölümünden sonra söz konusu spermi kullanması ve kiş ilik haklarını ihlal eden diğ er davranış ları onun hukuki sorumluluğ una yol açacak ve ç özü lmesi gereken birç ok hukuki sorun ortaya çıkacaktır. Fakat hekimin sorumluluğ u ile ilgili bu meseleleri ayrıntıları ile sonra ele alacağ ımız için burada kısaca değ inip geçiyoruz.

2. Heterolog Döll enme

a. Genel Olarak

(1) Tanımı

Heterolog döll enme, evli olmayan çiftlerin üreme hücrelerinin döll endirilmesidir⁵⁴. Bu yöntemde, yumurta ve sperm bağ ışı da gündeme gelmektedir. Ç ünkü başka kiş ilerin üreme hücrelerinin kullanılması söz konusudur. Miras ve soybağ ı hukuku açısından birç ok yeni hukuki sorunlar ortaya çı kmaktadır. Bu yüzden heterolog döll enme hukukun soğ uk baktığ ı bir alandır.

⁵² Lüttger, **a.g.m.** , s. 134.

⁵³ Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku – Sınava Hazırlık Kitabı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 104; Kırkbeşğolu, **a.g.e.** , s. 45.

⁵⁴ Ayan, **a.g.e.** , s. 41; Schröder, **a.g.e.** , s. 78; Ergun Özsunay, **Gerç ek Kiş ilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul, 1982, s. 113.

(2) Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri

Öncelikle kocanın tedavi edilemeyen kısırlığı nedeniyle homolog döllemenin gerçekleştirilememiş olması durumunda heterolog dölleme tercih edilebilir⁵⁵. Ayrıca kalıtsal hastalık taşıyan bir çocuğun dünyaya getirilmek istenmemesi halinde de bu yöntem tercih edilebilir⁵⁶. Bu bahsettiğimiz durumlar evli çiftler yönünden meselenin ele alınmasıdır.

Birlikte yaşama veya yaşam ortaklığı denilen durumlarda partnerlerin çocuk isteğinin karşılanması için de başvurulabilir⁵⁷. Bazı ülkelerde yaşam ortaklığı hukuken tanınmakla birlikte evliliğin bazı hüküm ve sonuçları bu birlikteliğe uygulanmaktadır. Mal rejimi sözleşmesi, çocuk üzerinde velayet ve soybağı bakımından evliliğe benzetilen bu birliktelikte partnerlerin kendi üreme hücreleriyle yapay dölleme istemi homolog dölleme kapsamında değerlendirilebilir. Fakat ülkemizde yaşam ortaklığı hukuken tanınan bir müessese olmadığı için böyle bir istem, heterolog dölleme kapsamında değerlendirilir ve böyle bir heterolog dölleme Yönetmelik tarafından yasaklanmıştır.

Aynı cinsten evliliklerin yapıldığı ülkelerde böyle bir evlilik birliği içerisinde olan kişilerin çocuk hasretini dindirmek için başvurdukları bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Birbiriyle evli erkeklerin sperm kokteyli isteği de olabilmektedir. Bu durumda oluşan sperm kokteyli başka birinin yumurtası ile döllendirilmekte ve taşıyıcı annenin çocuğu dünyaya getirmesi söz konusu olmaktadır. Birbiriyle evli kadınların birinin yumurtası ile döllendirme gerçekleştirilebileceği gibi başka birinin yumurtası ile döllendirme gerçekleştirilebilir. Ayrıca birbiriyle evli kadınlardan biri çocuğu doğurmayıp başka bir taşıyıcı anne doğumu gerçekleştirebilir. Herhangi bir sosyolojik veya psikolojik nedenle evlenmeyi düşünmeyen kişilerin heterolog dölleme yoluyla çocuk sahibi olması da muhtemeldir⁵⁸.

⁵⁵ Erol, **a.g.e.** , s. 109.

⁵⁶ Lüttger, **a.g.m.** , s.135; Erol, **a.g.e.** , s. 109.

⁵⁷ Erol, **a.g.e.** , s. 47; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 355.

⁵⁸ Erol, **a.g.e.** , s. 110.

(3) Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler

i. Biyoteknolojik Değerlendirme

Heterolog dölleme, homolog döllemede olduğu gibi sperm ve yumurtanın bir araya bir araya getirilerek dölleme sağlanır⁵⁹. Farklı olan durum sperm ve yumurtaların evli eşlere ait olmamasıdır.

Her ne kadar üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde gerekli özen gösterilse de bazen ihmaller neticesinde sperm ve yumurtaların karışması sonucu farklı kişilere ait üreme hücreleri kullanılarak dölleme meydana gelebilmektedir.

Barcelona Üniversitesindeki araştırmacılar, yapay dölleme sırasında yaşanan bu tür üreme hücreleri karışmalarına karşı oldukça yaratıcı bir çözüm olarak mikroskobik barkodları geliştirdiler. Fare yumurtaları üzerinde yapılan araştırmalarda silikon barkodlar yumurta hücrelerinin perivitelline boşluğuna enjekte edilerek sabitlenmektedir⁶⁰. Biyolojik etkinlik göstermeyen bu silikonlar, üzerlerinde iki basamaklı sayılar barındırmaktadır. Araştırmacılar, bu barkodların hiçbir şekilde embriyo gelişimine zarar vermediğini ve embriyoların uterusu yerleşmeden önce bu barkodları döktüklerini belirtmektedir. Yöntem, yapay dölleme sırasında, tekil embriyo seçiminde oldukça işe yaracak, özellikle, dölleme ve embriyo transferi sırasında ortaya çıkacak karmaşıklıkları önleyecektir. Yöntem henüz fare yumurtalarında uygulansa da, yakın zaman içerisinde yapay dölleme işlemlerinin bir temel basamağı haline gelebilme ihtimalini taşımaktadır. Çünkü, Catalonia Sağlık Bakanlığı bu yöntemin insan embriyo ve yumurtaların da kullanılması için izin vermiş durumdadır. Yakın zaman içinde de tüm İspanya'da da kullanılmaya başlanacaktır⁶¹.

⁵⁹ Konu ile ilgili bkz. s. 5.

⁶⁰ Perivitelline boşluğu, spermin bağlandığı dış zar zona pellucida ile hücrenin iç zarı arasındaki boşluğa verilen addır.

⁶¹ <http://biyorss.com/duyurular/page/2/html>, (Çevrimiçi, 15.03.2013).

ii. Biyoetik Sorunlar

Üreme hakkı insanın en temel haklarından biridir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile doğal yoldan üreme yetisine sahip olmayan kişilere yapay dölleme vasıtasıyla çocuk sahibi olma fırsatı sunulmaktadır. Fakat, homolog dölleme daha çok spermden kaynaklanan sıkıntıların aşılmasını sağladığı ve eşlerin her ikisinin de üreme hücrelerinden kaynaklanan sıkıntılarda çare olmadığı için heterolog dölleme yoluna başvurulabilmektedir. Üreme hakkı kapsamında heterolog döllemenin kabul edilip edilmeyeceği önemli bir meseledir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 kapsamında⁶², sözleşmeye taraf devletlerin tıp bilimindeki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ihtiyacı olan insanların ulaşabilmesi anlamında pozitif yükümlülüğünün bulunduğu; bazı yöntemlere de çeşitli nedenlerle yasak getirmeme negatif yükümlülüğünün bulunduğu yönünde görüşler vardır⁶³. Ancak, üreme hakkının kısıtlanabileceği durumlar mevcuttur. Özellikle nasıl doğal yoldan üremede, doğacak çocuğun ciddi zarar tehlikesi altında olması veya anneye ciddi zarar vermesi, ülkede ciddi nüfus patlaması ve bunun sonucunda doğal kaynakların yetersiz kalması ihtimali, ebeveyn olmanın anlamını kavrayamayacak derecede akıl hastası olunması, HIV virüsü taşıma ve homoseksüellik gibi haklı sayılabilecek nedenlerin varlığında üreme hakkının kısıtlanabileceği savunuluyorsa; yapay dölleme yoluyla üremede de, üreme hakkının kısıtlanması ve hatta daha geniş bir değerlendirmeye tabi tutulması, savunulması gereken bir görüştür⁶⁴. Çiftlerin, başkasının yumurta ve spermini kullandığı heterolog döllemenin ülkemizde ve dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi yasak olması böyle bir değerlendirmenin

⁶² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme) Roma'da 04 Kasım 1950'de imzalanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır. 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. AİHS m. 8 "1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlilik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

⁶³ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 254.

⁶⁴ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 204.

sonucudur. Üreme hakkının, kişinin başka kişilerin yumurta ve spermlerini kullanarak biyolojik yönden anne veya baba olması fakat genetik yönden farklı bir anne veya babanın ortaya çıkmasına, özellikle sperm bankalarından alınan spermlerle yapılan yapay dölleme sonucunda genetik yönden bilinmeyen bir babanın varlığına, dolayısıyla soybağının karışmasına ve soybağının daha girift bir hale gelerek istenmeyen hukuki, ahlaki sorunlara ve bu sorunların kişi sağlığını tehdit edici boyutlara varmasına yol açmasının engellenerek bu çerçevede kısıtlanmasının gerektiği bizim görüşümüzdür. Özellikle aynı cinsten evliliklerde bu yolla dünyaya gelecek çocukların kişisel gelişimi açısından sıkıntılar doğuracağı için heterolog döllemeye soğuk bakılmalıdır. Böyle bir durumda çocuk iki babanın veya iki annenin olduğu bir ortamda büyüyecek ve hem cinsel hem duygusal yönlerden gelişimini yeterli şekilde sağlayamayacaktır.

Yaşam ortaklığı halinde heterolog döllemeye İngiltere, Fransa ve Avusturya'da izin verilmekle birlikte İsviçre Federal Mahkemesi yaşam ortaklığında toplumun ve çocuğun menfaati gereği partnerlerin heterolog dölleme yoluyla üreme özgürlüğüne ilişkin mutlak bir haklarının olmadığına karar vermiştir⁶⁵.

iii. Hukuki Sorunlar

Heterolog dölleme sonucu doğan çocuğun soybağının ne şekilde düzenleneceği büyük bir muammadır. Asında Yönetmelik gereği ülkemizde heterolog dölleme yasaktır. Yönetmelik m.18/5'te "*ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin*

⁶⁵ Erol, **a.g.e.** , s. 47.

verilmez.’’ düzenlemesine yer verilmiştir⁶⁶. Fakat her nasılsa heterolog döllenme gerçekleşmiş ve hamilelik meydana gelmişse bu gebeliğin sonucunda dünyaya gelecek çocuğun soybağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda karşımıza değişik olasılıklar çıkmakta ve her bir olasılığa göre değişik sonuçlar doğmaktadır. Bu olasılıklarda birden fazla anne ve baba olmaktadır. Bu olasılıkları sperm ve yumurta nakilleri başlığı altında inceleyeceğiz. Ama yine de burada değinmeliyiz ki soybağının belirlenmesine bağlı sonuçlar olarak velayet hakkının kime veya kimlere verileceği veya birden çok anne ve babanın velayet hakkını ne ölçüde paylaşacağı belirlenmesi gereken bir sorundur. Hukuken bir çocuğun birden fazla anne ve babası olamayacağı kabul edilmektedir⁶⁷. Bu noktada akılcı çözümlerden birisi de çocuğun velayetinin anne ve babalardan birine verilmesi ve diğer anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitimine katkıda bulunması ve onunla belirli aralıklarla görüşmesinin sağlanmasıdır. Ayrıca miras hakkı konusunda çocuğun aynı evlat edinmede olduğu gibi her bir anne ve babaya mirasçı olabilmesi çocuk yararı ilkesi gereği savunulmalıdır⁶⁸.

Eşlerden birinin rızası olmadan meydana gelen heterolog döllenmede ve eşlerin rızasının olmadığı halde, hekimin kasten veya ihmalen başkasına ait olan üreme hücreleriyle döllendirme gerçekleştirmesi durumunda, hekimin ve üreme merkezinin hem cezai hem hukuki sorumluluğu doğacaktır⁶⁹. Hukuki sorumluluk olarak tazminata hükmedilmesi gerekecektir. Ayrıca eşlerden birinin rızası olmadan meydana gelen heterolog döllenme, rızası olmayan eş için evliliğin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açma hakkı doğuracaktır⁷⁰.

b. Sperm Bağışı

Sperm bağışı, üremeye elverişli olan spermin başka bir kadının yumurtası ile döllendirilmesinde söz konusu olur⁷¹. Sperm bağışı, heterolog döllenmenin en yaygın

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, “Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 62 vd.

⁶⁷ Acabey, **a.g.e.**, s. 7.

⁶⁸ Aynı görüş için bkz. Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 392; Hüseyin Hatemi, **Türk Soybağı Hukuku**, 1. Sınıf Kısa Ders Kitabı, Sayfa Dijital Baskı, 2012, s. 10.

⁶⁹ Nomer, **Sun’i Döllenme**, s. 561; Erol, **a.g.e.**, s. 132.

⁷⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 142.

⁷¹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 382; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 60.

şekliyle dünyada olan yöntemidir. Başkasının spermının kullanılarak evli veya evli olmayan kadının yumurtası döllendirilebilir. Bazı ülkelerde bulunan sperm bankası uygulaması bu amaca hizmet etmektedir⁷².

Yönetmelik m.17/4'te '*Kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve spermiler ile bunlardan elde edilen embriyoların bu Yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Bu yasağa uymadığı tespit edilen merkezlerin faaliyetleri ile merkez dışında aynı faaliyetlerde bulunan yerlerin faaliyeti valilikçe derhal durdurulur.*' düzenlemesi yer aldığından Türk Hukuku'nda sperm bağışi kesinlikle yasaktır. Fakat bu yasağa rağmen bu şekilde dünyaya gelen bir çocuğun diğer çocuklara tanınan hukuki statülere sahip olması ve en başta bir soybağına sahip olması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Sperm bağışında bulunulan kadının evli olup olmamasına göre iki ihtimal mevcuttur.

Kadının evli olması durumunda; sperm nakillerinde veya başkasının spermi kullanılarak oluşturulan embriyoların nakilleri sonucunda dünyaya gelen çocuğun annesi doğuran kadın⁷³, baba ise anne ile evli olan kocadır⁷⁴. Bu ihtimalde kocanın soybağının reddi davası açıp açamayacağı gündeme gelmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu işleme rıza gösteren eşin daha sonradan soybağını reddedemeyeceği düzenlenmiştir. Ülkemizde eşin başka birinin spermi ile hamile kalması ahlaka aykırı görülmekle birlikte⁷⁵ buna rıza gösteren eşin TMK m.2 gereği kendi ahlaka aykırı davranışından fayda sağlayamaması ve soybağının reddi davası açamaması gerektiğini düşünenler vardır⁷⁶. Bu durumda sperm vericisinin herhangi bir babalık iddiası gündeme gelemeyecek, fakat çocuğun sonradan soybağının reddi davası açabilmesi, soybağının bilme hakkının gereği olarak söz konusu olabilecektir⁷⁷.

⁷² Sperm bankaları ile ilgili dikkat edilmesi konular ve ortaya çıkabilecek bazı sıkıntılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atabek, **a.g.m.**, s. 619-621.

⁷³ TMK. m. 282/1: '*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.*'

⁷⁴ TMK. m.282/2: '*Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanuma veya hâkim hükmüyle kurulur.*'

⁷⁵ Acabey, **a.g.e.**, s. 195; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 23: Yazar, kocasının rızası olmadan başkasının spermiyle çocuk sahibi olan kadının zina yaptığı ve zina nedeniyle boşanma davasının açılacağı görüşündedir.

⁷⁶ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 62; Nomer, **Sun'î Döllenme**, s. 584; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2005, s. 183.

⁷⁷ Nomer, **Sun'î Döllenme**, **a.g.m.**, s. 588; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 184.

Bununla birlikte, böyle bir uygulamanın kanuna ve ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olduğu, dolayısıyla eşin verdiği rızasının da hukuken geçersiz olduğu varsayıldığında TMK m.2'yi uygulamanın heterolog döllemenin uygulanmasına kanunen olanak verilmesi anlamına geleceği ve bu yüzden kocanın soybağının reddi davası açma hakkının elinden alınmaması gerektiği kanaatimizce daha uygun bir görüştür⁷⁸. Bu durumda, babanın çocuk ergin oluncaya kadar nafaka ödemeye mahkum edilmesi somut durumun ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir çözümdür⁷⁹. Başkasının spermının kocanın rızası olmadan kullanılması durumunda kocanın her zaman için soybağını reddetme hakkı bulunmaktadır⁸⁰.

Kadının evli olmaması ihtimalinde, çocuğun babasının sperm vericisinin olması gerekmektedir. Fakat sperm bağı gibi kişinin kendisinin anonim kalmasını istediği durumlarda annenin herhangi bir şekilde babalık davası açma hakkı olmayacağı fakat çocuğun soybağını bilme hakkı gereği babalık davası açma hakkı bulunduğu ileri sürülmektedir⁸¹. Ayrıca sperm vericisi, her zaman hukuki soybağını tanıma yoluyla kurabilir⁸². Tanıma şartları; tanınacak çocuğun hali hazırda soybağının bulunmaması ve bu çocukla genetik bağın olmasıdır⁸³. Dolayısıyla, soybağı reddedilen çocuğu sperm vericisi bu şartları taşıdığı için tanıyabilir.

Her iki ihtimalde de annelik açısından bir sıkıntı yoktur. Dölleme sırasında kadının kendi yumurtası kullanıldığı ve doğumu kadın gerçekleştirdiği için soybağı anneyle doğum ile kurulur⁸⁴. Dolayısıyla, anne, yumurta kendisinin olduğu için genetik, doğumu gerçekleştirdiği için biyolojik, soybağı kendisine bağlandığı için de hukuken annedir.

⁷⁸ Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik**, s. 387.

⁷⁹ Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2005, s. 132; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 64.

⁸⁰ Mustafa Ateş, "Nesep Hukuku Yönünden Sun'î Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu", **Yargıtay Dergisi**, C: XX, No: 3, 1994, s. 333; Özsunay, **Yapay Dölleme**, s. 78; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 183.

⁸¹ Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik**, s. 388.

⁸² Nomer, **Sun'î Dölleme**, s. 591.

⁸³ Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku C. II: Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 347-348; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, 6. Bası, Ankara, 2008, s. 991-992; M. Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 327-330; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C:II**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 279 vd.

⁸⁴ Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik**, s. 383; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 61.

c. Yumurta Nakli

Yumurta nakli, bir kadının üremeye elverişli olmayan yumurtası yerine bir başka kadının yumurtasının kendi rahmine nakledilmesi ve kocası veya başka birinin spermi ile döllendirilmesidir⁸⁵. Başkasının yumurtası kullanılarak kocanın spermi ile döllendirme gerçekleştirilip anneye oluşan embriyo nakledilebilir veyahut anne rahmine nakledilen yumurta ile sperm burada döllendirilebilir. Bu durumda çocuğu doğuran anne biyolojik anne, yumurtayı veren anne genetik anne olacaktır⁸⁶.

Kadının evli olması ve kocasının sperminin nakledilen yumurta ile döllendirilmesi halinde kadın kendi üvey çocuğunu dünyaya getirmiş olacaktır⁸⁷. Burada doğuran kadın biyolojik, yumurta vericisi genetik annedir. Yumurta vericisinin evli olması veya olmamasına göre iki ihtimal vardır.

Yumurta vericisinin evli olması ihtimalinde, yumurta vericisi genetik yönden annedir. Bağışlanan yumurta ile kocasının spermi döllendirildikten sonra doğumu gerçekleştiren kadın biyolojik annedir. Hukukumuzda doğuran kadın anne; anne ile evli olan koca baba olduğu için kural olarak sıkıntı gözükmemektedir. Fakat, doğuran anneden hiçbir kalıtsal özellik almayan çocuğun, genetik anneden mahrum kalması bir sıkıntı oluşturmaktadır. Biyolojik anneyle değil de; genetik anneyle soybağını kurduğumuz zaman genetik anneyle evli kocanın da baba olması ikinci bir babalık gündeme gelecektir. Yumurta vericisinin evli olmama ihtimalinde ikinci bir baba söz konusu olmayacaktır. Bu çetrefilli meselenin çözümü adına ortaya atılan görüşlerden biri; herkesçe belirlenebilen doğum olgusuna aksi iddia ve ispat edilemeyen annelik karinesine ve doğuran kadınla birlikte yaşama öncelik verilerek soybağının biyolojik anne ile kurulmasıdır⁸⁸. Aksi görüş, doğacak nesillerin sağlığını ön planda tutmakta, ileride kanunen birbirleriyle evlenmemesi gereken kişilerin

⁸⁵ Erol, **a.g.e.**, s. 47; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 388.

⁸⁶ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 167.

⁸⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁸ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 144, 166: Yazar, doğuran kadının anneliğinin kesin karine olduğu ve bunun aksi iddia edilemeyeceği için anne açısından soybağının reddi davasının gündeme gelemeyeceği görüşündedir. Aynı yönde görüş için bkz. Acabey, **a.g.e.**, s. 220; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 59: Yazara göre, Nesillerin sıhhati düşünülerek kan bağına üstünlük tanıyan görüşler, aile saadeti ve çocuk yararı ilkesi karşısında zayıf kalmaktadır.

evlenme tehlikesi bulunduğunu söylemekte ve soybağının kan bağı esasına göre genetik anne ile kurulmasını savunmaktadır⁸⁹.

Soybağının anne ile doğum yoluyla kurulduğu karinesinin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin ve günümüz ilerlemelerin ışığında değerlendirildiğinde aksi iddia ve ispat edilebilir olduğunu ve bu yönde kanuni boşluğun olduğunu savunanlar baba tarafından açılabilen soybağının reddi davası ile tanıma hakkının anne tarafından da kullanılması gerektiğini iddia etmektedir⁹⁰. Böylelikle biyolojik anne ve çocuk, soybağını reddedebilirken, genetik anne çocuğu tanıyabilecektir. Kanaatimizce, doğuran annenin soybağını reddedememesi gerekirken, çocuğun anne ile olan soybağını reddetmesi ve genetik anneye bağlanma isteği hukuken korunmalıdır⁹¹. Ayrıca, çocuk yararı ilkesi gereği bir çocuğun birden fazla annesinin bulunması da mümkün olabilmelidir⁹². Bu durumda, velayet hakkının biyolojik annede kalması ama genetik annenin de bakım ve gözetim yüküne katılması ve çocukla belli aralıklarla görüşmesi sağlanabilmelidir. Çocuğun her iki anneye de mirasçı olması da çocuk yararı ilkesi gereği hukuken düzenlenmelidir.

d. Embriyo Bağı

Hem spermin hem de yumurtanın başkasına ait olduğu durumlarda embriyo bağı söz konusudur. Bu durumda meseleler daha çetrefilleşmekte, soybağı ve miras hukuku ile hekimin hukuki sorumluluğu konusunda çözülmesi gereken zorlu meseleler ortaya çıkmaktadır⁹³. Bu ayrımımızda annenin evli olup olmaması ihtimallerine göre hareket etmeliyiz. Öncelikle şunu belirtelim ki anne ister evli olsun, ister evli olmasın bu şekilde çocuk sahibi olma, doğum öncesi evlat edinme olarak anılmaktadır⁹⁴. Annenin evli olmaması ihtimalinde, anne doğuran kadın olacak ve yukarıda bahsettiğimiz şekilde yumurta vericisi genetik annenin da hukuken anneliğinin tanınıp tanınmaması meselesi gündeme gelecektir. Baba

⁸⁹ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 683 vd: Yazar, ilk bakışta doğuran kadının anne olarak kabul edilmesinin aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu ve bu karinenin aksi ispat edildiği takdirde, doğuran kadının anneliğinin iptal edilmesi görüşündedir.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 190 vd.

⁹¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.167.

⁹² Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 392.

⁹³ Erol, **a.g.e.**, s. 44; Ateş, **a.g.m.**, s. 335.

⁹⁴ Nomer, **Sun'i Döllenme**, s. 557; Erol, **a.g.e.**, s.114.

yönünden de yumurta vericisi evli değilse tek bir baba ihtimali olacaktır ki bu sperm sahibi; evli ise iki baba ihtimali olacaktır ki bunlar; genetik annenin kocası ve sperm sahibidir.

Annenin evli olma ihtimalinde çocuğun yine iki annesi olacakken; baba ihtimali üç tane olacaktır ki bunlar; biyolojik annenin kocası, genetik annenin kocası ve sperm sahibidir. Bu ihtimallerde, soybağı meseleleri başkasının sperminin kullanılması⁹⁵ ve başkasının yumurtasının kullanılmasında bahsettiğimiz şekildedir⁹⁶.

II. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN EMBRİYO VE CENİN

A. Embriyo ve Cenin Kavramları

1. Genel Olarak

Sperm ve yumurtanın döllenesinden sonra doğumdan önce insanın anne karnında büyümesi ve gelişmesi gerekir. İşte bu evrede, anne karnındaki varlığa cenin denmektedir⁹⁷. Ceninin, gebeliğin ilk aylarında henüz organlarının oluşmadığı evresine embriyo; organlarının oluşmaya başlayıp az çok insan şeklini aldığı evresine de fetüs denmektedir⁹⁸. Tıp biliminin verilerine göre; embriyo evresi gebeliğin ilk sekiz haftası iken, fetüs evresi gebeliğin ilk sekiz haftasının sonundan doğuma kadar olan kısımdır⁹⁹. Ceninin tanımı Türk Medeni Kanunu'nda yapılmamış olmakla beraber miras hukuku ile ilgili hükümlerde cenine yönelik hükümler bulunmakta¹⁰⁰ ve bu hükümlerde cenin terimi geçmektedir. Yönetmelikte ise, embriyo kavramı kullanılmıştır. Bunun sebebi, kanaatimizce, yönetmelikte özellikle daha çok ceninin embriyo evresine ait konuların düzenlenmesidir.

⁹⁵ Bkz. s. 16-17.

⁹⁶ Bkz. s. 18-19.

⁹⁷ Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 17; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2010, s. 17.

⁹⁸ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 9.

⁹⁹ **A.e.**, s. 10.

¹⁰⁰ TMK m. 582/1: “Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.” TMK m. 643/1: “Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.”

2. Ceninin Kişiliğinin Başlangıcı

Ceninin kişi olmanın gereği olan hak ehliyetini ne zaman kazanacağı ve özellikle anne karnında geçen zamanda hak ehliyetinin kendisine tanıyacağı yaşam hakkı, miras hakkı gibi haklardan ne zaman yararlanacağı üzerinde duracağız. Ceninin bir insan veya kişi gibi yaşam hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesi, kürtaj, embriyolardan kök hücre edinme gibi birçok güncel meselelere doğrudan doğruya etkisi vardır. Özellikle, yapay dölleme sonucu elde edilen embriyonun ne zaman kişiliğinin başlayacağı da tartışmalıdır.

Türk Hukuku'nda kişiliğin kazanılması hali TMK'da belirlenmiştir. TMK m. 28/1 gereği "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*" Dolayısıyla bizim hukukumuzda kişilik doğumla kazanılmaktadır. Fakat, sağ ve tam doğan çocuğun anne karnındayken hak ehliyetinin kendisine tanınması ile kazanabileceği haklardan mahrum kalmaması için kişilik geçmişe etkili olarak düzenlenmiştir. TMK m. 28/ göre; "*Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*"

Anne rahmine düşen cenin, sağ ve tam doğmak şartıyla kişilik kazanacaktır. Dolayısıyla, cenin, sağ ve tam doğma geciktirici şartı gerçekleşmeden kişilik kazanamayacaktır. Geciktirici şart olan sağ ve tam doğum gerçekleştiğinde geçmişe etkili olarak kişiliğin ne zamandan başlatılması gerektiği sorusu önümüzde durmaktadır. Öncelikle sağ ve tam doğum kavramlarını inceleyeceğiz. Ardından anne rahmine düşme kavramının yeni gelişmeler ışığında yeterli olup olmadığından bahsedeceğiz. Son olarak da sağ ve tam doğum şartının geciktirici veya bozucu şart olarak değerlendirilmesi tartışmasına yer vereceğiz.

a.Sağ ve Tam Doğum

Tam doğum, doğumun ne zaman tamamlandığı ile ilgilidir. Doğumun tamamlanmış sayılması için çocuğun bütün organlarıyla annesinin karnından ayrılması ve bağımsız olarak yaşayabilmesi gerekir¹⁰¹. Sadece başın veya diğer bir

¹⁰¹ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku C. I: Başlangıç Hükümleri- Şahsın Hukuku**, Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 6. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007,

organın ayrılması tam doğum için yetmezken¹⁰², göbek bağının kesilmemesi tam doğuma engel değildir¹⁰³.

Sağ doğum şartı ise, çocuğun anneden tamamıyla ayrıldıktan sonra çok kısa bir süre de olsa yaşayabilmesidir¹⁰⁴. Yaşamının belirtisi olan nefes alıp vermeyi gerçekleştirmesidir¹⁰⁵. Doğduktan sonra belli bir süre yaşama şartı yoktur. Bu nokta önemlidir. Çünkü çocuk, bir saniye bile tıp biliminin kabul ettiği herhangi bir hayat belirtisi gösterirse sağ doğum gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁶. Çocuğun görünüşte ölü doğup sonradan tıbbi müdahale ile canlandırılması durumunda da sağ doğum gerçekleşmiş sayılır¹⁰⁷.

b. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Anne Rahmine Düşme Anının Değerlendirilmesi

TMK m. 28/1’de geçen “*ana rahmine düştüğü andan*“ lafzı, doğal yoldan üreme ve cinsel birleşmeyi esas kabul etmektedir. Doğal yoldan döllenmede spermin yumurta ile döllenmesi anne rahminde gerçekleşmektedir. Fakat üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sayesinde embriyo dış ortamda da döllendirilebilmektedir. Bu durumda tüpte döllendirilen embriyonun kişiliğinin başlangıcı olarak döllenme anının kabul edilmesini savunan görüşler¹⁰⁸ olduğu gibi kişiliğin başlangıç anı olarak, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması açısından nidasyon yani embriyonun anne rahmi duvarına tutunması anının kabul edilmesini savunan

s. 241; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s. 9; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 12; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 215; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 15.

¹⁰² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963, s. 175.

¹⁰³ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 241; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.175; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 215; Dural, Öğüz, **Kişiler**, s. 15.

¹⁰⁴ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.175; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 216; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁰⁵ Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 15; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **Kişiler**, s.12; Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 242.

¹⁰⁶ Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 14; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 216; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 13; Arpacı, **a.g.e.**, s. 6; Dural, Öğüz, **Kişiler**, s. 16.

¹⁰⁷ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁰⁸ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 224; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 15; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 53; Arpacı, **a.g.e.**, s. 9.

görüşler¹⁰⁹ de vardır. Döllenme anını savunan görüşlere göre; ilkin mevcut hüküm yapay döllenmeyi hesaba katmadığı için yapay döllenme açısından uygulanmamalıdır¹¹⁰. İkinci olarak kanunda bir boşluk vardır ve bu boşluğun günümüz gereklerince doldurulması gerekir¹¹¹. Son olarak da üremeye yardımcı tedavi yöntemleri düşünülerek hüküm geniş yorumlanmalıdır¹¹². Bu açıdan bakacak olursak; TMK m. 288'e göre "Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez. Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur." hükmü ile TMK m. 28/2 birlikte değerlendirilmelidir. Soybağının reddinde, babanın soybağını reddinin engellenmesi için ana ile cinsel ilişkiye girdiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi önemli olan döllenme anıdır ve bu doğal yoldan döllenmede cinsel ilişki, yapay döllenmede ise tüpte veya anne rahminde döllenmedir. Bu görüşe göre; mevcut kanun hükmü yeterli değildir ve yeni gelişmeler ışığında geniş yorumlanmalı ve hem doğal hem de yapay döllenmeyi kapsayan döllenme anı, kişiliğin başlangıç anı olarak değerlendirilmelidir¹¹³.

Kanaatimizce, TMK ile de uyumlu olan nidasyon anı yani anne rahmine embriyonun tutunma anı kişiliğin başlangıç anı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü çok sayıda embriyonun elde edildiği ve hangisinin anne rahmine implante edileceğinin belli olmadığı bir anda hak ehliyetinin söz konusu olmaması gerekmektedir¹¹⁴. Ayrıca, aşağıda da belirteceğimiz gibi, sağ ve tam doğum şartını bozucu şart olarak kabul ettiğimizden dolayı henüz tüpteki embriyoya kişilik haklarını tanımış olacağız. Bu ise, kişilik haklarının en önemlisi olan yaşam hakkının başlangıcı demektir. Fakat kanaatimizce, tüpteki embriyonun kişi olma yolundaki

¹⁰⁹ Yusuf Büyükay, "Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu", **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 130; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 220.

¹¹⁰ Arpacı, **a.g.e.**, s. 9.

¹¹¹ **A.e.**, s.10.

¹¹² Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 223.

¹¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 16; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 22; Arpacı, **a.g.e.**, s. 10.

¹¹⁴ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 130.

pasif potansiyelinin anne rahmine implante edilmesi ile aktif potansiyelliğe geçmesi gerekmektedir¹¹⁵.

c. Sağ ve Tam Doğum Şartının Hukuki Niteliği

Doktrinde hakim görüş; sağ ve tam doğum şartının geciktirici şart olduğu yönündedir¹¹⁶. Buna göre; cenin sağ ve tam doğana kadar kişilik kazanmamıştır. Kişilik kazanmadığı için doğmuş bir insan gibi değerlendirilmeyecektir. Bu yüzden ceninin doğumdan önceki ahlaki statüsünün ne olması gerektiği ile ilgili görüşlere yukarıda değinmiştik. Doğumla birlikte kişilik geçmişe etkili olarak kazanılacaktır¹¹⁷. Bunun doğal sonucu olarak cenin, bir görüşe göre dölleme anından, bir görüşe göre nidasyon anından itibaren miras hakkına sahip olacak, anne karnındayken veya tüpteyken kendisine karşı işlenen haksız fiillere karşı dava açabilecek, bu süre zarfında kendisine bağışlama yapılabilecek veya kendisi lehine bir sözleşme yapılabilecektir¹¹⁸. Özellikle, hekimin kusurlu tıbbi müdahalelerinde ve yanlış teşhisinden kaynaklı özürlü doğumlarda cenin, hekimden maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir. Sağ ve tam doğum gerçekleşmezse, kişilik hakkı elde edilemeyecek ve bu hakların hiçbiri söz konusu olamayacaktır.

Doktrinde ifade edilen sağ ve tam doğumun bozucu nitelikte bir şart olduğu görüşünün amacı, cenine daha doğmadan kişiliğin verdiği haklardan yararlanma fırsatı bahşetmektir. Böylelikle cenin daha doğmadan, kişi olarak değerlendirilecektir. Sağ ve tam doğumun gerçekleşmesi ile kişilik devam edecektir.

Kanaatimizce, sağ ve tam doğum şartının yaşam hakkı bakımından bozucu şart olarak kabul edilmesi daha uygundur. Kişilik haklarına bağlı olarak da cenine nidasyon anından itibaren yaşam hakkı tanınmış olacaktır. Fakat, yine de

¹¹⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik**, s. 253

¹¹⁶ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.176; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 20; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 221; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 19; Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 245; Arpacı, **a.g.e.**, s. 8; Dural, Ögüz, **Kişiler**, s. 19.

¹¹⁷ Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1997, Yıl: 11, No: 14, s. 108; Yazar, TMK m. 28/2 düzenlemesine ihtiyacın olmadığı görüşündedir. ; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 222; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 17; Arpacı, **a.g.e.**, s. 8.

¹¹⁸ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 27-28.

belirtmeliyiz ki, yaşam hakkı bakımından bozucu şart niteliğini kabul etsek de miras ve malvarlığı açısından sağ ve tam doğum bir geciktirici şart özelliği taşımaktadır¹¹⁹.

3. Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkı

a. Yaşam Hakkı ve Başlangıcı

Sperm ve yumurta hücreleri kendi başlarına bir canlı olmakla beraber zigot oluşumu gerçekleştikten sonra canlılıklarını kaybederler. Zigot oluşumu ile beraber canlılık durumu kesilmeden yaşam zinciri devam eder. Biyolojik anlamda yaşam bu süreçlerle başlamış olsa bile kişilik açısından tek başına bir birey olmaya başlama anının belirlenmesi gerekir¹²⁰.

Tıbbın gelişmediği ve çocuk ölümlerinin çokça yaşandığı zamanlarda bazı toplumlarda çocuğun ağlaması, annesinin memesini bırakması ve hatta çocuğa isim verilmesi bile kişilik hakkını kazanılması anı olarak belirlenmişti. Tıbbın ilerlemesi ve çocuk ölümlerinin azalması, çocuk sahibi olamayan bireylerin bile yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olabilmesi yaşamın başlangıç anının tekrar ele alınmasına yol açmıştır. Yaşamın başlangıcı ile ilgili üç farklı görüş mevcuttur. Bunlar; dölleme anını kabul eden, hamilelik boyunca oluştuğunu kabul eden ve doğum anını kabul eden görüştür. Bazı toplumlarda kişiliğin kazanılması doğumla olurken; bazı toplumlarda doğumdan sonra meydana gelen bazı olaylarla mümkündür¹²¹.

Dölleme anını esas alan görüş, döllemiş embriyonun insan onuruna yakışır derecede saygıyı hak eden bir canlıdan ziyade yaşam hakkına sahip bir insan olduğu ve daha doğmadan yaşam hakkını dölleme anından itibaren kazandığını savunmaktadır¹²².

Yaşamın hamilelik boyunca kazanıldığını savunan görüşler için bazı yaşam başlangıç anları mevcuttur. Bunlardan ilki, embriyonun bilinçli isteklerinin oluştuğu

¹¹⁹ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **Kişiler**, s.11; Kalkan Oğuztürk, **Biyetik**, s. 258.

¹²⁰ Bonni Steinbock, "The Morality of Killing Human Embryos", **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Volume 34, Spring 2006, s. 27.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan Oğuztürk, **Biyetik**, s. 222.

¹²² **A.e.**, s. 231.

aşamadır ki bu dönem 24. ve 32. hafta olarak kabul edilmektedir. İkinci kabul edilen başlangıç anı, bebeğin canlanma hareketlerinin anne tarafından hissedildiği aşamadır ki ultrason teknolojisi ile bu dönem 6 ila 7. hafta olarak belirlenmiştir. Üçüncüsü, fetüsün acıyı ve mutluluğu hissettiği aşamadır. Bir diğeri, ceninin insan suretini alma anıdır. Sonuncusu ise, implantasyon anıdır ki üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından önem arz etmektedir¹²³.

İnsan yaşamının doğumla başladığını kabul eden görüş, doğumdan önceki aşamalar için cenine yaşam hakkı tanımamaktadır. Hatta, yaşamın doğumdan sonraki bir anda başladığını kabul eden görüş de mevcuttur¹²⁴.

b. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Açısından Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkının Başlangıcı ve Korunması

Yaşam hakkının başlangıç anının değerlendirmesinin ardından incelememiz gereken husus yapay dölleme ve özellikle in-vitro embriyo naklinde tüpteki embriyonun yaşam hakkının ne andan itibaren başlayacağı ve nasıl korunacağıdır. Tüpteki embriyo anne-babasından kopmuş ve kendi başına ayrı bir değeri olan canlıdır. Öncelikle, embriyonun doğum anına kadar olan süredeki ahlaki statüsünün ne olacağı belirlemeliyiz.

Embriyoya tanınan yaşam hakkının başlangıç anına göre, nasıl korunması gerektiğine dair görüşler ortaya çıkacaktır. Bu mesele ile ilgili genel olarak dört görüş karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşlerden ilki olan tür görüşüne göre; embriyo, dölleme anından itibaren insan türüne aittir ve dölleme sonucunda embriyonun oluştuğu zamandan itibaren türünün karakteristik kapasitelerine potansiyel olarak

¹²³ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 233.

¹²⁴ **A.e.** , s. 231: Annenin istememesi veya devlet politikası yüzünden yeni doğan bebekler öldürülebilmektedir. Amerika'da her yıl 5000 bebek öldürülürken, Çin'de tek çocuk politikası yüzünden ikinci çocuklar öldürülmektedir.

sahiptir¹²⁵. Buna göre; tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılamaz, öldürülemez ve sahip olduğu insan haklarından hiçbiri ihlal edilemez¹²⁶.

İkinci görüş, devamlılık görüşüdür. Bu görüşe göre; zigot aşamasından itibaren doğmuş bir insanla aynı statüdedir çünkü doğmuş her insan, bir embriyonun gelişimi ile meydana gelmiştir¹²⁷.

Üçüncü görüş olan benzerlik görüşüne göre, embriyo, doğacak insanın genetik kimliğini taşımakta ve bu yönden diğer insanlardan farklı ve doğacak insana benzemektedir.

Dördüncü görüş olan potansiyellik görüşüdür. Bu görüşe göre döllenme anından itibaren embriyonun doğmuş bir insan gibi kabul edilemeyeceği ama onun potansiyel bir insan oluşumunun tüm gereklerini gösterdiği için doğmuş bir insan gibi korunması gerektiği savunulmaktadır¹²⁸.

Kanaatimizce, embriyonun yaşam hakkı döllenme anından- in-vitro nakil durumunda tüpte bulunduğu andan- itibaren rahme implante edilmesiyle birlikte başlar. Bunun anlamı, tüpteki embriyonun yaşam hakkının olmaması, dolayısıyla, dondurulduktan sonra hukuken yasaklanan şekilde imha edilmesi veya bağışlanması, üzerinde deneysel amaçlı araştırmalar yapılması ve genlerine müdahale edilerek değiştirilmesi değildir. Bu aşamada potansiyel bir insan adayı olduğu için insan onurunun çiğnenmesi demek olan her hareketten masun tutulması gerekir. Ama yaşam hakkını kazanması için embriyonun pasif potansiyelinin, anne rahmi duvarına tutunması ile aktif potansiyele geçmesi lazımdır. Çünkü üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından, laboratuvar ortamında çokça embriyo üretildiği ve hangisinin anne rahmine nakledileceğinin belli olmadığı bir dönemde bütün

¹²⁵ Aykut Çoban, “İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü”, **Toplum ve Bilim**, No: 109, 2007, s. 258.

¹²⁶ Stefanie Hochreuter, **Die Problematik des Embryobegriffs und der Referenzkategorie “Mensch”**, Breyer Verlag, 2008, s. 28.

¹²⁷ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 218: Yazarın görüşüne göre erken dönem embriyosu rahim duvarına tutunduktan sonra insan olarak değerlendirilmelidir. Çünkü devamlılık görüşünde gözden kaçan şey, in-vitro nakilde tüpteki embriyonun söz edilen potansiyelliğinin aktive edilmesi için dıştan bir müdahalenin gerekmesi ve bu müdahale olmadan embriyonun gelişim göstermemesidir.

¹²⁸ Hochreuter, **a.g.e.**, s. 47.

embriyolara yaşam hakkı tanımak amacı aşan bir yorum olacaktır¹²⁹. Fakat, şunu da göz ardı etmemeliyiz ki, tüpteki embriyonun yaşam hakkı bulunmasa dahi, üzerinde insanlık onuru ile bağdaşmayacak deneyler ve müdahaleler yapılmaması gerekir. Bu yüzden diyebiliriz ki, gelecekte kişi olabilecek embriyoya kişiye gösterilen saygının yansıtılması ve haklarının bu kapsamda korunması gerekir¹³⁰. Embriyo iken kendisine zarar verilmemesi veya verilmiş zararlardan etkisi devam edenler için kişilik haklarına dayanarak dava açabilmesi için kişiliğin yansıma etkisinin kabulü hakkaniyet içeren bir yaklaşım olacaktır.

3. Embriyonun ve Üreme Hücrelerinin Kişilik Değeri veya Malvarlığı Olarak Değerlendirilmesi

Embriyo, sperm ve yumurtanın döllenmesi ile oluşan sağlıklı insan yumurtasıdır¹³¹. Dondurularak saklanan üreme hücreleri ve embriyonun bir malvarlığı olup olmadığı tartışmalıdır.

Eğer, embriyoyu bir malvarlığı hakkı olarak kabul edersek, eşya olarak nitelemiş olacağız. Eşya, insanların ihtiyaçlarını gidermeye yarayan, edinilmesi mümkün, yani üzerlerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli maddi mallardır¹³². Doğal özellikleri gereği üzerlerinde fiili hakimiyet kurulabilen bazı maddi şeylerin başkaları tarafından edinilmesi engellenmiştir. Bunun en açık örneği insan organlarıdır. Hukuk düzenimizce bazı şartlar altında nakli, saklanması ve bağışlanması mümkün olan insan organlarının satım gibi ivazlı sözleşmelere bir eşya gibi konu edilebilmesi mümkün değildir. Fakat ahlaki ve etik yaklaşımlara göre, bir insan organının veya parçasının eşya sayılıp sayılmaması farklılıklar gösterir.

İnsandan kopan veya bir şekilde ayrılan saç, tükürük gibi maddelerin taşınır eşya olduğu ileri sürülebilirse, üreme hücrelerinin bunlardan bir farkının olmadığı

¹²⁹ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 130.

¹³⁰ Leyden Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Broekhuisen-Molenaar'ı hukuk sujesinin yansıma etkisi kavramı ile ilgili bkz. Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 14.

¹³¹ Jörn Ipsen, **Der "verfassungsrechtliche Status" des Embryos in vitro**, JZ, 2001, H.20, s. 989.

¹³² Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, 1. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 26.

kabul edilebilir¹³³. Bu durumda, üreme hücreleri, malvarlığı olarak nitelendirilecektir. Embriyonun anne karnında döllenmesi durumunda annenin vücut bütünlüğünün bir parçası¹³⁴, tüpte döllenmesi durumunda eşya olarak kabul edilmesini ileri süren görüşler mevcuttur¹³⁵. Bu durumda, tüpte döllenmiş embriyo, sperm ve yumurtanın birleşmesiyle oluştuğu için paylı veya elbirliği halinde mülkiyete tabi; eğer evlilik birliği içinde oluşan bir embriyo ise mal rejimine tabi bir eşya olacaktır¹³⁶.

Vücuttan ayrıldıktan sonra tamamen bağımsız bir mahiyet kazanan insana ait maddelerin taşınır eşya gibi düşünülmesi, fakat somut olaya göre, genetik miras açısından insandan bir parça taşıyan ve bunları gelecek nesillere taşıyabilecek üreme hücreleri gibi maddelerin kişilik değerlerinin bir uzantısı olarak görülmesi gerektiğine dair bir görüş ileri sürülmüştür¹³⁷. Böylelikle, üreme hücreleri hem aynı hakka konu olabilecek ve aynı korumalardan yararlanabilecekken, aynı zamanda ait olduğu kişinin bir kişilik değeri olarak kişiliğin korunmasına da konu olabilecektir. Aynı durum embriyolar için de geçerli olacaktır.

Bu görüşlere karşın, kanaatimizce, sperm ve yaşam arasındaki ilişki¹³⁸ ile embriyonun gelişimini tamamlayıp bir insan olacağı düşünülürse, her ikisinin de malvarlığı olarak nitelendirilmemesi gerekir¹³⁹.

Üreme hücreleri, her ne kadar ait oldukları kişiden kopsa da o kişinin kişilik haklarının bir parçasıdır. Embriyo ise, kadın ve erkeğin üreme hücreleriyle oluştuğu için her ikisinin ortak kişilik değeridir. Fakat üreme hücrelerinin birleşmesiyle oluşan embriyo, doğana kadar kişi statüsünde olmasa da, anne ve babasından ayrı, onların malvarlığı haklarından öte bir canlı, nidasyon veya implantasyon anından itibaren yaşama hakkına sahip bir varlık ve döllenme anından itibaren de insan onuruna yakışır şekilde korunması gereken bir insan adayıdır.

¹³³ Arif Barış Özbilen, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 36.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 17.

¹³⁵ Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, 2009, s. 273.

¹³⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 275.

¹³⁷ Özbilen, **a.g.e.**, s. 98.

¹³⁸ Erol, **a.g.e.**, s. 39.

¹³⁹ Aynı görüş için bkz. Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 241.

B. Embriyo Nakli Türleri

1. In-Vivo

a. Tanımı

Sperm ve yumurtanın anne rahminde döllenmesinden sonra oluşan embriyonun başka bir kadının rahmine yerleştirilmesiyle in-vivo embriyo nakli gerçekleşmiş olur¹⁴⁰. Bu yöntemde, kocanın veya başkasının spermi ile başkasının rahminde döllenmiş embriyo başka bir kadının rahmine nakledilmektedir.

b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri

In-vivo embriyo naklinin tercih edilme nedenlerine göre birden çok ortaya çıkış şekilleri vardır. Öncelikle; çocuk yapma yeteneğine sahip olmayan kadının bir çocuğu doğuma kadar rahminde taşıyabilme yeteneği varsa, başka bir evli eşlerin cinsel ilişki veya homolog döllenme yoluyla elde ettiği embriyonun söz konusu kadının rahmine nakli mümkündür. Bu durum çocuğun genetik anne-babasıyla onu dünyaya getiren biyolojik anne-baba farklı olduğu için doğum öncesi evlat edinme olarak adlandırılmaktadır¹⁴¹.

Bir başka ihtimalde, kadının yumurtalığına ilişkin bir sorunun var olduğu düşünülebilir. Bu sorunlar, vajinanın hücreleriyle sperm arasında sperm hücrelerinin ölümüne yol açacak derecede uyumsuzluk bulunması veya rahim boynu salgısının sperm hücrelerinin içeri girmesine engel olması olabilir. Bu durumda kocanın spermi başka bir kadının rahminde döllendikten sonra kocanın eşinin rahmine nakledilir. Bu durumda, koca çocuğun genetik babasıyken, kadın çocuğun biyolojik annesidir¹⁴². Yani, kadın kendi üvey çocuğunu doğurmaktadır.

Son ihtimalde, evli kadının gebeliği ve doğumu kaldıramayacak seviyede hasta olması sebebiyle, cinsel ilişki veya homolog döllenme yoluyla rahminde oluşan embriyo başka bir kadının rahmine aktarılır ve doğum gerçekleştikten sonra

¹⁴⁰ Ateş, **a.g.m.** , s. 331; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 24.

¹⁴¹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 453.

¹⁴² Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 453, Ateş, **a.g.m.** , s. 341.

kendisinden alınıp evli çifte verilir¹⁴³. Bu durumda çocuğu dünyaya getiren anneye taşıyıcı anne denir.

c. Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

İn-vivo embriyo naklinin hukuka uygun olup olmamasıyla ilgili olarak herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Fakat yönetmelikteki m. 18/5 “*ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez.*” düzenlemesi ele alındığında böyle bir uygulamanın hukuka uygun sayılmayacağı sonucu çıkmaktadır. Her nasılsa in-vivo embriyo naklinin gerçekleştiği varsayılırsa, soybağı hukuku açısından ortaya çıkan hukuki sorunlara çözüm getirmek gerekecektir.

Birinci ihtimalin söz konusu olduğu başka evli çiftin embriyosunun başka bir evli kadının rahmine nakledildiği hallerde, doğum öncesi evlat edinme söz konusu olacaktır. Bu durum hukuka uygun kabul edilmemektedir¹⁴⁴. Bizce de öncelikle burada yasak olan heterolog dölleme söz konusudur. Ayrıca, TMK’da böyle bir evlat edinme yöntemi de düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda, çocuğun iki annesi ve iki babası mevcuttur. Başkasının sperm ve yumurtasının kullanıldığı durumlarda soybağı açısından getirilen çözümlerin burada da uygulanması gerekecektir¹⁴⁵.

İkinci ihtimalde, yani, babanın ortak annelerin ise iki tane olduğu bu ihtimalde, biyolojik anne, doğuran kadın olduğu için yasal annedir. Genetik annenin de anneliğini tespit ettirebilmesi, çocuğun sonradan annesini reddederek genetik

¹⁴³ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 453, Ateş, **a.g.m.** , s. 341.

¹⁴⁴ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 453.

¹⁴⁵ Bkz. s. 18 vd.

anneye soybağı açısından bağlanabilmesi mümkün olmalıdır¹⁴⁶. Son ihtimalde taşıyıcı annelik söz konusudur. Bu konuya taşıyıcı annelik bahsinde değineceğiz¹⁴⁷.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise dondurulmuş embriyo konusudur. Eşlerin döllenme sonucu oluşan embriyoları, ilk denemede başarısız olunması halinde ve ırsi ya da kromozom hastalıkları bakımından incelemeye alınmak amacıyla dondurulabilmektedir. Dondurulan embriyolar, Yönetmelik m. 18/13 gereği 5 yıl saklanabilmektedir. Fakat bu embriyoların, Yönetmelik m. 18/12 gereği, eşlerin ölümü veya boşanmaları halinde imha edilmesi gerekmektedir. Dondurulmuş embriyonun eşin ölümünden sonra anne rahmine nakledilmesi hukukumuzda yasak olmasına rağmen böyle bir işlemin gerçekleştirilmesi halinde ortaya çıkabilecek soybağı sorunlarına homolog döllenme bahsinde değinmiştik¹⁴⁸. Böyle bir yasak işlemi gerçekleştiren hekimin sorumluluğuna, bu yüzden miras payından yoksun kalan yasal mirasçılar tarafından, ahlaka aykırı fiil nedeniyle gidilebilir¹⁴⁹.

2. In-Vitro

a. Tanımı

Bu uygulamada, sperm ve yumurta anne rahminde değil de dış ortamda, genellikle bir tüp içinde döllenmekte ve bu uygulamaya kamuoyunda tüp bebek denmektedir¹⁵⁰.

b. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri

Yeterli sayıda sperm hücresinin olmayışı, rahim kanallarının tıkalı veya alınmış olması veyahut tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olması, rahim ağzı tıkanıklığı, rahim boynunun spermi öldürücü salgılar salgılaması in-vitro

¹⁴⁶ Bkz. s. 21-22.

¹⁴⁷ Bkz. s. 48 vd.

¹⁴⁸ Bkz. s. 10 vd.

¹⁴⁹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 381.

¹⁵⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 43; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 452; Ateş, **a.g.m.**, s. 331; Erol, **a.g.e.**, s. 56.

embriyo naklini gerektiren sebeplerdir¹⁵¹. Çiftleri bu uygulamaya iten neden her ikisinden kaynaklanacağı gibi çiftlerden birine de ait olabilir.

c. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Ortaya Çıkan Disiplinler Arası Sorunlar ve Değerlendirmeler

(1) Biyoteknolojik Değerlendirme

In-vitro embriyo naklinde yumurtaların döllenmesi ile embriyolar oluşur ve anne rahmine yerleştirilir. In-vitro embriyo naklinde döllenmeyi takip eden 2. ya da 5. gün transfer gerçekleştirilir. Transfer sırasında embriyolar genel olarak 4-8 hücreye sahip olmaktadır. In-vitro embriyo nakli çok kısa süreli bir işlemdir. Genellikle 5–10 dakika kadar süren ağrısız bir uygulama olduğu için hastaya anestezi yapılmamaktadır. İşlemden sonra hasta biraz dinlendirilerek evine yollanmaktadır¹⁵².

İşlem sırasında hasta muayene pozisyonuna alınmakta ve spekulum yerleştirilmektedir. Rahim ağzı özel hazırlanmış sıvılar ile temizlendikten sonra embriyologların inceleyerek seçtiği embriyolar katater adı verilen bir alet ile kadının rahmine transfer edilmektedir¹⁵³. Embriyo sayısı bazı durumlara göre değişim göstermektedir. Ancak yeterli miktardan fazla transfer edilen embriyolar çoğul hamileliklere neden olabilir. 30 yaş grubundaki hastalarda az sayıda kaliteli embriyo ile sağlıklı hamilelikler sağlanabilmektedir. Ancak yaşı ilerlemiş hastalarda embriyo kalitesi düşük olacağı için transfer edilecek embriyo sayısı daha fazla olmaktadır. Çok sayıda embriyonun rahim içine yerleştirilmesinin hamilelik şansını artırdığı görülmektedir¹⁵⁴. Embriyo transferinin ardından 12 gün sonra kanda hamilelik testi yapılarak hamileliğin oluşup oluşmadığı kontrol edilmektedir¹⁵⁵.

Bu işlemler sonucu kadınların yaklaşık % 50'sinde hamilelik oluşur. Ancak bu hamileliklerin bir kısmı düşük ile sonlanır. Tedaviye giren çiftlerin uygulama

¹⁵¹ Erol, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁵² <http://www.cemficipcioglu.com.tr/embriyo-transferi/>, (Çevrimiçi, 22.03.2013).

¹⁵³ Lewis Vaughn, **Bioethics, Principles, Issues and Cases**, Oxford University Press, New York, Oxford, 2010, s. 355.

¹⁵⁴ Hamilelik oranları, bir embriyo yerleştirildiğinde yaklaşık %10, üç embriyo yerleştirildiğinde ise % 40 -50 civarındadır.

¹⁵⁵ <http://www.cemficipcioglu.com.tr/embriyo-transferi/>, (Çevrimiçi, 22.03.2013).

başına yaklaşık % 40'ında çocukları olmaktadır. Bu oran birçok uygulama sonucu % 70 – 80'lere çıkabilir. Geri kalan % 20 – 30'luk grup modern tıbbın bütün olanaklarına rağmen günümüzde çocuk sahibi olamamaktadır¹⁵⁶.

(2) Biyoetik Sorunlar

In-vitro embriyo naklindeki esas mesele tüpte bulunan embriyonun dondurulması ve dondurulmuş embriyo üzerinde araştırma amaçlı müdahalelerde bulunulmasıdır. Ayrıca, birden fazla embriyo üretimi halinde kullanılmayan embriyoların akibetinin ne olacağı önemli bir sorundur.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin¹⁵⁷ tüpte embriyolar üzerinde araştırmaya ilişkin 18. maddesi şu şekildedir: “(1)Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanır. (2) Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.”

Bu maddeye ilişkin uyuşmazlıklar, özellikle, ikinci fıkradaki kısıtlayıcı hüküm sebebi ile doğmuştur. Sadece araştırma amacı ile insan embriyosunun yaratılması yasağının tedavi amacı ile embriyo yaratılmasını içerip içermediği tartışmalıdır.

In-vitro embriyo naklinde, tüpte bulunan embriyoya yapılacak müdahalelerin sınırının ne olacağının belirlenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Embriyonun tam bir ahlaki statüye sahip olduğunu düşünenlere göre tüpte oluşturulan her bir embriyonun anne rahmine yerleştirilmesi ve ona bir yaşam hakkının sağlanması gerekir. Bu görüşü paylaşan bazı görüşler ise embriyoya tüpte yapılan her türlü müdahaleyi deney olarak kabul ederler. Her ne kadar, doktrindeki baskın görüş olan sağ ve tam doğum geciktirici şartı gerçekleşmeden ceninin kişi olması mümkün

¹⁵⁶ <http://www.kadinlarkulubu.com/portal/saglik/tup-bebek-saglik/tup-bebek-nedir-28505.html>, (Çevrimiçi, 15.03.2013).

¹⁵⁷ Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye, Sözleşme'yi, TBMM'nin 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile uygun bulması üzerine, 16 Mart 2004 tarihinde onaylamıştır. Bunadan sonra Avrupa Biyotıp

olmasa da, tam ahlaki statüye sahip olan embriyolara böyle müdahalelerin insan onurunun çiğnenmesi olarak görülmesi gerekmektedir¹⁵⁸. Ayrıca, sağ ve tam doğumu bozucu şart olarak değerlendiren görüşe göre, döllenme anından itibaren embriyonun kişi olarak yaşama hakkı var olacaktır. Bu şekilde tüpteki embriyolara yapılacak herhangi bir müdahale kişilik haklarının çiğnenmesi olacaktır¹⁵⁹. Fakat, kişiliğin başlangıcı anını nidasyon anı olarak gören görüşe göre, bozucu şartın kabulünde dahi tüpteki embriyoyu kişi olarak görmemekte ama dondurulmuş embriyoya yapılacak her türlü müdahaleyi insan onurunun çiğnenmesi olarak değerlendirmektedir¹⁶⁰.

Embriyonun potansiyel bir insan adayı olarak görülmesi halinde ise, tüpte yapılacak müdahalelerle ilgili daha az etik sorunlar ortaya çıkacaktır. Özellikle Amerikan Etik Kurulu'nun görüşüne göre, in-vitro embriyo naklinin güvenilirliği açısından önemli bir bilimsel bilginin elde edilmesi söz konusu ise, uygulamaya başvuran evli çiftlerin aydınlatılmış onamları alınarak embriyo üzerinde deney yapılabilmektedir. Fakat buna rağmen döllenme anından itibaren 14 gün geçtikten sonra embriyo üzerinde herhangi bir deney yapılamaz. Çünkü artık embriyonun ikiz olma ihtimali ortadan kalkarak ayrı ve tam bir birey olarak gelişmesi söz konusudur.

Embriyoya kişi gibi hukuksal koruma sağlayan anayasalarda, bu araştırmaların yapılması beklenmeyecektir. Bu tür uç bir koruma, İrlanda'da görülmekte ve İrlanda Anayasası'nda insan embriyonu kişi gibi korunduğu için, embriyona zarar veren kök hücre çalışmaları yasaklanmaktadır. Almanya Anayasası'nda da, kendi tarihinden gelen temkinli tutum neticesinde embriyonun menfaatine tıbbi müdahalelerde bulunamayacağı düzenlenmişse de 2002 yılına kadar başka ülkelerden ithalat yapılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. 2002 yılından itibaren ise ithalat, insan embriyolarının yok edilmesine neden

¹⁵⁸ Yeşim Işıl Ülman, "İnsan Embriyosu Üzerinde İn Vitro Araştırma Yapma Koşulları Hakkında Kurul Görüşüne Dair Belge", **Tıbbi Etik**, C: III, No: 1, 1995, s. 32.

¹⁵⁹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 253: Yazar, sağ ve tam doğumun bozucu şart olduğunu kabul ederken, kişiliğin başlangıç anının nidasyon anı olduğunu; kişiliğin başlangıcı olarak döllenme anının kabul edilmesi halinde embriyoların imha edilmelerinin yaşam hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir.

¹⁶⁰ **A.e.**, s. 221.

olacağından yasaklanmış; ancak sıkı denetimler altında buna izin verildiği de gözlemlenmiştir¹⁶¹.

İnsan embriyosunu deney malzemesi olarak gören karşı uç korumanın düzenlendiği ülke hukuku olmamakla beraber genellikle bu iki sistem arasında orta yol bulunmuştur. Bu noktada, insan haysiyeti dolayısı ile embriyoya, özellikle gelişim evrelerine göre değer atfedilmekte, embriyo kişi gibi korunmamaktadır¹⁶².

Embriyolardan alınan kök hücrelerin özellikle parkinson, alzheimer gibi hastalıkların tedavilerine yönelik çalışmalar için çok önemli olduğu düşünülürse, sözleşmenin ilgili maddesinin ifadesinin eksik kaldığı anlaşılabacaktır. Sözleşmede geçen “ *sadece araştırma amaçlı embriyon yaratılması yasaktır*” ifadesinin tedavi amacını da kapsadığı düşünülürse, birçok hastalığın tedavisine yönelik araştırma yapılamayacaktır. Bu hususta Birlik üyesi ülkelerde konunun farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir.

Artan embriyolardan kök hücre alınmasına koşullu olarak izin vermek bu düzenlemelerden ilkidir. Gerçekten, yapay dölleme ile çocuk sahibi olmak isteyen kişiler için laboratuvar ortamlarında embriyolar meydana getirilirken bunlardan yetecek kadar olanı ana rahmine yerleştirilmekte, geride fazla embriyo kalmaktadır. Artan bu embriyolardan kök hücre almasına izin veren ülkelerden bazıları Finlandiya, Yunanistan, Hollanda ve İngiltere’dir¹⁶³.

Artan kök hücrelerden dahi embriyo alınmasını yasaklamak bir diğer düzenlemedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, embriyoya kişi ya da kişiye yakın değer atfeden ülkelerde böyle bir yasak olması doğaldır. Özellikle İrlanda, Almanya, Fransa ve Danimarka artan kök hücreler üzerinde araştırma yapmayı yasaklamıştır. Embriyolar ve kök hücrelere ilişkin herhangi bir hukuksal düzenleme olmayan, kök hücre alınması ve bilimsel araştırma amaçlı embriyo yaratmaya müsaade eden düzenlemeler de bulunmaktadır. Nihayet gerek yasama yolu ile gerek Avrupa

¹⁶¹ Alvina Gojayeveva, “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri: Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Yıl: 1, No: 1, 2009, s. 51.

¹⁶² Gojayeveva, **a.g.m.** , s.51.

¹⁶³ **A.y.** , s.52.

Biyotıp Sözleşmesi'nin onaylanması sebebi ile bilimsel araştırma amaçlı embriyo yaratılmasını yasaklayan düzenlemeler de bulunmaktadır.

Türkiye, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ni onaylarken organ nakline ilişkin çekince koymuşken bu maddeye ilişkin bir çekince koymamıştır. Ancak sözleşmenin ilgili maddesi üzerinde tartışmalar devam ettiği için, yasaklanan şeyin tam olarak ne olduğu bilinmemektedir. Sağlık Bakanlığı'nın 19 Eylül 2005 tarihli genelgesinde¹⁶⁴ embriyonik kök hücre çalışmalarının yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Hal böyleyken gebeliklerin on haftaya kadar ana rızası ile sona erdirilmesine Türk Hukuku'nda imkân tanınmıştır. Kanaatimizce burada bir çelişki vardır, embriyodan daha gelişmiş olan ceninin varlığı sona erdirilebilirken embriyolar üzerinde çalışma yapılmaması hatalı bir tutumdur. Benzer şekilde Yönetmelik m. 18/4'te, kendisine üremeye yardımcı tedavi uygulanacak kişilerden alınan yumurta ve spermelerden elde edilen embriyoların başka maksatla bulundurulması, saklanması ve kullanılması yasaklanmıştır. Halbuki ana rahmine yerleştirilmeyen embriyolar, saklanılmasa ve kullanılmasa zaten varlığını yitirecektir.

Kanaatimizce, kök hücre almak için embriyo yaratılması, insan klonlamaya paralellik taşıdığı için insan haysiyetini zedeler. Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu, Avrupa Biyotıp Sözleşmesine Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanması İlişkin Protokol'de bir insana özdeş, canlı ya da cansız başka bir insan yaratmayı amaçlayan müdahalelerin insan haysiyetine aykırı olması sebebi ile yasak olduğu belirtilmiştir. Ancak artan embriyolardan kök hücre alınması, etik ve dini olarak¹⁶⁵ sakıncalı görülse de bütün insanlığın onuruna hizmet edeceği için mazur görülmelidir. Keza artan embriyolar, ana rahmine konulmayan embriyolar olduğu için, gelişimine devam

¹⁶⁴ TC Sağlık Bakanlığı, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Yayın Tarihi: 19.09.2005; No: 2005/141.

¹⁶⁵ Zaruret halinde tedavi amaçlı klonlamanın dini açıdan sakıncalı olmadığı, İslâm Konferansı Teşkilatı'na bağlı olarak çalışmalarını sürdüren Mecmau'l-Fıkhî'l-İslamî'nin (İslam Fıkıh Akademisi), 28 Haziran - 3 Temmuz 1997 tarihleri arasında Cidde'de düzenlenen 10. Dönem Toplantısı'nın 10d/1/99 sayılı kararında, "el-İstinsâhu'l-Beşerî" başlığıyla ele alınmıştır. Ayrıca 14-17 Haziran 1997 tarihleri arasında Fas Krallığı'nda, Akademi'nin de yardımıyla, merkezi Kuveyt'te bulunan İslam Tıbbî Bilimler Örgütü tarafından düzenlenen 9. Tıbbî Fıkıh Toplantısı'nda birçok eser incelenmiş ve aynı görüş benimsenmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki bu konudaki temel şart; dinî beş temel maksat (makâsîd-ı hamse) olan din, can, akıl, nesil ve mal konusunda terki mümkün olmayan maslahatlar ile evrensel etik değerlere aykırılık taşınmamasıdır. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, Konuyla ilgili Köprü Dergisinin sorularına 22.08.2003'te verilen cevap, **Köprü Dergisi**, S. 83, Yaz dönemi 2003, s. 99.

edip yaşama ve hak sahibi olma imkânına erişememektedir. Bu tür embriyolar üzerinde araştırma yapmak hem henüz tedavi yöntemleri bulunmayan hastalıkları aydınlatma amacı taşımaktadır hem de belirttiğimiz hukuki düzene sahip olan ülkelere bilim göçü yaşanmasına engel olacaktır.

In-vitro uygulamasının kaliteli insan üretimi vasıtası haline gelmesi ve ticari amaçlar uğruna embriyo üzerinde deneyler yapılabilir endişesinin taşınması in-vitro embriyo nakline soğuk bakılmasına neden olmaktadır. Ayrıca, dondurulmuş ve belli bir zaman geçtikten sonra dünyaya gelmiş bebekler için çocuk yararı ilkesinin çiğnendiği ileri sürülmekte ve özellikle ikiz bebeklerin çok daha sonra dünyaya gelmelerinin kişilik problemleri yaratacağı savunulmaktadır. Feminist görüşe göre ise kadın bedeni ticarileşmektedir.

Tüm bu görüşlere rağmen in-vitro embriyo naklinin uygulanması, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlere sağlıklı bebeklere sahip olma fırsatı sunmaktadır. Bu yüzden, embriyo üzerinde her türlü deneyin yapılmasını engelleyecek ve tıbbi müdahale çerçevesinde tedavi amaçlı olacak şekilde in-vitro nakillerin uygulanmasının bir kanun çerçevesinde düzenlenmesi sağlanmalıdır¹⁶⁶. Böylelikle, uygulamanın kimler tarafından ve kimler için, nasıl ve nerede yapılacağına sınırları çizilebilecektir.

¹⁶⁶ “1990 yılından bu yana Almanya’da Embriyo Koruma Kanunu(Embryonenschutzgesetz) yürürlüktedir. Bu yasa kimin hangi amaçla ve ne şekilde embriyolar ile muamelede bulunabileceğini düzenler. Sadece özel eğitilmiş hekimlere yapay dölleme hizmeti sunmalarına izin verilmektedir. Yapay dölleme, sadece yumurta hücresi alınan kadında hamileliği geliştirme amaçlı yapılabilmektedir. Bunun için de sadece bir tedavi denemesinde kadına yerleştirebilecek sayıda döllemiş yumurta hücresinin laboratuvarında embriyo olarak gelişmesine izin verilmektedir. Bir tedavi denemesinde en çok üç embriyonun yerleştirilmesine izin verilmektedir. Cinsiyet belirlemesi, yumurta hücresi bağıışı ve kiralık annelik yasaktır. Embriyolar üzerinde deney yapmak kesinlikle yasaktır. Yumurta ve sperm hücrelerinin sorumluluk çerçevesinde muamele görmeleri en üst önceliktir.” [http://www.kinderwunschzentrum.org.tr /cocuk-sahibi-olma-istegi / embriyo-koruma-kanunu,](http://www.kinderwunschzentrum.org.tr/cocuk-sahibi-olma-istegi/) (Çevrimiçi, 22.03.2013) ; Almanya’daki bu kanunun temel özellikleri esas alınarak Türkiye’de de böyle bir kanunun yapılması elzemdir. Embriyo gibi insan onurunu ilgilendiren bir konu sadece yönetmelikle getirilmiş bir korumadan daha fazlasını hak etmektedir. Fakat tedavi amaçlı klonlamayı mazur gören ve 5n1k çerçevesinde sınırların açıkça belirlendiği maddeler içeren bir kanun Türkiye’ye embriyo konusunda çağ atlatacaktır.

(3) Hukuki Sorunlar

Tüp bebek uygulamasının hukuka uygun kabul edilmesi için homolog dölllenme tarzında meydana gelmesi gerekir. Embriyoyu oluşturan sperm ve yumurtaların evli eşlere ait olması gerektiği ve aksi halde neler olacağı m.18/5'te şöyle düzenlenmiştir: *“ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez.”* Sperm ve yumurtaların evli eşlere ait olmaması durumunda yani heterolog dölllenme durumunda soybağı açısından nelerin olabileceği hakkında yukarıda açıklamalarda bulunmuşuk¹⁶⁷.

Birden fazla embriyo transferinin yapılması için gerekli şartların neler olduğu ve aksi davranışlarda nelerin olabileceği hakkındaki Yönetmelik m. 18/8'in b bendi şu şekildedir: *“Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir. Bu yasaklara aykırı hareket eden merkezlerin ilk tespitite 3 ay, ikinci tespitite 6 ay yeni başvuru kabulü durdurulur. Aykırılığın devam etmesi halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilir.”*

Eşlerin üreme hücreleri, gonad dokuları ve fazladan elde edilen embriyolarının saklanması ve aksi halde getirilen müeyyideler Yönetmelik m. 18'in 11. , 12. ve 13. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir:

¹⁶⁷ Bkz. s. 17-18.

Yönetmelik m. 18/11: “Aşağıda belirtilen tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaktır. Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbi zorunluluk halleri şunlardır. a) Erkeklerde; 1) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, 2) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, 3) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması vb.) öncesinde, 4) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda. b) Kadınlarda; 1) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, 2) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, üreme hücreleri ve gonad dokuları, bu materyallerin güvenliği açısından verici adaya ait DNA analizi ile birlikte saklanır. Bu fıkranın (a) bendinin (1) ve (4) numaralı alt bendlerinde belirtilen tıbbi zorunluluklar nedeniyle sperm veya testis dokusunun saklanması durumunda, dondurulma tarihinden itibaren 90 gün içinde DNA analizi aranmaz. Bu süreyi aşması halinde DNA analizinin bulunması gereklidir. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl dokuların/hücrelerin saklanması için kişi mutlaka başvuruda bulunarak rızasının devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçesini vermelidir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin yıllık protokol yenilememesi, isteği ve ölümü durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularına ilişkin bilgiler bu sisteme kayıt edilir.”

Yönetmelik m. 18/12: “Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen sürenin son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.”

Yönetmelik m. 18/13: *"Bu maddenin 11 ve 12 nci fıkralarında belirtilen numuneler merkezlerde en fazla beş yıl saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır. Zamanında müdürlüğe bildirim yapılmamış ve kayıt altına alınmamış numunelerin tespiti halinde denetim formundaki idarî müeyyide uygulanır."*

Ayrıca, evli eşlere ait olmayan üreme hücreleriyle embriyonun oluşması halinde çözülmesi gereken soybağı sorunları olacaktır ki heterolog döllenme başlığı altında bunlara değinmiştik¹⁶⁸.

C. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Preimplantasyon - Prenatal Genetik Tanı Testleri

1. Preimplantasyon Genetik Tanı Testleri

Teknolojinin gelişmesi ve gen biliminin vardığı seviye sayesinde daha embriyo iken hatta üreme hücresi iken yapılacak genetik testler ile bir çocuğun cinsiyetinin belirlenmesi, hastalıklı veya özürlü doğabilecek çocuğun daha embriyo iken belirlenerek doğmasının engellenmesi söz konusu olabilecektir. Fakat böyle testlerin hep bir olasılık taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır¹⁶⁹.

Preimplantasyon genetik tanı, daha anne rahmine yerleştirilmeden birden çok embriyo üretilerek en iyisinin seçilmesi yoluyla hamile kalınmasını sağlar. Böyle bir imkanın varlığı çocuk sahibi olmak isteyen çiftleri cezbedebilir. Özellikle, doğacak çocuğunun cinsiyetini belirlemek preimplantasyon genetik testler sayesinde mümkün olabilecektir. Bir görüşe göre; hamile kaldıktan sonra özürlü olduğu teşhis edilen çocuğunu doğurup doğurmama noktasında özgür olan bireyin henüz doğmamış olan çocuğunun cinsiyetini belirleme noktasında da özgür olması gerekir¹⁷⁰. Bir görüşe göre; bu tür cinsiyet seçimleri, özellikle Doğu toplumlarında erkek seçimi baskın

¹⁶⁸ Bkz. s. 17-18.

¹⁶⁹ Lainie Friedmann Ross, "Prenatal Testing and Newborn Screening", **The Cambridge Textbook of Bioethics**, Ed. by. A. Peter Singer/A.M. Viens, Cambridge University Press, 2008, s.105.

¹⁷⁰ Julian Savulescu, "Sex Selection: The Case For", **Bioethics: An Anthology**, Second Edition, Ed. by. Helga Kuhse and Peter Singer, Blackwell Publishing, 2006, s. 147.

olacağı için, bir cinsiyet ayrımcılığı doğuracaktır¹⁷¹. Daha ılımlı bir görüşe göre de; cinsiyete bağlı kalıtsal hastalıkların söz konusu olduğu hallerde cinsiyet seçimi mümkün olmalıdır¹⁷².

Bir görüşe göre; preimplantasyon genetik testleri eşleri ve hekimi birden fazla hamilelik sonucu özürlü doğabilecek çocukların hamilelik sırasında teşhis edilerek hamileliğe son verme zahmetinden kurtarmaktadır¹⁷³. Böylelikle, gelecekteki özürlü çocuğun yükünü taşıyamayacak eşlere yardım edilmiş olacaktır¹⁷⁴. Ayrıca, istenmeyen genetik özellikler gelecek nesillere aktarılmamış olacaktır¹⁷⁵. Meseleye kürtaj noktasından yaklaşırsa, ileride muhtemel bir kürtaj olayından bu testler sayesinde sakınılmış olunabilir¹⁷⁶.

Preimplantasyon genetik testlerin insanları “yaşama değer” ve “yaşamaya değer olmayan” diye ikiye ayırması tehlikesi olduğu ileri süren görüşlere göre; bu testler sosyal açıdan büyük bir tehlikedir¹⁷⁷. Bu ayırım sadece hastalıklı veya özürlü bir birey olma açısından değil ileride katil olma potansiyelinin olup olmaması açısından embriyonun daha anne karnına implante edilmeden imha edilmesi gibi maksadını aşan uygulamalara konu olmasına yol açabilir.

Preimplantasyon genetik testlerin aleyhinde olan görüşlerin ortak noktası; bu testlerin önünün alınmazsa, embriyonun başka amaçlarla kullanılmasına yol açılabileceğidir¹⁷⁸. Embriyonun ahlaki statüsü düşünüldüğünde, araştırma amaçlı kullanılması, kök hücre uygulamalarıyla genetiğiyle oynanması gibi insan onuruyla bağdaşmayacak durumların meydana gelebileceği endişesi vardır.

¹⁷¹ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 274: Yazar, feminist görüşleri aktardığı kısımda ılımlı feminist görüşten de bahsetmiş ve bu görüşe göre; cinsiyet seçimi uygulamasının amacının ve sonucunun cinsiyet ayrımcılığı izleri taşımaması halinde, etik yerindelikten söz edilebileceğinden bahsetmiştir. Barbara Böckenförde-Wunderlich, **Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, s. 11: Yazar, 1989 yılında New York'ta yapılan araştırmada, çoğunluğu göçmen olan aileler tarafından cinsiyet seçimi yapıldığını ve tamamının erkek çocuğu seçtiğinin saptandığını aktarmaktadır.

¹⁷² Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 273.

¹⁷³ Friedhelm Hufen, **Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht**, MedR 2001, s. 449.

¹⁷⁴ Ipsen, **a.g.e.**, s. 447.

¹⁷⁵ Böckenförde-Wunderlich, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁷⁶ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 131.

¹⁷⁷ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 277.

¹⁷⁸ Böckenförde-Wunderlich, **a.g.e.**, s. 12.

Ülkemizde, Yönetmelik m. 18/4 gereği “Kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve spermiler ile bunlardan elde edilen embriyoların bu Yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Bu yasağa uymadığı tespit edilen merkezlerin faaliyetleri ile merkez dışında aynı faaliyetlerde bulunan yerlerin faaliyeti valilikçe derhal durdurulur.” Ayrıca, cinsiyet seçiminin önüne geçmek amacıyla Yönetmelik m.18/9’da şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir.” Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Bu durumun tespiti halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve merkez ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilir.”

Kanaatimizce, embriyoların üreme amacı dışında kullanılmasına izin verilmemesi isabetli olmuştur. Bununla beraber ihtiyaç duyulandan fazla embriyo üretilmesinin yasaklanması ile keyfi uygulamaların önüne geçilmesi insanlık onurunun korunması¹⁷⁹ adına yerinde bir düzenleme olmuştur.

2. Prenatal Genetik Tanı Testleri

Hamilelik sonrası veya doğum öncesi genetik tanı testlerinin en büyük özelliği çiftlere, doğacak olan çocuğun ailede olan genetik bir bozukluğu taşıyıp taşımadığı, çocuğun özürli olarak doğup doğmayacağı hakkında bilgi vermesidir. Bu sayede çiftler, doğacak çocuklarının sağlıklı olması halinde huzurlu bir hamilelik dönemi geçirecekken; çocuğun herhangi bir rahatsızlık sahibi olması halinde kürtaj yoluyla hamileliği sona erdirebilecektir.

Prenatal genetik tanı testlere karşı çıkan görüşlere göre, genetik bir olumsuzluğun tespiti halinde herhangi bir tedavinin henüz mevcut olmaması bu testlerin etik açıdan kabul edilmemesi için yeterlidir. Ayrıca, genetik açıdan tasarlanmış bebeklerin yeni gelişmeler sayesinde hızla sayısının artacağı endişesi de bu testlere karşı çıkılmasının sebeplerinden biridir.

¹⁷⁹ Daha geniş bilgi için bkz. Oğuz Şimşek, “Anayasa Hukukunda İnsanlık Onuru Kavramı ve Korunması”, İzmir, 1999, Basılmamış Doktora Tezi, s. 137.

Prenatal genetik tanı testlerini savunan bir görüşe göre, bu testlerin uygulanması hastalıkların daha kolay teşhis edilmesine ve bilinçli kararlar verilmesine imkan tanıyacaktı¹⁸⁰. Fakat bu bilinçli kararlardan biri olan kürtaja karar verilirken çiftler üzerinde baskı kurulmaması gerekir¹⁸¹. Bir görüşe göre, bile bile bir insanın dünyaya özürlü olarak gelmesinin önlenmemesi veya ihmal edilmesi başlı başına sorumsuzluktur¹⁸². Bazı görüşlere göre ise; prenatal genetik tanı testlerinin önlenmesi, bir insanın daha sağlıklı bir yaşama sahip olmasının engellenmesi ve dünyadaki özürlü ve hasta insanların sayısının artması anlamına geleceği için etik değildir¹⁸³. Karşı görüş, böyle bir yaklaşımın özürlü insanlara karşı yapılan bir ayrımcılık olduğu ve böyle insanların dünyada istenmediğine dair mesaj taşıdığı kanaatindedir¹⁸⁴.

Fakat kabul edilmelidir ki, nasıl ki hastalıklara karşı tedavi yolları aramak hasta ve özürlü insanlara karşı bir ayrımcılık değilse, prenatal genetik tanı testleri de aynı şekilde bir ayrımcılık değildir. Burada dikkat edilmesi gereken genetik teşhisin yapılırken ırkçılığa ve ayrımcılığa götürebilecek kürtaj uygulamalarının önüne geçmek ve kürtaj yapılması konusunda çiftlere baskı yapmamaktır¹⁸⁵.

III. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ BAKIMINDAN TAŞIYICI ANNELİK

A. Tanımı

Bir kadının yapılan anlaşma gereği, doğumdan sonra çocuğu isteyen çifte veya bir kadına vermek üzere karnında taşımasına taşıyıcı annelik denir¹⁸⁶. Eğer taşıyıcı anne, bunun karşılığında bir ücret alıyorsa kiralık anne, herhangi bir ücret

¹⁸⁰ Jürgen Simon, **Genomanalyse-Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf**, MDR. , 1995, H. 5, s. 7.

¹⁸¹ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 138.

¹⁸² Robert Green, "Prenatal Autonomy and the Obligation not to Harm One's Child Genetically", **Journal of Laws Medicine and Ethics**, 1997, 25 (1), s. 5-15.

¹⁸³ Vaughn, **a.g.e.** , s. 467; Laura M. Purdy, "Genetics and Reproductive Risk: Can Having Children Be Immoral?", **Bioethics: An Anthology**, Second Edition, Ed. by. Helga Kuhse and Peter Singer, Blackwell Publishing, 2006, s. 116: Yazar, etik olarak, ciddi bir hastalığın çocuğa geçebilmesi ihtimalinin yüksek olduğu üremelerin yapılmaması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁸⁴ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 281.

¹⁸⁵ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 138.

¹⁸⁶ Acabey, **a.g.e.** , s.177.

almıyorsa ödünç anne olarak adlandırılır. Eğer, taşıyıcı anne ayrıca embriyonun oluşumunda kendi yumurtasını kullanıyorsa yedek anne olarak adlandırılır. Yedek annelik geleneksel bir yöntem olduğu söylenmektedir. Çocuğu olmayan evli kadının evlilik birliğı devam ederken kocasının kuma getirmek suretiyle başka bir kadınla ilişkiye girmesi ve doğacak çocuğun evlilik birliğı içinde doğmuş gibi kabul edilerek doğuran kadın -yani kumanın- doğacak çocuğu vermesi uygulanagelmiş bir yöntemdir¹⁸⁷. Ayrıca, çok eskilere dayandırılan bir inanişaya göre, Hz. Yakup'a eşi bir köle hediye etmiş ve bu köleden doğan çocuk Hz. Yakup ile eşinin kabul edilmiştir¹⁸⁸.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, Amerika'da bazı eyaletlerde geçerli¹⁸⁹ iken bazı eyaletlerde de geçersiz¹⁹⁰ kabul edilmiştir. Fransa'da ve Almanya'da taşıyıcı annelik yasaklanmıştır.

B. Uygulama Alanı ve Tercih Sebepleri

Evli veya evli olmayan bir kadının bedensel yapısı veya genetik bir hastalığı yüzünden hamileliğı kaldıramayacak durumda olması nedeniyle kendisine ait yumurtasının kendi rahminde veya tüpte döllendikten sonra bir taşıyıcı annenin rahmine nakledilmesi mümkündür. Ayrıca kariyer planları yapan anne adaylarının başvurduğu bir yoldur. Bazı durumlarda taşıyıcı annenin yumurtalarının kullanılması da mümkündür. Evli kadının hem yumurtalığına ilişkin sıkıntılarının hem de gebeliğı kaldıramayacak olması halinde bu yola başvurulabilir. Bu yola homoseksüel ilişki içerisinde çocuk sahibi olmak isteyen erkekler de başvurmaktadır.

C. Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

Öncelikle değinmemiz gerekir ki hukukumuzda taşıyıcı annelik geçersiz kabul edilmektedir. Yönetmelik m. 18/4 ve m. 18/5 gereğı adaylardan alınan üreme hücrelerinin ve elde edilen embriyoların her ne maksatla olursa olsun başka

¹⁸⁷ Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik**, s. 198: Günümüzdeki şekliyle bir taşıyıcı annelikten değil, geleneksel olarak bir taşıyıcı annelikten bahsedilmektedir.

¹⁸⁸ Erol, **a.g.e.**, s.60.

¹⁸⁹ Kentucky, Arizona ve Utah'ta taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçersizdir.

¹⁹⁰ Florida, Arkansas ve Nevada'da taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sinan Yılmaz, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim "Surrogate Motherhood"**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002, s.79.

adaylarda kullanılması yasaklanmıştır. İşte bu yüzden taşıyıcı annelik sözleşmeleri, emredici düzenlemeler karşısında kanuna, kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı olduğundan geçersiz kabul edilmiştir¹⁹¹. Hukukumuzda doktrinde taşıyıcı annelik sözleşmesinin soybağı, miras ve kişisel verilerin korunması alanında yeni düzenlemeler yapılarak serbest bırakılmasının daha faydalı olacağı dile getirilmektedir¹⁹². Ayrıca, bir kadının rahminin hamileliğe elverişli olmaması nedeniyle başka bir kadının doğacak çocuğu rahminde taşımasına homolog dölleme yolu kullanılmak şartıyla izin verilmesi gerekir diyenler de vardır¹⁹³. Bu değerlendirmelerden sonra taşıyıcı annelik uygulaması sonucunda ortaya çıkabilecek soybağı sorunlarına kısaca değineceğiz.

Evli eşlerden homolog dölleme ya da cinsel ilişki yoluyla elde edilen embriyonun in-vivo nakil ile taşıyıcı anne rahmine yerleştirilmesi mümkündür. Evli olan eşlerin üreme hücreleri kullanılarak in-vitro nakil ile taşıyıcı anne rahmine nakil de mümkündür. Bu durumda genetik anne yumurta sahibi ve çocuğu doğumdan sonra isteyen annedir. Taşıyıcı anne ise biyolojik annedir. Ayrıca, taşıyıcı annenin evli olması halinde kocanın babalığı da söz konusu olabilecektir.

Heterolog dölleme türünde de in-vivo veya in-vitro embriyo nakil ile taşıyıcı anne rahmi çocuğun doğması için kullanılabilir. Burada, kiralık annelik söz konusudur. Evli olmayan kadının yumurtası ile başkasının sperminin kullanılması, evli kadının yumurtası ile başkasının sperminin kullanılması ve hem başkasının yumurtasının hem de başkasının sperminin kullanılması yoluyla oluşan embriyonun taşıyıcı anne rahmine nakli durumunda karmaşık soybağı sorunları ortaya çıkacaktır. Özellikle son ihtimalde, başkasının spermi ile başkasının yumurtasının kullanılması durumunda ortaya biyolojik, genetik ve gönüllü anne olmak üzere üç anne adayı çıkarken; bu anne adaylarının hepsinin evli olması durumunda üç baba adayına ek olarak dördüncü baba adayı olarak spermi kullanılan kişi karşımıza çıkacaktır. Kiralık annelik olayında, doğum ve hamilelik olgusunu ön plana çıkararak annenin

¹⁹¹ Şükran Şıpka, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, http://www.turkhukuk sitesi.com / makale_537.htm.

¹⁹² Yener Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Açısından Yapay Dölleme", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 58.

¹⁹³ Erol, a.g.e. , s.123.

doğuran kadın olduğuna dair aksi ispat edilemez bir karine olduğunu iddia eden görüş mevcuttur¹⁹⁴. Ayrıca, çocuk yararı ilkesi gereği, çocuğun bütün annelere mirasçı olmasının sağlanmasını, evlenme yasağının getirilmesini ve çocuğun hangi anneye tevdi edileceği meselesinin Aile Mahkemesi tarafından belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür¹⁹⁵.

Yedek annelik olarak adlandırdığımız halde taşıyıcı annenin yumurtası kullanılacaktır. Bu durumda, taşıyıcı anne hem genetik hem de biyolojik anne olurken doğan çocuğu isteyen anne de gönüllü anne olarak kalacaktır. Burada taşıyıcı anneyi daha ön plana çıkaran bir soybağı çözümü daha uygun gözükmektedir¹⁹⁶.

Fakat bütün bu ihtimallerde çocuk yararı ilkesi gereği birden çok anne ve babanın kabul edilmesi, fakat çocuğun velayetinin doğuran anneye verilmesi ve çocuğun bütün annelerinden miras hakkına sahip olması ve evlenme yasağının tesis edilmesi mümkün olabilmelidir.

¹⁹⁴ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 99, 108; Aynı görüşte Acabey, **a.g.e.** , s. 220 vd.

¹⁹⁵ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **Aile**, s. 111-112; Aynı görüşte Kırkbeşoğlu, **a.g.e.** , s. 78.

¹⁹⁶ Nomer, **Sun'i Döllenne**, s. 574.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN UYGULANMASININ TIBBİ MÜDAHALE OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TÜRLERİ BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

A. Tıbbi Müdahale Tanımı ve Unsurları Bakımından

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik her türlü faaliyettir¹⁹⁷. Bu faaliyetler, kişilerin bedensel, ruhsal, fiziksel bir hastalığını veya noksanlığını teşhis ve tedavi etmek; bunun mümkün olmadığı durumlarda olumsuz etkileri en aza indirmek amacıyla yapılan en basit teşhis ve tedaviden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanır¹⁹⁸. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, hem psikolojik hem de üreme bakımından bir tedavi olup tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir¹⁹⁹. Yönetmelik m. 4/h'de üremeye yardımcı tedavi yöntemleri “*Anne adayının yumurtası ile kocanın spermını çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalarını ifade eder.*” şeklinde tanımlanarak tıbbi müdahale olma özelliği vurgulanmıştır.

Teşhis, tedavinin yapılabilmesi için bir kişide mevcut bulunan fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığın ne olduğunun tıp bilimine uygun olarak belirlenmesidir²⁰⁰.

¹⁹⁷ Ayan, **a.g.e.** , s. 5; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 15; Berna Özpınar, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, **Sağlık Hukuku Kurultayı** 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 270; Filiz İpekyüz Yavuz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, 2006, s. 22; Hatice Sarıtaş, **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, Ankara, 2005, s. 18; Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 5.

¹⁹⁸ Ayan, **a.g.e.** , s. 5; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 22; Özgül, **a.g.e.** , s. 6.

¹⁹⁹ Özpınar, **Yapay Döllenme**, s. 36.

²⁰⁰ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 24; Özgül, **a.g.e.** , s. 6.

Diğer bir ifadeyle bulgulara bakılarak hastalığın tespiti işlemidir²⁰¹. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından teşhis, çocuğu olmayan evli eşlerin çocuk sahibi olamama nedenlerinin belirlenmesidir.

Tedavi, bir kişide mevcut bulunan fiziksel veya psikolojik rahatsızlığın tespitinden sonra bu rahatsızlığı ortadan kaldırmak veya hastalıkları önlemek amacıyla yapılan faaliyetlerin bütünüdür²⁰². Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından tedavi ise, evli eşlerin çocuk sahibi olamama nedenlerinin tespitinden sonra anne adayının yumurtası ile kocanın spermını çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferinin sağlanmasıdır.

Tıbbi müdahalenin uygulandığı şahıs hasta olarak adlandırılır. Hasta Hakları Yönetmeliği²⁰³ m. 4'te hasta, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimse” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ihtiyacı olan evli eşleri hasta olarak adlandırabiliriz.

Tıbbi müdahalenin unsurları yetkili bir hekim tarafından icra ve bu icranın doğrudan veya dolaylı tedavi amacını taşımasıdır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde gerekli nitelikleri sahip hekimler tarafından icra edilir. Söz konusu merkezlerin planlanması, açılması ve faaliyetlerine ilişkin meseleler Yönetmelik tarafından düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile doğrudan veya dolaylı tedavi amacına ilişkin bilgileri hukuka uygunluk için gerekli genel şartlarda inceleyeceğiz. Fakat burada belirtmeliyiz ki, yetkili hekim veya merkez tarafından icra edilmeyen ve tedavi amacı taşımayan faaliyetler tıbbi müdahale niteliği taşımazlar. Ayrıca bu tür faaliyetler hukuka aykırılık taşırlar. Örneğin; başkasının sperm ve yumurtası kullanılarak çocuk sahibi olmak isteyen bir kişinin bu isteği yönünde yapılan faaliyet tedavi sayılmayacağı için tıbbi müdahale değeri taşımayacağı²⁰⁴ gibi Türk Hukukunda hukuka aykırı kabul edilmiştir.

²⁰¹ Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 18; Özgül, **a.g.e.**, s. 7.

²⁰² İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 25; Özgül, **a.g.e.**, s. 7.

²⁰³ R.G. 01.08.1998, No: 23420. Bundan sonra HHY olarak anılacaktır.

²⁰⁴ Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 69; Ayan, **a.g.e.**, s. 42; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 26; Erol, **a.g.e.**, s. 111.

B. Tıbbi Müdahale Türleri Bakımından

1. İcra Ediliş Tarzına Göre Tıbbi Müdahale Türleri Bakımından

Tıbbi müdahalelerin kişinin doğrudan doğruya vücut bütünlüğünü etkileyip etkilememesine göre yapılan bu ayırım, vücut bütünlüğüne yönelik ve vücut bütünlüğüne dokunmamakla beraber vücut ve ruh sağlığına yönelik müdahaleler olarak ikiye ayrılır²⁰⁵. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, organ aktarmaya ilişkin, cinsel faaliyete ilişkin ve estetik amaçlı müdahalelerdir. Ameliyat sonrası kontroller, psikolojik tedavi, ilaç tedavisi, protezle yapılan tedaviler ise vücut ve ruh sağlığına yönelik müdahalelerdir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması, bir görüşe göre, vücut ve ruh sağlığına yönelik bir tıbbi müdahale iken²⁰⁶ bizim de katıldığımız görüşe göre cinsel faaliyete ilişkin vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelerdir²⁰⁷.

2. Uygulanan Tedavi Yönteminin Yaygınlığı Bakımından

a. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler Bakımından

Geleneksel tıbbi müdahaleler, uzun süreden beri uygulanan, tıp bilim ve uygulamasında yerleşmiş, taşıdığı risk ve başarı şansının önceden bilindiği ve gelenekselliği yeterince denenmiş tıbbi müdahale türüdür²⁰⁸. Geleneksel tıbbi müdahaleler yeterince denenmiş olduğundan tedavi amacına en uygun tıbbi müdahalelerdir. Hastanın aydınlatılarak rızasının alınmasıyla beraber tıp biliminin objektif verileriyle yapılacak bir tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır²⁰⁹.

b. Yeni Tıbbi Müdahaleler Bakımından

Yeni tıbbi müdahaleler, henüz tıp bilim ve uygulamasında yerleşmemiş, henüz araştırma aşamasında olan ve taşıdığı risk ve başarı şansının belli olmadığı

²⁰⁵ Ayan, **a.g.e.** , s. 16.

²⁰⁶ **A.e.** , s. 16 vd.

²⁰⁷ Özgül, **a.g.e.** , s. 132 vd.

²⁰⁸ Ayan, **a.g.e.** , s. 10; Özgül, **a.g.e.** , s. 16-17.

²⁰⁹ Ayan, **a.g.e.** , s. 11.

tıbbi müdahale türüdür²¹⁰. Bu yüzden yeni bir tıbbi müdahaleyi hastasına uygulayacak hekimin özen borcu ağırlaşmakta ve aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir²¹¹. Yeni tıbbi müdahaleler, tedavi amaçlı tıbbi denemeler ve araştırma amaçlı tıbbi denemeler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Tedavi amaçlı tıbbi denemelerde amaç hastanın tedavi edilmesidir²¹². Fakat kullanılan yöntem yeni olduğu için insanlar üzerinde nasıl bir etki doğuracağı tam olarak bilinmemektedir. Tedavi amaçlı yapılan tıbbi denemelerde amaç deneye katılan hastanın iyileştirilmesi olduğundan bireysel çıkar toplumsal çıkardan önce gelmektedir²¹³. Tedavi amaçlı tıbbi denemelerin hukuka uygun olması için taşıması gerekli şartlar vardır²¹⁴. Birincisi; uygulanacak yeni tedavi yönteminin daha önceden laboratuvar ortamında ayrıntılı olarak incelenmiş olması ve denemede oluşabilecek olumsuzluklar için gerekli önlemlerin alınmış olması gerekir. İkincisi; aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlediği hallerden biri olan tıp bilim ve uygulaması açısından yeni bir tedavi yöntemine başvurulduğu için hastanın tüm yönleriyle aydınlatılarak rızasının alınmış olması gerekir. Üçüncüsü; yapılacak denemenin hastaya sağlayacağı yarar, denemenin oluşturduğu riskten fazla olmalıdır. Aksi takdirde, hekim yeni tıbbi müdahaleyi uygulamaktan vazgeçip, varsa daha az riskli geleneksel tıbbi müdahaleyi tercih etmelidir.

Araştırma amaçlı tıbbi denemeler, teknik anlamda tıbbi müdahale sayılmazlar. Çünkü tedavi amacı taşımayıp belli bir hastalık üzerinde araştırma yapma amacını taşırlar. İnsanlar üzerinde böyle tıbbi denemelerin yapılması kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir²¹⁵. Fakat tıp biliminin ilerlemesi ve insanlara daha iyi tedavi hizmetlerinin sunulabilmesi için bazen bu tip çalışmaların yapılması gerektiği belirtilmektedir²¹⁶. Bilinen geleneksel tedavilerin yetersiz kaldığı ve hayvanlar üzerinde tedavinin mümkün olmadığı hallerde araştırma amaçlı tıbbi denemelerin ağırlaştırılmış hukuka uygunluk şartları altında gerçekleşebilmesi

²¹⁰ Ayan, **a.g.e.** , s. 12; Özgül, **a.g.e.** , s. 10; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 100.

²¹¹ Ayan, **a.g.e.** , s.12.

²¹² Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 404.

²¹³ Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 119; Hakeri, **a.g.e.** , s. 404.

²¹⁴ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 164; Daha detaylı bilgi için Özgül, **a.g.e.** , s. 286 vd.

²¹⁵ Ayan, **a.g.e.** , s. 14.

²¹⁶ Ayan, **a.g.e.** , s. 15; Özgül, **a.g.e.** , s. 25; Bayraktar, **a.g.e.** , s. 163.

gerekmektedir²¹⁷. Fakat Anayasa tarafından güvence altına alınmış yaşama hakkına ve bu konudaki diğer hukuki düzenlemelere aykırı yapılacak her türlü araştırma amaçlı tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır²¹⁸.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından her geçen gün biyoteknolojik gelişmelere bağlı olarak hayvanlar üzerinde denenmiş ve olumlu sonuç vermiş yeni tedavi yöntemleri ortaya çıkmaktadır. Tedavi amaçlı tıbbi denemelerin yukarıda saydığımız şartların varlığı halinde uygulanmasının sakıncası yoktur. Fakat Yönetmelik m. 18/4 gereği insanlardan alınacak üreme hücrelerinin araştırma amaçlı tıbbi denemelerde kullanılması kişilik haklarına aykırı olacaktır. Ayrıca, embriyonun ahlaki konumu ve potansiyel bir insan adayı olduğu düşünülerek, embriyo üzerinde yapılacak araştırma amaçlı tıbbi denemelerin ve embriyoların tedavi amaçlı dahi olsa başka amaçlar için kullanılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir.

II. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının genel şartları, tıp biliminin objektif verileri doğrultusunda hareket, tıp meslek ve sanatını icraya yetkili olmak, hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatma doğrultusunda rızasının alınması ve doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik faaliyette bulunulmasıdır²¹⁹. Bu şartlar bütün tıbbi müdahale türlerinin hukuka uygunluğu için gerekli şartlardır. Bu şartları anlatırken üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine bakan yönlerini de aktaracağız. Bu genel şartların dışında, Yönetmelikte açıkça düzenlenmiş iki özel şart olan evli eşlerin üreme hücrelerinin kullanılması ile annenin sağlığı ve çocuğun doğması için gerekli tedbirlerin alınması konusunu inceleyeceğiz.

²¹⁷ Özgül, **a.g.e.**, s. 26; Bayraktar, **a.g.e.**, s. 162.

²¹⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 15; Özgül, **a.g.e.**, s. 27; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 31.

²¹⁹ Zeka Kayalı, "Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler" (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996, s. 22.

B. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Hukuka Uygun Uygulanması İçin Gerekli Genel Şartlar

1. Yetkili Hekim ve Merkez

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun icra edilmesi için kanunen yetkilendirilmiş bir kişi olan hekim tarafından icra edilmiş olması gerekir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa²²⁰ ve Türk Tabipleri Birliği Yasası'nda²²¹ hekimlik sıfat ve yetkisinin kazanılması için getirilen şartlardan ilki Türk vatandaşı olmaktır. İkinci şart, Tıp Fakültesini bitirmek ve diploması Sağlık Bakanlığı'na tasdik ve tescil ettirmektir. Üçüncü şart, TTBY m. 7'de belirtildiği şekilde serbest olarak çalışacak hekimlerin tabip odasına kaydolmasıdır. Devlet memuru statüsünde çalışanlar ile hekimlik mesleğini icra etmeyecekler ise dilerse tabip odasına kaydolabilir²²². Dördüncü şart ise, hekimlik mesleğini yapmasına geçici veya sürekli engel bir hali bulunmamasıdır. TTBY m. 39'a göre, kanunun hekime yüklediği görevler hekim tarafından ihmal edilirse, hekime kayıtlı olduğu tabip Odası Onur Kurulu tarafından 15 gün ile 6 ay arasında men cezası Yüksek Onur Kurulu'nun onaylaması halinde verilebilir. TTBY m. 49/1 gereği, geçici olarak mesleğinden men edilen hekimler mesleklerini icra edemezler. TŞSTİDY m. 28'de ise hekimin mesleğini icradan sürekli olarak men edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, *“Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya kamu hizmetinden men veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın icrasının durdurulması cezası alan veya meslek icrasına engel ve iyileşmeyecek bir akıl hastası olduğu muayene ile saptanmış hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi ve Yüksek Onur Kurulu'nun kararı ile mesleklerini yapmaktan yasaklanır ve diplomaları geri alınır.”*

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayacak hekimin bahsettiğimiz genel şartları taşımasının yanında Yönetmelik tarafından belirlenen bazı özellikleri

²²⁰ R.G. 14.4.1928 No: 863. Bundan sonra TŞSTİDY olarak anılacaktır.

²²¹ R.G. 31.01.1953 No: 6023. Bundan sonra TTBY olarak anılacaktır.

²²² Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 32.

de taşınması gereklidir. Bu özellikler Yönetmelik m. 14'te düzenlenmiştir. M. 14/1 b bendine göre ÜYTE ünitesi sorumlusu, yurt içinde Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda uygulamalı bir eğitim programını tamamlamış ve Sağlık Bakanlığınca sertifikalandırılmış kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmalıdır.

Yönetmelik m. 14/1 c bendine göre ÜYTE laboratuvarı sorumlusu üç şekilde belirlenebilir. Birincisi; yurt içinde Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda en az altı ay süre uygulamalı bir eğitim görmüş hekimler laboratuvar sorumlusu olabilir. İkincisi, lisansüstü eğitim görerek yüksek lisans ya da doktora tezini üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri alanında yapmış olan hekim, veteriner, biyolog, eczacı, hemşire gibi sağlık personelleri laboratuvar sorumlusu olabilir. Üçüncüsü, uzmanlık eğitimi esnasında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda eğitim aldıklarını belgeleyen, histoloji ve embriyoloji uzmanları, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya Sağlık Bakanlığı'nın onaylayacağı yurt dışı merkezlerde en az 3 ay süreyle uygulamalı mikro enjeksiyon (ICSI) ve androloji laboratuvar eğitimi alıp Bakanlıkça sertifikalandırıldıktan sonra laboratuvar sorumlusu olabilir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuka uygun olarak yapılabilmesi için Yönetmelik tarafından düzenlenen şekilde açılan bir merkezde icra edilmiş olması gerekir. Merkezlerin açılabilmesi için taşınması gereken şartlar 7. , 8. , 9. , 10. ve 11. maddelerde düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 7'de merkezlerin planlanması şöyle düzenlenmiştir: *“Merkezler, kamu ve özel hastaneler bünyesinde ünite olarak Bakanlıkça yapılacak planlama dâhilinde açılır. Planlama; atıl kapasite oluşturulmaması ve kaynakların en verimli şekilde kullanılması için mevcut merkezlerin çalışma performansları ve hizmet kaliteleri de dikkate alınarak ülke, bölge ve il bazında merkeze olan ihtiyaca göre Bakanlıkça yapılarak Bakanlığın resmî internet sayfasında duyurulur. Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra müstakil merkez olarak faaliyet göstermek üzere merkez açma başvuruları kabul edilmez.”* Yönetmelik m. 4/g'de

müstakil merkezler “21/8/1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği kapsamında faaliyet göstermek amacıyla Bakanlıkça hastane ve tıp merkezi binaları dışında müstakilen ruhsatlandırılmış merkezleri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

Yönetmelik m. 8/1’de üremeye yardımcı tedavi merkezi açılacak hastanelerin taşınması gereken özellikler düzenlenmiştir: “Merkezler; bünyesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık dalı ile erişkin ve yeni doğan yoğun bakımı bulunan hastanelerde bir ünite şeklinde açılır. Bu ünite hastane hizmet binasının veya bina kompleksinin dışında ayrı bir yerde oluşturulamaz. Hastane bünyesinde birden fazla merkez açılmaz.” Bu maddede, söz konusu ünitelerin hastane dışında bir yerde açılmayacağı düzenlenerek m. 7 ile bir bütünlük sağlanmıştır. Böylelikle, üremeye yardımcı tedavi merkezleri, merkez açma izni alan hastanelerde birer tane olacak şekilde ancak bir ünite şeklinde m. 8’deki özellikleri taşıyan hastanelerde açılacaktır.

Yönetmelik m. 8/2 ve 8/3’de özel ve kamu hastanelerinin merkez açabilmek için alması gereken izin şöyle düzenlenmiştir: “(2)Özel hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle 27/3/2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği kapsamında proje üzerinde ön izin alınması ve ruhsata esas projeye işlenmesi gerekir. Proje ve planlama ile ilgili izin alınmasını müteakip işlemlere devam edilir. (3) Kamuya ait hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle kurumların ilgili mevzuatına uygun olarak gerekli izinler alınır.”

Yönetmelik m. 8/4’e göre, merkezlerin faaliyete geçebilmesi için Sağlık Bakanlığı’ndan yazılı izin belgesi alınması gerekmektedir. Özel hastanelerde ayrıca bu izin hastanenin faaliyet izin belgesine işlenmelidir.

Yönetmelik m. 9/1’de merkez açma başvurusunun yapılabileceği makamlar şöyle sıralanmıştır: “a) Bakanlığa bağlı hastaneler ile özel hastaneler için ilgili müdürlük aracılığıyla, b) Üniversite hastaneleri için ilgili rektörlük aracılığıyla, c) Diğer kamu hastaneleri için doğrudan, Bakanlığa yapılır.”

Yönetmelik m. 9/2’de merkez açma başvurusu için gerekli bilgi ve belgeler şöyle sıralanmıştır: “a) Bu Yönetmelik kapsamında merkez açacaklarına ilişkin dilekçe, b) Özel hastanelerde, Bakanlıktan merkez için alınan ön iznin işlendiği ruhsata esas proje, kamu hastaneleri ve üniversite hastanelerinde en az 1/100 ölçekli, binanın tümüne ait kesit ve cephelerin gösterildiği proje, müellifi ve mahalli bayındırlık ve iskân müdürlüğüne tasdik edilecek iki takım ozalit kopya halinde hazırlanan kat planları, c) Merkezde kullanılacak gereçleri gösterir etraflı müdürlükçe onaylı liste (Ek1), ç) Merkezlerde görevlendirilecek personele ilişkin olarak; 1) Personel isimleri ve çalışacakları alanlar, 2) (Değişik:RG-3/4/2012-28253) Diploma, uzmanlık belgesi ve sertifikalarının aslı veya Müdürlükçe onaylı örneği, 3) Adli sicil kaydı beyanları, 4) Hekimler için tabip odası kayıt belgesi, 5) ÜYTE sorumlusu ve ÜYTE laboratuvarı sorumlusunun sertifika tarihinden sonra ÜYTE merkezlerinde çalıştığı süreyi gösterir belge.”

Yönetmelik m. 10/1 ve 10/2 gereği, gerekli belgelerle başvuran yerlere faaliyet izni verilebilmesi için “İl sağlık müdürü veya görevlendireceği yardımcısının başkanlığında; a) Tıp fakültesi, Bakanlık eğitim ve araştırma hastanesi veya devlet hastanelerinden seçilecek ÜYTE ünitesi sorumlusu olabilme niteliklerine sahip bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı; b) ÜYTE laboratuvarı sorumlusu olmaya yetkili bir kişi, c) İl bayındırlık müdürlüğü temsilcisinden oluşmak üzere dört kişilik bir heyet tarafından yapılacak yerinde inceleme sonucu düzenlenecek müşterek teknik rapor ve valilik görüşü ile birlikte başvuru dosyası Bakanlığa gönderilir. Müracaatın yapıldığı ilde (a) ve (b) bendinde belirtilen komisyon üyesi bulunamaması nedeniyle müşterek teknik rapor düzenlenemiyorsa, müdürlük dosyayı doğrudan Bakanlığa gönderir.”

Yönetmelik 10/1 ve 10/2 gereğince yapılan incelemeler sonucunda Sağlık Bakanlığı’na gönderilen rapor Bakanlık Teknik Komisyonu tarafından incelenir. Yönetmelik m. 10/3’ göre bu komisyonda bulunacak kişiler şöyledir: a) Genel Müdürlük ilgili şube müdürü, b) Bakanlıkta görevli bir mimar, c) Tıp fakültesi hastaneleri, Bakanlık eğitim ve araştırma hastaneleri veya bünyesinde ÜYTE

merkezi bulunan devlet hastanelerinden seçilecek ÜYTE laboratuvarı sorumlusu olmaya yetkili bir kişi ile ÜYTE sertifikalı kadın hastalıkları ve doğum uzmanı.”

Yönetmelik m. 10/4’te oluşan komisyonun yapması gereken inceleme şöyle düzenlenmiştir: *“Teknik komisyon üyeleri veya Bakanlıkça görevlendirilecek ilgili uzmanlık dallarındaki üyelerden oluşan yerinde inceleme heyeti görevlendirilir. Teknik komisyona bilim komisyonundan üye alınabilir. Yerinde inceleme kararı alınması halinde en geç 30 gün içinde yerinde inceleme heyetince mahallinde inceleme yapılır.”*

Yönetmelik m. 10/5’e göre ise *“Yapılan inceleme sonucu başvurunun uygun bulunması halinde, merkeze Bakanlıkça yazılı izin belgesi verilir. Özel hastanede bu izin hastanenin faaliyet izin belgesine işlenir.”*

Yönetmelik m. 11’de açılacak ÜYTE ünitesinin açılacağı hastanenin binasının Özel Hastaneler Yönetmeliğinde düzenlenen hastane binası şartlarını taşıması gerektiği düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 12’de ÜYTE merkezinin bölümleri düzenlenmiştir. Buna göre ÜYTE merkezi uygulama ve genel olmak üzere iki bölümden oluşur. Genel bölüm, hasta ve personelin ÜYTE uygulaması için hazırlıklarını tamamladığı bölümdür. Genel bölümde hasta kabul ve bekleme alanı, hasta muayene odası, hemşire çalışma alanı, hasta bilgilendirme odası, arşiv odası, endokrinoloji laboratuvarı, personel giyinme ve çalışma odaları, malzeme deposu, hasta hazırlık alanı ve personel hazırlık alanı bulunur. Hasta kabul ve bekleme alanı, hemşire çalışma alanı, hasta bilgilendirme odası, hasta hazırlık alanı ve personel hazırlık alanı uygulama bölümüne bütünlük sağlayacak biçimde düzenlenmeliyken, diğer bölümler hastanenin farklı alanlarında bulunabilir. Uygulama bölümü, ÜYTE uygulamasının yapıldığı ve hastanenin normal işleyiş alanından farklı bir yerde bir bütün olarak düzenlenmiş bölümdür. Uygulama bölümünde embriyoloji laboratuvarı, androloji laboratuvarı, sperm odası, hasta odası, OPU (Oocyte Pick-Up) odası, yıkanma ve sterilizasyon ünitesi, dondurma ve saklama alanı bulunur. Hem uygulama bölümü

hem de genel bölüme ait oda ve alanların ne amaçla kullanılacağı ve taşınması gerekli özellikler Yönetmelik m. 12 ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 14/1 gereği merkezlerde ilgili mevzuata göre tam zamanlı ve kadrolu çalışan ÜYTE ünite sorumlusu, ÜYTE laboratuvar sorumlusu, üroloji uzmanı ve anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı bulunmalıdır. Ayrıca, asgari bir hemşire, bir biyolog veya laboratuvar teknisyeni, bir sekreter, bir hasta kabul görevlisi ve yeterli sayıda temizlik ve güvenlik görevlisi bulunmalıdır. ÜYTE mesul müdürü ise hastanenin başhekimisi olacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz şartları taşıyan merkezler üremeye yardımcı tedavi uygulamalarını gerçekleştirebilecektir. Fakat Yönetmelik tarafından belirlenen faaliyetlerine engel teşkil edecek geçici veya sürekli manilerin bulunmaması da gerekecektir. Bu engeller varken yapılacak tıbbi müdahaleler de hukuka aykırı sayılacaktır. Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin Yönetmelik tarafından yasaklanan heterolog döllenme, sperm bağıışı, embriyoların Yönetmelikte belirtilen amaçtan farklı amaçlar için kullanılması gibi uygulamaların yapılması halinde valilikçe faaliyetlerinin durdurulması, süresiz kapatılması ve ilgili kişilerin sertifikalarının iptal edilmesi gibi cezalar söz konusu olacaktır. Bu durumda bahsi geçen merkez ve kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulamaya sürekli engel teşkil edecek bir durumu ortaya çıkmış olacaktır. Ayrıca, hukukumuzca yasaklanan uygulamaların yurt içinde illegal ve yurt dışında legal veya illegal yapıldığı yerlere hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay merkezlerin faaliyetine üç ay valilikçe son verilir. Bu durumda, geçici engel teşkil eden bir durum ortaya çıkmış olacaktır.

2. Tıp Biliminin Objektif Verileriyle Hareket Edilmesi

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hekimin tıp bilimi kurallarına ve genel kabul görmüş ilkelere göre tedavi yürütmesi gerekir²²³. Genel kabul görmüş tedavi yöntemi ile tedavi edilecek bir rahatsızlığın veya uygulanabilecek bir üremeye

²²³ Er, a.g.e. , s. 63.

yardımcı tedavi yönteminin daha önce denenmemiş veyahut denenmiş olmakla birlikte genel kabul görmüş tedaviye göre fazla riskli olan yeni bir tıbbi müdahale ile gerçekleştirilmeye çalışılması tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir.

Tıbbi müdahalenin tıp biliminin objektif verileriyle yapılmasının objektif ve sübjektif sınırı vardır²²⁴. Objektif sınır; tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket edilmesi, mesleki hatanın yapılmamış olması ve emredici hükümlere, ahlaka ve adaba aykırılığın olmamasıdır²²⁵. Dolayısıyla, geleneksel tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin kusuru yüzünden hasta zarar görmemeli ve yapılan bu tedavi heterolog dölleme gibi hukukumuzca yasak olan bir dölleme türünü uygulamak için yürütülmemelidir. Sübjektif sınır ise, tıbbi müdahalenin tedavi amacını taşımasıdır²²⁶. Sıradaki başlıkta ayrıca hukuka uygunluk nedeni olarak inceleyeceğiz.

3. Doğrudan veya Dolaylı Tedavi Amacı Taşınması

Tıbbi müdahale, teşhis ile başlayan, tedavi ve koruyucu sağlık hizmetlerini de kapsayan bir süreçtir²²⁷. Yani hekim, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak, iyileştirmek ve hastalığın meydana getirdiği acıları ortadan kaldırmak amacıyla tıbbi müdahalede bulunmalıdır²²⁸. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²²⁹ m. 13/3'e göre *"Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz."* Bu açıklamalara göre, tıbbi müdahalenin tedavi amacını taşıması, hukuka aykırılık nedeni teşkil edecektir²³⁰.

Bedeni veya psikolojik bir rahatsızlığa maruz kalan hastaya yapılacak tıbbi müdahale doğrudan tedavi amacını taşıırken, estetik müdahale ve üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulanması doğrudan tedavi amacını taşımamaktadır²³¹. Estetik müdahalede, öncelik tedavi olmasa da hastanın ruhsal sıkıntısından kaynaklanan

²²⁴ Bayraktar, **a.g.e.** , s. 147.

²²⁵ Er, **a.g.e.** , s. 63.

²²⁶ **A.e.**

²²⁷ **A.e.** , s. 62.

²²⁸ Bayraktar, **a.g.e.** , s. 149; Ayan, **a.g.e.**, s. 9.

²²⁹ R.G. 19.02.1960, No: 10436. Bundan sonra TDN olarak anılacaktır.

²³⁰ Er, **a.g.e.** , s. 62.

²³¹ Ayan, **a.g.e.** , s. 9.

nedenlerle fiziksel görüntüsünde veya sesinde kendisini rahatsız eden şeylerin güzelleştirilerek dolaylı bir şekilde tedavi amacı güdülmesi söz konusudur²³². Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması genellikle erkekteki üremeye yönelik bir sorun yüzünden veya eşlerin üreme yeteneği bulunsa da doğal döllemenin imkansız olması yüzündendir²³³. Eşlerin arzusu çocuk sahibi olmaktır ve bu arzunun doğal yollarla olmaması bazen psikolojik ve toplumsal baskıları da beraberinde getirebilir²³⁴. Bu durumda öncelik çocuk sahibi olmakken, tedavi amacı dolaylıdır. Başkasının spermi veya yumurtasının kullanılması durumunda eşlerin üreme hücrelerine yönelik her hangi bir tedavi amacı güdülmemiş, sadece çocuk sahibi olma amacı güdülmüş olacaktır. Öyleyse, tıbbi müdahale söz konusu olmayacağı gibi hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

Doğrudan veya dolaylı yoldan olsun tedavi amacı taşıyan faaliyetler tıbbi müdahale olarak değerlendirilirken diğer hukuka uygunluk şartlarını taşıyacak şekilde icra edilmesi gerekmektedir²³⁵.

4. Aydınlatma

a. Genel Olarak

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızanın ön koşullarından biridir. Aydınlatma yükümlülüğü kavramı hakkında genel bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Türk Hukukunda anayasadan buna ilişkin hukuki temel oluşturulması mümkündür. Nitekim Anayasa m. 17/1’te “ *Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, “insanın kendi geleceğine yönelik karar verme hakkının²³⁶” dayanağıdır. Kişinin kendi geleceğine yönelik karar verme hakkını tam manasıyla yerine getirebilmesi için, karar vereceği hususta her yönüyle aydınlatılmış olması

²³² Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 28; Ayan, **a.g.e.**, s. 34; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 19; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 51; Kayalı, **a.g.e.**, s. 46.

²³³ Ayan, **a.g.e.**, s. 41; Özpinar, **Yapay Dölleme**, s. 34.

²³⁴ Özpinar, **Yapay Dölleme**, s. 36.

²³⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 9.

²³⁶ Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 65.

gerekir. Ayrıca yine aynı maddenin 2. fıkrasında “vücut bütünlüğü” hakkına değinilmiştir. Tıbbi zorunluluklar burada istisna tutulmuştur. TMK m. 23 ve 24’teki kişiliğın korunmasına ilişkin düzenlemeler, aydınlatma yükümlülüğüne temel olarak alınabilecektir. Türk Ceza Kanunu m.90/2’de de aydınlatmaya ilişkin ifade yer alır: *”Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın...”*

Genel nitelikte hukuk kurallarından başka, aydınlatma yükümlülüğüne değinen özel nitelikte hukuk kuralları da düzenlenmiştir. Bunlardan birisi Hasta Hakları Yönetmeliği’dir. Madde 15/1’e göre: *“Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak olan tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları... konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir²³⁷.”* Başka bir özel hukuk kuralı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/21dir: *“...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır²³⁸.”* 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun²³⁹ m. 7’de hekimlerin vericiyi aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir²⁴⁰. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun²⁴¹, a dayanarak çıkarılan 85/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te²⁴² de, aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmiştir²⁴³. Burada son olarak bahsedebileceğimiz hükümler; Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²⁴⁴ m. 26, Sağlık Bakanlığı Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı m.1 ve TŞSTİDY m. 70’tir.

Yargıtay’ın kararlarında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin kararlar olduğu görülmektedir. Bu kararlardan birinde geçen şu ifade aydınlatma yükümlülüğünün rızanın geçerli olması için gerekli olduğunu göstermektedir: *“...Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu;*

²³⁷ Aydın, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁸ Özlem Yenerer Çakmut, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **Mersin Barosu Bildirileri**, Ocak, 2009, s. 9.

²³⁹ R.G. 03.06.1979, No: 16655. Bundan sonra ODASNHK anılacaktır.

²⁴⁰ Yenerer Çakmut, **Hukuki Sorumluluk**, s. 10.

²⁴¹ R.G. 27.05.1983, No: 18059. Bundan sonra NPHK olarak anılacaktır.

²⁴² R.G. 18.12.1983, No: 18255.

²⁴³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 62.

²⁴⁴ Yayın Tarihi : 01.02.1999.

yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir²⁴⁵. ”

Yönetmelik m. 15/1’de, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında eşlerin aydınlatılması konusunda bilgilendirilmiş muvafakat formunu imzalamaları gerektiğine dair bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede tıbbi müdahaleye dair eşlerin nasıl aydınlatılacağı, aydınlatılacak konular, zamanı ve şekli belirtilmiştir. Böylelikle, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak yapılabilmesi için hastanın kendi geleceği ve vücut bütünlüğü ile ilgili bilgilendirilmesiyle ilgili olarak, eşlerin de üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanırken ortaya çıkabilecek durumlara ilişkin bilgilendirilmesi amacı yerine getirilmiş olacaktır.

b. Aydınlatmanın Konusu

Aydınlatmanın konusu; teşhis, uygulanması düşünülen tedavi ve operasyonun yöntemi ile kapsamıdır²⁴⁶. Aydınlatma, bir bütün olarak teşhisten başlayarak müdahalenin başından sonuna kadar tüm aşamaları içerir. Eşlerin çocuk sahibi olamamaları sebebi olarak konulan teşhis, uygulanması gereken tıbbi müdahalenin türü, özellikleri, taşıdığı tehlikeler, müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek ciddi ve kalıcı nitelikteki rizikolar, eşlere mutlaka bildirilmelidir. Yönetmelik m. 15/1 gereği aydınlatılacak konular şöyledir: “*Önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, dünya şartlarında başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri, Türk Ceza Kanununun 90 ıncı ve 231 inci maddeleri ile tüp bebek tedavileriyle ilgili yasal durum hakkında ayrıntılı bilgilendirme ve talep etmeleri halinde soy bağıını tespit amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri, gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesi, doğum yapması ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti sağlanmasından merkezin yükümlü olduğu”.*

²⁴⁵ Yargıtay Kararları Dergisi, C: 4, S: 6, Haziran 1978, s. 905.

²⁴⁶ Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 99.

Aydınlatma, tedavi, karar ve riziko aydınlatması olarak üç türe ayrılır. Tedavi aydınlatması, diğer aydınlatma çeşitlerine göre daha farklıdır. Burada eşlerin seçimine bırakılan bir durum yoktur. Bu karar aydınlatmasından farklıdır. Yani tedavi aydınlatması sonucunda eşlerin kendi iradesiyle düşünüp rızasını göstermesi söz konusu değildir. Bu aydınlatma çeşidine “güvenlik aydınlatması” da diyebiliriz²⁴⁷. Bu aydınlatma eşlere bir uyarı mahiyetindedir. Bu aydınlatma, eşleri bilgilendirme amaçlıdır. Tedavi aydınlatması, en çok müdahaleye sıcak bakmayan, müdahaleye razı olmayan eşler açısından söz konusu olur. Hekim, müdahalenin gerekliliği hususunda hastayı bilgilendirir ve onu tedavi olması için ikna etmeye çalışır²⁴⁸. Ayrıca eşlerin sahip olduğu yanlış bilgiler varsa onların yanlışlığını gösterir. Burada hekimin “bakım yükümlülüğü” ve “özen yükümlülüğü” önem taşır.

Karar aydınlatması, eşlerin sağlıklı bir şekilde, hiçbir baskı altında kalmaksızın kararını açıklaması amacıyla yapılır. Bu aydınlatma sonunda eşlerin bir rıza açıklamasında bulunması beklenir. Bu rızanın serbestçe verilmiş bir rıza kabul edilebilmesi için, sadece ulaşılan teşhis hakkında değil, ayrıca tıbbi müdahalenin başından sonuna kadar tüm sürecinin aydınlatılması da gerekir. Süreç aydınlatmasında, eşlere, üremeye yardımcı tedavi teknikleri uygulanmadan önceki durumla, hukuka uygun gerçekleştirilen başarılı bir müdahaleden sonraki durum anlatılır²⁴⁹.

Riziko aydınlatması iki yönden söz konusu olacaktır. İlk olarak, sadece tıbbi müdahale yapılmasına doğrudan bağlı tehlikelerin bildirilmesi; ikincisi ise, uygulanan tıbbi müdahalenin sonucu olarak ortaya çıkabilecek tehlikelerden bahsedilmesidir²⁵⁰. Burada bahsedilecek rizikolar, hukuka uygun, başarılı şekilde gerçekleşen tıbbi müdahaleye bağlı rizikolar olacaktır. Müdahalenin hatalı uygulanması sonucu olabilecekler eşlere açıklanmaz. Çünkü bu eşlerde gereksiz bir kaygı ve korkuya neden olacaktır. Hekim, tıbbi gereklere uygun olarak yaptığı müdahalenin gerçekleşmesi ihtimali ve olası tehlikelerden bahsedecektir.

²⁴⁷ Hakeri, **a.g.e.** , s. 105.

²⁴⁸ **A.e.**

²⁴⁹ **A.e.** , s. 112.

²⁵⁰ **A.e.** , s. 116.

c. Aydınlatmanın İcrası

(1) Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatmada bulunacak kişi kural olarak tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirecek hekimdir. Hekimin bu yükümlülüğünü bir başkasına devretmesi mümkündür²⁵¹. Ancak burada önemli olan aydınlatma yükümlülüğünün devredildiği kişinin de hekim olmasıdır. Hekim kendiyle aynı statüde bulunan meslektaşına aydınlatma yapması için yetki verebilecektir. Hemşireye bu yükümlülük devredilemez. Hemşirenin kan alma gibi kendi alanıyla ilgili ayrıca bir aydınlatması olabilecektir. Hekimin, yetkisini devrettiği hekimi kontrol etmesi ve aydınlatmayı yapıp yapmadığı noktasında emin olması gerekir.

Müdahalede bulunacak birden çok hekim varsa hepsi kendi alanıyla ilgili aydınlatmada bulunmalıdır²⁵². Ancak bu hekimlerin başında bulunan, yönetici konumunda bir hekim varsa onun aydınlatması da yetebilecektir²⁵³. Anestezi uygulanacaksa, anestezi hekimi de aydınlatma yapmalıdır²⁵⁴. Ayrıca eşler, HHY m. 15'e göre, başka hekimlerden de konu ile ilgili bilgi alabilecektir.

(2) Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatmanın yapılacağı kişi kural olarak hastanın kendisidir. Üremeye yardımcı tedavi tekniklerine başvuran evli eşlerin her ikisinin de aydınlatılması gerekir. Evli eşlerden sadece birine aydınlatmada bulunulması yine tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir.

Eşlerden biri temyiz kudretine sahip değilse, aydınlatma ödevi kanuni temsilcisine, vasisine karşı yerine getirilir²⁵⁵. Hastanın temyiz kudretini kaybetmesi geçici nitelikteyse, yaşadığı olaydan dolayı bilinci kapalıysa aydınlatma hiç yapılmayabilir.

²⁵¹ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 48

²⁵² Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 222.

²⁵³ Ayan, **a.g.e.** , s. 82; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 70; Hakeri, **a.g.e.** , s. 130; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s.86.

²⁵⁴ Hakeri, **a.g.e.** , s. 128.

²⁵⁵ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 85.

Temyiz kudretine sahip kısıtlılar açısından tartışmalı bir durum vardır. TŞSTİDY m. 70 gereği, kısıtlılara uygulanacak tıbbi müdahalelerde vasilerinin aydınlatılması gerekmektedir. Kanaatimizce, kısıtlıya hiç aydınlatmada bulunmamak tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir. Bu yüzden kısıtlının da aydınlatılması zorunlu olmalıdır. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Tabi ki kanuni temsilci de haberdar edilmelidir. Böyle bir durumda sadece diğer eşin aydınlatılması tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı kılacaktır.

(3) Aydınlatma Zamanı

Aydınlatma, tıbbi müdahaleye verilecek rızadan önce yapılmalıdır²⁵⁶. Burada önemli olan husus, acil bir durum söz konusu olmadığı sürece, eşlere sağlıklı biçimde düşünmeye zaman tanıyacak şekilde bir aydınlatma yapmak gerektiğidir²⁵⁷. Aydınlatma kural olarak, tıbbi müdahaleden yirmi dört saat önce yapılmalıdır²⁵⁸. Zaten Yönetmelik 15/1 gereği, eşlere imzalatılacak muvafakat formunun tedaviye başlamadan bir gün önce çiftlere verilerek okunması sağlanmalıdır. Acil bir durum söz konusuysa, ameliyata girerken hatta ameliyat masasında aydınlatma yapılabilir. Ancak acil bir durum yoksa ameliyat veya dölleme faaliyeti esnasında yapılan bu aydınlatma geçersiz olacaktır²⁵⁹. Eşlere danışabileceği insanlara danışması, görüşlerini alması, sakince düşünebilmesi için yeterli süre tanınmalıdır.

(4) Aydınlatma Şekli

Aydınlatma konusunda belirli bir şekil öngörülmemiştir. Aydınlatma yükümlülüğü açısından şekil serbestisi geçerlidir. Doktrinde bu konuda tartışma vardır. Bazıları sadece sözlü aydınlatmanın yeterli olacağını belirtmekte, bazıları ise yazılı aydınlatmanın yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca hem yazılı hem sözlü aydınlatma yapılması gerektiğini belirten görüşler de vardır²⁶⁰.

Yazılı aydınlatma formüler ve broşür aydınlatması olarak iki şekilde yapılabilir. Formüler aydınlatmada, eşlere imzalaması için tıbbi müdahaleye ilişkin

²⁵⁶ Ayan, **a.g.e.** , s. 83; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 71.

²⁵⁷ Aydın, **a.g.e.** , s. 80; Özgül, **a.g.e.** , s. 211.

²⁵⁸ Kıcalıoğlu, **a.g.e.** , s. 112; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 84; Hakeri, **a.g.e.** , s. 130.

²⁵⁹ Ayan, **a.g.e.** , s. 83.

²⁶⁰ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 86; Özgül, **a.g.e.** , s. 216.

bilgilerin yer aldığı bir kâğıt verilir. Eşler bunu okur ve imzalar. Broşür aydınlatmasında ise, uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer verilen bir tanıtım kitapçığı niteliğinde broşür okuması için eşlere verilir²⁶¹.

Sözlü aydınlatmada hekim, eşler ile yüz yüze konuşma yapar. Onları tıbbi müdahalenin etkileri, sonuçları, başarısı, içerdiği tehlikeler konularında bilgi sahibi yapar. Yazılı aydınlatma ispat açısından kolaylık sağlasa da sözlü aydınlatma, eşler ve hekim arasındaki güven ilişkisine en çok uyan aydınlatmadır. Sözlü aydınlatma sonrası aydınlatılan hususlar yazılı hale getirilebilir.

Yönetmelik m. 15/1 gereği üremeye yardımcı tedavi merkezine başvuran çiftlere bilgilendirilmiş muvafakat formu imzalatılır. Bu formda önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, dünya şartlarında başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri yer alır. Ayrıca hamilelik sırasında uzman hekimler tarafından takip edilmesi, doğum yaptırılması ve gerekirse erişkin ve yeni doğan bakım hizmeti sağlanmasından merkezin yükümlü olduğu bilgisi yer alır. Muvafakat formu işlem yapılmadan önce merkez görevlisi tarafından sözlü olarak adaylara okunacak, adaylar el yazıları ile *“sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim”* ifadesini yazarak muvafakat formunu imzalayacaklardır.

d. Aydınlatmanın Kapsamı

(1) Genel Olarak

Aydınlatma yükümlülüğünü kapsamının daraldığı, genişlediği ve ortadan kalktığı haller, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulanması sırasında her iki eş bakımından ortaya çıkabileceği gibi sadece eşlerden biri bakımından söz konusu olabilir. Kapsamının genişlediği haller, sadece bir eşe münhasır ise, bu eşin diğer eşe göre daha kapsamlı bir aydınlatmaya ihtiyacı olacaktır. Kapsamın daraldığı haller sadece bir eşe münhasırsa, diğer eşin tam aydınlatılması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için şarttır. Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı haller sadece

²⁶¹ Ayan, a.g.e. , s. 84.

bir eŖe münhasır ise, hekimin eŖlerden birini aydınlatması yeterli olacaktır. Fakat hekim buna rağmen her iki eŖi de aydınlatmadan tedaviyi gerekleŖtirirse aydınlatma yukmllğn yerine getirmemiŖ olacak ve tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır.

Ŗimdi aydınlatma yukmllğnn kapsamının geniŖlediđi, daraldığı ve ortadan kalktığı halleri baŖlıklar altında inceleyelim.

(2) Kapsamın GeniŖlediđi Haller

Müdahalenin ivediliği, aydınlatmanın kapsamını doğrudan etkileyen sebeplerden biridir. Müdahale ne kadar çok ivediyse, aydınlatma o kadar dar; müdahale ne kadar az ivediyse, aydınlatma o kadar geniŖ olacaktır. Yapılması nerilen ama zorunluluğu olmayan müdahalelerin, sadece teŖhis amacıyla yapılan müdahalelerin aydınlatmasının geniŖ bir Ŗekilde yapılması lazım gelir²⁶². Tam tersi durumda, yani müdahalenin vakit kaybetmeksizin, bir an önce yapılması gereken durumlarda, aydınlatma kapsamı daralacaktır.

Müdahale sonucu ortaya çıkabilecek rizikonun ağır olması, geniŖ bir aydınlatmanın yapılmasını gerekli kılacaktır. Göze alınan tehlikelerin fazlalığı, tehlikelerin eŖler açısından önem taŖıyan alanlarda olması burada göz önünde tutulacak kriterlerdir. Somut olaya göre bir değerlendirme yapılacaktır. Hamileliğe son verilmesinde, cinsiyete yönelik müdahalelerden olan remeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasında, hastanın fizyolojisinde önemli bir değerliğe yol açacak müdahalelerde hekim, eŖleri çok geniŖ ve ayrıntılı Ŗekilde aydınlatmalıdır. Çünkü bu özellikteki müdahalelerin uygulandıktan sonra ortadan kaldırılması, tekrar eski haline döndürülmesi mümkün olmayacaktır²⁶³.

Kural olarak, hekimin eŖleri aydınlatması için eŖlerin talebine ihtiyaç yoktur. Hekim, eŖler istemese de, bu yönde bir talepleri olmasa da aydınlatmayı yapmak zorundadır. Ancak bu asgari düzeyde gerekli aydınlatma açısından geçerlidir. EŖler

²⁶² Ayan, **a.g.e.** , s. 76.

²⁶³ ilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 66.

müdahale ile ilgili olarak daha fazla bilgi almak isteyebilir. Bu durumda hekim, daha geniş çapta bir aydınlatma yükümlülüğü altına girecektir²⁶⁴.

Tıbbi açıdan henüz çok yeni, kesinliği kanıtlanmamış, şüpheli müdahalelerde eşlerin çok geniş bir şekilde aydınlatılması gereklidir. Çünkü bu durumlarda eşlerin göze alacağı risk çok fazladır. Eşlerin açık rızasının alınması çok önemlidir²⁶⁵.

(3) Kapsamın Daraldığı Haller

Aydınlatmanın kapsamının genişlediği hallerde de açıkladığımız gibi, müdahale ne kadar fazla ivediyse o kadar az aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olacaktır²⁶⁶.

Müdahale sonucu ortaya çıkabilecek rizikonun önemli ölçüde olmaması, tehlikelerin son derecede küçük olması durumlarında, aydınlatmanın geniş olması gerekli değildir. Hatta bu tehlikelere hekim hiç değinmeyebilir²⁶⁷.

Müdahalenin mutlaka yapılması gereken, hayati önem taşıdığı durumlarda hekime geniş bir aydınlatma yükümlülüğü yüklenmeyecektir. Müdahale ne kadar gerekliyse, aydınlatma o kadar dar olacaktır.

Bazı olaylarda eşlerin kişisel özellikleri, tedavi ile ilgili her şeyin ayrıntısıyla anlatılmasını kaldıramayacak durumda olabilir. Aydınlatmanın açık ve çok geniş yapılması, eşleri bunalıma sokabilecek, psikolojik yönden zarara yol açabilecekse, hekim takdir hakkını kullanarak aydınlatmayı dar kapsamlı yapabilecektir. Hekimin tedavi ayrıcalığı da denilebilecek bu durumda eşlerin kendi geleceğini belirleme hakkı ile ortaya çıkabilecek psikolojik zarar arasında bir kıyaslama yapılacaktır²⁶⁸.

Eşlerin uygulanacak müdahale ile ilgili olarak bilgiye sahip olması, bilgili bulunulan kısımlarda geniş bir aydınlatmayı gereksiz kılacaktır. Ancak bu durum

²⁶⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 77.

²⁶⁵ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, Ankara, 1998, s. 53; Ayan, **a.g.e.**, s. 77; Özgül, **a.g.e.**, s. 215; Hakeri, **a.g.e.**, s. 132.

²⁶⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 78;

²⁶⁷ **A.e.**, s. 78.

²⁶⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 78.

somut olayın özelliklerine göre değişecektir²⁶⁹. Hekim, eşlerin bilgisinin bulunduğunu doğru bir şekilde tespit etmelidir.

(4) Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller

Eşler, tıbbi müdahale hakkında aydınlatılmayı istemezse aydınlatmadan vazgeçmiş olacaktır²⁷⁰. Aydınlatmadan vazgeçmenin açık, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılması gereklidir. Örtülü vazgeçme, geçerli bir vazgeçme değildir²⁷¹. Aydınlatmadan vazgeçildiği hakkında ispat yükü hekimin üzerindedir²⁷². Ayrıca eşler açısından hayati önemdeki, geri dönülemez sonuçlar doğuracak tıbbi müdahalelerde aydınlatmadan vazgeçme geçersizdir²⁷³. Çünkü TMK m. 23²⁷⁴ gereği kimse temel hak ve hürriyetlerini hukuka aykırı şekilde sınırlayamayacağı gibi hak ve fiil ehliyetinden kısmen dahi vazgeçemez²⁷⁵.

Eşlerin müdahale ile ilgili bilgiye sahip olmasından, aydınlatmanın kapsamının daraldığı hallerde bahsetmiştik. Ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldıracak olan eşlerin bilgisinin, aydınlatılması gereken tüm hususlara ilişkin olması gerekir. Müdahalenin bazı kısımlarına ilişkin sahip olunan bilgi, aydınlatma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmayacak, en fazla aydınlatmanın kapsamının daralmasına yol açacaktır. Eşlerin bilgisi kendilerinin de müdahale konusunda uzman olmalarından ya da başka bir hekim tarafından yeteri kadar aydınlatılmış olmalarından kaynaklanabilecektir²⁷⁶. Ancak her somut olayın özelliklerine göre bir inceleme yapmak gerekecektir. Eşler kendileri de hekim olmalarına rağmen, kendilerine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında yeterli bilgiye sahip olmayabilir. Bu durumda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır.

²⁶⁹ Şenocak, **Hekim**, s. 50; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 65; Hakeri, **a.g.e.**, s. 132.

²⁷⁰ Şenocak, **Hekim**, s. 58; Hakeri, **a.g.e.**, s. 138; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 88

²⁷¹ Şenocak, **Hekim**, s. 58; Hakeri, **a.g.e.**, s. 138; Ayan, **a.g.e.**, s. 79; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 67.

²⁷² Şenocak, **Hekim**, s. 58; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 88.

²⁷³ Hakeri, **a.g.e.**, s. 137.

²⁷⁴ TMK m. 23/1-2: “ Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”

²⁷⁵ Şenocak, **Hekim**, s. 58; Özgül, **a.g.e.**, s. 222.

²⁷⁶ Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, s. 34.

Aydınlatmanın eşlerin yaşamı ve sağlığı açısından tehlikeli olması durumunda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Özellikle eşlerden birinin aydınlatma sonucunda uygulanan tedavi yöntemini sekteye uğrattak psikolojik rahatsızlığının ortaya çıkması ihtimalinde diğer eşin aydınlatılması yeterli olabilecektir. Aydınlatmayla eşlerin hayatını karartmaktan kaçınmak gerekir²⁷⁷. Üçüncü kişilerinin hayatını tehlikeye sokabilecek aydınlatmalar açısından da, aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığından bahsedebiliriz²⁷⁸. Burada eşlerin yaşamını ve sağlığını ciddi tehlikeye sokan nitelikte olmayan, sadece onları bunalıma sokabilecek, psikolojik zarar verebilecek aydınlatmalar açısından bir ayrıma gitmek gerekecektir. Ciddi yaşam ve sağlık tehlikesi olmayan bu durumlarda aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır. Eşlerin psikolojik zarara uğrayabilecek olması, sadece aydınlatmanın kapsamını daraltabilecektir. Ancak, somut olayda hekimin bu ayrımı yapabilmesi çok zordur. Doktrinde daha çok hekim açısından, psikolojik zarar ortaya çıkması olasılığında da aydınlatmanın ortadan kalkması gerektiği savunulmaktadır²⁷⁹.

Acil hal, hastanın bilincinin kapalı olduğu ve hastaya derhal müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın yaşamını kaybedebileceği veya ciddi bir tehlikenin oluşabileceği durumdur. Böyle bir durumla karşılaşan hekim, “vekâletsiz iş gören” sıfatıyla aydınlatma yapmadan müdahalede bulunabilecektir²⁸⁰. Makul bir insanın rıza verebileceği durumlarda, rıza olmadan müdahale uygulanır. Bilincin kapalı olduğu durumlarda kişiye bir kayyım atanarak durumun çözüleceğini düşünenler de vardır²⁸¹. Kanaatimizce, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulanmasında eşlerden birinin şuurunun kapalı olduğu bir durumda sadece diğer eşin aydınlatılması yeterli olabilecektir. Acil hal kapsamına giren “ameliyatın genişletilmesi” noktasında Alman Hukuku doktrininde bir esas kabul edilmiştir. Bu esasa göre, eğer ameliyatın genişletilmesi, hekim tarafından ameliyata başlanmadan öngörülebilir nitelikteyse, hasta baştan bu durumdan haberdar edilmelidir. Ancak ameliyatın genişletilmesi önceden öngörülemiyorsa ve genişletme tehlikeli değil aksine ameliyatın kesilmesi

²⁷⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s. 140: ” *Aydınlatma suretiyle hastayı öldürmekten kaçınmak gerekir.* ”

²⁷⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 80.

²⁷⁹ Şenocak, **Hekim**, s. 55

²⁸⁰ Şenocak, **Hekim**, s. 57; Ayan, **a.g.e.**, s. 113.

²⁸¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 79.

tehlike taşımaktaysa, hasta aydınlatılmadan ameliyata devam edilebilecektir²⁸². Böyle bir durumda sadece diğer eşin aydınlatılması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır. Fakat diğer eşin bu sırada ulaşamayacak bir yerde olması gibi bir durum söz konusu ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğü tamamen ortadan kalkacaktır.

Somut olayda eşler açısından müdahale sonucunda tehlikenin ortaya çıkması olasılığının çok düşük olması, tehlikenin önemsiz olması, hekimin bu tehlikeleri engelleyebilecek durumda olması durumlarında aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmayabilecektir²⁸³.

e. Aydınlatmanın İspatı

Türk Hukukunda aydınlatmayı ispat yükünün kimde olduğuna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Alman Hukukuna göre, aydınlatmayı ispat yükü hekime aittir. Aksi düzenleme İsviçre Hukukunda vardır. İsviçre Hukukunda ispat yükünün hastaya ait olduğu belirtilmiştir. Yargıtay, anlaşmazlık halinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispatlaması gerekenin hekim olduğunu kabul etmektedir²⁸⁴.

5. Rıza

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olup, kişilik hakları kapsamında anayasa tarafından koruma altına alınmış insan sağlığı ve vücut bütünlüğüne müdahaledir. Anayasa m. 17/2'de "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" denmektedir. TMK m.24/2'de kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedenleri olmadıkça kişilik haklarına yapılan her türlü saldırının hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir.

²⁸² Şenocak, **Hekim**, s. 57; Ayan, **a.g.e.**, s. 80; Cemal Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 74.

²⁸³ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

²⁸⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 87.

Kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığının bozulması, kişinin yararına olan ve tedavisini amaçlayan tıbbi müdahalenin yapılmasını gerektirir. Böyle bir durumda kişinin rızası alınarak mevcut rahatsızlık tedavi edilmeye çalışılır. Üreme hakkının doğal sonucu olan üreme faaliyetinin doğal yollardan meydana gelmemesi, eşleri üremeye yardımcı tedavi tekniklerine başvurmaya sevk etmektedir. Bu konuda verecekleri hukuka uygun rıza ile söz konusu rahatsızlık giderilebilecektir.

Rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun oluşunun en önemli şartıdır²⁸⁵. Rızanın alınması, kişinin kendi vücudu üzerinde karar verme hakkından kaynaklanmaktadır. Kişinin rızası alınmadan yapılan her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır²⁸⁶. HHY m. 24'te tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının aranacağı belirtilmiştir.

b. Rızanın Konusu

Eşler, Yönetmelik m. 15/1 gereği imzalayacakları bilgilendirilmiş muvafakat formundaki aydınlatmalar konusunda rıza gösterecektir.

Rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirirse de, hukuka uygun olmayan bir rızanın verilmiş olması tıbbi müdahaleyi de hukuka aykırı hale getirecektir. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba aykırı olarak verilen rıza geçersizdir²⁸⁷.

Eşlerin başkasının yumurta veya sperminin kullanılarak yapılacak yapay dölllenmeye vereceği rıza, böyle bir uygulama açıkça emredici hükümlere, ahlaka ve adaba aykırılık teşkil edeceği için, bu işlemi hukuka uygun hale getiremeyecektir. Ayrıca ölümden sonra homolog dölllenme konusunda, ölen eşin vereceği rızanın bu yolla yapılacak tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi söz konusu olamayacaktır. Taşıyıcı annelik konusunda gösterilen rızanın da yapay dölllenme sonucunda oluşan embriyonun kişinin rahmine nakledilmesini hukuka uygun hale getiremeyecektir.

²⁸⁵ Şenocak, **Hekim**, s. 68; Özgül, **a.g.e.**, s. 236; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 33.

²⁸⁶ Özgül, **a.g.e.**, s. 237; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 33.

²⁸⁷ Şenocak, **Hekim**, s. 41; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 77; Özgül, **a.g.e.**, s. 270.

c. Rızanın Açıklanması ve Geri Alınması

Rıza, en geç tıbbi müdahalenin başlangıcında bulunmalı ve geri alınmamış olmalıdır. Rıza, tıbbi müdahalenin sonuna kadar devam etmelidir²⁸⁸. Tıbbi müdahale, rıza alınmadan yapılmışsa hukuka aykırı olacaktır. Sonradan verilen rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemekle birlikte icazet anlamına gelecek ve tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır²⁸⁹. Rızanın sağlıklı bir şekilde verilebilmesi için eşlere aydınlatmadan sonra makul bir süre verilmelidir²⁹⁰.

Tıbbi müdahale için açıklanacak rızanın her türlü baskıdan uzak, serbest iradeye dayanması gerekmektedir. Ayrıca hata, yanlışlık gibi irade sakatlığı hallerinin söz konusu rızada bulunması halinde de rıza geçersiz kabul edilecektir. Tıbbi müdahalede bulunmaya resmi olarak yetkili kimsenin, belli bir müdahaleyi gerçekleştirmesi için hastayı rıza vermeye zorlayamayacağı hususu da açıktır. Zorlama ile alınan rızanın hukuken geçerliliği mevcut değildir ve bu sebeple tıbbi müdahale de hukuka aykırı nitelik taşımaya devam eder.

Verilen rızanın tıbbi müdahaleden önce veya sonra geri alınabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda hekimin tıbbi müdahaleye devam etmesi hukuka aykırılık teşkil eder²⁹¹. Nitekim HHY m. 24/4'te hayatı ve hayati organları tehdit eden acil haller dışında rızanın her zaman geri alınabileceği; m.24/6'da tıbbi yönden sakınca bulunmadığı takdirde, tıbbi müdahale başladıktan sonra rızanın geri alınabileceği düzenlenmiştir.

d. Rıza Vermenin Şekli

Özel hukuk açısından rıza, herhangi bir şekilde bağlı olmamakla birlikte kanun ve yönetmeliklerle getirilmiş yazılı şekil şartları mevcuttur. TŞSTİDY m. 70'e göre büyük ameliyatlarda yazılı rıza almak gerekirken, NPHK m.6 ve ODASNHK m. 5'te yazılı rıza şartı getirilmiştir. Yönetmelik m.15/1 gereği; üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvuran evli eşlere yazılı bilgilendirilmiş muvafakat formu

²⁸⁸ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 48.

²⁸⁹ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 48; Hakeri, **a.g.e.** , s. 149; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s.53; Aşçıoğlu, **a.g.e.** , s. 39.

²⁹⁰ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 48.

²⁹¹ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 48; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s.54; Arpacı, **a.g.e.** , s. 117.

imzalatılmaktadır. Böylelikle, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulanması için eşlerden alınan rıza yazılı şarta bağlanmıştır.

e. Rıza Ehliyeti

Rıza beyanında bulunabilmek için fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. TŞSTİDY m. 70'e ve HHY m. 24'e göre, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin izni aranmaktadır. HHY m. 26'da ise, mümkün oldukça küçük veya kısıtlı hastanın da dinlenilmesi ve görüşünün alınması gerektiği düzenlenmiştir. Böylelikle, küçük ve kısıtlı hastanın görüşleri alınarak veli veya vasisinin rızası ile tıbbi müdahale gerçekleştirilecektir²⁹². Doktrinde rıza beyanında bulunmayı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması gibi değerlendiren görüşler, sınırlı ehliyetsizlerin kendi başlarına rıza beyanında bulunabileceği görüşündedir²⁹³. Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olduğu durumlarda yine yasal temsilcinin rızası ile hareket edilmelidir²⁹⁴. Yasal temsilcinin kötü niyetle tıbbi müdahaleye rıza göstermediği durumlarda mahkemece kayyım tayin edilmeli; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise rıza beyanı beklenmeden tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir²⁹⁵.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran evli kişilerin ergin olacağı düşünüldüğünde küçük kategorisine giremeyeceğini ve kısıtlı olma ihtimalinin de her zaman olabileceğini varsayabiliriz. Yukarıda verilen bilgilere göre; kısıtlı olan eşin görüşleri alındıktan sonra vasisinin rızası varsa tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir. Vasisinin diğer eş olduğu durumlarda, diğer eşin kısıtlı eşin görüşlerini dikkate almadan kendi arzularına göre hareket ederek karar vermesi mümkün olabileceğinden bu konu ile ilgili bir kayyım atanabilmelidir.

d. Rızanın Kapsamı

Eşlerin rızasının belirgin bir konuya ilişkin olması, genel ve soyut nitelik taşımaması gerekir²⁹⁶. Genel ve soyut nitelikte alınan rıza sonucunda eşler,

²⁹² Hakeri, **a.g.e.** , s. 156.

²⁹³ Şenocak, **Hekim**, s. 38; Ayan, **a.g.e.** , s. 11.

²⁹⁴ Şenocak, **Hekim**, s. 38; Ayan, **a.g.e.** , s. 11; Er, **a.g.e.** , s. 80.

²⁹⁵ Şenocak, **Hekim**, s. 40; Yılmaz, **a.g.e.** , s. 35.

²⁹⁶ Er, **a.g.e.** , s. 82; Ayan, **a.g.e.** , s. 12; Özgül, **a.g.e.** , s. 268.

kendilerine ve kendilerinden alınan üreme hücrelerine nelerin yapılacağını bilemeyeceği için tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Eşlerin rızası hangi konu üzerine ise, hekim ancak o konuya ilişkin tıbbi müdahalede bulunabilir. Eşlerin rızasının atılacak her adımda alınması gerekirken, yapılacak rutin işlemlerin rıza kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim HHY m. 31’de “*Hastanın tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Rutin işlemlerin dışına çıkılacağı zaman ve özellikle rutin olmasına rağmen risk taşıyan işlemlerde yine eşlerin rızasının alınması gerekecektir²⁹⁷.

e. Rıza Aranmayan Haller

Bazı durumlarda hastanın rızası varmış gibi hareket edilebilir. Özellikle, bilinç kaybı durumlarında TŞSTİDY m. 70’e acil durum ve halin icabı gerektiriyorsa, veli ve vasi de yok veya orada bulunmuyorsa, hekim hastanın rızasını almadan hareket edebilir²⁹⁸. Buna varsayımsal rıza denmektedir. Kişinin özel üstün yararının varlığından hareketle de böyle bir sonuca ulaşılması mümkündür²⁹⁹. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında böyle bir durumun varlığı halinde, eşlerden bilinci yerinde olan kişinin rızası tek başına yeterli olacak, diğer eşin rızası varmış gibi hareket edilecektir. Geleneksel tıbbi müdahaleler açısından durum bu olmakla birlikte, yeni tıbbi müdahalelerin uygulanması sırasında varsayılan rızanın hukuka uygunluk taşıması genel olarak kabul edilmemektedir³⁰⁰.

HHY m. 5/d’ye göre “*Tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*” Buna göre; bilinci kapalı olan ağır yaralı kişinin tedavisinin söz konusu olduğu daha üstün özel yarar durumu; zührevi hastalıklar, salgın hastalıklar gibi kamu sağlığını tehdit eden hastalıkların söz konusu olduğu daha üstün kamu yararı ile kanunun

²⁹⁷ Hakeri, **a.g.e.** , s. 163.

²⁹⁸ Özgül, **a.g.e.** , s. 271; Er, **a.g.e.** , s. 82.

²⁹⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 51; Oğuzman, Öz, **a.g.e.** , s. 512: Ayrıca, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasının da söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Ayan, **a.g.e.** , s. 12: Hukuka uygunluk sebebinin ıztırrar haline dayandığından bahsetmektedir.

³⁰⁰ Özgül, **a.g.e.** , s. 273.

verdiği bir yetkinin kullanımının varlığı halinde rıza alınmasına gerek duyulmayacak ve yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır³⁰¹.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması, eşlerin isteğine bağlı olmakla birlikte, tedavi sırasında tıbbi zorunluluk halleri oluşabilir. Bu durumda, hekimin eşlerin rızasını almadan hareket etmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, Yönetmelik gereği, eşlerin rızası olmasa da evliliğin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde embriyo imha edilecek ve bu durum kanunun verdiği bir yetkinin kullanımını olacaktır.

C. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Hukuka Uygun Uygulanması İçin Gerekli Özel Şartlar

1. Evli Eşlerin Üreme Hücrelerinin Kullanılması

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri arasında Yönetmelik ile hukuka uygun olarak kabul edilen yapay dölleme türü homolog döllemedir. Yönetmelik m. 18/5'te "*ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır.*" denilmiştir. İlk cümleden anlaşılan, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuka uygun tıbbi müdahale kabul edilmesi için homolog döllemenin şart olduğudur. İkinci cümlede ele alınan donör kullanılması ve donör vasıtasıyla embriyo elde edilmesinin yasak olmasının amacı sperm ve yumurta bağışının hukukumuzda yasak kabul edildiğini ifade etmektedir. Ayrıca, ikinci cümlelerin devamında merkeze başvuran adaylardan elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılmasının yasaklanması, hem heterolog döllemenin kesin bir şekilde yasak olduğunu, hem de taşıyıcı anneliğin hukukumuzca yasak olduğunu ifade etmek amacını taşımaktadır. Bu çerçevede yapılan herhangi bir uygulama hukuka uygun bir tıbbi müdahale anlamı taşımayacağı gibi ilk başta da ifade ettiğimiz gibi başkasının spermi veya yumurtası kullanılarak yapılan uygulama

³⁰¹ Er, a.g.e. , s. 83.

aslında eşlerde var olan rahatsızlığın tedavisi amacını taşımadığı için bir tıbbi müdahale olarak da değerlendirilemeyecektir.

Homolog döllenme için eşlerin evli olmaları gerekmektedir. Evliliğin hangi sebeple sona erdiği dikkate alınmadan ister boşanma, ister butlan davası, ister ölümle sona ersin, evliliğin sona ermesinden sonra homolog döllenme gerçekleştirilemeyecektir. Yönetmelik m. 1'de Yönetmeliğin amacı anlatılırken, çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin çocuk sahibi olmalarının amaçlandığının belirtilmesi ve Yönetmelik m. 18/11'de üreme hücreleri ve gonad dokularının ölüm halinde ve m. 18/12'de hukuka uygun şekilde elde edilen embriyonun boşanma veya ölüm halinde imha edileceğinin düzenlenmesinden, eşlerin döllenme sırasında mutlaka evli olmaları gerektiği ve ölümden sonra homolog döllenmenin kesinlikle yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Homolog döllenme yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin evli olmasının yanında bilinen başka bir tedavi yöntemi ile çocuk sahibi olamaması da gerekmektedir.

Homolog döllenme ile güdülen amaç, eşlere ait psikolojik, anatomik ve fiziksel rahatsızlıkların tedavi edilerek döllenmenin sağlanmasıdır³⁰². Ülkemizde yaygın bir şekilde kullanılan yöntem GIFT yöntemidir. Bu yöntem hukukumuzca uygun bir homolog döllenmedir. Fakat homolog döllenmenin yeterli olmadığı ve eş dışındaki bir vericinin üreme hücrelerinin kullanılması gerektiği rahatsızlıklar da mevcut olduğundan hukuki ve etik kaygılar nedeniyle yasaklanan heterolog döllenme yoluna illegal bir şekilde başvurulduğu da görülmektedir³⁰³.

Söz konusu durumun önüne geçmek için Yönetmelik tarafından bazı cezalar konulmuştur. Yönetmelik m. 18/5'e göre, heterolog döllenme yoluyla ortaya çıkan gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, söz konusu uygulamayı gerçekleştiren merkez süresiz kapatılacak ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilecektir. Ayrıca ilgili tüm çalışanların süresiz olarak üremeye

³⁰² Özpinar, **Yapay Döllenme**, s. 48.

³⁰³ Ünver, **a.g.m.** , s. 25.

yardımcı tedavi merkezlerinde çalışmalarına izin verilmeyecektir. Yönetmelik m. 18/6'da yurt içinde ve yurt dışında hukukumuza aykırı üremeye yardımcı tedavi tekniklerini uygulayan yerlere hasta sevk edenlerin faaliyetlerine ilk tespitte üç ay, tekrarında ise süresiz olarak valilikçe son verilmesi gerektiği; m. 18/14'te de bu yerlerle ilgili bilgilendirme ve reklam yapmanın yasak olduğu ve ilgili mevzuata göre cezalandırılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu cezaların caydırıcılığının sadece tedaviyi gerçekleştiren merkez ve hekimi hedef alması üreme noktasında rahatsızlığı bulunan çiftleri yurt dışında hukuki uygun sayılan veya yurt içinde ve yurt dışında hukuksuz bir şekilde bu yolla döllenmeyi sağlayan yerlere başvurmaya yönlendirmektedir. Bu konuda, eşlere de cezai yaptırımların getirilmesi gereklidir³⁰⁴.

2. Hamile Eşin Sağlığı ve Çocuğun Doğması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınması

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulamasının hukuka uygun bir tıbbi müdahale olması için Yönetmelik tarafından getirilen diğer bir özel şart, hamile eşin ve çocuğun sağlığının hamilelik sırasında kontrol altında tutulması ve çocuğun sağlıklı bir şekilde dünyaya getirilmesinin sağlanmasıdır. Yönetmelik m. 19/1 düzenlemesi şu şekildedir: *“Merkezler, ÜYTE uygulaması sonucu gebe kalan hastaların doğum eylemi gerçekleşene kadar takibinden sorumludur. Bu kapsamda merkezler; a) Bünyesinde bulunduğu hastanede gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesini, doğum yapmasını ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti verilmesini sağlar. b) Gebenin merkezin bulunduğu ilin dışında ikamet etmesi halinde, ikametgâhının bulunduğu ildeki bir hastanede gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesini, doğum yapmasını ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti verilmesini sağlar. c) Herhangi bir aşamada kayıt dışına çıkan hastaları derhal müdürlüğe iletir.”*

Düzenlemeye göre; merkezlerin sorumluluğu embriyonun oluşturulması ve anne rahmine implante edilmesi ile bitmemektedir. Merkezler, homolog döllenme

³⁰⁴ Seda Ergüneş, “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-2**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 171.

yoluyla hamile kalan anne adayının uzman hekimler tarafından takip edilmesinden, doğumun gerçekleştirilmesinden ve gerekirse yeni doğan bebeğe gerekli bakım hizmetlerinin verilmesinden sorumlu olacaktır. Buna göre; hamilelik esnasında genetik tanı ve analizlerin yapılarak çocuğun ve annenin sağlığı kontrol edilmelidir. Ayrıca, gerekirse, anne sağlığının tehlikeye girdiği durumlarda veya çocukta belirlenen bir anomali karşısında eşlerin rızası durumunda kürtaj yapılabilirdir. Doğumdan sonraki dönem için gereken hallerde çocuğun sağlık durumunun kontrol edilmesi ve rutin kontrollerinin yapılması da merkezin sorumluluğundadır.

Anne rahmine implante anından sonra başka bir ilde ikamet etmeye başlayan veyahut zorunluluk hali nedeniyle başka bir ilde bulunan anne adayının bulunduğu ildeki bir hastanede, konusunda uzman hekimler tarafından takip edilmesinin sağlanması da merkezin sorumluluğu altındadır. Bu sorumluluktan kaçan merkezin hukuka aykırı davranışı söz konusu olacak ve anne adayının ve bebeğin bundan dolayı uğradığı zararların tazmini kendisinden istenebilecektir. Fakat böyle bir durumu merkeze bildirmeyen anne adayının merkezden uğradığı zararları tazmin etmesi mümkün olmayacaktır. Fakat Yönetmelik, homolog dölllenme yoluyla hamile kalan anne adayının başka bir yere taşınmasına rağmen merkeze haber vermemesi ve bundan dolayı kayıt dışına çıkması halinde merkezlerin derhal durumu İl Sağlık Müdürlüğü'ne haber vermesini düzenleyerek merkezleri idari açıdan sorumlu tutmuştur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİ UYGULAYAN HEKİMİN VE ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

A. Sözleşmenin Niteliği

1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Niteliği Konusundaki Tartışmalar

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespiti için, öncelikle sözleşmenin türünün belirlenmesi gerekir. TBK’ da “tıbbi müdahale sözleşmesi” başlıklı bir sözleşme türü yoktur. Somut olayda kanundaki benzer sözleşme hükümleri uygulanmaktadır. Uygulanacak sözleşme türü konusundaki tartışmalar, tıbbi müdahale sözleşmesinin vekalet, eser, hizmet sözleşmelerinden birine girdiği veya sui generis bir sözleşme olduğu ekseninde yapılmaktadır.

b. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hasta-hekim arasındaki ilişki Alman Hukukunda ve Avusturya Hukukunda hizmet sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu görüşe göre, hasta ile hekim arasındaki ilişki, bir hizmet ifası olarak görülmekte ve tıbbi müdahale sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Sözleşmede hekimin edimi hastayı iyileştirmesi olarak belirlenmektedir.

Türk Hukukunda, hasta-hekim arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğuna dair azınlıkta kalan bir görüş söz konusudur. Bu azınlık görüş, özel olarak bir ailenin hekimliğini yürüten hekimleri örnek göstermekte³⁰⁵ ve bu ilişkinin hizmet

³⁰⁵ Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, Ankara, 1968, s. 12.

sözleşmesi olduğunu iddia etmektedirler³⁰⁶. Hizmet sözleşmesinin unsurları hasta-hekim ilişkisine uyarlandığında; öncelikle, “bağlılık” unsurunun hizmet sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak, hasta-hekim arasında mevcut olması gerekmektedir³⁰⁷. Ayrıca, hasta-hekim arasında bir hiyerarşi olduğunu kabul etmek, hekimin hastanın emir, talimatı ve denetimi altında çalıştığının kabul edilmek zorunludur³⁰⁸. Fakat, hekimi işçi, hastayı da işveren kabul etmemiz mümkün değildir. Hekimin, hastanın emir ve talimatı altında ve onun denetiminde çalışması, mesleğin genel prensipleriyle bağdaşmaz³⁰⁹.

Hizmet sözleşmesi bakımından diğer bir unsur olarak süre konusunda hekimin belli veya belirsiz bir süre hastaya bağlı olarak çalışmak zorunda olması gerekmektedir³¹⁰. Fakat hekim, hastanın içinde bulunduğu duruma göre teşhisini koyar ve süreye bağlı olmaksızın tedavisini uygular. Tıbbi müdahale sözleşmesinde hekimin belli bir süre iş gücünü hastanın emrine vermesi gibi bir gaye yoktur. Bu konuda mesleki kurallara göre bir süre koymak ve bu sürede sonuca ulaşmasını beklemek olanaksız olacaktır³¹¹. Belirttiğimiz bu nedenlerden dolayı hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarının var olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak değinmeliyiz ki, Alman Hukukunda, tıbbi müdahale sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin en önemli nedeni, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olarak ifa edilmesidir³¹². Bu durum, tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olarak belirlenmesine yol açmıştır.

³⁰⁶ Mustafa Sütlaş, **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul, Çiviyazıları Yayınevi, 2000, s. 52.

³⁰⁷ Necip Bilge, **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Ankara, 1971, s. 206; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 385.

³⁰⁸ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 57.

³⁰⁹ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 57; Bayraktar, **a.g.e.**, s. 35.

³¹⁰ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 57; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 385.

³¹¹ Şenocak, **Hekim**, s. 21.

³¹² Ayan, **a.g.e.**, s. 52.

c. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde baskın görüş hekim-hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Vekalet sözleşmesinin tanımı ve unsurları göz önüne alındığında, Yargıtay'ın içtihatları ışığında, hekim-hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu konusunda görüşler çoğunluktadır³¹³.

Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkile karşı iş görme borcu altına girmektedir. İş görmenin konusunu; hukuki muameleler ve hukuki muamele benzeri fiiller yanında maddi fiiller de teşkil etmektedir. Kanunla öngörülme ve insan emeğiyle gerçekleştirilen her çeşit maddi fiillerin yapılması, vekaletin konusunu oluşturabilecektir³¹⁴. Nitekim TBK m. 502/2'deki "*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*" ifadesinden bunu açıkça anlayabilmekteyiz. Doktrinde, bir hekimin hastasını muayene ve tedavi veya ameliyat etmesi vekalet sözleşmesine örnek olarak gösterilmiştir³¹⁵.

Vekalet sözleşmesinde vekil, iş görme ödevini yerine getirirken sonucun elde edilememesinden sorumlu değildir. Vekalet sözleşmesinde borcun ifa edilmiş olması için mutlaka vekilin belli bir sonucu elde etmesi gerekmemektedir. Vekilin borcu, iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi rizikosunu taşımaksızın sadakat ve özen içerisinde belli bir yönde yapılmasıdır. Vekil iş görme ödevini yerine getirirken sonucun elde edilememesinden sorumlu değildir. Nitekim hasta-hekim arasında ilişki ile ilgili Yargıtay kararlarında bu konuya sıklıkla vurgu yapılmıştır³¹⁶.

³¹³ Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 339; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 391; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 388; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: C. II**, 4. Bası, Ankara, Evrim Yayını, 1989, s. 359; Ayan, **a.g.e.**, s. 56; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 523; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 23; Özgül, **a.g.e.**, s. 68; Öztürkler, **a.g.e.**, s. 55.

³¹⁴ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 68, dpn. 272.

³¹⁵ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 523.

³¹⁶ Yargıtay 13. HD. E. 1994/8557, K. 1994/2138, T. 04.03.1994, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası): "*Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin*

Vekâlet sözleşmesinin zorunlu olmayan unsuru ücrettir. Vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında yapılacağı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Ücrete ilişkin anlaşma sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşme devam ederken veya sözleşme ifasının ardından yapılabilir. Ücret konusu, vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir. TBK m. 502/3 gereğince, sözleşmede kararlaştırılmış olması yahut teamül gereği ücrete hak kazanılan durum içerisinde olunması şartıyla ücrete hak kazanılmaktadır. İş görmenin bir ücret karşılığı yapılacağından teamülden de kaynaklandığı durumlara örnek; hekimler, mimarlar ve özel öğretmenler sayılabilir.

Yargıtay'ın birçok kararı, hekimin tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğunun vekalet sözleşmesine tabi olduğu ve özen borcu içerisinde sonuç taahhüdü olmaksızın hareket edebileceği yönündedir³¹⁷.

d. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, TBK m. 470'te tanımlandığı gibi “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir.” Bir eser meydana getirmeden kasıt maddi veya maddi olmayan bir

kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir... Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK m. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur (BK m. 321/I). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor çalışmalarında 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 bunu ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada 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 Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.”

³¹⁷ Yargıtay 13. HD. E. 2002/13959, K. 2003/2380, T. 06.03.2003, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “...Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.” ; Yargıtay 4. HD. E. 1993/8557, K. 1994/2138, T. 04.03.1994, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “...Doktorun hastasına karşı sorumluluğu, vekilin sorumluluğu gibidir. Doktorun mesleğini icrada özen borcuna aykırılık sebebiyle açılan tazminat davasının temelini vekillik sözleşmesi oluşturur. Vekil (veya doktor) iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.”

sonuç elde edilmesidir³¹⁸. Belli bir sonuç meydana getirmenin taahhüt edildiği hekim-hasta ilişkilerinde eser sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Burada her tıbbi müdahale değil, belli bir bütün ve bir bütün teşkil eden sonuç taahhüdü içeren müdahale olmalıdır³¹⁹. Bu ayrım hukuki ilişkinin tespiti ve uygulanacak hükümler bakımından önemlidir.

Eser sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz, tıbbi müdahalelerin başında estetik ameliyatlar ve protez diş yapımı gelmektedir. Kolundaki dövmeyle sildirmek, burun kaldırmak gibi estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bir sonuç taahhüdü içerdikleri için Yargıtay tarafından eser sözleşmesi hükümlerine tabi kılınmıştır³²⁰.

³¹⁸ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 436.

³¹⁹ Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 30; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1987, s. 6; Er, **a.g.e.**, s. 41; Özay, **a.g.e.**, s. 47; Özgül, **a.g.e.**, s. 63.

³²⁰ Yargıtay 15. HD. E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 03.11.1999, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “ ... Doktorun estetik amaçlı vücuda müdahalesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğundan, koldaki dövme izini tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır... Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardım karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar... Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "Eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK. 355 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur... Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır.” Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 13. HD. E. 1993/131, K. 1993/2741, T. 05.04.1993, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “ ... Estetik ameliyatlarda, ameliyat yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur... Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir... Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü burada vekâlet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçlarında BK’ da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat

e. Sui Generis Görüşü

Kendi yapısına özgü sözleşmeler, kısmen veya tamamen kanunun düzenlediği sözleşme tiplerinden olmayan, iyiniyet kuralları ve uygulamada yaygın olan teamüllere göre yorumlanan sözleşmelerdir³²¹. Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre; tıbbi müdahale sözleşmeleri, kendi yapısına özgüdür ve TBK'nın genel hükümleri gereğince yorumlanarak ihtilaflar çözümlenmelidir³²². Çünkü, tıbbi müdahalenin içeriğini yardım, güven, anlayış, özen, şefkat oluşturmakta ve hekim ve hasta ilişkilerinde diğer sözleşmelerdeki gibi çıkar amacı güdülmemektedir³²³. Bu görüşün dayanağı olan fikirlerin günümüzün gelişen sağlık sektörü şartlarına pek uyumlu olmadığı kanaatindeyiz.

f. Ara Sonuç

Türk hukukunda tıbbi müdahale adı altında bir sözleşme türü düzenlenmediği için hekim ve hasta ilişkilerine sözleşme tarafları ve içeriğine uygun düştüğü ölçüde, belli yasal sözleşme türlerinin hükümleri uygulanmalıdır³²⁴. Hizmet sözleşmesi görüşü başlığında incelediğimiz gibi Roma Hukukuna paralel olarak Türk Hukukunda tıbbi müdahale sözleşmeleri, bağıllık unsurunun olmaması yüzünden hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Yargıtay kararlarında değinildiği üzere uygulamada, tıbbi müdahale sözleşmesinin niteliği ve uygulanacak hükümler bakımından kendisine en uygun düşen sözleşmeler vekalet ve eser sözleşmeleridir. Belli ve bir bütünlük teşkil eden sonucun taahhüd edildiği estetik ameliyat ve diş protezi gibi işlemler eser sözleşmesine tabi olacakken; hekimin belli bir sonuç taahhüdü olmaksızın özenle hareket etme yükümlülüğü altında olduğu diğer tıbbi

ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.''

³²¹ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 13; Tandoğan, **II**, s. 13; Zevkliler, **a.g.e.** , s. 37; Aral, **a.g.e.** , s. 52; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.** , s. 51: Ne özel ne genel hükümlerde kıyas yapılacak bir hukuk kuralı bulunmazsa hakimin hukuk yaratması söz konusu olabilecektir.

³²² Reşat Atabek, Merih Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, C: XXVIII, No: 2, 1954, s. 144.

³²³ Ayan, **a.g.e.** , s. 51, dpn. 12.

³²⁴ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 72.

müdahaleler açısından vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır³²⁵. Görüldüğü gibi aralarındaki en temel fark, sonuç taahhüdüne ilişkindir.

2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ile İlgili Yapılan Sözleşmelerin Niteliği Konusundaki Tartışmalar

a. Homolog Döllenme ve Embriyo Nakilleri

Homolog döllenme yoluyla embriyo oluşturulması ve oluşturulan embriyonun nakli amacıyla yapılan tıbbi müdahale sözleşmeleri vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³²⁶. Çünkü, bu işlemlerde hekimin kesin bir sonuç taahhüdünde bulunması söz konusu olamayacaktır. Hedef sağlıklı bir bebeğin dünyaya gelmesinin sağlanması olmakla beraber tıp bilimindeki bütün gelişmelere rağmen hamileliğin sağlanamadığı durumlar mevcuttur. Bu yüzden, hekimin gerekli özeni göstererek tıp biliminin objektif verileriyle hareket etmesi hekimden beklenen sorumluluğun kapsamını belirleyecektir.

Doktrinde baskın görüş vekalet sözleşmesi olmasına rağmen, bu tür sözleşmelerin kendisine özgü yapısı olduğu görüşü de ileri sürülmüştür³²⁷. Buna göre; gelişen teknoloji, cinsiyeti ve gen özellikleri açısından somut isteklere cevap verebilmektedir ve bu yüzden sonuç da önemlidir. Yani, tek başına vekalet sözleşmesi ile bu durumu açıklamak yeterli değildir. Bu görüşün dayanak noktası olan cinsiyet ve gen özelliklerinin ayıklanmış olması fikirleri, Yönetmelik tarafından zorunluluk halinde izin verilen durumlardır. Bu yüzden, bu zorunluluk hallerinde icra edilen yöntemin tıbbi müdahalenin vekalet sözleşmesi olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü, her ne kadar embriyo üzerinde analiz ve cinsiyet seçimi yapılsa da hamileliğin sağlıklı bir bebeğin doğumu ile sonuçlanacağı belli bir sonuç olarak beklenemez.

Gen analizlerinin ortaya koyduğu verilerle hareket eden hekimin, bu analizleri yanlış yorumlaması sonucunda üreme hücrelerinin döllenmesi ile ilgili

³²⁵ Özay, **a.g.e.**, s. 47.

³²⁶ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 141.

³²⁷ Özpınar, **Yapay Döllenme**, s. 45.

veya oluşan embriyo ile ilgili yaptığı kusurlu tıbbi müdahale vekalet sözleşmesi kapsamındadır³²⁸. Ayrıca, embriyo üzerinde bir tedavinin üstlenilmesi, sonuç taahhüdü mümkün olmadığı için vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir³²⁹.

b. Preimplantasyon ve Prenatal Genetik Tanı Testleri ve Bilgilendirme Sözleşmesi

Embriyo üzerinde ister preimplantasyon ister prenatal olsun bir takım gen analizleri yapmak, belli ve bütüncül bir sonucu içeren bilgilendirme amacını taşıdığı için eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir³³⁰. Gen analizlerinden ortaya çıkan raporlardaki bilgilerin doğruluğunun taşıdığı risk, bu analizlerden belli ve bütüncül bir sonucun beklenmesiyle çelişmemektedir. Gen analizlerinden beklenen sonuç, tanı ve testlerden elde edilen bilgilerin tıp bilimi ve biyoteknolojik gelişmelere uygun şekilde değerlendirilmesi ve taşıdığı risklerle birlikte hastaya sunulmasıdır³³¹. Bu yüzden gen analizlerinin yapılmasının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Prenatal dönemde hamilelikle ilgili gelişmelerin takibi amacıyla embriyonun görüntülenmesi işlemi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir³³².

c. Kürtaj Sözleşmesi

Doğacak çocukta bir anomalinin belirlenmesi, hamileliğin anne adayının sağlığını ciddi anlamda tehdit etmesi, hamileliğin 10. ayna kadar eşlerin çocuk sahibi olmaktan vazgeçmesi gibi durumlarda embriyonun anne rahminden kazınarak alınması gerekebilir. Bu duruma kürtaj denmektedir.

Kürtaj sözleşmesinin hukuki niteliği konusundaki bir görüş, yapılacak işlemin tıbbi müdahale olduğu ve bu yüzden hekimin sorumluluğunun vekalet sözleşmesinden kaynaklanan gerekli özen ve dikkatin gösterilmesiyle belirlenmesi

³²⁸ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 141; Erol, **a.g.e.**, s. 147.

³²⁹ Erol, **a.g.e.**, s. 147.

³³⁰ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 141; Erol, **a.g.e.**, s. 147.

³³¹ Aral, **a.g.e.**, s. 337: Yazara göre; bilinen teknik kuralların bilimde teorik olarak doğruluğu kabul edilmiş ve ilgili uzmanlar tarafından pratikte uygulanabilir olması gerekmektedir.

³³² Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 141; Erol, **a.g.e.**, s. 147.

yönündedir³³³. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bu sözleşmeyle hekimden beklenen hamileliğin sona erdirilmesi için gerekli özenin gösterilmesi değil, bir sonuç olarak hamileliğin sona erdirilmesidir³³⁴. Dolayısıyla, bu görüş gereğince, kürtaj sözleşmesine eser sözleşmesi niteliği tanınmalıdır.

d. Dondurulmuş Üreme Hücrelerinin ve Embriyoların Saklanması Sırasında Saklama Sözleşmesinin Varlığı Konusundaki Tartışmalar

Yönetmelik m. 18/11’de yazılı bulunan tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasına izin verilmiştir. Buna göre; erkeklerde cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar öncesinde, çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda; kadınlarda ise, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde üreme hücreleri ve gonad dokuları alınarak laboratuvar ortamında saklanır. Yönetmelik m.18/12 gereği uygulanan üremeye yardımcı tedavi yöntemi sonucu adaylardan fazla embriyo elde edilmişse, eşlerin rızası alınarak embriyolar dondurularak saklanabilir. Uygulamada üreme merkezlerinin bu maddeleri saklamak amacıyla güvenli bir laboratuvar ortamı sağlamaları ve bunun karşılığında çok yüksek ücretler almaları söz konusudur³³⁵.

Üreme hücrelerinin dondurularak saklanması durumunda üreme hücresi sahibiyle veya embriyoların dondurularak saklanması durumunda eşlerle üremeye yardımcı tedavi merkezi arasında bir saklama sözleşmesi söz konusu olup olmayacağı tartışılan bir durumdur.

Saklama sözleşmesi, TBK m. 561 ile m. 580 arasında düzenlenmiştir. TBK m. 561’e göre “*Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir*

³³³ Ömer Uğur Gençkan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 211. Erol, **a.g.e.**, s. 147; Ayan, **a.g.e.**, s. 28.

³³⁴ Büyükay, **Embriyo Nakli**, s. 139.

³³⁵ Özbilen, **a.g.e.**, s. 206.

taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir. Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir.” Maddeden de açıkça anlaşılacağı gibi saklama sözleşmesinin konusunu taşınır eşya oluşturmaktadır. Sözleşmenin esaslı unsurları, saklatanın bıraktığı taşınır eşyanın güvenli bir yerde saklayan tarafından saklanması, bunun karşılığında zorunlu unsur olmamakla beraber taraflarca belirlenmesi veya hal ve icabın gerektirmesi durumunda ücret ödenmesi ve tarafların bu konuda anlaşmasıdır.

Üreme hücrelerinin ve embriyonun hukuki niteliğini tartışmalı olmakla beraber eşya statüsünde değerlendiren görüşlere göre, üreme hücreleri ve embriyo, saklama sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Ayrıca, eşya statüsüne sokmamakla beraber somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ileri süren bir görüşe göre, üreme hücreleri ve embriyoların dondurularak saklanması halinde, üreme hücreleri ve embriyo, saklama sözleşmesine konu olabilecektir³³⁶.

Üreme hücreleri ve embriyonun eşya statüsünde olmadığını savunan görüşlere göre, adaylar ile üreme merkezi arasında saklama sözleşmesi söz konusu olmayacaktır³³⁷. Üreme hücrelerinin bir kişilik değeri, embriyonun da kendi başına bir ahlaki statüsünün olduğunu kabul eden görüş açısından saklama sözleşmesinin kabulü veya kıyasen uygulanması kabul edilemez. O zaman adaylar ile üreme merkezi arasında hangi sözleşmenin var olduğunun belirlenmesi gerekir.

İnsanın kendi genetik mirasını taşıyan üreme hücreleri ve gelecekteki potansiyel insan adayı olan embriyo ile ilgili hukuki meseleleri borçlar hukuku ve eşya hukuku ilkeleri ile çözmeye çalışmak, bazen, ahlaki ve etik olarak sıkıntılar doğurabilmektedir³³⁸. Embriyonun ve üreme hücrelerinin eşya statüsüne tabi kılınması mülkiyet kapsamında değerlendirilmesine, devredilebilir işlemlere konu olmasına yol açar. İnsan kökenli biyolojik maddeler insan vücudundan ayrıldıktan sonra eşya olarak tanımlansın veya tanımlanmasın, bunların satımı yasaklanarak bir hukuki işlem yasağı meydana getirilmiştir. Ayrıca, her ne kadar embriyo ve üreme

³³⁶ Özbilen, **a.g.e.**, s. 205.

³³⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 39.

³³⁸ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 16.

hücreleri açısından bağışlama Yönetmelik tarafından kabul edilmese de, diğer biyolojik maddeler açısından TMK m. 23/3 kapsamında bağışlama söz konusu olsa dahi kişi borcunu ifa etmeye zorlanamayacaktır. Buradan çıkaracağımız sonuç kanaatimizce, insanı ve onun vücut bütünlüğünü veya vücudundan ayrılmış olsa da onu kişilik değerinin bir parçasını oluşturan uzuvlarını veya biyolojik maddelerini konu alan meseleleri katı bir şekilde borçlar hukuku veya eşya hukuku şematüğinde bir yerlere yerleştirmeye çalışılmaması gerektiğidir. Embriyo ve üreme hücreleri açısından eşya statüsünü kabul etmenin amacı, onun daha rahat bir şekilde insanlar arasında bağışlanabilir kılmaktır. Bu ise, ileride kurulacak sperm bankalarının önünün açılması, birbirine karışmış soybağları ve olmaması gereken evlilikler demektir. Bunun önüne Yönetmelik m. 18/3 ile geçilmeye çalışılmaktadır. Fakat bir yönetmelik bu durumların önüne geçmek için yeterli değildir ve bizim embriyonun korunmasına ilişkin bir kanuna ihtiyacımızın olduğu aşikardır.

Yönetmelik m.18/11 ve 18/12 'deki kullanılan saklama lafzı, burada saklama sözleşmesinin var olduğu görüşüne yönlendirebilir. Fakat kanaatimizce, eşya statüsünü embriyo ve üreme hücreleri açısından kabul etmek mümkün değildir. Üreme hücreleri, ayrıldığı kişinin hala bir kişilik değeridir. Bu kişilik değerinin koruma altına alınması söz konusudur. Bu korumayı sağlayan merkezler, üreme hücresinin sahibi olan kişi adına iş görmektedir. Dolayısıyla burada bir vekalet sözleşmesinin varlığından bahsedebiliriz. Ayrıca, çoğu zaman üreme hücresinin vücuttan alınması ve dondurularak saklanması işlemi ileride yapılacak yapay dölleme işleminin bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla saklama işlemi, bu minvalde yapılan vekâlet sözleşmesi niteliğindeki bir tıbbi müdahale sözleşmesinin unsuru olacaktır³³⁹.

Embriyolar, tek başlarına bir canlıdır fakat bu potansiyelin aktive edilmesi için anne rahmine implante edilmesi gerekir. Kanaatimizce, insan onuruna yakışır bir şekilde koruma talep ettiğimiz embriyonun saklama sözleşmesiyle saklanan bir eşya kabul edilmemesi, anne ve babanın kişilik değerlerinin bir uzantısı olarak korunması daha uygundur.

³³⁹ Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 48.

B. Hekimin Sözleşmeden Doğan Borçları

1. Teşhis Koyma ve Tedaviyi Yürütme Borcu

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğini teşkil eden vekalet ve eser sözleşmesinin amacı, başkasının işinin görülmesidir³⁴⁰. Tıbbi müdahale sözleşmesindeki amaç ise, hastanın rahatsızlığın teşhis edilmesi ve uygun tedavi yönteminin seçilip uygulanmasıdır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemini uygulayan hekimin, eşlerin çocuk sahibi olamamasının nedenini teşhis etmesi ve bu teşhise göre uygun tedavi yöntemini uygulaması gerekmektedir. Hekim, teşhis için röntgen, laboratuvar tetkikleri gibi gereken işlemleri yapmak yoluyla eşlerin çocuk sahibi olabilmesi için en uygun, en güvenli ve başarı ihtimali en yüksek üremeye yardımcı tedavi yöntemini serbestçe seçmekle yükümlüdür³⁴¹. TBK m. 505 gereğince “*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür.*” Fakat hekimin uzmanlığına giren bir konuda hastanın talimatı ile hareket etmesi mümkün değildir³⁴². Ancak, hekimin aydınlatması şartıyla eşlerin, kendilerine sunulan birden fazla seçenekten hangisinin uygulanacağı hususunda hekime talimat vermesi söz konusu olabilir. Ayrıca, eşlerin tedavi sırasındaki kişisel istekleri koşulların elvermesi ve tedavinin aksamaması şartıyla yerine getirilmelidir. Aksi takdirde, hekim TBK M. 505/2 gereğince talimata aykırı davranış nedeniyle eşlerin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gerekecektir³⁴³.

Belirlenen üremeye yardımcı tedavi yönteminin tıp biliminin objektif verilerine uygun olması gerekir. Ortaya çıkan yeni bir yöntemin daha riskli olmasına rağmen başarı ihtimali daha yüksek ise, hekim, mesleki bilgi ve konumunun gereği kendisine tanınan yetki kapsamında yeni yöntemi uygulayabilecektir. Burada

³⁴⁰ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 7; Tandoğan, **II**, s. 13; Zevkliler, **a.g.e.**, s. 45; Aral, **a.g.e.**, s. 47.

³⁴¹ Özay, **a.g.e.**, s. 52; Ayan, **a.g.e.**, s. 66.

³⁴² Vekilin uzmanlığına giren hususlarda talimat almasının sınırları konusunda bkz. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 550-551; Tandoğan, **II**, s. 438: Yazar, hastanın hasta olduğu konu üzerinde uzman olması durumunda hekime talimat verebileceği görüşündedir.

³⁴³ Özay, **a.g.e.**, s. 83.

hekimin aydınlatma yükümlülüğü genişleyecektir. Fakat belirtmek gerekir ki, yeni yöntemlerin anne üzerinde uygulanması ile dış ortamda uygulanması hususunda risk kapsamının değişmesi söz konusu olmayacaktır. Yani, hekim, dış ortamda yapılan bir döllemenin eşlerin sağlığını riske atmadığı gerekçesiyle riski daha fazla ama başarı ihtimali geleneksel addedilen diğer yöntemlerden daha az olan yeni bir yöntemi uygulayamayacaktır ve bu hukuken hekimin sorumluluğunu doğuracaktır. Fakat hekim uygulanacak geleneksel bir yöntem belirleyemezse, yeni bir üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulayabilecektir. Üremeye yardımcı tedavi, başlangıç itibarıyla tıbben zorunluluk teşkil etmeyip, eşlerin isteğiyle yapıldığı için hekimin eşlerin sağlığını tehdit edebilecek yeni bir tedavi yöntemini seçmemesi ve tedaviden kaçınması gerekmektedir. Çünkü ortada eşlerin sağlığını tehdit eden kalp rahatsızlığı, ağır yaralanma hali gibi durumlar yoktur. Bu yüzden böyle ağır durumlar için kabul edilebilir riskin³⁴⁴ üremeye yardımcı tedaviler bakımından kabul edilemez olduğu bir gerçektir.

Hekim, seçtiği üremeye yardımcı tedavi yöntemini uygularken tıp biliminde kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstererek eşlerin ve özellikle anne adayının zarar görmesini engelleyecek önlemleri almakla yükümlüdür³⁴⁵.

Hekimin tedaviyi yürütme borcunu gereği gibi eksiksiz ifa etmesi için uyguladığı tedavinin ardından hastayı kontrol etmesi gerekir. Yönetmelik m. 19 gereğince, dölleme işleminin ardından anne adayının sağlıklı bir doğum gerçekleştirmesi için gerekli bütün tedbirleri almaktan merkez sorumludur. Yani, ultrason görüntüleme, gen analizi çıkarma, doğumu gerçekleştirme merkezin bulunduğu hastanenin sorumluluğunda olup tedavi sonrası hastayı kontrol borcunun kapsamındadır. Ayrıca, gerekirse yenidoğan ve erişkin hizmeti verilmesi hem tedavi sonrası hastayı kontrol borcunun bir uzantısı hem de yeni bir tedaviyi yürütme borcu olarak değerlendirilebilir.

Hekimin TBK m. 506/1 c. 1 gereğince seçtiği tedavi yöntemini bizzat uygulaması gerekir. Fakat hekimin tedavi sürecini tek başına götürmesinin zorluğu,

³⁴⁴ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, 1954, s. 162.

³⁴⁵ Özay, **a.g.e.** , s. 54; Ayan, **a.g.e.** , s. 67: Steril aletlerin kullanılması, röntgen ışınlarının filtrelenmesi örnek olarak verilmiştir.

bu konuda uzman bir başka hekime başvurulması zorunluluğu, üremeye yardımcı merkez gibi bir tüzel kişiliğin doğal olarak bizzat sözleşmeyi ifa etmesinin imkânsızlığı gibi durumlarda yardımcı kişi kullanılması sonucu doğacağı TBK m. 116'dan; hekimin ya da üreme merkezinin yerine bir başka hekim ya da üreme merkezini koyması sonucunu doğacağı TBK m. 506/1 c. 2'den açıkça anlaşılmaktadır.

b. Yardımcı Kişi Kullanılması

Hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken tedavi faaliyetlerine ilişkin bazı işlemlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakabilir. Kan alınması, iğne yapılması, tüplerin taşınması, sterilizasyonun gerçekleştirilmesi gibi işlemleri yapabilecek hemşire ve hastabakıcı kullanılması mümkündür.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sadece bu amaçla bir hastane bünyesinde açılan merkezlerce ve Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce açılmış müstakil merkezlerce yapılmaktadır. Dolayısıyla tıbbi müdahale sözleşmesi, üreme merkezi ve eşler arasında yapılmaktadır. Sözleşmenin tarafı olan merkez, sözleşmeden doğan borcunu ifa ederken bu konuda uzman olan hekimlerden faydalanmaktadır. Dolayısıyla, hekim yardımcı kişidir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sorumluluğun muhatabı merkezdir. Merkez, eşlerin doğan zararını karşıladıktan sonra kusuru oranında hekime ve çalıştırdığı diğer personellere rücu edebilir.

Sözleşmeden kaynaklanan borcun şahsen ifası zorunlu ise de borçlu, karşı tarafla anlaşarak onun da kabul ettiği bir yardımcı kişi kullanabilir. Yani, yardımcı kişi kullanmanın borca aykırılık teşkil etmemesi gerekir³⁴⁶. Üremeye yardımcı tedavi merkeziyle böyle bir sözleşme yapan eşlerin durumun gereğinden sözleşmenin yardımcı kişi mahiyetindeki hekimler aracılığıyla ifa edileceğini kabul ettiği varsayılmalıdır.

³⁴⁶ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 466.

Bir kuruma bağılı çalışan hekimin yardımcı kişiden sorumlu olması mevzu bahis olamaz. Çünkü TBK m. 116'da düzenlenen yardımcı kişilerin borca aykırı davranışından dolayı sorumluluğun uygulanabilmesi için hekimin yardımcı kişiyi bizzat kendisinin seçmesi ve işe alması gerekir. Bu da ancak hekimin özel muayenehane işlettiği durumlarda ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesindeki hastane bünyesinden bağımsız hekim açısından söz konusu olur. Fakat bir kuruma bağılı çalışan hekimin kullandığı personel, kendisinin değil kurumun seçtiği kişidir. Dolayısıyla, böyle bir personelin sözleşmeye aykırı davranışından hekimin sorumluluğu değil, çalıştığı kurum olan üremeye yardımcı tedavi merkezinin sorumluluğu doğar³⁴⁷.

Yardımcı kişinin kusurlu davranışından sorumlu olması için hekim, ya tıbbi müdahaleyi bizzat kendisi yürütürken onu yardımcı olarak kullanmalı ya da tıbbi müdahalenin yerine getirilmesi sırasında bazı müdahaleleri kendi gözetiminde ona bırakmalıdır. Bu durum, hekimin merkezin yardımcı kişisi olarak çalıştığı merkez için de geçerlidir.

Merkez, yardımcı kişinin fiilinden, hastanın bizzat kendisinden bekleyeceği ihtimamı göstermemesi oranında sorumlu olur³⁴⁸. Yani merkez, yardımcı kişinin hastaya gösterdiği özenin kendisinin göstereceği özenden aşağı düşmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir³⁴⁹. Çünkü sözleşmenin tarafı merkez olduğu için sözleşmeden doğan özen borcunu yerine getirmesi gereken merkezdir. Dolayısıyla, merkezin göstereceği özen, kıstas olarak kabul edilecek ve yardımcı kişinin göstereceği özen merkezin göstereceği özenle kıyas edilecektir. Hekimin çalıştırdığı personelin yerinde kendisi olsaydı yapılan bu davranış hekim için kusurlu bir davranış kabul edilecekse hekim yardımcı kişinin kusurlu davranışından sorumlu olacaktır³⁵⁰. Üreme merkezlerinin yetkili makamlarca izin verilerek faaliyet gösteren yerlerden olmasından dolayı üreme merkezlerinden beklenen özen en üst seviyede

³⁴⁷ Hakan Acar, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk", **Sağlık İşletmeleri Yönetim Rehberi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 317.

³⁴⁸ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 18.

³⁴⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 318.

³⁵⁰ Bu görüşe farazi kusur görüşü de denmektedir. Bu görüş dışında yardımcı kişinin kusurunu arayan ve aramayan iki görüş daha mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8.Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 1037-1039.

olmalıdır. Dolayısıyla, üreme merkezinin yardımcı kişi olarak çalıştırdığı hekimin yerinde varsayımsal olarak merkezin kendisinin olması halinde, bu davranışlar merkez için de kusurlu bir davranış olarak kabul edilmelidir. Yani merkez, bu yolla çalıştırdığı hekimin kusurlu davranışından dolayı sorumluluktan kurtulamamalıdır³⁵¹.

Merkez, yardımcı kişinin fiilinin sözleşmeye aykırı olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Mücbir sebep dolayısıyla veya üçüncü kişinin kusuruyla zarar meydana gelmişse illiyet bağı kesilir ve merkezin sorumluluğu söz konusu olmaz. Hastanın kendi kusuruyla zararı meydana getirdiği veya artırdığı durumlarda ve müterafik kusurun varlığında hekim için tazminatın indirilmesini teşkil eden husus, merkez için de tazminatın indirilmesi nedenidir.

c. Alt Vekil

(1) Genel Olarak

TBK m. 506/1 vekilin üçüncü bir kişiye işi gördürebilmesinin şartları; m. 507 için üçüncü kişiye gördürülmesi halinde vekilin sorumluluğu düzenlenmiştir. Hekim kural olarak seçtiği tedavi yöntemini bizzat uygulamalıdır. Çünkü hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisi, tedavinin bizzat hekim tarafından yapılmasını gerektirir³⁵². Bu durum TBK m. 506/1’de düzenlenmiştir. Ne var ki, hastanın tedavisi için gerekli bütün işlemlerin hekim tarafından yapılması hayatın gerçeklerine uygun düşmez. Hekim tedavi faaliyetlerini gerçekleştirirken üçüncü şahısların yardımını isteyebileceği gibi, şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerin ifasını bir başkasına bırakabilir. Üremeye yardımcı tedavi merkezleri de, eşlerin ve embriyonun geleceği veya bünyesinde çalışan hekimlerden kaynaklanan nedenler ya da eşlerin başka bir yere taşınması gibi durumlar yüzünden tedavinin başka bir merkezde devam etmesini uygun görebilir.

³⁵¹ Konu ile ilgili görüş için bkz. Oğuzman, Öz, I, s. 470, dpn. 416’ dan.

³⁵² Ayan, a.g.e. , s. 67.

(2) Alt Vekalet ve İkame Vekaleti Ayırımı

Hekim bazı hallerde yerine başkasını koyar. Sözleşme ile üstlendiği tedavi borcunu, denetim ve gözetim söz konusu olmaksızın bir üçüncü kişiye devreder. Bu üçüncü şahıs kural olarak bir hekimdir. Bu duruma geniş anlamda hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması (ikame) diyoruz³⁵³. Hekimin kendi yerine bir başkasını koymasının iki şekilde olması söz konusudur.

Hekim, hastayı tedavi etme borcunu kendi adına yaptığı sözleşme ile bir başka hekime bırakabilir. Böyle bir durumda alt vekalet ilişkisinden bahsedilir. Alt vekalet ilişkisi ile tedavi borcunu bizzat yerine getirecek hekime de alt vekil denir. Alt vekalette, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi devam eder. Fakat tedavi kendisine bırakılan hekim –ki biz ona alt vekil diyoruz- ve hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz. Vekil hekim ve alt vekil hekim arasında ayrı bir vekalet ilişkisi doğmuştur³⁵⁴.

Hekimin hastası adına yaptığı bir sözleşme ile tedavi borcunu bir başka hekime bırakması halinde ikame vekaleti ortaya çıkar. Doktrindeki bir görüş, vekilin müvekkili adına bir sözleşme yapabilmesi için doğrudan doğruya temsil yetkisi bulunması gerektiğini ifade ederken; bir diğer görüş, vekilin vekaleti kabul etmemesi veya bir sebepten dolayı hiç veya belirli bir süre ifa etmemesi geciktirici şartına bağlı olarak bir başkasını vekil tayin edebileceğini savunmuştur³⁵⁵. İkame vekalet ilişkisi ile tedavi borcunu yerine getirecek vekile de ikame vekil denir. Böylelikle ikame vekil³⁵⁶ ile hasta arasında yeni bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadığı sürece birinci vekil hekimin hastaya karşı sorumluluğu devam eder.

Kendisinin yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu alt vekaletin ve ikame vekaletinin caiz olup olmamasına göre değişir³⁵⁷. Yetkili olmamasına rağmen

³⁵³ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 548; Aral, **a.g.e.**, s. 408.

³⁵⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 69; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 549.

³⁵⁵ Aral, **a.g.e.**, s. 409.

³⁵⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 70; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 548; Aral, **a.g.e.**, s. 409.

³⁵⁷ Atiye Uygur, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, (<http://acikarxiv.ankara.edu.tr/browse/5421>), Çevrimiçi, 05.11.2011, s. 141.

kendisinin yerine bir başkasını koyan kişi, o kişinin bütün yaptıklarından kendisi yapmış gibi sorumlu olur³⁵⁸. Bu durumda caiz olmayan ikame mevcuttur.

TBK m. 506/1'e göre caiz ikame üç şekilde olabilir. Hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesi şeklinde olabilir. Başka bir deyişle hekim ikame için hasta tarafından yetkili kılınabilir. Hastanın muvafakati açık veya örtülü olabilir. Hekim, teşhis edilen hastalık alanında daha uzman bir hekimi önerdiğinde hastanın buna karşı çıkmaması ve önerilen hekime gitmesi bir örtülü muvafakatname sayılır³⁵⁹. Teamül veya örfün yetkili kıldığı durumlarda hekim, kendisi yerine bir başka hekimi koyabilir³⁶⁰. Tatile giden hekimin hastalar için yerine bir başka hekimi bırakması, bir iç hastalıkları uzmanının cerrahi müdahale gerektiğinde bir operatöre başvurması, gerekli bakteriyolojik çalışmaları yapma işinin bağımsız çalışan tecrübeli bir hekime veya enstitüye havale edilmesi örnek olarak sayılabilir³⁶¹. Üçüncü neden ise şartların hekimi zorlaması, hekimin bir başkasını yerine koymasının zorunlu olmasıdır. Haklı bir sebep, hekimin edimini şahsen ifa etmesi engellerse ve hastanın tedavisinin ertelenmesi hastaya zarar verecekse, bu durumda bir başka hekim tarafından tedavinin gerçekleştirilmesi veya sürdürülmesi gerekir. Burada bir zaruret hali vardır³⁶². Aniden rahatsızlanan hekimin ameliyata devam edememesi halinde bir diğer meslektaşının ameliyatı sürdürmesi böyledir³⁶³. Sayılan bu hallerin varlığı halinde caiz olan ikame mevcuttur ve hekimin sorumluluğunun kapsamı kanunen azaltılmıştır. Bu durumda hekim, sadece alt veya ikame vekili seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle sorumludur.

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin tedavinin yürütülmesini bir başka merkeze gördürmesi halleri hekimin bizzat borcun sorumlusu olduğu hallere göre daha az olmakla birlikte şu hallerde mevcut olabilir. Dondurularak saklanan üreme hücresi veya embriyonun saklandığı saklama alanının çeşitli sebeplerle süreli veya süresiz kullanılamaması ve bir başka merkezde saklanması halinde alt vekalet ilişkisi

³⁵⁸ Şafak Parlak, Levent Börü, "Alt Vekalet", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 24, No: 96, Eylül-Ekim, 2011, s. 33.

³⁵⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 69.

³⁶⁰ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 548.

³⁶¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 70.

³⁶² Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 548.

³⁶³ Ayan, **a.g.e.**, s. 71.

kurulmuş olur. Birden fazla embriyonun elde edildiği işlemlerden sonra eşlerin rızasıyla embriyoların dondurularak saklanması için döllenme işlemini gerçekleştiren merkezin başka bir merkezin saklama alanını kullanmak üzere başka bir merkezle kendi adına sözleşme yaptığı durumlarda alt vekalet ilişkisi; eşler adına sözleşme yaptığı durumlarda ikame vekalet ilişkisi kurulmuş olacaktır. Aynı şekilde, merkezlerin genetik tanı testlerini bu konuda uzmanlaşmış genetik tanı merkezlerine yaptırmak için kendi adlarına sözleşme yapmaları durumunda alt vekalet; eşler adına sözleşme yapmaları durumunda ikame vekalet ilişkisi kurulacaktır.

Üreme merkezinin belirli bir süre bakıma alınması ve mevcut hastalarının gerekli üreme merkezlerine yönlendirilmesi halinde ise, alt vekalet ilişkisi kurulmuş olur³⁶⁴. Yönetmelik m. 19 gereği; döllenme işlemini ve embriyo naklini başarı ile gerçekleştiren merkez, hamilelik sonuçlanana kadar anne adayını takipten sorumludur. Bu kapsamda, anne adayının merkezin bulunduğu ilin dışında ikamet etmesi halinde, ikametgâhının bulunduğu ildeki bir hastanede anne adayının uzman hekimler tarafından takip edilmesini, doğum yapmasını ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti verilmesini sağlamak döllenmeyi gerçekleştiren merkezin sorumluluğundadır. Anne adayının yönlendirildiği hastane ikame vekil sıfatını taşıyacaktır. Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce açılan müstakil merkezlerin Yönetmelik yürürlüğe girdikten sonra geçici madde 2/2 a bendine göre, 3 ay içinde yeni doğan ve erişkin hizmeti alma amaçlı bir kamu veya özel hastane ile yapmaları ve bu sözleşme gereği eşleri bu hastanelere yönlendirmeleri durumunda ise merkez vekil, merkezin sözleşme yaptığı hastane alt vekil sıfatını taşıyacaktır. Her iki durumda da, döllenmeyi gerçekleştiren merkez, bu hastaneyi seçmede ve talimat vermede gerekli özeni gösterme borcu altında olacaktır. Bu bahsettiğimiz durumlar dışında, merkezin ünite sorumlusu ve laboratuvar sorumlusunun istifa, yer değişikliği, ölüm ve benzeri nedenlerle değişmesi gereken durumlarla Yönetmelik m. 14/3 a bendinde *“ÜYTE ünitesi sorumlusu ve ÜYTE laboratuvarı sorumlusu*

³⁶⁴ Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin belirli bir süre ile faaliyetlerinin valilikçe durdurulması halinde sonraki sübjektif kusurlu imkansızlık söz konusu iken; üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin süresiz kapatılması halinde sonraki objektif kusurlu imkansızlık söz konusu olacaktır^{364a}. Konu ile ilgili bkz. Oğuzman, Öz, I, s. 400-401: Sözleşmenin kurulmasının ardından borcun ifasının sürekli olarak imkansızlaşması halinde TBK m. 136 gereği borç sona erer. Fakat geçici nitelikteki imkansızlık, borcu sona erdirmez. Ancak, belirli bir tarihte borcun ifası gerekiyorsa veya belirli tarihten sonra borcun ifasının alacaklı tarafından bir anlamı kalmayacaksa borç sona erer.

değişikliklerinin derhal Bakanlığa bildiri yapılr ve yerine yeni sorumlu atanana kadar yeni hasta alımı durdurulur. Tedavilerine başlanmış hastaların tedavileri ise başka bir merkezin sorumlusu ile anlaşarak aksatılmadan devam ettirilir. 15' er günlük sürelerde durum müdürlüğe bildirilir. Başka bir merkezin sorumlusu ile anlaşma yapılamaz veya başka merkez sorumlusuyla yürütülen süre üç ayı geçer ise merkez kapatılır. Tedavisi devam eden hastalar dosyalarıyla birlikte en yakın kamu merkezine yönlendirilir. Sevk edilen merkez tarafından hastaların değerlendirilmesi sonrası varsa tahakkuk edecek ödemeler sevk eden merkez tarafından üstlenilir.” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durumda, ilk merkez vekil, ikinci merkez alt vekil konumundadır. Burada, zorunlu bir alt vekalet ilişkisi kurulurken, bu ilişki üç ay gibi kısıtlayıcı bir süreye tabi olmaktadır³⁶⁵.

(3) Hekimin ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sorumluluğunun Kapsamı

TBK m. 507/ 2'ye göre vekil başkasına vekalet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. O zaman hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasının caiz olduğu hallerde sadece diğer hekimi seçerken ve ona tedavi ile alakalı talimat verirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür³⁶⁶. Alt vekil hekimin tedavi yaparken işlediği haksız fiil veya sözleşmeye aykırı davranışından, ilk hekim sorumlu olmayacaktır³⁶⁷. Fakat alt vekil hekimin bu fiillerinin sebebi, tedavi konusunda uzman olmamasından kaynaklanıyorsa ilk hekimin sorumluluğu doğar³⁶⁸. Ayrıca, alt vekil hekimin ilk hekimden aldığı talimat yüzünden verdiği zararlardan ilk hekim de diğer hekimle

³⁶⁵ “Bu madde merkezlerin hastalara karşı sorumluluklarını düzenlemek isterken aslında hastaları son derece güç durumda bırakacaktır. Eski yönetmelikte 2 ay süre verilirken bu yönetmelikte derhal yapılması isteniyor. Ünite sorumlusu ya da laboratuvar sorumlusunun kötü niyetli olması durumunda ya da başına bir şey gelmesi durumunda tüm işletme bundan zarar görebilir. Bu düzenleme hangi amaçla yapılmıştır Başka bir merkezin sorumlusu ile anlaşma yapılamaz denmiş iken aynı zamanda başka merkez sorumlusuyla yürütülen süreden bahsedilmiş? Merkez sorumlusu diyelim ki istifa, ölüm gibi nedenler dışında hastalandı. Ya da bayan ve doğum yaptı? Neden tüm sikluslar durdurulacak. Bu maddenin yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.”Bu eleştiriler için bkz. <http://www.tupbebekmerkezleridernege.com/tr/index.php?sayfa=YeniUYTEdilekce.htm> (Çevrimiçi,10.04.2013).

³⁶⁶ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 549-550; Zevkliler, **a.g.e.** , s. 341; Aral, **a.g.e.** , s. 409.

³⁶⁷ Zevkliler, **a.g.e.** , s. 341; Aral, **a.g.e.** , s. 408.

³⁶⁸ Parlak, Börü, **a.g.e.** , s. 34.

birlikte sorumludur³⁶⁹. Hekimin bir merkeze bağlı çalışması durumunda, hekimin sorumluluğu açısından bahsettiklerimiz merkez açısından geçerli olacaktır. Hekim, yardımcı kişi olarak sözleşmenin bu hukuki sorumluluk kapsamında ifasından merkeze karşı sorumlu olacaktır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından ele aldığımızda, alt veya ikame vekile gördürülen iş yüzünden zarara uğrayan eşlerin zararını kimin karşılayacağı zarara neden olan işlemin kimin sorumluluğunda gerçekleştiğine göre değişecektir. Uygulamada sık karşılaşılan durumlardan birisi olan, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin genetik tanı testlerini bu konuda uzmanlaşmış genetik tanı merkezlerine yaptırması üzerinden konuya açıklık getirelim. Üremeye yardımcı tedavi merkezinin gen analizleri işini genetik tanı merkezine gördürmesi ile ilgili sözleşmeye bizzat kendisinin taraf olması durumunda genetik tanı merkezi alt vekil; üremeye yardımcı tedavi merkezinin yerine eşlerin taraf olması durumunda genetik tanı merkezi ikame vekil olacaktır. Örneğimizde, örf ve teamülün yetkili kıldığı caiz bir ikame mevcut olduğundan ilk vekil olan üremeye yardımcı tedavi merkezi genetik tanı testlerinin çıkartılması ve bilgilendirilmesi konusunda sadece genetik tanı merkezini seçmede ve talimat vermede gereken özeni göstermekle sorumlu olacaktır. Alt veya ikame vekil merkezin gen analizlerini gerektiği şekilde yapmaması veyahut yanlış değerlendirmelere yol açan teşhislerde bulunması halinde ilk vekil merkezin yaptığı yapay dölllenme işlemi veya embriyo nakli ya da hamilelik sonrası işlemler yüzünde ceninde veya anne adayında meydana gelen sakatlık veya özürlülük gibi zararlardan alt veya ikame vekil olan merkez sorumlu olacaktır. Çünkü ilk vekil merkezin yaptığı işlemle verdiği zarar arasındaki illiyet bağıını kesen alt veya ikame vekil merkezinin ağır kusurudur. Bu durumda, eşlerin ve cenin zararlarından alt veya ikame vekil merkez sorumludur. Fakat alt veya ikame vekil merkez, ilk vekil merkezin genetik tanı testlerinin yapılması sırasında verdiği talimatlara uyduğunu, gen analizlerinin talimatlara uygun yapıldığını ispatlarsa, ilk vekil merkez, talimat vermede gereken özeni göstermediği için sorumlu olacaktır. Ayrıca, hem gen analizlerinin yanlış teşhislerinden kaynaklanan hem ilk vekil merkezin talimat vermede gösterdiği ihmalkarlıktan kaynaklanan zararlardan ilk

³⁶⁹Ayan, a.g.e. , s. 70.

vekil merkez ile alt veya ikame vekil merkez, eşlere karşı müteselsil sorumlu olacaktır. Her iki merkez, kusurları oranında birbirine rücu edebilecektir.

2. Sadakat Borcu

TBK m. 506/2’te “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” denilerek vekil gibi davranan hekimin veya hekimin bağlı çalıştığı merkezin sadakat ve özen borcu düzenlenmiştir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması bakımından sadakat borcu, eşlerin çocuk sahibi olabilmesi ve eşlerin maddi ve manevi sağlık durumlarının korunması için gerekli her şeyin yapılmasını ifade eder³⁷⁰. Başka bir ifadeyle, sadakat borcu, hekimin ve merkezin hastanın menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmasıdır³⁷¹.

Hekim, sadakat borcunun gereği eşlere dürüst davranmalı, onların güvenini sarsacak davranışlardan sakınmalıdır. Özellikle daha fazla para kazanmak için tedavi yöntemi ile ilgili yanlış bilgiler vererek tedavi sürecini uzatmak veya elverişli olmayan bir tedavi yöntemini uygulamaktan kaçınmalıdır³⁷².

Hekimin eşlerin kişisel özelliklerini göz önünde bulundurarak hareket etmesi ve tedavi gerçekleştirilirken özel bir anlayış göstermesi gerekir³⁷³. Ayrıca, hekim kendisine bırakılan değer ve çıkarları korumakla yükümlüdür. Bu borç sözleşme sona erse de devam edecektir³⁷⁴. Hekimin sır saklama borcunun, hesap verme ve alınan şeyleri iade borcunun temelini sadakat borcu oluşturmaktadır³⁷⁵.

3. Özen Borcu

Hekim, bilinen ve mümkün olan tüm tedbirleri uyguladığı, somut olayın gerekli kıldığı bütün dikkat ve özeni sarf ettiği hallerde, tedavinin sonuçsuz

³⁷⁰ Ayan, **a.g.e.** , s. 87.

³⁷¹ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 51.

³⁷² Ayan, **a.g.e.** , s. 88; Yılmaz, **a.g.e.** , s. 51; Tandoğan, **II**, s. 408, dnp. 5’ten.

³⁷³ Tandoğan, **II**, s. 408.

³⁷⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.** , s. 46.

³⁷⁵ Tandoğan, **II**, s. 408; Ayan, **a.g.e.** , s. 87.

kalmasından sorumlu olmayacaktır. Hekim, seçilen üremeye yardımcı tedavi yönteminde, yapay dölllenme ve embriyonun nakli yoluyla sağlıklı bir çocuğun dünyaya gelmesi için gerekli özeni göstererek hareket etme borcu altındadır. Tedavi yönteminin uygulanması sonucunda sağlıklı bir çocuğun doğumu gerçekleşmese bile hekim bu minvalde gerekli özeni gösterdiği takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Hekimin özen borcunun kapsamının belirlenmesi hukuki sorumluluğunun sınırlarını çizecektir.

İş görme sözleşmelerinde özen borcunun kapsamı için iki ölçüt belirlenmiştir. Objektif ölçüt, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidini, gücünü, gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesini göz önünde tutar. Subjektif ölçüt ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi ve derecesini, yeteneklerini ve diğer niteliklerini göz önünde tutar.

Vekilden beklenen özen m. 506/3'te aynen şöyle düzenlenmiştir: *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”* Aynı şekilde, eser sözleşmesi bakımından yükleniciden beklenen özen TBK m. 471/2'de *“Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri yüklenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeler ışığında hekimden beklenen özen, objektif ölçüte göre belirlenecektir.

Objektif ölçüt, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde hekim için de geçerlidir. Çünkü hekimin işi doğrudan veya dolaylı olarak insan sağlığıdır ve hekim kanunen tıbbi müdahalede bulunma yetkisini haiz olan konusunda uzman ve uzmanlaşması gereken birisidir. Hekim akdettiği vekalet ve eser sözleşmesindeki yükümlülüklerinden, mensup olduğu ihtisas alanındaki ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özen bakımından sorumludur. Dolayısıyla, pratisyen hekimden ortalama bir pratisyen hekimin, uzmandan ise ilgili ihtisas alanındaki bir uzmanın aynı hal ve şartlar altında göstereceği dikkat ve

ihdimam beklenecektir³⁷⁶. Kısacası, hekimden beklenen özen, tıbbi müdahaleyi yapan basiretli bir hekimin göstereceği özendir.

Üremeye yardımcı tedavilerin uygulanmasında borçlu merkez olduğu için, hekimin sorumluluğu ile ilgili bahsettiklerimiz mahiyetine uygun düştüğü takdirde merkez için de geçerlidir. Merkez faaliyetlerini gerçekleştirirken kendisiyle aynı sahada faaliyet gösteren merkezlerin göstereceği özeni göstermek zorundadır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile ilgili biyoteknolojik gelişmelerin takip edilmesi, merkez personeli ve hekimin bu gelişmelere uygun şekilde seçilmesi, gerekli eğitimlerin verilmesi³⁷⁷ ve gelişmelere uygun tıbbi donanım ve gereçlerin temin edilmesi³⁷⁸, merkezden beklenen özenin kapsamındadır. Yani, merkezden beklenen özen borcu hekimin özen borcuna göre daha ağırdır³⁷⁹.

4. Arşivleme ve Kayıt Tutma Borcu

Hekim, tedavisini üstlendiği hastayla ilgili bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve kayıtları arşivleyerek saklamak borcu altındadır. Bu borç, TBK m. 508/1 kapsamında düzenlenen vekilin hesap verme borcunun bir görünümüdür. Buna göre; “*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.*” Hekimin ilgili belgeleri kayıt altında tutması hem hastaya hesap verilmesini kolaylaştıracak, hem tedavinin sağlıklı ilerlemesini sağlayacak, hem de olası bir uyuşmazlıkta ispat

³⁷⁶ Ayan, a.g.e. , s. 89.

³⁷⁷ Yönetmelik m. 17: “*Bu Yönetmelik kapsamındaki eğitim faaliyetleri Bakanlıkça eğitim vermek üzere yetkilendirilmiş ÜYTE merkezlerince yürütülür. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri konusunda sertifikalı eğitimler ile eğitim verecek merkezlerin nitelikleri, çalışma usul ve esasları bilim komisyonunun da görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça çıkarılacak diğer mevzuat ile düzenlenir.*”

³⁷⁸ Yönetmelik m. 13: “*Merkezde; a) Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-1’deki listede belirtilen gereçler bulunur. Bu liste her yıl bilim komisyonunun yapacağı ilk toplantıda yeni tıbbi gelişmeler göz önünde bulundurularak değerlendirilir, değişiklik önerilmesi halinde liste yenilenerek yayımlanır. b) Elektrik kesintilerinde otomatik olarak devreye girebilecek ve yeterli enerji üretebilecek kapasitede bir jeneratör ve devamlı güç kaynağı bulunur. c) OPU odası ve laboratuvarlarda, taze hava üfleyen mikroorganizma geçirmeyecek şekilde filtre sistemi ile desteklenmiş havalandırma sistemi kurulur. ç) OPU odası, laboratuvarlar ile dondurma ve saklama alanının, zemini anti bakteriyel anti statik malzeme ile kaplanır. d) OPU odası hasta odalarında merkezi gaz sistemi kurulur. OPU odası ve embriyoloji laboratuvarında kullanılacak olan gazlar mümkünse merkezi sistemden temin edilir, eğer dolun tüpleri şeklinde kullanılacak ise özel bir bölümde kapısı kilitli, sabitlenmiş ve alarm sistemine sahip donanımı bulunur.*”

³⁷⁹ Konu ile ilgili merkezin yardımcı kişi olarak hekimi kullanması bkz. , s. 97-98.

aracı olarak kullanılmasını sağlayacaktır³⁸⁰. Ayrıca, yapay döllenenin gerçekleşmesinden sonraki devrede hastanın başka bir merkezde tedavisini sürdürmesi veyahut doğum sonrası rutin kontroller gibi durumlarda bu kayıtlar hekimin işine yarayacaktır³⁸¹.

TBK m. 508/1 gereği, tedavi sonrası hastanın istemi üzerine hastanın çıkarının üstünlük taşıdığı belgeler hastaya geri verilmelidir. Ayrıca, hekim, tedavinin yürütülmesi için hasta tarafından kendisine verilen belgeleri saklamalı ve tedavi sonrası geri vermelidir³⁸². Hekimin çıkarının üstünlük taşıdığı kayıtlar ise hekimin mülkiyetinde kabul edileceği için geri verme söz konusu olmayacaktır. Hekim ve hasta menfaatlerinin eşit olduğu durumlarda mülkiyet hekimde kalmakla birlikte eşlere de tetkik ve görme hakkı tanınmalıdır³⁸³. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kurallarına m. 31'e göre " ... hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir." Fakat, karşılığında ilave bir ücret alınması gerektiğine dair görüşler de mevcuttur³⁸⁴. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından bu hususlar da aynen geçerlidir. Eser sözleşmesinin söz konusu olduğu gen analizlerinin yapılması hususunda, TBK m. 472/2'deki "*Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.*" hükmü tutulan kayıtlar artan malzeme olarak kabul edilemeyeceği için tıbbi müdahale sözleşmeleri açısından uygulanamamaktadır. Fakat madde metninde geçen hesap verme yükümlülüğü için TBK m. 508/1 kıyasen uygulanabileceği için hastanın menfaatinin üstün olduğu belgelerin geri verilmesi söz konusu olacaktır³⁸⁵.

Kayıtların nasıl tutulması gerektiğine dair şekli bir zorunluluk kanun çerçevesinde düzenlenmese de, üremeye yardımcı tedaviler bakımından Yönetmelik m. 15 ile bazı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre;

³⁸⁰ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 93.

³⁸¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 95: Rahatsızlığın nüksetmesi veya hastanın benzeri tıbbi müdahale istemiyle tekrar hekime başvurması halinde hekime önemli yardımları bulunacaktır.

³⁸² Ayan, **a.g.e.**, s. 96.

³⁸³ Hayrunnisa Özdemir, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü", **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Yıl.1, No.1, 2009, s. 152.

³⁸⁴ Özay, **a.g.e.**, s. 73.

³⁸⁵ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 469.

“(1) ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli çift olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-2’deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak işlem yaptırmaları gerekir. Hastanın merkeze başvurusu, yapılan tüm işlemler, saklanması gereken numuneler ve yapılan uygulamalara ilişkin bilgiler kayıt altına alınır. Eşlerin fotoğrafları, kimlik fotokopileri ve evlilik cüzdanı fotokopisi dosyalanır.

(2) Merkeze müracaat eden her hasta için bir hasta dosyası hazırlanır. Hasta dosyasında; a) Hastanın merkeze müracaatı için sevk eden/rapor düzenleyen yetkili kurum ve kuruluş ile rapor düzenleyen ve/veya sevk eden hekim bilgileri, daha önce uygulanan tedaviler, merkezde yapılan tanı ve tedavi amaçlı tüm işlemlere ilişkin belgeler ve ayrıntılı anamnez kronolojik sıraya göre, b) Müracaat eden çiftlerden erkekle ilgili spermiyogram veya spermiyogramın negatif olması durumunda testis doku biyopsisi sonucu ve bazal hormon değerleri gibi erkeğin üreme durumunu gösteren bilgiler, yer alır.

(3) Merkezlerde embriyo saklama işlemlerinde bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-3, çözme işlemlerinde EK-4 ve imha işlemlerinde Ek-5’deki form; gonad dokusu/hücreleri saklama işlemlerinde EK-6, çözme işlemlerinde EK-7 ve imha işlemlerinde EK-8’deki form doldurularak hasta dosyasında muhafaza edilir.

(4) Elektronik kayıt sistemlerinin kullanılması halinde yeterli ve güvenli yedekleme yapılır. Elektronik imza uygulanmasında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Dosyada bulundurulması zorunlu evraklar ayrıca saklanır.”

Merkezlerin arşivlediği kayıtlarla ilgili verileri Yönetmelik 19/2 gereği Sağlık Bakanlığı tarafında oluşturulacak elektronik kayıt sistemine düzenli olarak girmelidir. Ayrıca, uygulamaların takibinin sağlanabilmesi için her yıl ocak ayında, bir önceki yılın çalışma verilerini ve oluşmuş gebelik bilgilerini Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmiş standart formlar halinde AÇSAP Genel Müdürlüğüne göndermelidir.

Merkezlerin tedavisini üstlendikleri eşlerle ilgili kayıtları ne kadar süreyle saklaması gerektiğine dair Yönetmelik m. 19/3’te açık bir düzenleme getirilmiştir.

Buna göre; merkezler Yönetmeliğın öngördüğü form ve dökümanları en az otuz yıl saklamalı ve bilim komisyonu veya Sağlık Bakanlığınca istenildiğinde ibraz etmeli, ayrıca Sağlık Bakanlığınca elektronik ortamda istenen merkez ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi belirtilen süreler içinde göndermelidir.

5. Sır Saklama Borcu

Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü, herkesçe bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir³⁸⁶. Bununla beraber, belirli kişiler tarafından bilinen ve herkesçe bilinmeyen şeyler sırrın konusu olabilir³⁸⁷. Sır, kişisel varlığın bir parçasıdır³⁸⁸, bir kişilik değeridir.

Kişilik haklarından sır çevresi, kişilerin kendi özel ve mesleki hayatlarıyla ilgili olup yabancı gözlerden uzak kalmasını istediği konulardır³⁸⁹. Bir olayın sır alanı teşkil edebilmesi için öncelikle objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Objektif şarta göre, bir olayın sır alanına ait olabilmesi için, onun üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi gerekir³⁹⁰. Bir kişi vücudunda mevcut olan bir lekeyi veya eksikliği, yazmış olduğu mektupları, hatıra defterini, yazmış olduğu e-mailleri, cep telefonu görüşmelerini üçüncü kişilerden saklayabilir³⁹¹.

Sübjektif şarta göre; bir olay veya davranışın sır alanına dâhil olabilmesi için, bu alanda sır sahibi kişinin iradesinin olması gereklidir³⁹². Kişinin sır saklama iradesi, onun beyanlarından ve davranışlarından anlaşılabilir³⁹³.

³⁸⁶ Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 155.

³⁸⁷ Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978, s. 4.

³⁸⁸ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 6, dpn. 19'dan: “ *Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep kişisel varlıklardır.*” Y. 4.HD. E. 14724/5389, T. 06.06.1972.

³⁸⁹ Akipek, Akıntürk, **Şahsın Hukuku**, s. 390.

³⁹⁰ Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 155.

³⁹¹ Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 155-156; Akipek, Akıntürk, **Şahsın Hukuku**, s. 390-391.

³⁹² Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 156.

³⁹³ **A.y.**

Hekim ve üremeye yardımcı merkez işleticileri, mesleklerinin icrası sırasında teşhis ve tedavi borcunun gereği gibi ifası için eşlerden, onlara ait çok mahrem konularda bilgi almaktadır. Bu bilgilerin meslek sırrı olarak saklanması sadakat borcunun bir gereği olarak zorunludur³⁹⁴. Bu bilgilerin kanunda yer alan istisnalar dışında ifşası halinde hekim ve merkezin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Sır saklama borcu, TBK’da düzenlenmemiş olmakla beraber sadakat ve özen borcunun bir parçasıdır. Ayrıca, kişilik haklarını korumaya yönelik Anayasa m. 17 ile TMK m. 24’ün de bir neticesidir³⁹⁵.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, TDN m. 4’te “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırların, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.*” şeklinde; HHY m. 20’de “*İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları içinde de sır saklama borcu düzenlenmiştir. Buna göre, “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevden çekilebilir*”.

Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir. Hekim, diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına dahi, tedavinin geleceği

³⁹⁴ Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul 1983, s. 14 vd.

³⁹⁵ Reisoğlu, **Hekim**, s. 14; Donay, **a.g.e.**, s. 16.

zorunlu kılmadıkça sır sayılan hususları açıklamamalıdır³⁹⁶. Bilimsel tebliğ ve yayınlarda da hastanın kimliğini ortaya çıkaracak şekilde bilgi aktarımı yapılmamalıdır³⁹⁷.

Hekim, hastanın rızası olmaksızın hastasının hastalığı ile ilgili kayıtları, hastanın yakınları ya da hastanın tedavi olduğu yeni hekim tarafından incelemesine izin verme yetkisi yoktur³⁹⁸. Eski hekim ancak hastasının rızası sonucu yeni hekime bilgi verebilir³⁹⁹.

Sır saklama borcunun ihlali sayılmayan istisnai durumlardan ilki hastanın sırrının açıklanmasına rıza göstermesidir⁴⁰⁰. Kişilik haklarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde sırların açıklanması kanuna ve sözleşmeye uygun hale gelebilir⁴⁰¹.

İkinci istisnai durum, hasta tarafından hekimin aleyhine dava açılması durumunda, hekimin kendini savunmak için hastasının sırlarını açıklamasıdır⁴⁰². Fakat, HMK m. 249/1'deki "*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.*" hükmü gereği hekim, sırf bir davada tanıklık yapmak adına hastasının sırlarını ifşa edemez. Bu halde hekimin hastaya karşı sözleşmesel sorumluluğundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu doğar⁴⁰³. Ancak, hastanın rızası varsa hekim tanıklıktan da çekinemez. Ayrıca, hekimin meslek sırrı dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkı, CMK m. 46/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatlar dolayısı ile hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler*" sebebiyle sayılan kişilerin tanıklıktan çekinme hakları vardır.

³⁹⁶ M. Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, 1986, s. 61; Donay, **a.g.e.**, s. 50.

³⁹⁷ Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 158; Er, **a.g.e.**, s. 94.

³⁹⁸ Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 152-153.

³⁹⁹ Şenocak, **Hekim**, s. 65-66.

⁴⁰⁰ Atabek, Sezen, **a.g.m.**, s. 166; Tandoğan, **II**, s. 454.

⁴⁰¹ Reisoglu, **Hekim**, s. 15.

⁴⁰² Özdemir, **Sır ve Kayıt**, s. 158; Er, **a.g.e.**, s. 94.

⁴⁰³ Tandoğan, **II**, s. 455.

Bir diğerk durum, kamu yararının korunması ve kanun hükmünün yerine getirilmesidir. Bulaşıcı hastalık gibi kamu sağlığını tehdit eden durumlarda ihbarda bulunmak hem kamu yararının korunması, hem de kanun hükmünün yerine getirilmesidir⁴⁰⁴. TCK m. 24/I'de “ *Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemez.*” denilerek, kanun, yönetmelik, tüzük, kanun hükmünde kararname gibi hukuk kuralları gereğince hareket eden hekimin bu minvalde hastasının sırrını açıklaması hukuki sorumluluğunu doğurmayacaktır. Aksi takdirde, TCK m. 280 “*Görevini yaptığı sırada, bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sağlık mensubu deyiminden, tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğerk kişiler anlaşılır*” hükmü gereğince cezalandırılır. Dolayısıyla, Yönetmelik m. 18/4, 18/5, 18/6 tarafından yasaklanan şekilde üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanması halinde bu durumdan haberdar olan hekimin hamile kalan kadını cumhuriyet savcılığına ihbar etmesi sır tutma borcunun ihlali sayılmayacaktır.

Sır saklama borcu, mahiyetine uygun düştüğü sürece üremeye yardımcı merkezler bakımından da uygulanır. Merkezler, sözleşme ilişkisi gereği sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmeyen yardımcı kişi sıfatını taşıyan hekimlerin davranışlarından hukuken sorumludur. Ayrıca Özel Hastaneler Tüzüğü m. 32'deki “*Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir.*” hükmü kapsamında hareket edilmesi, sır saklama yükümlülüğünün istisnalarından biri olduğu için merkezler hukuken sorumlu tutulamayacaktır. Burada değinilmesi gereken en önemli istisna ise, çocuğun soybağını bilme hakkının söz konusu olduğu durumlarda hekimin gerekli bilgileri çocuk ile paylaşmasının sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeyeceğidir⁴⁰⁵. Çünkü

⁴⁰⁴ Er, **a.g.e.** , s. 94: 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi örnek verilmiştir.

⁴⁰⁵ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 163.

soybağı gibi kamu düzeninden olan bir konuda üstün özel ve kamu yararının varlığını kabul etmek gerekecektir⁴⁰⁶.

6. Diğer Borçlar

a. Aydınlatma ve Rıza Alma Borcu

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuka uygun şekilde yapılmasının şartlarından olan aydınlatma ve hastanın rızasının alınması, ayrıca, sözleşme kapsamında hekimin sorumluluğunun sınırlarını çizen birer borç mahiyetindedir. Ayrıntılı incelemeyi daha önce yaptığımız için burada tekrara girmekten sakınıyoruz.

b. Üreme Hücrelerinin ve Tüpteki Embriyoların Yönetmelik Kapsamında Kullanılması ve Saklanması Borcu

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan hekimin bir borcu da adaylardan alınan üreme hücrelerini ve embriyoları Yönetmeliğe uygun şekilde kullanmak ve gerekli hallerde bunları saklamaktır⁴⁰⁷. Adaylardan alınan üreme hücreleri ve embriyoların Yönetmelik kapsamında kullanılması, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği gibi, hekimin sözleşmeden kaynaklanan borcunun gereği gibi ifa edilmiş olmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda, eşlerden alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların Yönetmelik esaslarına aykırı olarak bulundurulması, nakledilmesi, satılması; bu embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da eşlerde kullanılması ve uygulanması, istenmeyen durum olan, anne ve çocuk sağlığını riske eden çoğul gebeliklerin oluşması sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücrelerinin saklanması yasaktır. Tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen eşlerin rızası olmadan yapılan saklama işlemi hukuka aykırı, sözleşme ise geçersiz olacaktır. Erkeklerde, cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, kemoterapi ve radyoterapi gibi üreme hücrelerine zarar veren

⁴⁰⁶ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 37: Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran üstün özel yarar faile, mağdura veya üçüncü kişiye ait olabilir.

⁴⁰⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 148.

tedaviler öncesinde, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara öncesinde, çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda; kadınlarda ise, kemoterapi ve radyoterapi gibi üreme hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde ve üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara öncesinde üreme hücrelerinin DNA analizleri ile birlikte saklanması tıbbi zorunluluk halleridir. Bu saklama işleminin devam etmesi için, her yıl kendisinden üreme hücresi alınarak saklanılan kişinin rızasının devam ettiğine dair imzalı dilekçe vermesi gerekir.

Embriyoların saklanması için hukuka uygun yapılan döllenme sırasında birden fazla embriyo elde edilmiş olması ve bunun üzerine eşlerin rıza vermiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılan işlem hem hukuka aykırı bir fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Üreme hücrelerinde olduğu gibi eşlerin her yıl imzalı dilekçe halinde rızalarını yinelemeleri gerekecektir. Alınan üreme hücrelerinin ve eşlerden alınan embriyonun azami saklanma süresi 5 yıldır.

Kanaatimizce, üreme hücrelerinin ve embriyonun güvenli bir ortamda saklanması, sadakat borcu ve sır saklama borcunun bir gereğidir. Çünkü üreme hücreleri eşlerin sırları gibi kişilik değerlerinin bir parçasıdır.

c. Hesap Verme Borcu

TBK m. 508/1 gereği “*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.*”

Başkasının işinin görülmesinin doğal sonucu olarak hesap vermek hekimin borcudur⁴⁰⁸. Hekim, üremeye yardımcı tedavi yöntemini uygularken tedaviye ne zaman başlanacağını, ne kadar süreceğini, yapılan işlemin nasıl sonuç verebileceğini eşlere izah etmelidir.⁴⁰⁹ Bu anlamda hem aydınlatma hem de kayda geçirme borcunun varlığından bahsedebiliriz⁴¹⁰. Hesap verme borcunun özenli bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Eşleri tam olarak bilgilendirmeyen özensiz hesap verme,

⁴⁰⁸ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 555; Tandoğan, **II**, s. 479; Aral, **a.g.e.**, s. 412.

⁴⁰⁹ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 93.

⁴¹⁰ Özay, **a.g.e.**, s. 84.

borcun kötü ifasına ve bu nedenle tazminat sorumluluğuna yol açar⁴¹¹. Fakat, hesap verme uygunsuz bir zamanda istenmemelidir⁴¹². Yapılan işlemleri gösteren belgeler, geri verilebilecek mahiyette belgeler ise, tedavi tamamıyla bitmeden sadece gösterilmekle yetinilir⁴¹³.

Hesap verme borcu, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde merkezler bakımından da geçerlidir.

C. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluğun Şartları

1. Geçerli Bir Sözleşmenin Bulunması

Sözleşmeye aykırılıktan dolayı hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için öncelikle sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması gerekir. Bütün sözleşmelerde aranan geçerlilik şartları; tarafların sözleşme yapma ehliyeti taşıması, sözleşmenin konusunun ahlaka, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması, konusunun imkansız olmaması ve irade beyanlarının sıhhatli olmasıdır.

Merkez, ya bir hastane bünyesinde var olduğu için hastanenin tüzel kişiliğinin bir parçası ya da müstakil olduğu için tek başına bir tüzel kişiliktir. Tüzel kişiliğin fiil ehliyetini kazanması TMK m. 49'da "*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*" olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin diğer tarafı olan eşlerin sözleşme yapmak için tam ehliyetli olmaları gerekmektedir. Diğer eşin çok uzakta olması vb. istisnai durumlarda anne adayının tek başına sözleşmenin tarafını teşkil etmesi için tam ehliyetli olması gerekmektedir. Sadece üreme hücrelerinin saklanması içeren sözleşmelerde sınırlı ehliyetsiz kişilerin sözleşmenin tarafı olması için kanuni temsilcilerinin rızası gerekmektedir. Rıza alınıncaya kadar sözleşme askıda hükümsüz olacakken, rızanın alınmasıyla beraber sözleşme baştan itibaren

⁴¹¹ Veysel Başpınar, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankacının) Özen Borcunadan Doğan Sorumluluğu**, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 145.

⁴¹² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Genel/Özel**, Ankara, 1987, s. 611.

⁴¹³ Özay, **a.g.e.**, s. 83.

hükümlerini doğuracaktır. Rıza verilmezse, sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelecektir.

Üremeye yardımcı tedavi sözleşmesini yapabilmek için Yönetmelikçe bu alanda faaliyet yapmaya yetkili bir merkezin varlığı gerekir. Bu faaliyeti yapmaya yetkili olmayan bir merkez ile yapılan sözleşme her iki taraf için de baştan itibaren konu bakımından imkansızlık içerdiğinden kesin hükümsüz olacaktır.

Bir kişinin vücut bütünlüğüne ve kişilik değerlerine yönelik tıbbi müdahalede bulunabilmek için öncelikle rızasının alınması gerekecektir. Kişinin rızası yoksa, sözleşmesel anlamda, irade beyanının da yok olması demektir. Ortada bir sözleşme olmadığı için yapılan tıbbi müdahaleler sözleşme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Kişinin tıbbi müdahaleye var olan rızasının hukuken geçerli bir rıza olması gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı bir amaç için verilen rıza, geçerli bir sözleşmenin doğumuna engel olacaktır. Böyle bir geçersiz rızanın verilmesi halinde olabilecekleri yukarıda anlatmış bulunmaktayız. Rızanın hile, tehdit veya hata ile elde edilmesi halinde, iptal edilebilirlik hükümleri devreye sokularak sözleşmenin hükümsüz hale getirilmesi sağlanmalıdır. Hekimin gerekli aydınlatmayı yapmadan hastadan aldığı rıza da geçersiz bir rızadır⁴¹⁴ ve bu durumda hile veya hatadan bahsedebiliriz.

Bahsi geçen geçerlilik şartlarını taşımayan eşler ile merkez arasındaki sözleşmeler kesin hükümsüz olduğu için söz konusu sözleşme hüküm doğurmayacaktır. Bunun anlamı; borçlar doğmayacak, borca aykırı davranış söz konusu olmayacak ve sözleşmeye aykırılıktan dolayı hukuki sorumluluktan bahsedilmeyecektir.

Sözleşme geçersiz kılınmışsa, ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekmektedir. Ayrıca, yetkili olmayan bir merkezin kendini yetkili göstererek eşlerle yaptığı sözleşmeden dolayı eşler uğradıkları zararları *culpa in contrahendo* hükümlerine göre isteyebilirler.

⁴¹⁴ Dural, Ögüz, **a.g.e.** , s. 100.

Yönetmelik m. 18'e göre; heterolog döllenme ve elde edilen embriyoların başka anne adaylarına nakli ile embriyonun başka amaçlar için kullanılması yasaktır. Bu yasağa rağmen bu konuda yapılan bir sözleşmenin TBK m. 27'ye aykırı sayılması gerektiği açıktır⁴¹⁵. Çünkü, yapılacak işlem açıkça Yönetmelik hükmüne aykırıdır. Ayrıca, bu işlemin yapılması, Anayasa'daki ailenin korunması ile ilgili hüküm gereği kamu düzeninden olan ailenin korunmasının ihlali anlamına gelecektir⁴¹⁶. Ayrıca, toplumun dini ve ahlaki değerlerine aykırılık taşıdığı da kesindir⁴¹⁷. Böyle bir sözleşme geçersiz sayılmakla birlikte tarafların ifa ettikleri edimleri iade borcu altında olup olmadıkları tartışmalıdır. TBK m. 81 gereği "*Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*" Dolayısıyla, bir merkezle bu konuda sözleşme yapan eşlerin ödedikleri parayı geri alamamaları gerekir. Fakat böyle bir işlemin yapılması çocuk sahibi olma gayesi gütmektedir ve böyle bir gayenin hukuka ve ahlaka aykırı sonuç elde etmekle⁴¹⁸ bir ilgisinin olmadığı ileri sürülebilir. Böyle bir varsayım halinde, TBK m. 81 kapsamı dışına çıkılacağından eşler ödedikleri parayı geri alabilir.

Kanaatimizce; taşıyıcı annelik sözleşmesindeki amaç, homolog döllenme yoluyla elde edilen embriyodan çiftlerin sağlıklı bir çocuk elde etmesi olduğundan, TBK m. 81'deki iade yasağının uygulanmaması ve eşlerin kendisine doğan çocuğu iade etmek istemeyen taşıyıcı anneden ödedikleri parayı geri alabilmesi gerekir⁴¹⁹. Bunun aksine; yasaklanmış heterolog döllenme yöntemi ile çocuk sahibi olma istemi konusu itibariyle olduğu gibi güttüğü amaç açısından da hukuka ve ahlaka aykırılık içermektedir. Böyle bir işlem için ifa edilen edimlerin iadesi TBK'daki yasak kapsamındadır. Dolayısıyla, eşlerin merkeze ödediği para devlet tarafından müsadere

⁴¹⁵ Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, 2010, s. 484; Ayan, **a.g.e.**, s. 42; Ateş, **a.g.m.**, s. 334; Erol, **a.g.e.**, s. 84.

⁴¹⁶ Erol, **a.g.e.**, s. 84.

⁴¹⁷ Dini ve ahlaki değerlendirmeler için bkz. Metin, **a.g.e.**, s. 31.

⁴¹⁸ BK m. 20'ye göre konunun hukuka ve ahlaka aykırı olması ile BK m. 65'e göre hukuka ve ahlaka aykırı amaç taşıdığı için ceza olarak düzenlenen iade yasağı arasındaki ilişki ve her hukuka ve ahlaka aykırı davranışın hukuka ve ahlaka aykırı amaç taşımayaacağına dair bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 363 vd. ; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulh Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 588 vd.

⁴¹⁹ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 75; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 167: Yazara göre, taşıyıcı annelik sözleşmesinin bağlayıcılıktan eksik bırakılmasıyla güdülen amaç, TBK m. 81'deki iade yasağının uygulanmasını haklı kılmaz.

edilebilecektir. Fakat, bu yolla hamile kalan bir anne adayının çocuğu ile ilgili devletin neler yapabileceği etraflıca düşünülüp karar verilmesi gereken bir meseledir. Bunun yanında, başkasının spermi veya yumurtasının kullanılması için başkasıyla yapılan sözleşmeden doğan borçların ifa edilmiş olması durumu da TBK m. 81 kapsamında değerlendirilmelidir.

2. Sözleşmeye Aykırılık

Hekim ile hasta arasında açık veya örtülü olarak bir sözleşme ilişkisi kurulmuşsa, hekimin hukuki sorumluluğunun dayanağını bu sözleşme oluşturacaktır⁴²⁰. Bu sözleşmenin "tıbbi müdahale sözleşmesi" veya "hastane kabul sözleşmesi" olması konunun özü bakımından bir fark oluşturmayacaktır⁴²¹. Tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği genel olarak kabul edilen görüşe göre vekalet sözleşmesi olduğu için sorumluluk konusunda da bu sözleşmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Hekimin sözleşme sorumluluğu için hekimle hasta arasında mevcut olan sözleşmenin hekim tarafından ihlali, yani TBK m. 112'de düzenlendiği gibi "*borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi*" gerekir⁴²². Sözleşmeye aykırı davranılan konunun, sözleşmenin ana edimi ya da yan edimi olması arasında hukuka aykırılık bakımından herhangi bir fark yoktur; önemli olan sözleşmeye aykırı hareket edilmiş ve sözleşme hükmünün çiğnenmiş olmasıdır. Örneğin, tıbbi müdahale sözleşmesinde hekimin gerekli tahlil ve incelemeleri yapmadan tanı koyması, hastalık ve ilaç öyküsünü almadan acele karar vermesi, aydınlatılmış onam konusunda üzerine düşeni yapmaması, hastaya ait sırları ifşa etmesi, hastanın rızasını almadan hareket etmesi vb. sözleşme hükümlerine aykırı davranışlardır⁴²³. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından üreme hücrelerinin Yönetmelik kapsamında kullanılmaması, güvenli ortamda saklanılmaması, hamileliğin sağlıklı bir çocuğun doğumu ile sonuçlanması için gerekli tedbirlerin alınmaması sözleşmeye aykırılık halleridir.

⁴²⁰ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 40.

⁴²¹ Er, **a.g.e.**, s. 321.

⁴²² Şenocak, **Hekim**, s. 10.

⁴²³ Er, **a.g.e.**, s. 321.

Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından dolayıdır⁴²⁴. Buna göre hekimin sorumlu olması için tıbbi malpraktis mevcut olmalıdır. Tıbbi malpraktis, tıbbi uygulamalarda bulunan doktor ve yardımcı personelin mesleğin gerektirdiği ortalama dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yapılan tıbbi hatadır⁴²⁵. Dünya Tabipler Birliği tıbbi malpraktisi " *doktorun tedavi sırasında standart, güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği ya da hastaya tedavisinin verilmemesiyle oluşan hasar*" biçiminde tanımlamıştır. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarına göre ise malpraktis; " *bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir.*" Buna göre; doktorun mesleki hataları genellikle; dikkatsizlik, tedbirsizlik, mesleki acemilik, emir ve kurallara uymama, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma ve meslek sırrının açıklanması biçiminde ortaya çıkacaktır.

Hekim ve yardımcı personelin yeterli özeni gösterip göstermedikleri konusundaki ölçü; tıbbi müdahale ve yardımın verilmesi sırasında aynı konumda bulunan ortalama düzeydeki doktor ve sağlık personelinin, aynı hal ve koşullar altında göstereceği özendir⁴²⁶.

Tıbbi müdahale, tanı ve tedavi aşamalarını kapsadığından bu aşamalarda meydana gelen hataların hepsi tıbbi malpraktis kavramının içerisinde yer almaktadır.

Hekim tanı koymak için gereken tıbbi müdahaleleri, tetkikleri yapmalı ve elde ettiği sonuçları da tıp biliminin gereklerine göre doğru yorumlamalıdır⁴²⁷. Hatalı tanı, hekimin hastasına hatalı olarak olmayan bir hastalık tanısı koyması veya hasta olduğu halde hasta olmadığına ilişkin bir tanı koyması halinde ortaya çıkar. Örneğin, kadın doğum uzmanının anne ve bebeğin klinik durumunun yanlış değerlendirilmesi, yüksek riskli gebeliklerin belirlenememesi sık yapılan hatalı tanılardır. Ancak bu konuda önemle belirtilmesi gereken husus, hekimin sonuç taahhüdü bulunmadığından tanı koymada başarılı olma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Hekimin yükümlü olduğu husus, hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etme

⁴²⁴ Hakeri, **a.g.e.** , s. 267.

⁴²⁵ Kıcalıoğlu, **a.g.e.** , s. 46.

⁴²⁶ Yüksel Ersoy, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 53, 2004, s. 167.

⁴²⁷ Hakeri, **a.g.e.** , s. 283.

yükümlülüğüdür⁴²⁸. Örneğin; bir kimsenin check-up yaptırması ve tetkik sonuçlarının iyi çıkmasından sonra, ertesi gün kalp krizi geçirmesinden dolayı hekim kural olarak sorumlu tutulamaz. Burada hekimin sorumluluğu ancak verileri yanlış değerlendirmesi veya iyi değerlendirememesi halinde söz konusu olur.

Tedaviyi seçme hakkı kural olarak hekimindir, hekim bu seçim yaparken bir taraftan da hastanın özellikleri göz önünde tutmalıdır⁴²⁹. Tıp biliminin verilerine göre gerekli olan özenin gösterilmediği ve uygun olmayan her türlü tıbbi müdahale hatalı tedavidir. Burada hekimin hareketinin icrai olmasıyla ihmali olması arasında herhangi bir fark yoktur. Eskimiş, aşılı ve rizikolu yöntemlerin tedavide kullanılması uygulama hatasıdır ve hekimin sorumluluğuna neden olur⁴³⁰.

Hatalı tedavi; müdahalenin yapılmaması, hasta vücudunda yabancı madde unutulması, eksik ön muayene ve yetersiz hasta öyküsü alma, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, yanlış tedavi yöntemleri seçilmesi, kontrol, gözetim ve uyarı hatası, tedavi sonrası danışma ve tavsiye hataları vb. şekillerde ortaya çıkabilir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan hekimin kusurlu tedavisi yüzünden anne adayının zarar görmesi, çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi veya bir anomalinin teşhis edilememesi hallerinde sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır. Ayrıca sözleşme geçerli şekilde kurulduktan sonra eşlere ait olmayan üreme hücreleri kullanılarak yapılan yapay döllendirme işlemi ile başka adaylara ait embriyonun nakledilmesi işlemi sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır.

3. Kusur

Kusur kavramını çok çeşitli şekillerde tanımlamak mümkün olmakla birlikte en genel ve kabul edilen tanıma göre kusur; hukuk düzenince hoş görülme ve kınanması gerektiği düşünülen davranıştır⁴³¹. Hekimin sorumluluğu ise ister haksız

⁴²⁸ Hakeri, **a.g.e.** , s. 284.

⁴²⁹ Yargıtay HGK, E. 1976/6297 K. 1977/ 2541 T. 07.03.1977.

⁴³⁰ Hakeri, **a.g.e.** , s. 287.

⁴³¹ Er, **a.g.e.** , s. 324; Eren, **a.g.e.** , s. 529; von Tuhr, **a.g.e.** , s. 377.

fiilden kaynaklansın isterse sözleşmeden kaynaklansın kusur, kurucu unsurdur. Kusur yoksa sorumluluk da yoktur⁴³².

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre; kasta dayalı kusurda kişi hukuka aykırı sonuç zarar veren kişi tarafından bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmektedir. Hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin, tedavi hizmetini hastanın mali gücünü zorlamak ve tedaviyi uzatmak suretiyle, parasal yönden hastadan daha fazla menfaat temin etmeye yönelik olarak bilerek ve isteyerek hareket etmesidir⁴³³. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından incelediğimizde, hekimin eşlerden sadece birinin rızası varken her iki eşin üreme hücrelerini kullanarak embriyo elde etmesi halinde hekimin kasten sözleşmeyi ihlal ettiğini söyleyebiliriz.

İhmal ise, borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir⁴³⁴. İhmal ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır⁴³⁵. Ağır ihmal aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli en basit önlemlerin alınmamış olmasıdır⁴³⁶. Hafif ihmal ise ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olmasıdır⁴³⁷. Örneğin; Yargıtay'ın bu konuda verdiği karara⁴³⁸ göre hastanın karnında iki metre gazlı bezin unutulmaması için "en ilkel özenin gösterilmesi" yeterlidir; yumuşak doku ile kaynaşma olanağı olan bir veya birkaç gazlı bezin unutulmasında ise hafif kusurdan söz edilecektir. Hekimin hukuki sorumluluğunun doğumu açısından sözleşmenin ihlalinin ağır veya hafif ihmal olması arasında bir fark yoktur⁴³⁹. Bu ayrım yalnızca tazminatın hesaplanmasında etkili olacaktır. Dolayısıyla hekim her türlü kusurundan sorumlu olacaktır⁴⁴⁰.

⁴³² İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 139.

⁴³³ Öztürkler, **a.g.e.**, s.142

⁴³⁴ Oğuzman, Öz, **II**, s. 56.

⁴³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 535; Ayan, **a.g.e.**, s. 103.

⁴³⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 537; Ayan, **a.g.e.**, s. 103.

⁴³⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s.108

⁴³⁸ Yargıtay 13. HD. E. 7283/1783, T. 14.03.1983, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 103.

⁴⁴⁰ Er, **a.g.e.**, s. 325.

Kusur konusunda incelenmesi gereken bir diğerk konu da meslek kusurudur. Bu konuda, hukukumuzda, henüz kesin bir tanım birliğı ve yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak, genel kabul edilen görüşe göre, meslek kusuru, tıp biliminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalidir. Meslek kusurundan bahsedebilmek için hekimin, tıp biliminin genel olarak kabul edilen bir kuralını çiğnemesi, kusurlu olarak kurala aykırı hareket etmiş olması gerekir⁴⁴¹.

4. Zarar

Zarar, hukuken korunan değerlerin bir tıbbi müdahaleden önceki ve sonraki durumları arasındaki eksilme olarak ortaya çıkan değışikliklerdir⁴⁴². Hekimin sorumluluğunun koşullarından belki de en önemli olanı ortaya maddi veya manevi bir zararın çıkmış olmasıdır⁴⁴³. Ortaya çıkan maddi ve manevi zarar birbirinden bağımsızdır. Hekimin hukuki açıdan sorumlu tutulabilmesi ve tazminat ödemeye mahkum edilebilmesi için meydana gelen zararın hasta tarafından kanıtlanmış olması gerekir⁴⁴⁴.

Tıbbi sorumlulukta maddi zarar, yükümlülüğeye uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülebilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır⁴⁴⁵. Sağlığı zarar gören kişi, çalışmamaktan ve ileride ekonomik olarak uğrayacağı yoksulluklardan doğan zararları ve bu nedenle yaptığı tüm masrafları TBK m. 112 gereğince isteyebilir.

Kural olarak maddi zararın tazmini talebinde sağlığı zarar gören hasta bulunabilir. Fakat, üremeye yardımcı tedavi sözleşmelerinde taraflardan biri her iki eş de olduğu için eşlerin her ikisi de dava açabilmelidir.

⁴⁴¹ Er, **a.g.e.** , s. 327; Ayan, **a.g.e.** , s. 105-106; Yargıtay HGK. E.1971/4-137/105, T. 16.02.1972, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): ‘‘Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan rektum kanseri tanısı konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar büyük aptesini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı yüzde yüz kusurludur.’’

⁴⁴² Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev: Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 76; Er, **a.g.e.** , s. 322; Oğuzman, Öz, **II**, s. 38; Eren, **a.g.e.** , s. 472.

⁴⁴³ Oğuzman, Öz, **II**, s. 40; Eren, **a.g.e.** , s. 472.

⁴⁴⁴ Er, **a.g.e.** , s. 324.

⁴⁴⁵ Şenocak, **Hekim**, s. 10; Öztürkler, **a.g.e.** , s. 41.

Tıbbi müdahaleden doğan manevi zarar, bir kişiye hukuka aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunulması ya da tedavisinin hatalı olması nedeniyle kişinin duyduğu bedensel ve manevi acılar, ıstıraplar ile yaşama sevincinde oluşan azalmalardır⁴⁴⁶. Ortaya çıkan bu sonuçların geçici veya sürekli olmasının önemi yoktur. Hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi ve sırların açıklanması, saklanan embriyolardan izinsiz kök hücre alınması gibi eylemler kişilik haklarına saldırı olarak nitelenir⁴⁴⁷.

5. İlliyet Bağı

Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun unsurlarından biri de illiyet bağıdır. İlliyet bağı, ortaya çıkan zararlar sorumluluğun bağlandığı sözleşmeye aykırı davranış ya da olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder⁴⁴⁸. Hekimin hukuki sorumluluğu için yaptığı kusurlu tıbbi müdahale ile hastanın ortaya çıkan zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı için önemli olan sözleşmeye aykırı fiili işleyen failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak failin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir⁴⁴⁹.

Sözleşmeye aykırı fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığının belirlenmesi için fiilin işlendiği sıradaki bilinmesi gereken şartların önceden tahmin edilebilecek olmasının değil⁴⁵⁰, hâkim tarafından sonradan yapılacak değerlendirme ile dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak dolaylı ve olağandışı olayların törpülenerek belirlenmesi daha uygundur⁴⁵¹.

Hastanın zararının hekimin kusurlu davranışından kaynaklandığının belirlenmesi halinde, hekimin kusurlu davranışı ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilir⁴⁵². Eser sözleşmesi kapsamında

⁴⁴⁶ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.221.

⁴⁴⁷ Er, **a.g.e.**, s. 323.

⁴⁴⁸ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 156.

⁴⁴⁹ Er, **a.g.e.**, s. 329.

⁴⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 501: Subjektif önceden tahmin teorisine göre; failin kişisel durumu ve fiili işlerken bildiği ve bilmesi gereken durumlar dikkate alınmalıdır. Objektif önceden tahmin teorisine göre; ideal bir insanın bilmesi mümkün olan bütün şartların dikkate alınması gerekmektedir.

⁴⁵¹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 46.

⁴⁵² Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 246; Yargıtay 4. HD. E. 14685/1160, T. 2.3.1965, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): "...Çıkış deliği olmayan kurşun yarasının sadece sarmakla yetinilip aranıp bulunmaması sonucu kişinin bir gün sonra ölmesinde; hastanın operasyon ya da diğer mevcut olanaklar yaralının hayatını kurtarabilecek idiyse zararlı eylemle ölüm arasında uygun illiyet olabileceği..."

değerlendirdiğimiz tıbbi müdahale sözleşmelerinde hekim belli bir sonucu yüklenmektedir. Sonucun gerçekleşmemesi halinde, tıbbi girişimin doğal sonuçları ile hekimin gebeliğin sonlandırılması için gereksiz girişimi arasında uygun illiyet bağının var olduğu kabul edilir⁴⁵³.

Birden çok kişinin tek başlarına veremeyecekleri zararları beraber verebilmeleri halinde ortak illiyet mevcuttur⁴⁵⁴. Yapay dölleni uygulamak merkezin gerekli özeni göstermeden seçtiği genetik tanı merkezinin gen analizlerinden elde ettiği hatalı verilere göre tedaviyi gerçekleştirmesi üzerine oluşan zararlarda ortak illiyet mevcuttur. Bir zararın oluşumunda, tek başlarına zararı meydana getirebilecek birden çok fiilin etkisi varsa yarışan illiyetten bahsedilir⁴⁵⁵. İki farklı hemşirenin verdiği zehirli iğnelerin etkisinin birleşerek verdiği zarar sonucunda hastanın ölmesi buna örnektir⁴⁵⁶. Zararı birden çok fiilden biri meydana getirmiş ve gerçekte bunlardan hangisinin zararı meydana getirdiği bilinmiyorsa seçimlik illiyet söz konusudur⁴⁵⁷. Bir kazada yerinde birden çok yardıma gelenlerin kazazedeye yardım ederken vermiş oldukları zarardan kimin sorumlu olduğu belli değilse seçimlik illiyet söz konusudur. Bu durumlarda her bir failin oluşan zarardan müteselsil sorumlu olması adilane bir çözümdür⁴⁵⁸.

Bazı hallerde illiyet bağı kesilmektedir. Böyle durumlarda sebep-sonuç ilişkisi kesildiğinden sorumluluk ortadan kalkacaktır. İlliyet bağı kesen nedenler; mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve hastanın bizzat kendi kusurudur⁴⁵⁹. Mücbir sebep dolayısıyla illiyet bağının kesilmesi için belli bir yoğunlukta olmasına gerek yokken, üçüncü kişinin kusuru ile hastanın bizzat kusuru nedeniyle illiyet bağının kesilmesi için belli bir yoğunlukta olması gerekir, aksi halde, sadece tazminatta indirim yapılır.

⁴⁵³ Hancı, **a.g.e.**, s. 115;

⁴⁵⁴ Oğuzman, Öz, **II**, s. 51; Eren, **II**, s. 506-507.

⁴⁵⁵ Oğuzman, Öz, **II**, s. 51; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 570; Eren, **II**, s. 508.

⁴⁵⁶ Oğuzman, Öz, **II**, s. 51-52.

⁴⁵⁷ Oğuzman, Öz, **II**, s. 52; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 570 vd. ; Eren, **II**, s. 509-510.

⁴⁵⁸ Oğuzman, Öz, **II**, s. 52-53.

⁴⁵⁹ Er, **a.g.e.**, s. 330.

D. Sözleşmenin Sona Ermesi

1. Borçların Geçerli İfası

Sözleşmeden doğan borçların gereği gibi ifa edilmesiyle birlikte sözleşme sona erecektir⁴⁶⁰. Her iki tarafın üzerine düşen borçları ifa etmiş olması gerekmektedir. Sadece bir tarafın borcunu ifa edip diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde borcunu ifa eden taraf bakımından borç sona erecek, bunun yanında, sözleşme ilişkisi hükümlerini doğurmaya devam edecek ve borcunu ifa eden taraf borçlu temerrüdüne veya kötü ifaya dayanan haklarını kullanabilecektir⁴⁶¹. Dolayısıyla, hekim veya merkez, üstüne düşen borcu gerekli dikkat ve özeni göstererek ifa ettiği takdirde kendisi açısından borç sona erecektir⁴⁶². Sözleşme ilişkisinin sona ermesi için eşlerin de üstüne düşen borcu ifa etmesi gerekecektir.

2. İstifa ve Azil

TBK m. 512 gereğince “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Buna göre, hekim veya merkez istifa etme, eşler ise hekim veya merkezi azletme hakkına sahiptir. Yani, her iki taraf da sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Bu hak, yenilik doğuran bir haktır ve daha önceden feragat edilemez⁴⁶³. Fakat madde metninden de anlaşılacağı gibi uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğer tarafın uğradığı zararları giderme yükümlülüğü mevcuttur⁴⁶⁴. Buna paralel bir düzenleme olarak TDN m. 19’a göre; hekim, somut olayın özellikleri de dikkate alındığında tedavinin önemli bir aşamasında makul bir gerekçe göstermeden ve süre vermeden istifa edemez⁴⁶⁵. Ayrıca merkez, kendisine bağlı çalışan bir hekimin tedaviyi bırakması üzerine bir başka hekimi görevlendirmekle mesuldür.

⁴⁶⁰ Tandoğan, II, s. 617 vd. ; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e. , s. 563.

⁴⁶¹ Yavuz, Acar, Özen, a.g.e. , s. 563.

⁴⁶² Yavuz, Acar, Özen, a.g.e. , s. 563; Yılmaz, a.g.e. , s. 70; Tandoğan, II, s. 618.

⁴⁶³ Yavuz, Acar, Özen, a.g.e. , s. 564; Zevkliler, a.g.e. s. 349.

⁴⁶⁴ Aral, a.g.e. , s. 419.

⁴⁶⁵ Er, a.g.e. , s. 65.

Bunu yapmayan merkez, tedaviyi bırakmış ve sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmiş ise, eşlerin uğradığı zararları gidermekle mesuldür.

3. Ölüm, Fiil Ehliyetinin Kaybı ve İflas

TBK m. 513/1 gereğince “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflâsı ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.”

a. Hasta Bakımından

Öncelikle hasta açısından durumu ele aldığımızda, ehliyetin kaybedilmesi tıbbi müdahale sözleşmesinin doğası gereği tedavinin sona ermesini gerektirmez⁴⁶⁶. Zaten böyle bir durum etik değildir⁴⁶⁷.

Hastanın ölmesi durumunda da sözleşme ileriye dönük olarak kendiliğinden sona erer⁴⁶⁸. Fakat hastanın ölümü ile tedavinin gerekli özenin gösterilmeden gerçekleşmesi arasında uygun illiyet bağı mevcut ise sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması bakımından eşlerin ölümü bazı noktalardan farklılık arz etmektedir. Eşlerden birinin embriyonun anne rahmine implante edilmesinden önce ölmesi durumunda sözleşme sona erecektir. Fakat implantasyondan sonra baba adayının ölmesi sözleşmeyi sona erdirmeyecektir. Çünkü cenin, anne rahmine tutunduğu sırada baba adayı hayattadır. Bu aşamadan sonra hekimin sağlıklı bir çocuğun dünyaya gelmesi için elinden geleni yapması gerekecektir.

Anne adayının ölmesi durumunda ceninin sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesi söz konusu ise, sözleşme yine devam edecektir. Anne adayının ölümü ile birlikte ceninin yaşama imkanı kalmamışsa sözleşme yine sona erecektir. Tekrarlamakta fayda görüyoruz ki hekimi veya merkezi anne ve ceninin

⁴⁶⁶ Ayan, **a.g.e.** , s. 60; Tandoğan, **II**, s. 666.

⁴⁶⁷ Er, **a.g.e.** , s. 65.

⁴⁶⁸ Aral, **a.g.e.** , s. 419.

ölümlerinden sorumlu tutabiliyorsak, sözleşmeye aykırılıktan doğan bir tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İflas, malvarlığına etki eden bir durum olduğundan eşlerin birinin veya her ikisinin iflas etmesi tıbbi müdahale sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Fakat hekim veya merkezin alacağını talep etme noktasında TBK m. 98 kapsamında teminat isteme ve hatta somut olayın elverişliliği ölçüsünde sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkı ortaya çıkacaktır⁴⁶⁹.

b. Merkez Bakımından

Hekimin ölümü tedavi sözleşmesinin sona ermesine yol açarken, hekimin bir merkeze bağlı çalıştığı durumlar için merkez sahibinin veya merkezin bağlı olduğu hastane işletmesi sahibinin tek kişi olduğu durumlarda, bu kişilerin ölümü sözleşmeye etkide bulunacaktır⁴⁷⁰. Burada dikkate alınması gereken 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunudur⁴⁷¹. Buna göre; hastane işletici sorumlu müdürlük görevini üstlenmemişse, bu durum hastanenin kapatılmasına ve ruhsatının iptaline yol açmayacağı için sözleşme devam edecektir. Hastane işleticisi aynı zamanda sorumlu müdürlüğü de üstlenmişse, mirasçıların arzularına bakılır⁴⁷². Mirasçılar hastane veya merkezi işletmek istiyorlarsa, önce bir vekil hekim seçilir, sonra da bir ay içinde gerekli şartları taşıyan yeni bir sorumlu müdür atanır. Mirasçılar hastane veya merkezi işletmek istemiyorsa, işletme ruhsatı iptal edilerek hastane veya merkez kapatılır. Bu durumda, hastalarla yapılan sözleşmeler sona erecektir.

Hekimin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda sözleşme sona erecekken⁴⁷³, sınırlı ehliyetli olması durumunda sözleşme devam edecektir, fakat hastanın hekime olan güven sarsılabileceğinden haklı neden ile sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olabilir⁴⁷⁴. Tüzel kişilik olan merkez veya hastanenin gerekli organları

⁴⁶⁹ Er, **a.g.e.**, s. 66.

⁴⁷⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 146; Er, **a.g.e.**, s. 65.

⁴⁷¹ RG: 05.06.1933, No: 2219.

⁴⁷² Ayan, **a.g.e.**, s. 146.

⁴⁷³ Yargıtay 2. HD. E. 1999/120, K. 1999/1933, T. 05.03.1999, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “Borçlar Kanununun 397/1. maddesi (TBK M. 513/1) gereği Medeni hakların kullanılması ehliyetinin yitirilmesiyle vekalet sona erer.”

⁴⁷⁴ Tandoğan, **II**, s. 668 dpn. 265’den.

kaybetmesi durumunda da fiil ehliyetini kaybetmesi söz konusu olurken, Yönetmelik gereğince yasaklanan işlemlerin yapılması ya da yüklenen sorumlulukların yerine getirilmemesi faaliyetlerinin durdurulmasına ve ruhsatının iptaline neden olacaktır. Bu durumlarda ve yukarıda bahsettiğimiz hastane işleticisinin ölümü durumunda, eşler veya diğer hastalarla yapılan sözleşmelerin akıbetinin ne olacağına dair iki ihtimal mevcuttur. Birinci ihtimale göre; mevcut sözleşmeler ile üstlenilen tedaviler sona erdirilinceye kadar merkez veya hastanelerin faaliyetlerinin devam etmesidir⁴⁷⁵. Bu sırada merkez ve hastaneye yeni hasta kabul edilmeyecektir. Kanaatimizce, bu ihtimal, Yönetmelik tarafından getirilen cezaların amacına uygun düşmemektedir. İkinci ihtimale göre; eşlerin ve diğer hastaların başka uygun merkez ve hastanelere aktarılmasından sonra merkez veya hastanenin kapatılmasıdır⁴⁷⁶. Bu durumda, sözleşme ilişkisi bu hastaneler ile kurulacaktır. Kapatılan merkez ve hastane ile eşler ve diğer hastalarla olan sözleşme TBK m. 136 gereği sonraki ifa imkansızlığı nedeniyle kendiliğinden son bulacaktır. Kanaatimizce, bu daha uygun bir çözümdür.

Hekimin iflası durumunda sözleşmenin sona erdirilme zorunluluğu olmamasına rağmen güven ilişkisinin zedelenmesi söz konusu olabileceği için tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi daha sağlıklı olacaktır⁴⁷⁷. Hekimin bağlı çalıştığı merkez veya hastanenin iflası durumunda ehliyetsizlik ve ölüm hakkında yukarıda bahsettiğimiz çözümlerin kıyasen uygulanması gerekecektir⁴⁷⁸.

4. Sürenin Dolması

Tıbbi müdahale de tedavinin kapsamını ve süresini önceden belirleyebilmek her zaman mümkün değildir. Bu sebeple de bu sözleşme türü süreye bağlanamamaktadır. Tıbbi müdahale sözleşmesi kural olarak belirli bir süreye bağlanabilen bir sözleşme olmasa da süresi belirli bir tedavi için bu durum istisna kabul edilebilecektir⁴⁷⁹. Asgari olarak belirli bir sürenin öngörülebildiği fizik tedavi işlemi buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca Yönetmelik gereğince, dondurularak

⁴⁷⁵ Ayan, **a.g.e.** , s. 147.

⁴⁷⁶ **A.e.**

⁴⁷⁷ Tandoğan, **II**, s. 672.

⁴⁷⁸ Ayan, **a.g.e.** , s. 147.

⁴⁷⁹ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 168 vd.

saklanan üreme hücreleri ve embriyoların en fazla beş yıl saklanması gerekmektedir. Bunun yanında, her yıl eşler veya üreme hücresi sahibi, saklama işleminin devam ettiğine dair rızasını vermelidir. Her dolan yılda rıza verilmemesi veya azami beş yıllık sürenin dolmasıyla sözleşme sona erecektir.

5. Hamileliğin Sonlandırılması

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurarak hamilelik sürecine giren eşler, hamileliğin ilk on haftasında isterseler hiçbir sebep göstermeden hamileliği sonlandırabilirler. Ayrıca, tıbbi zorunluluk hallerinde de hamilelik sonlandırılabilir. Hamileliğin sonlandırılması sözleşmenin de son bulmasına yol açacaktır.

II. HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

A. Haksız Fiilin Şartları

Tıbbi müdahaleler kişinin vücut bütünlüğüne doğrudan veya dolaylı etkilerde bulunduğu için hekimin sözleşmeye aykırı her hareketi aynı zamanda kişilik haklarına da aykırılık teşkil edeceği için hekimin haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Bu durumda, TBK m. 49'da düzenlenen haksız fiil hükümleri uygulanabilir⁴⁸⁰. Sözleşme ilişkisinde doğrudan doğruya hekimin sorumluluğuna gidemeyen hastalar, haksız fiil sorumluluğunda doğrudan doğruya hekimin sorumluluğuna gidebilirler.

Haksız fiilin oluşması için dört şart vardır. Bunlar; hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve sorumlunun hukuka aykırı fiiliyle zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır⁴⁸¹. Hekim ile hasta arasında açık veya örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme yoksa sorumluluğunun kaynağını kural olarak haksız fiil oluşturur⁴⁸².

TBK'ya göre haksız fiil sorumluluğu genel olarak kusura dayanan bir sorumluluk türüdür. Ancak bazı istisnai hallerde kusursuz sorumluluk da kabul edilmiştir. Hekimin haksız fiil sorumluluğu da genel olarak kusura dayanmakla birlikte bazı hallerde kusursuz olarak da sorumlu tutulabilmektedir.

⁴⁸⁰ Er, **a.g.e.** , s. 333.

⁴⁸¹ Eren, **a.g.e.** , s. 468 vd. ; Oğuzman, Öz, **II**, s. 11 vd.

⁴⁸² Yılmaz, **a.g.e.** , s. 15.

Buna göre hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle hukuka aykırı kusurlu bir fiilin bulunması ve bu fiille illiyet bağı içerisinde bulunan bir zararın meydana gelmesi gerekir.

1. Hukuka Aykırı Fiil

a. Hukuka Aykırılık

Haksız fiil sorumluluğu için gereken dört şarttan biri hukuka aykırı fiil işlenmiş olmasıdır. Hukuka aykırı fiil, hukuk düzeni tarafından yasaklanan davranıştır. Hukuk düzeni tarafından korunan her hakkın ihlali hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça hukuka aykırı fiildir⁴⁸³. Özel hukuk ve kamu hukuku tarafından korunan hakların ihlali ile genel ahlak kurallarının ihlali hukuka aykırı fiil teşkil eder. Hukuka aykırı fiili doğuran davranış yapma veya yapmama şeklinde olabilir⁴⁸⁴. Hekimin ameliyat sırasında kusurlu tıbbi müdahale ile hastayı sakat bırakması yapma şeklinde bir davranış olup hastanın vücut bütünlüğü hakkının ihlalini doğurmaktadır. Hekimin ceninde var olan bir anomaliyi teşhis edememesi yapmama şeklinde bir davranış olup ceninin vücut bütünlüğü hakkının ihlalini⁴⁸⁵ ve anne-babanın özel hayatı ile ilgili karar verme haklarının ihlalini doğurmaktadır. Fakat yasaklanan bu davranışların özel bazı sebeplerin varlığı halinde hukuka uygun hale gelmesi mümkündür. İşte hukuka aykırılığı önleyen nedenler şunlardır: Mağdurun rızası, kamu ve özel hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, üstün kamu ve özel yarar ve TBK'da düzenlenen üç özel durum olan meşru müdafaa, ıztırar hali ve hakkını korumak için kuvvet kullanma.

⁴⁸³ Oğuzman, Öz, **II**, s. 18: Bir kimsenin nisbi nitelikte hakkının bir üçüncü kişi tarafından ihlali ahlaka aykırı bir davranış içeriyorsa, TBK m. 49/2 gereğince haksız fiil sorumluluğu doğacaktır.

⁴⁸⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Halil Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 484; Oğuzman, Öz, **II**, s. 13.

⁴⁸⁵ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 90.

b. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller

(1) Mağdurun Rızası

Zarar görenin zarar oluşturan fiilin yapılmasına rızası varsa burada mağdurun rızası söz konusu olduğu için hukuka aykırı fiilden bahsedilemez. Örneğin; tıbbi müdahale için bir hastanın bacağının kesilmesine razı olması, bacak kesme fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır⁴⁸⁶.

Hastanın kendi vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere razı olması hukuka aykırılığı önleyen başlıca nedendir⁴⁸⁷. Bundan dolayıdır ki, tıbbi müdahale hukukunda hekimin tedaviye başlamadan önce hastanın rızasını alması gerekmektedir. Bunun için hekimin hastayı tıbbi müdahale konusunda tam olarak aydınlatmalıdır. Eğer hekim, müdahalenin taşıdığı riskler konusunda hastayı yeterince aydınlatmamışsa verilen rıza, hukuka aykırılığı önlemeyecektir⁴⁸⁸. Ayrıca tıbbi müdahale, tıbbi gereklere aykırı olarak yapılmışsa hastanın bu müdahale için verdiği rıza yine hukuka aykırılığı önlemeyecektir⁴⁸⁹. Rızanın kişilik haklarına aykırılık sayılabileceği hallerde hastanın verdiği rıza geçersiz olacak⁴⁹⁰ ama bu rıza somut olayın şartlarına göre müterafik kusur olarak değerlendirilebilecektir⁴⁹¹. Örneğin; iki böbreğinin de alınmasına razı olan hastanın rızası geçersizdir⁴⁹². Fakat hekime bu yönde açılacak bir haksız fiile dayanan tazminat davasında hakim, hastanın rızasını tazminatta indirim nedeni olarak değerlendirebilecektir.

Özetle tıbbi müdahaleler, hastanın rızası olmaksızın yapılırsa insan vücuduna yönelik müdahaleler olduğu için istisnai durumlar kişilik haklarına saldırı teşkil edebilecek hukuka aykırı fiillerdir. Hastanın rızası, hukuka aykırılığı önleyerek yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir.

⁴⁸⁶ Oğuzman, Öz, **II**, s. 23.

⁴⁸⁷ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 100.

⁴⁸⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 57; Ayan, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁸⁹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 24.

⁴⁹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 490.

⁴⁹¹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 17-18, 77.

⁴⁹² ODASNHK m. 8 gereğince "Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınması yasaktır." Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **a.g.e.**, s.18 vd.

(2) Kamu veya Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Hekim, hastasına veya görevi gereği müdahalede bulunması gerektiği bir kimseye zarar verirken kamu veya özel hukuka dayanan yetkisini kullanıyorsa fiil hukuka aykırı değildir. Örneğin; zorunlu aşı uygulamasında, hastanın söz konusu aşığı olması durumunda başka bir rahatsızlığı nüksetmesi veya oluşması kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması sebebiyle olduğu için hekimin fiili hukuka aykırı olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken yetkinin aşılmasıdır⁴⁹³. Yetki aşıldığı takdirde, hekimin hukuki sorumluluğu doğabilir.

(3) Üstün Özel Yarar ve Üstün Kamu Yararı

Üstün nitelikte bir kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda hekimin yaptığı tıbbi müdahale, hastanın veya müdahalede bulunulacak kişinin zararına da olsa hukuka aykırı olmayacaktır. Hekime doğrudan doğruya kanun tarafından yetki verilmesi hallerinden pek çoğunda üstün kamu yararı vardır. Bir salgın hastalıkta aşılama zorunluluğu böyledir.

Üstün özel yarardan bahsedebileceğimiz durumlarda hekimin yaptığı tıbbi müdahaleler, hukuka uygundur. Mesela, hekimin tıbbi müdahalede bulunması için hastanın rızasını almalıdır. Ama hastanın bilinci kapalı ve acilen ameliyata alınması gereken durumlarda hastanın ameliyata alınması onun için üstün özel yarar olduğu için burada rıza alınmadan yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygundur⁴⁹⁴. Ayrıca ameliyat esnasında ameliyatın genişletilmesi durumu ortaya çıkarsa, hekimin hastanın üstün özel yararını düşünerek ameliyatı genişletmesi hukuka uygundur.

Hastanın açıkça karşı çıkmasına rağmen, onun üstün özel yararı düşünülerek tıbbi müdahalede bulunulması tartışmalı bir konudur. Özellikle Yehova Şahitleri'nin kan nakline açıkça karşı çıkıyor olmaları ve acil durumlarda bu insanlara kan naklinin yapılmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁹⁵. Bizim görüşümüz; açıkça bir karşı çıkma varsa, buna saygı gösterilmesinin ve bu beyanın

⁴⁹³ Oğuzman, Öz, II, s. 26.

⁴⁹⁴ Çilingiroğlu, a.g.e. , s. 73; Burada hukuka aykırılığı kaldıran neden olarak ıztırar halini savunan görüş için bkz. Ayan, a.g.e. , s.12.

⁴⁹⁵ Çilingiroğlu, a.g.e. , s. 48.

aksine yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı sayılmasının, her somut olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesidir.

(4) Meşru Müdafaa, İztırar Hali ve Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

TBK’da düzenlenen bu üç özel durumdan ıztırar halinin acil durumlarda söz konusu olduğunu ileri süren görüş⁴⁹⁶ olmasına rağmen diğer iki durumun tıbbi müdahale hukuku açısından özel bir yön ihtiva etmesi söz konusu olmadığı için burada daha detaya inmiyoruz.

2. Kusur

Haksız fiilin bir şartı olan kusurun sözleşmeye aykırılık konusunda bahsettiğimiz kusur kavramından bir farkı yoktur⁴⁹⁷. Yani, hekim, hukuka aykırılık teşkil eden her türlü fiili bilerek veya bilmeyerek aynı hal ve şartlardaki bir hekimin göstereceği özeni göstermeyerek işlemişse kusurun varlığı kabul edilir ve hekim kural olarak her türlü kusurundan sorumludur⁴⁹⁸.

Sözleşmeye aykırılık halinde hekimin bağlı çalıştığı hastanenin işleticisi, kusurunun olmadığını ispatlamaya çalışacakken; haksız fiil ilişkisinde hastanın hekimin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir⁴⁹⁹. Tıp konusunda uzman olmayan hastanın hekimin kusurunu ispat etmesinin zor olması nedeniyle somut olayda hastalar sözleşme ilişkisine dayanmaktadır.

3. Zarar

Hekimin hukuka aykırı bir davranışın sonucunda bir zarar meydana gelmişse haksız fiil doğmuş olacaktır ve tazminat söz onuşu olacaktır. Doğacak zarar, maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar kavramı içinde, hastane giderleri gibi fiili zararlar olabileceği gibi söz konusu hukuka aykırı davranış yüzünden uğranılan kazanç mahrumiyetleri de olabilir. Ayrıca, hukukumuzda sadece iki yerde kabul gören

⁴⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **a.g.e.** , s. 79.

⁴⁹⁷ Ayan, **a.g.e.** , s. 117.

⁴⁹⁸ Ayan, **a.g.e.** , s. 117; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 143.

⁴⁹⁹ Ayan, **a.g.e.** , s. 117.

yansıma zararlar da söz konusu olabilir. Birincisi; hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucu ölen kişinin yakınları, bu kişinin ölümü nedeniyle desteğinden yoksun kaldıkları için maddi tazminat davası açabilmektedir. İkincisi, ağır bedensel zarar ve ölüm halinde, kişinin yakınları, bu yüzden duydukları elem için uğradıkları manevi zararları da tazmin edebilmektedir.

4. İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için hekimin kusuru sonucu meydana gelen hukuka aykırı fiille hastanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekir⁵⁰⁰. Uygun illiyet bağı ile ilgili sözleşmeye aykırılık bahsinde anlattıklarımızı burada tekrar etmeyeceğiz.

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için uygun illiyet bağının yanında hukuka aykırılık bağının bulunması gerektiği de kabul edilmektedir. Hukuka aykırılık bağı, mağdurun uğradığı zararın ihlal edilen kuralın koruduğu normun amacının çerçevesine girmesidir⁵⁰¹. Örneğin; otobüslere sınırlamanın üzerinde yolcu alınması Belediye nizamına aykırıdır. Sınırlamanın üzerinde yolcu alınmasından istifade eden bir yankesicinin yaptığı hukuka aykırı fiilden otobüs işletmesi sorumlu olmaz. Çünkü otobüse sınırlamanın üzerinde yolcu alınması Belediyenin koyduğu kurala aykırıdır. Paranın çalınması ise mağdurun malvarlığı hakkının ihlalidir. Dolayısıyla, paranın çalınması ile sınırlamanın üzerinde yolcu alınması arasında hukuka aykırılık bağı yoktur⁵⁰². Hukuka aykırılık bağının kanun koyucu tarafından bizzat kurulduğu haller de mevcuttur. Örneğin; ölenin yakınlarının talep edebildiği destekten yoksun kalma tazminatında, hukuken korunan norm ölen kişinin yaşam hakkıdır. Fakat kanun koyucu, ölenin yakınlarının uğradığı maddi destekten yoksunluk ile zarar verenin hukuka aykırı fiili arasında hukuka aykırılık bağını bizzat kurarak ölenin yakınlarına destekten yoksun kalma tazminatı davası açma hakkı tanımıştır.

⁵⁰⁰ Ayan, **a.g.e.** , s. 118; Reisoğlu, **Hekim**, s. 9; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.** , s. 143.

⁵⁰¹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 15; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** , s. 476 vd.

⁵⁰² Örneğin alındığı yer ile ilgili bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 17-18.

Sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi haksız fiil ilişkisinde de hekimin hukuka aykırı fiili ile zararın oluştuğunu ispat hastaya düşmektedir⁵⁰³. Dolayısıyla, somut olayda illiyet bağının kurulması hastanın üstüne düşmektedir.

İllyet bağının olmaması tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, illiyet bağını kesen sebeplerden olan mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurunun varlığı halinde hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Örneğin, anne adayının rahmine embriyonun nakledilmesi sırasında deprem nedeniyle ameliyathanenin çökmesi durumunda, anne adayının ölmesinden dolayı hekimin ve merkezin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵⁰⁴. Yapay dölleme anne adayının kocasının alınması gerekli hormon ilaçlarını almaması dolayısıyla kaliteli spermlerin elde edilememesi ve bu yüzden döllemenin gerçekleştirilememesi sonucunda hekimin ve merkezin sorumluluğuna üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle gidilemez⁵⁰⁵. Yapay dölleme sonucu kendine embriyo nakledilen anne adayının rahminde gerçekleşen kanamaları hekime zamanında haber vermemesi sonucu bebeğini kaybetmesi durumunda, hekimin ve merkezin sorumluluğuna zarar görenin kendi ağır kusuru nedeniyle gidilemez⁵⁰⁶.

B. Kişilik Haklarına Aykırılıktan Doğan Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğunun İncelenmesi

1. Vücut Bütünlüğü ve Yaşam Hakkı

a. Eşlerden Birinin veya Her İkisinin Rızasının Olmadığı Halde Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için tedavi gören hastanın rızasının alınması gerekir. Hastanın rızasının alınmadan kendisine narkoz verilmesi ve neşter vurulması, hastanın vücut bütünlüğünün ihlali anlamını taşıyan hukuka

⁵⁰³ Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Reisoğlu, **Hekim**, s. 9; Belgesay, **a.g.e.**, s. 129; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 143; Özay, **a.g.e.**, s. 124.

⁵⁰⁴ Hayrunnisa Özdemir, "Üreme Merkezlerinin Yapay Döllemelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu", **www.e-akademi.org**, (**Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**), S:130, Şubat 2013, Son Güncellenme Tarihi: 13.02.2013, s. 27.

⁵⁰⁵ Özdemir, **Üreme Merkezleri**, s. 27.

⁵⁰⁶ **A.y.**

aykırı bir fiil teşkil eder. Bundan dolayı hasta, uğradığı maddi veya manevi zararları tazmin edebilecektir. Söz konusu tedavi hastanın yararına dahi olsa, rıza alınmadan yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırıdır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında, eşlerin üreme hücreleri kullanılmaktadır. Üreme hücreleri, eşlerin kişilik haklarının bir uzantısı olduğundan, hekimin eşlerin rızası olmadan üreme hücreleri veya bunların döllenişmesi ile oluşan embriyo üzerinde tıbbi müdahalede bulunması açıkça kişilik haklarının ihlalidir. Üreme hücresi kendi rızası olmadan kullanılan eşin ve embriyoya eşlerin rızası olmadan yapılan tıbbi müdahaleler durumunda her iki eşin haksız fiile dayanan tazminat hakkı doğmaktadır.

Hamileliğin gerçekleşmesi ile beraber merkezlerin sağlıklı bir çocuğun dünyaya getirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekir. Hamilelik sırasında rutin kontrollerin yapılması, anne sağlığının hamileliği sürdürüp sürdüremeyeceğinin tespiti ve ceninin anne karnındaki gelişiminin ultrason vasıtasıyla takip edilmesi gerekmektedir. Hamileliğin anne sağlığını tehlikeye attığının hekimin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle teşhis edilememesi veya teşhis edildikten sonra yapılan müdahalede hekimin kusurlu tıbbi müdahalesinin annenin sakat kalmasına yol açması durumunda annenin vücut bütünlüğü hakkının ihlali sonucu hukuka aykırı bir fiil meydana gelecektir. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz nedenlerden ötürü annenin ölmesi durumunda yaşam hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Anne adayının vücut bütünlüğü veya yaşam hakkının ihlali hamilelik sonrası dönemde olabileceği gibi hekimin preimplantasyon döneminde yaptığı bir işlemde dolayı da olabilir. Hekimin hamilelik öncesi yaptığı tetkikler sonucunda anne adayının hamileliği kaldıramayacak olmasının teşhis edilmesine rağmen veya teşhis edilebilir nitelikteki bir rahatsızlığın hekimin kusuru nedeniyle teşhis edilememesi halinde anne adayının hamile kalması nedeniyle gerçekleşen rahatsızlıklar veyahut ölüm nedeniyle hekimin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Teşhis edilen hamileliğe engel rahatsızlığın giderilmesine yönelik yapılan tıbbi müdahale sırasında annenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkının ihlali de aynı sonuç doğacaktır.

b. Hekimin Kusurlu Tıbbi Müdahalesi İle Çocuğun Dünyaya Özürlü Olarak Gelmesi

Henüz anne rahminde iken veyahut doğum sırasında hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ile çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi durumunda hekimin haksız fiil sorumluluğu doğacaktır⁵⁰⁷. Anne ve baba, hekime açacakları dava ile maddi ve manevi zararlarını tazmin edebilecektir.

Cenin ise, sağ ve tam doğum şartıyla anne rahmine düştüğü andan itibaren kişilik hakkını kazanacağı için hekimin, anne karnındayken kendisine yaptığı kusurlu tıbbi müdahaleden dolayı uğradığı zararı ancak sağ ve tam doğduktan sonra talep edebilecektir. Çocukta oluşan özürlülüğün nedeni, hekimin tüpte döllenen embriyonun anne rahmine implante edilmesinden önceki kusurlu davranışlarından ileri geliyorsa, bu durumda, çocuk açısından bir vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olabilecektir. Her ne kadar, kişiliğin başlangıcı sağ ve tam doğum geciktirici şartıyla anne rahmine tutunma anına kadar götürülmekte ve bu süreçten sonraki kusurlu müdahalelerin haksız fiilin kaynağını oluşturan hukuka aykırı fiili teşkil etmesi söz konusu ise de, insan olma potansiyeline sahip embriyonun insan onuruna yakışır bir koruma altına alınması gerekmektedir. Bu yüzden preimplantasyon aşamasında yapılan kusurlu tıbbi müdahalelerin de vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurması gereklidir. Ayrıca hekimin preimplantasyon döneminde yaptığı müdahalelerin etkisi, çocuğun sağ ve tam doğumdan sonraki hayatına etki etmektedir. Burada, kişiliğin yansıma etkisinden söz edilebilecektir. Anne ve baba açısından baktığımızda, sağlıklı çocuk sahibi olma amacıyla yapılan sözleşmenin ihlalini taşıyan bu durum, ayrıca üreme hakkının da ihlali anlamına geleceğinden hekimin haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Anne ve baba zararlarını hekimden tazmin edebilecektir.

Hekimin yapay döllene fiili ile çocuğun özürlü olarak doğması yüzünden uğradığı zarar arasında illiyet bağının kurulması gerekir⁵⁰⁸. Hekim, kendisine kusur

⁵⁰⁷ Serozan, **Kişilik Hakkı**, s. 107.

⁵⁰⁸ Karşı görüş için bkz. Dieter Giesen, “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, Çev: Salim Özdemir, **Yargıtay Dergisi**, C: III, S. 3-4, 1977, s. 227.

atfedildiği ölçüde çocuğun özürlü doğmasından dolayı sorumlu olacaktır⁵⁰⁹. Aksi takdirde, hekimin gerçekleştirdiği her yapay dölleme işlemi sonucunda dünyaya gelen özürlü çocukların uğradığı zararlardan kusursuz sorumlu olması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Fakat de le feranda olarak belirtmeliyiz ki, yapay dölleme işleminin doğurduğu risklerin değerlendirilmesi yapıldığında kusursuz sorumluluk hallerinden tehlike sorumluluğunun esas alınması da düşünülmesi gereken bir seçenektir.

c. Hekimin Doğacak Çocuktaki Anomaliyi Zamanında Teşhis Edememesi

(1) Anne ve Baba Bakımından

Çocukta var olan bir anomalinin hekim tarafından hamilelik döneminde teşhis edilememesi nedeniyle çocuğun dünyaya özürlü olarak gelmesi halinde eşlerin hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidebilmeleri mümkündür. Burada, yapmama davranışından kaynaklanan hukuka aykırı bir fiil vardır. Hekimin teşhis koyma yükümlülüğü mevcutken, teşhis koyması gereken bir anomalinin varlığına rağmen gereken özeni göstermeyerek teşhisi koymaması bir sözleşme ihlali olduğu gibi, tıbbi müdahalenin doğrudan kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olmasından dolayı bir haksız fiil de teşkil edecektir.

Anne rahmine düştüğünde veyahut hamilelik sırasında anomaliliğin oluşması mümkündür. Hekim, birden fazla embriyonun elde edildiği durumlarda, irsi hastalık riski taşıyan embriyoyu gereken özeni göstermeyerek teşhis edememiş ve hamilelik gerçekleşmiş de olabilir. Hamileliğin devamı sırasında sağlıklı bir çocuğun dünyaya gelmesi için hekimin gerekli tedbirleri alması ve bu amaçla ultrason cihazları ile ceninin gelişimini takip etmesi gerekmektedir. Özellikle, anne adayının yaşının ilerlemiş olması veya genetik rahatsızlıkların varlığı halinde ceninde bir gelişim bozukluğunun meydana gelip gelmediğinin kontrol edilmesi hekimin sorumluluğundadır⁵¹⁰. Bilinebilir ve önlenebilir zararlı bir sonucu teşhis ve tedavi

⁵⁰⁹ Erol, **a.g.e.** , s. 149.

⁵¹⁰ Aydın Ünver, **a.g.e.** , s. 114.

edemeyen hekimin kusurlu olduğu kabul edilecektir⁵¹¹. Anomaliliğin tedavi edilebilir veya edilemez olması niteliğini ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

Tedavi edilebilir bir anomaliliğin teğhis edilememesi halinde, hekimin kusurlu tıbbi mşdahalesinin varlığı sşz konusu olacaktır. En yaygın gşrşlen doğumsal anomaliler arasında bulunan doğumsal kalp hastalıklarından olan ritim bozukluğu anne karnında yapılan tıbbi mşdahalelerle tedavi edilebilmektedir. Hekim, kendisinden beklenen özen içinde gerekli araştırmaları yapmaması ve bu yşzden çocuktaki anomaliyi teğhis ve tedavi edememesi yşzşnden çocuğun dşnyaya kalp hastası olarak gelmesinden sorumlu tutulacaktır⁵¹². Bu durumda, anne ve baba, őzřrlř dşnyaya gelen ocuk yşzşnden talep edebildikleri zararları tedavi edilebilir anomalinin teğhis edilememesi yşzşnden de hekimden tazmin edebilirler.

Tedavi edilemez nitelikte bir anomalinin teğhis edilememesi halinde istenmeyen doğum davaları sşz konusu olacaktır. Down sendromu gibi tedavisi mşmkşn olmayan bir hastalığı taşıyan çocuğun bu rahatsızlığının hekimin kusuru nedeniyle teğhis edilememesi buna őrnektir. Genetik őzelliklerden dolayı hamileliğin anne adayı veya ocuk için bir risk taşıdığını őđrenebilecek veya hamilelik sırasında ultrason cihazları vasıtasıyla çocuktaki tedavi edilemez anomaliyi őđrenebilecek eşlerin hamileliği ۆnlemek veya hamileliğe son vermek istemeleri muhtemeldir. İşte, kanunen kendilerine tanınan kşrtaj hakkını ve uluslararası metinlerde anılan şrememe hakkını hekimin kusurlu davranışı yşzşnden kullanamayan ve dşnyaya őzřrlř bir ocuk getiren eşler, hekimden bu yşzden uğradıkları zararları tazmin edebilecektir. İstenmeyen doğum davası da denen bu davada, hekim, őzřrlř çocuğun dşnyaya gelmemesi için gerekli tedbirleri almakta kusurlu olduğu için tazminata mahkum edilmektedir⁵¹³.

(2) Cenin Bakımından

Tedavi edilebilir nitelikteki bir anomaliyi ihmalkar davranarak teğhis edemeyen ve bu yşzden tedaviyi gerçekleştiremeyen hekimin, çocuğun dşnyaya

⁵¹¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 80.

⁵¹² Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 116.

⁵¹³ Zarife şenocak, **İstenmeden Dşnyaya Gelen ocuk ve Tazminat**, Ankara, 2009, s. 51.

özürlü olarak gelmesinden dolayı çocuğa da karşı haksız fiil kapsamında sorumlu olacağı kesindir. Hamilelik sırasında gerekli özen içerisinde yerine getirilmeyen teşhis yükümlülüğü nedeniyle uğradığı zararları ceninin tam ve sağ doğum şartıyla tazmin etmesi mümkündür.

Tedavi edilemez nitelikte bir anomalinin teşhis edilememesi durumunda istenmeyen yaşam davası söz konusu olacaktır. Buna göre, çocuk, anne rahmindeyken kendisinde var olan ve tedavi edilemez nitelikteki anomalinin hekimin kusuru nedeniyle teşhis edilememesi yüzünden dünyaya özürlü olarak gelmesinden dolayı hekimden tazminat talep etmektedir. İstenmeyen yaşam davasında hekimin çocuğa karşı işlemiş olduğu hukuka aykırı bir fiil yoktur. Çünkü anomali teşhis edilmiş olsaydı bile tedavisi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, anne ve babanın isteği üzerine hamileliğin sona erdirilmesi ve çocuğun dünyaya engelli olarak gelmesinin engellenmesi sağlanabilirdi. Anne ve babanın bu haktan mahrum kalması muhakkak ki bir hukuka aykırılık teşkil edecektir. Ama çocuk için aynı şeyi söylemek zordur. Çünkü sona erdirilecek yaşam, onun yaşamı olmaktadır ve buradaki iddia sona erdirilmesi gereken yaşamının sona erdirilmemiş olmasına hekimin kusurlu davranışın yol açmasıdır⁵¹⁴.

Hukuka aykırı fiilin oluşması için hukuk tarafından korunan bir hakkın ihlalinin varlığı gerekir. Konumuz açısından ise, ihlal edilen bir hak mevcut değildir. Ayrıca haksız fiilin diğer şartlarından olan zararın hekimin kusuru nedeniyle oluştuğu söylenemez. Çünkü hekim teşhisi yapmış olsaydı bile cenin özürlü olarak dünyaya gelecekti. Fakat çocuğun var olmama hakkının olduğunu kabul edersek, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle teşhis edilemeyen tedavi edilmez nitelikte bir anomali yüzünden dünyaya özürlü olarak gelen çocuğun var olmama hakkının ihlal edilmesi ve bu yüzden çocuğun uğradığı zararları hekimden tazmin edebilmesi mümkün olacaktır. Kanaatimizce, çocuğun yaşam hakkının kutsallığı, özürlü olarak dünyaya gelme ihtimali karşısında değer kaybetmemektedir. Bu yüzden çocuğun “Siz eğer bendeki anomaliyi teşhis etseydiniz, beni öldürürdünüz. Ben de bu acıları çekmezdim.” şeklinde yaşam hakkını kendi eliyle kısıtlayıcı bir hakkı

⁵¹⁴ Aydın Ünver, **a.g.e.** , s. 122.

bulunmamaktadır. Bu yüzden istenmeyen yaşam davalarının mahkemeler tarafından kabul edilmemesi gerekir⁵¹⁵.

Hamilelik öncesi dönemde, yapay dölleme işlemi gerçekleştirilmeden evvel üreme hücreleri üzerinde veya eşler üzerinde ya da embriyo naklinden önce elde edilen embriyo üzerinde yapılan test ve incelemeler sonucunda teşhis edilmesi gereken fakat hekimin kusuru nedeniyle teşhis edilemeyen irsi hastalıklar veya bir başka tedavi edilebilir veya edilemez nitelikte anomalilerin oluşması mümkündür. Hekimin yapay dölleme işlemi sırasındaki kusurlu hareketlerinden kaynaklanan anomalilerin tedavi edilebilir nitelikte olması durumunda, hamilelik sırasında bu anomalilerin teşhis edilememiş ve tedavi yapılamamış olması durumunda çocuğun hekim aleyhine dava açabileceği tartışmasızdır. Fakat daha ceninin yaşam potansiyelinin aktive edilmediği sırada hekimin kusuru nedeniyle embriyonun taşıdığı rahatsızlıklar teşhis edilememiş ve embriyo anne rahmine implante edilmişse, hamilelik sırasında da çocuğun tedavi edilemez nitelikte bir anomali taşıdığı teşhis edilemediği için dünyaya özürlü olarak gelmesi durumunda yapay döllemeyi gerçekleştiren hekime dava açmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Alman Hukukunda hamilelik öncesi dönemde hekimin kusurlu tıbbi

⁵¹⁵ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 130 vd. : İngiliz Hukukunda McKay v. Essex davasından beri istenmeyen yaşam davası kabul edilmemektedir. Gerekçe olarak, çocuğun annesinin çocuğun yaşamını sona erdirmesine imkan veren hiçbir yükümlülüğün çocuğa karşı yüklenilmediği gösterilmiştir. Amerikan Hukukunda üç eyalet dışında istenmeyen yaşam davası kabul edilmemiştir. Gerekçeleri ise; illiyet bağının veya zararın yokluğu ve zararın ölçülemez nitelikte oluşudur. Fransız Yüksek Mahkemesi, hem hekimin hem laboratuvarın, anne ve babaya karşı, özürlü bir çocuk dünyaya getirmemek üzere hamileliği sonlandırma imkanını kullanmaktan alıkoyduğu için, özürlü olarak doğan çocuğa karşı ise, özürlü olarak doğumundan doğan maddi zararlar için sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Bu karar, engelli insanların haklarını savunan gruplar tarafından özürlü insanların yaşam hakkının aşağılanması olarak değerlendirilmiş ve protesto edilmiştir. Fransız Hükümetinin kamuoyu baskısına boyun eğmesi sonucu 4 Mart 2002'de yürürlüğe giren Hasta Haklarına İlişkin Kanun'da, çocuğun dava açma hakkının hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucu özürlülüğün oluştuğu veya daha ağırlaştığı durumlarda mevcut olduğu; anne ve babanın istenmeyen doğum davası açabileceği ama bu durumda fiili zararların değil, sadece kazanç mahrumiyetinden kaynaklanan zararları isteyebileceği düzenlenmiştir. Fransa'da çocuğun özürlü olmasına bağlı bütün masrafların talep edilmesi, böylelikle, engellenmiştir. Bu masraflar, özürlü insanların ihtiyaçlarını karşılamak için kurulan bir komite tarafından karşılanmaktadır. ; Yusuf Büyüka, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, **Tazmin**, s. 116: Yargıtay vermiş olduğu bir kararda^{515a}, çocuğun istenmeyen yaşam davasını açabileceğinin kabul etmiştir. Yazara göre; çocuğun hekim üstüne düşeni yapsaydı kendisinin doğmamış olacağını iddia etmesi mümkün değildir ve bu yüzden Yargıtay'ın kararı isabetsizdir. Yazar, Alman Federal Mahkemesinin kararını aktararak, çocuğa istenmeyen yaşam davasının açılmasının var olmama hakkına ilişkin olduğu için reddedilmesinin daha isabetli olduğu kanaatindedir.

^{515a} Yargıtay HGK. E. 2002/13-1011, K. 2002/1047/ <http://www.yargitay.gov.tr/index files/1047.htm>

müdahalesinin varlığının çocuğa dava açma hakkını sağladığı kabul edilmektedir⁵¹⁶. Yönetmelik m. 18/9'da cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı embriyo seçimi ve transferinin yapılamayacağı belirlenmiştir. Embriyolar üzerinde yapılan incelemelerde irsi hastalıkların meydana gelebileceği hekimin kusuru nedeniyle belirlenememiş olabilir. İnsan onuruna yakışır bir koruma talep ettiğimiz tüpteki embriyonun başka tehlikeli amaçlar uğrunda kullanılmasının önlenmesi amacıyla imha edilmesi yasal olarak Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yaşam potansiyelinin aktive edilmeyip imha edilmesi gereken bir embriyonun imha edilmemesi anne ve baba açısından hukuka aykırılık teşkil edeceğinden anne ve baba, hekime karşı istenmeyen doğum davasını açabilecektir. Yanlış seçim sonucu özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun bu istenmeyen yaşam davasını açmasının temelini, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle kendisinde tedavi edilemez nitelikte bir anomalinin oluşmuş olduğu halde kendisinin var olmaması gerekirken embriyo nakli fiili vasıtasıyla var olması ve bunun var olmama hakkının ihlalini teşkil etmesidir. Kanaatimizce, buradaki durumun çocuğun var olmama hakkıyla ilişkilendirilmemesi ve yaşam hakkının kişinin kendisine karşı bile korunması gerektiğinden, çocuğun bu davayı açamaması gerekir.

2. Mahremiyet Hakkı

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurmak zorunda kalan eşler, Yönetmelik gereği olduğu gibi genellikle kendi iradeleriyle bu yöntemleri son çare olarak görmektedirler. Eşler, insanların bu durumu öğrenmesinin kendi üzerlerinde yapacağı yoğun manevi baskının altında kalmamak istemektedir. Bunun merkez ve merkezde çalışanlar arasında bir sır olarak kalmasını istemeleri eşlerin en doğal

⁵¹⁶ Büyükay, **Tazmin**, s. 117: Yazar, Federal Mahkemenin bu yönde verdiği bir karar^{516a} eleştirmektedir. İlk olarak, ceninin kişilik haklarının başlangıcından daha önceki bir dönemde oluşan zararlardan dolayı cenine dava açma hakkının verilmemesi gerektiğini; ikinci olarak da cenin açacağı davanın var olmama hakkının ihlaline dayanacağı ve bu yüzden bu hakkın varlığı ile ilişkilendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, anılan davada davalı konumunda olan anne ve babanın çocuğun varlığına sebebiyet verdiği de dikkate alınmalıdır. Yazarın görüşleri değerlendirildiğinde, yapay dölleme açısından, hekimin çocuğun varlığına sebebiyet vermesi dikkate alınması gerekcek ve çocuğun hekime dava açması söz konusu olmayacaktır. Yazarın görüşlerine katılmakla birlikte, ceninin henüz tüpteki embriyo döneminde uğradığı zararların kişiliğin yansımaya etkisi kapsamında talep edilmesi gerektiği ama yazarın da değindiği gibi var olmama hakkına dayanan bir talebin reddedilmesi kanaatindedir.

^{516a} BGHZ, 8, 243 vd. ; NJW, 1953, s. 417.

hakkıdır. Tedaviye ilişkin olsun veya olmasın tedavi sebebiyle öğrenilen eşlerin özel, ekonomik ve aile hayatına ilişkin bilgilerin açıklanmasının eşlerin zarara uğramasına, ayıplanmasına, utanmasına, dışlanmasına ve bunlar olmasa bile kendilerini kötü hissetmesine yol açacağı muhtemelse sır olarak değerlendirilecektir⁵¹⁷. Bu kapsamda, eşlerin kişilik haklarının bir parçası olan mahremiyet haklarının varlığı ve merkez ve merkezde çalışanların mahremiyet hakkı kapsamına giren bilgileri üçüncü kişilere açıklamalarının hukuka aykırı bir fiil teşkil ettiği kabul edilmelidir.

Mahremiyet hakkını tanıyan ve yasal dayanak teşkil eden ana düzenleme Anayasa m. 20'dir. Buna göre; *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* denilmiştir. Genel olarak taşınan bu koruma amacı kapsamına tıbbi müdahaleler de dahil edilebilecektir.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi m. 10/1'de *“Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”* denilerek mahremiyet hakkına yer verilmiştir.

TDN m. 4'te *“Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.”* denilerek mahremiyet hakları, ihlalinin sınırlarıyla birlikte belirlenmiştir. HHY m. 21'de hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi düzenlenmiştir. *“(1)Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetini korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. (2)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) Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan*

⁵¹⁷ Murat Doğan, “Embriyo Nakillerinde Mahremiyet Hakkı”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 163.

kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, 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.”

Ayrıca, Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m. 9’da sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hekimin saklayacağı sırlar, hastanın mahremiyet hakkının sınırları içerisine gireceğinden, buradaki düzenlemenin ihlalini oluşturan haller, mahremiyet hakkının da ihlalini doğuracaktır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında mahremiyet hakkının ihlali sayılabilecek durumlar şimdi kısaca sıralayacağız. Kişisel verilerin, özellikle sır niteliğindeki bilgilerin radyo ve televizyon veya başka yollarla ifşa edilmesi en sık rastlanılan durumdur⁵¹⁸. Eşlerin bu yönteme başvurduklarının çevresi tarafından öğrenilmesi, eşleri ruhsal açıdan rahatsız edebileceği gibi bu yönteme başvurmaya ihtiyacı olan kişilerin çevredeki kınamaları yüzünden bu yönteme başvurmaktan kaçındırabilecektir. Ayrıca, eşlerin bu yönteme başvurduğu öğrenildikten sonra, tedavi yönteminin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yaşanacak travma daha da artacaktır⁵¹⁹. Eşlerin çocuk sahibi olamama nedenlerinin, gen analizleri sonucu ortaya çıkan verilerin ve yapılan harcamaların kaynağının gizli tutulması gerekir⁵²⁰. Özellikle, preimplantasyon gen analizleri sonucunda, kalıtsal rahatsızlık tespit edilmeyen ve artan embriyoların imha edilmeyip, kök hücre üzerinde araştırma yapmak veya tedavi amaçlı kullanılmak üzere kötüye kullanılması söz konusu olduğundan preimplantasyon gen analizleri sonucu elde edilen verilerin gizliliği önemlidir. Ayrıca, eşlerde varlığı tespit edilen kalıtsal rahatsızlıkların veyahut cinsel yolla bulaşan hastalıkların ya da diğer bulaşıcı hastalıkların ifşa edilmesi de mahremiyet hakkının ihlali sayılacaktır⁵²¹. Embriyoların imhası ve saklanması ile ilgili Yönetmelik hükümlerinin ihlali de mahremiyet hakkının ihlalini

⁵¹⁸ Doğan, **Mahremiyet**, s. 164; Erol, **a.g.e.**, s. 140.

⁵¹⁹ Doğan, **Mahremiyet**, s. 164.

⁵²⁰ Doğan, **Mahremiyet**, s. 164-165; Erol, **a.g.e.**, s. 140.

⁵²¹ Doğan, **Mahremiyet**, s. 165.

teşkil edecektir⁵²². Ayrıca, tüpteki embriyonun saklanması sırasında zarar görmesi ve üreme amacıyla kullanılmayacak hale gelmesi veya telef olması durumunda eşlerin mahremiyet haklarının yanı sıra üreme haklarının da ihlali söz konusu olabilecektir.

Mahremiyet hakları kişilik haklarının bir parçası olduğundan TMK m. 23'teki korumadan yararlanabilecektir. Böylelikle, kişilik hakları hukuka aykırı şekilde zedelen kimse TBK m. 49 vd. hükümlerine dayanarak maddi ve manevi zararlarını tazmin edebilecektir.

Bazı hallerin varlığı, mahremiyet hakkının ihlalini hukuka uygun hale getirebilir. Bunlardan birincisi; eşlerin örtülü veya açık rızasıdır. Yöntemin uygulanması için bir ekip tarafından yapılan çalışmada eşler hakkındaki tedaviye ilişkin bilgilerin paylaşılması ve hatta tedavi için gerekli görülürse diğer hekimlere aktarılmasında hastanın örtülü rızasının olduğu kabul edilmelidir⁵²³. Anne adayında oluşan bir komplikasyon nedeniyle şuurunun kapalı olması gibi eşlerin rızasının alınmadığı durumlarda ise zorunluluk olduğundan rıza aranmayacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57 ve 4 gereğince kolera, veba, lekeli humma gibi bulaşıcı hastalıklar ile frengi hastalığının öğrenilmesi durumlarında kamu yararı gereği hekimin yetkili makamlara bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. TCK m. 279 gereğince bir suçun işlendiğinin görevle bağlantılı olarak kamu görevlisi hekim tarafından öğrenilmesi; TCK m. 280 gereğince, görevleri sırasında bir suçun işlendiğinin sağlık mesleği mensupları tarafından öğrenilmesi durumunda yetkili makamlara bildirim yükümlülüğü getirilmiş ve aksi takdirde, bunu yerine getirmeyenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi halinde mahremiyet hakkının ihlali söz konusu olmayacaktır.

Eşler tarafından hekime açılan veya hekim tarafından eşlere açılan davada savunma ve hakkını ispat etmek için hekimin savunma için gerekli bilgileri aşmamak koşuluyla eşlere ait bilgileri mahkemeye paylaşmasında haklı bir sebebin varlığı mevcuttur⁵²⁴.

⁵²² Erol, **a.g.e.**, s. 140; Özdemir, **Üreme Merkezleri**, s. 4.

⁵²³ Doğan, **Mahremiyet**, s. 168.

⁵²⁴ **A.y.**, s. 169.

Eşlerin yukarıda kalan hastalıklar dışında teneffüs veya cinsel yolla bulaşan hastalıklara sahip olması ya da tedavi sonucunda bu hastalıkların oluşması durumunda hekimin yetkili makamlara bildirimde bulunması zorunluluk halidir⁵²⁵. Ayrıca, eşlerin birinde bulunan ve diğer eş için hayati açıdan tehlikeli böyle bir hastalığın diğer eşe söylenmesi de zorunluluk halinin bir görünümüdür⁵²⁶.

Çocuğun soybağını bilme hakkının karşısında hekimin gerekli bilgileri paylaşması, eşlerin özel hayatının gizliliğini ve dolayısıyla mahremiyet hakkını ihlal etmeyecektir⁵²⁷. Burada hem üstün özel, hem de üstün kamu yararı bulunmaktadır.

3. İhmalen veya Kasten Eşlere Ait Olmayan Üreme Hücrelerinin Kullanılması

a. Eşlerin Rızasının Yokluğu

Hekimin anne ve babanın rızasının almadan yapacağı tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağı gibi onların rızasını almadan üreme hücrelerini kullanması da hukuka aykırıdır. Ayrıca hekim eşlere ait olmayan üreme hücreleri ile başkasına ait üreme hücrelerini kullanarak yapay dölleme işlemi gerçekleştirilmesi de hukuka aykırıdır.

Burada şu ihtimaller doğacaktır. Hekim, anne ve babanın rızasını alarak onların üreme hücrelerini kullanmış, fakat annenin yumurtasını başkasının spermiyle veya babanın spermini başkasının yumurtası ile döllemiş ve oluşan embriyoyu anne rahmine aktarmış olabilir. Bir diğer ihtimalde, eşlerin rızası olsun veya olmasın, onların üreme hücreleriyle döllemeyi gerçekleştirip oluşan embriyoyu başka bir anne adayının rahmine nakletmiş olabilir⁵²⁸. Birinci ihtimalde, anne veya baba üvey konumundayken; ikinci durumda her iki eş de üvey konumdadır. Çocuğu karnında taşıyan üvey anne ayrıca, taşıyıcı anne konumdadır.

⁵²⁵ Doğan, **Mahremiyet**, s. 167.

⁵²⁶ **A.y.**, s. 165: Yazar, eşlerden birinde bulunan ve diğer eşin sağlığını tehdit etmeyen veya başka bir zorunluluk hali içermeyen rahatsızlıklar hakkında diğer eşin bilgilendirilmemesini mahremiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

⁵²⁷ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 63.

⁵²⁸ Nomer, **Sun'î Dölleme**, s. 561.

Birinci ihtimalde; eşlere ait olmayan üreme hücreleri kullanılarak elde edilen çocuktan dolayı eşler, hekimin kusurlu davranışının üreme haklarını ihlal ettiğini iddia ederek maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir. Ayrıca sadece eşlere ait olmayan üreme hücreleriyle çocuk sahibi olan eşlerin dava açma hakkı değil; merkeze tedavi için bırakılan üreme hücreleri kendisinden izinsiz başkası için kullanılan kişilerin de dava açma hakkı vardır. Burada, kasten veya ihmalen başkasının sağlıklı bir çocuk sahibi olması için üreme hücreleri kullanılan kişilerin hem üreme, hem de mahremiyet haklarının ihlali söz konusudur.

Bir diğer husus ise, anne adayının rahmine aktarılan embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinden birinin eşlerden birine ait olması halinde, bu durum eşin dava açma hakkını engellemeyecektir. Çünkü eş, doğan çocuğun her ne kadar genetik anne veya babası olsa da diğer eşi ile birleşerek sahip olabilecekleri bir çocuktan mahrum kalmakta ve istemediği bir kişiden çocuk sahibi olmaktadır. Bu da kiminle ve nasıl üreyeceğine karar verme hakkının ihlalini teşkil edecektir.

Bu şekilde doğan çocuğun bir dava hakkının olup olmadığı tartışmaya değerdir. Her ne kadar hekimin kusurlu davranışı olsa da, bu kusurlu davranış olmasaydı var olmayacak bir çocuğun var olmama hakkı kapsamında tazminat talep etmesi mümkün değildir⁵²⁹. Fakat her çocuğun soybağını bilme hakkı mevcuttur. Çocuk Hakları Sözleşmesi⁵³⁰ m. 8/1'de "*Taraf Devletler yasanın tanıdığı şekli ile çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.*" ve m. 8/2'de "*Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.*" düzenlenmiştir. Böylelikle, çocuğun genetik anne ve babasını bilme hakkına ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olduğu uluslar arası bir metinde vurgulanmıştır. Bu

⁵²⁹ Aksi görüş için bkz. Erol Cihan, **Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah**, İstanbul, 1971, s. 53: Yazar, bu şekilde dünyaya gelen çocuğun yaşamı boyunca sorunlarla karşılaşacağını tazminat davasının açılması için sebep göstermiştir. ; Erol, **a.g.e.** , s. 139: Yazar, dünyaya geliş tarzından dolayı çocuğun aşağılanmalara maruz kalabileceğini belirtmiştir.

⁵³⁰ "Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde benimsenen sözleşme 2 Eylül 1990 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye de dâhil olmak üzere yaklaşık 142 ülke sözleşmeyi imzalamış ya da onay ve katılma yoluyla taraf devlet durumuna gelmiştir. Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni 2 Ekim 1995'te uygulamaya başlamıştır." <http://wikipedia.org>.

yüzden, çocuğun soybağını her ne şekilde olursa olsun öğrenmesi en doğal hakkıdır. Hekimin yaptığı kusurlu işlemin neticesi olarak genetik anne veya babasını bilemeyen ve bu yüzden maddi veya manevi zarara uğrayan çocuğun hekime dava açma hakkı mevcuttur. Dünyada sperm bankalarının varlığı ve sperm vericisinin anonim kalma hakkının varlığı soybağını bilme hakkını yakından ilgilendirmektedir. Sperm vericisinin anonim kalma hakkı ile soybağını bilme hakkından hangisinin daha üstün olduğu tartışılmaktadır⁵³¹. Konumuz, merkezlerde tedavi için bırakılmış üreme hücrelerinin karıştırılması olduğundan, meydana gelen bu şekildeki hatalar yüzünden genetik anne ve babasını bilmeyen çocukların soybağını bilme haklarının karşısında anne ve babanın özel hayatının gizliliği, aile onurunun korunması, hekimin sır saklama yükümlülüğü yarıştıracak haklardır. Burada, sağlıklı nesillerin önünün kesilmemesi için hekimin çocuğa gerekli bilgileri vermesi sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemeli; çocukların kimlik bunalımına girmemesi için çocuğun soybağını öğrenmesi⁵³² çocuğu kendi çocukları gibi benimsemiş anne ve babanın özel hayatının gizliliği adına feda edilmemelidir⁵³³. Ama belirtmeliyiz ki, soybağını bilme, çocuğa soybağını değiştirme hakkı vermeyecek ve yine TMK'da olduğu gibi mevcut baba soybağını reddetmeden çocuk gerçek babaya dava açamayacaktır⁵³⁴.

Bu tür hukuka aykırı fiillerin kasten yapılması çok nadir görülebilecekken; ihmalen yapılmasına sık sık rastlanabileceğini dile getirmemiz gerekir. Fakat ülkemizde 2003 yılında Adana'da yaşanan bir olayda kamu hastanesine bağlı bir tüp bebek merkezinde çalışan bir hekimin merkeze bırakılan yumurtaları kasten başkasının spermelerini kullanarak döllemesi ve anne rahmine oluşan embriyoların nakledilmesi gerçekleşmiştir. Hekim hakkında açılan kamu davasında hekim görevi kötüye kullanmaktan dolayı 3 yıl hapse çarptırılmış ve cezası ertelenmemiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır⁵³⁵. Hekim aleyhine herhangi bir tazminat davası açılmamıştır. Tazminat davasının açılmamış olması, açılmayacağı anlamına

⁵³¹ Soybağının daha üstün bir hak olduğuna dair bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 133 vd. ; Aksi yönde görüşler için bkz. Ülman, **a.g.e.**, s. 30 vd.

⁵³² Ülman, **a.g.e.**, s. 30.

⁵³³ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 163.

⁵³⁴ Erol, **a.g.e.**, s. 138.

⁵³⁵ Yargıtay 4. CD. E. 2009/7835, K. 2009/49262, T. 14.07.2009 (Yayınlanmamıştır).

gelmemektedir. Ceza davasında verilen kesin hüküm hukuk hakimini bağlamayacaktır. Fakat bu davada verilen karar, heterolog döllenmenin hukuk düzeni tarafından korunmayan bir davranış olduğuna ve hukuka aykırı bir işlemin varlığına işaret etmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin bu açıdan büyük bir risk taşıdığını belirtmemiz gerekir. Sonuçta, annenin hiç istemeden eşinin dışında bir başkasından çocuk sahibi olması gibi ahlaka aykırı bir durum doğmaktadır. Fakat bu riskin varlığı, hekimin yaptığı yapay döllenme işleminden dolayı kusursuz sorumlu kabul edilmesine yol açmamakta, hekim kusuru varsa sorumlu tutulmaktadır. Yapılan işlemdeki riskin varlığı, hekimin kusursuz sorumluluk kapsamında tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulmasını da gündeme getirmektedir. Fakat tıbbi müdahale alanında tehlike sorumluluğundan bahsetmek için henüz erkendir. Bunun dışında, organizasyonu sağlamakla yükümlü merkezin m. 66/3'e dayanan sorumluluğunu işletmeli ve merkez, zararın ortaya çıkmasını engelleyecek bir işletme sistemi ortaya koymadıkça anne ve babanın uğradığı zararlardan kusursuz sorumlu tutulmalıdır.

b. Eşlerin Rızasının Varlığı

Başkasına ait üreme hücrelerinin kullanılmasına eşlerin rıza göstermesi durumunda yapılan işlem hukuka uygun hale gelmeyecektir. Heterolog döllenme Yönetmelik gereğince yasaklanmış olmakla birlikte ahlaka aykırılık da taşıdığından eşlerin bu konu ile ilgili verdikleri rıza geçersiz olacaktır. Geçersiz rızanın etkisi ise, hekimin işlemiş olduğu haksız fiile hükmedilecek tazminatın indirilmesi olacaktır.

Eşlerin heterolog döllenmeye rıza göstermeleri halinde işlemin sonucunda doğan çocuğun hekimin yanında anne ve babaya da soybağını bilme hakkının ihlali kapsamında dava açma hakkı mevcuttur. Fakat var olmama hakkına dayanan talepler geçerli olmayacaktır⁵³⁶.

⁵³⁶ Büyükay, **Tazmin**, s. 117: Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda frengi hastalığına yakalanan annenin buna rağmen hamile kalması ve çocuğun hastalıklı olarak dünyaya gelmesine neden olması durumunda anneye dava açılabileceğini kabul etmiştir. Çocuğun var olma sebebi olan anneye karşı böyle bir tazminat isteminin kabulü mümkün değildir. Aksi takdirde var olmama

Çok istisna olabilecek bir durum ise, eşlerin rızasına rağmen hekimin heterolog dölllenmeyi ihmalen gerçekleştirmesidir. Yani, eşler, başkalarına ait olan ama kendilerine ait olduğunu iddia ettikleri üreme hücrelerini dölllenme amaçlı merkeze bırakabilirler. Burada, hekimin üreme hücrelerinin eşlere ait olup olmadıklarını kontrol etmemesi ağır ihmalinin varlığına yol açacaktır.

c. Eşlerden Birinin Rızasının Yokluğu

Eşlerden birinin heterolog dölllenmeye rıza göstermesi ve hekimin dölllenmeyi gerçekleştirmesi durumunda rıza gösteren eşin rızası hukuka uygun olmayacağı için haksız fiile dayanan dava açma hakkı mevcuttur. Burada hâkim tazminatta indirim yapabilecektir.

Rızası olmayan eşin de hekime dava açabilmesi mümkündür. Çünkü gerçekleştirilen yapay dölllenme ile eşin kişilik hakları ihlal edilmiş olacakken, eşinden yana sahip olduğu miras hakkından doğan menfaatleri zedeleneyecektir. Ayrıca soybağının kendisine bağlanmasından doğan bakım ve eğitim giderleri ile karşı karşıya kalacaktır⁵³⁷. Bir görüşe göre, diğer eşin hekime karşı dava açma hakkı bulunmamakla beraber heterolog dölllenmeye rıza gösteren eşine karşı boşanma davası açma hakkı mevcuttur⁵³⁸. Kanaatimizce, diğer eşin hem hekime tazminat davası hem de eşine boşanma davası açması mümkün olmalıdır. Boşanma davasının zina sebebine dayanılarak açılması hukukumuz açısından mümkün değildir. Çünkü TMK'daki düzenleme mutlak boşanma sebeplerinden olan zinanın evlilik birliği içerisinde cinsel birleşme yoluyla olmasıdır⁵³⁹. Burada kastedilen, birleşmenin doğal yoldan olmasıdır. Yapay dölllenme yoluyla başkasının spermi ile eşin

hakkının kabulü gerekir ki bu da Alman Federal Mahkemesi, böyle bir hakka dayanarak dava açılmayacağı yönünde verdiği kararlarla çelişmiş olacaktır.

⁵³⁷ Rızası alınmayan kocaya, karısının başkasının üreme hücresi kullanılarak hamile kaldığı ve doğurduğu çocuğunun soybağı anne ile evli olma sonucunda bağlanacaktır. Bu durumda koca soybağının reddi davası açarak çocuk ile soybağını kopartabilir. Fakat kocanın rızası alınmadan yapılan homolog döllenmede koca, hekime tazminat davası açabilecekken, çocuk ile olan soybağını reddedemeyecektir. Çünkü cinsel ilişki veya döllenenin rıza ile yapılması soybağı için kkrucu unsur teşkil etmez. Konu ile ilgili bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.** , s. 49.

⁵³⁸ Giesen, **a.g.m.** , s. 228.

⁵³⁹ Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.** , s. 245.

yumurtasının birleşmesi zina kavramına sokulmamaktadır⁵⁴⁰. Bu durumda diğer eşin genel boşanma sebeplerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılma sebebine dayanarak boşanma davası açması mümkündür⁵⁴¹. Diğer eş, heterolog döllenme yoluyla eşinin hamile kalmasının evlilik birliğini temelinden sarsan çok ciddi ve şiddetli bir anlaşmazlığa yol açtığını ve ortak hayatın çekilemez hale geldiğini ispatlamalıdır⁵⁴².

Burada değinilmesi gereken son durum, kocanın ölümünden sonra annenin rızasıyla kocanın dondurulmuş spermi ile kendi yumurtasının döllendirilmesi veya dondurulmuş embriyonun kendi rahmine nakledilmesidir. Yönetmelikte açıkça düzenlendiği üzere evlilik herhangi bir sebeple sona ererse, eşlere ait embriyonun imha edilmesi ve eşlerden birinin ölümü halinde ölen eşin üreme hücrelerinin imha edilmesi gerekir. Bunun aksine bir davranış hukuka aykırı olacağı gibi ölen eşin bu konuda vereceği rıza ile sağ kalan eşin vereceği rıza geçersiz olacaktır. Dolayısıyla yapılabilecek herhangi bir ölümden sonra homolog döllenme işlemi haksız fiil teşkil edecek ve sağ kalan eşin bu konuda vermiş olduğu rıza tazminattan indirim nedeni olacaktır⁵⁴³. Doğan çocuğun soybağının babaya bağlanması durumunda elde edeceği miras hakkı diğer yasal mirasçıların haklarını zedeleyecektir. Miras hakları zedelenen kişiler, oluşan zararlarını şu şekilde tazmin edebilirler ki annenin sırf yasal mirasçıların haklarını zedelemek amacıyla bu işlemi yaptırdığını ve bunun ahlaka aykırı bir fiil olduğunu ispat etmelidirler. Böylelikle, ahlaka aykırı işlemi gerçekleştiren hekimin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

⁵⁴⁰ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 217; Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 245; Atighetchi Dariusch, **Islamic Bioethics: Problems and Perspectives, (International Library of Ethics, Law, and the New Medicine)**, Springer, 2007: Heterolog döllenme teknikleri İslam dünyasında zina kavramı içerisinde değerlendirilmekte ve doğan çocuk gayrisahih nesepli olarak kabul edilmektedir.

⁵⁴¹ Erol, **a.g.e.**, s. 142.

⁵⁴² Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile ilgili ayrıntılı bilgi ve örnek Yargıtay kararları için bkz. Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 245.

⁵⁴³ Burada yetkili kişilerin rızası alınmadan ölen kişinin sperminin kullanılmasının “ölünün anısına ve cesedine saygısızlık suçu” kapsamında değerlendirileceğine dair görüşler için bkz. Jale Bafra, “Ceza Hukuku Bakımından Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: LXX, No: 1-2-3, 1996, s. 65; Erol, **a.g.e.**, s. 153; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 373.

Çocuğun var olmama hakkına dayanarak anne ve hekime dava açması mümkün değilken; soybağını bilme hakkını ihlal eden hekime ve anneye dava açması mümkündür.

d. Ara Sonuç

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri gibi edimin konusunu bizzat sağlıklı bir çocuğun doğmasının oluşturduğu işlemlerin gerçekleştirilmesi sırasında oluşabilecek herhangi bir ihmal, mal veya taşınmaz alım-satımı veya kiralanmasında olduğu şekilde klasik tazminat çözümü ile aşılabilecek sorunlar ortaya çıkarmayacaktır. Bu şekilde bir çocuğun doğması, hem soybağı, hem miras hukuku, hem boşanma hukuku, hem de kişilik haklarını ilgilendiren ve her biri birer sorun yumağı olan meselelerin doğumunu sonuç verecektir. Çocuğun anne ve babasına, eşlerin hekime, çocuğun hekime tazminat davası açması nisbi çözümler olup, kamu açısından tatminsiz ve sonuçsuz, ileride heterolog döllenmeye başvurmayı düşünebilecek kişileri caydırıcı olmayan çözümlerdir. Şimdi çözüm bekleyen iki meseleye dair görüşleri ve fikirlerimizi beyan ederek bu konuya nokta koyuyoruz.

Çözümünün zor olduğu meselelerden biri kürtaj noktasında düğümlenmektedir. Başkasının üreme hücreleri kullanılarak ister rıza ile ister rızasız hamile kalan anne adayının ilk on hafta içinde kanunen kendisine tanınan kürtaj hakkını kullanarak hamileliğe son vermesi ve hamilelikle oluşan zararlardan daha büyük sorun ve zararların ileride oluşmasını engellemesi mümkündür. Fakat başkasının üreme hücrelerinin kullanıldığı onuncu haftadan sonra anlaşılması durumunda heterolog döllenmeyle oluşan cenine kürtajın yapıp yapılamayacağı belirsizdir. Onuncu haftadan sonra kürtaj yapılabilmesi için hamileliğin anne adayının hayatını veya sağlığını ciddi boyutta tehlikeye sokması gerekir. Ayrıca tecavüz mağdurlarının yirminci haftaya kadar kürtaj hakkı bulunmaktadır. Somut meselemiz açısından baktığımızda, annenin sağlığını tehdit etmeyen bir hamilelik süreci yaşanıyorsa, tıbbi zorunluluktan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. Bu yüzden hamilelik sonlandırılmayacaktır. Fakat anne sağlığını sadece maddi açıdan değil manevi açıdan da ele aldığımızda, çocuğun doğumunun ruhsal çöküntüye yol açması riskinin değerlendirilmesi gerektiği yorumu yapılabilir. Bu yorum doğal

yoldan hamile kalan eşler de düşünülduğünde tıbbi zorunluluk halinin gereğinden fazla esnetilmesi anlamına gelecektir. Tecavüz mağdurları için tanınan yirmi haftalık süre aslında, onların ruhsal durumlarının da göz önünde bulundurulmasındandır. Nitekim TCK m.99/6'ya göre, kadının mağduru olduğu bir suç yüzünden hamile kalması halinde, süresi yirmi haftayı geçmeyen hamilelikler kadının rızası alınarak sona erdirilebilecektir. Başkasının üreme hücrelerinin ihmalen kullanılmasıyla hamile kalan eşin söz konusu hüküm kapsamında bir suç mağduru sayılıp sayılmayacağı tartışılacak bir konudur. Rızası olmadan bu şekilde hamile kalan anne adayı ile rızasıyla bu şekilde hamile kalan anne adayı arasında bir farkın gözetilip gözetilmeyeceği de bir başka konudur. Kanaatimizce, söz konusu madde bağlamında, bir suçun işlenmemiş olduğu kabul edilmelidir. Yönetmelikte heterolog döllenme işlemini gerçekleştiren hekim ve merkez için getirilen cezalar dışında kanunda düzenlenmemiş bir suç ihdas etmek mümkün değildir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında onuncu haftadan sonra anne adayının hamileliği sona erdirme imkânı olmayacak ve başkasından olan çocuğunu doğurmak zorunda kalacaktır. Kanaatimizce, kürtaj konusunda, her ne şekilde olursa olsun embriyonun yaşam hakkının üstün tutulması gerekmektedir⁵⁴⁴.

Bu şekilde dünyaya gelen çocuğun soybağını ve dolayısıyla genetik kökenini bilme hakkı mevcuttur. Fakat dünyaya gelişinden dolayı var olmama hakkına dayanan tazminat davası açma hakkı bile tanımadığımız çocuğun soybağını bilme hakkının ihlaline dayanan tazminat davası açabilmesi için heterolog döllenmeden haberdar olması gerekecektir. Bu yaklaşım meseleyi çözecek boyutta değildir. Dikkat edilirse görülecektir ki, hekimin gerçekleştirdiği heterolog döllenme çocuğun soybağının değişmesine sebebiyet vermekte ve buna rıza gösteren eşler de aynı oranda sorumlu olmaktadır. Soybağı, aile temelini oluşturduğu için kamu düzenindedir ve soybağına hile karıştırmak aile düzenine karşı işlenen suçlardan sayılmaktadır⁵⁴⁵. TCK m. 231'de düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçu, başkasının üreme hücreleri kullanılarak döllenmenin gerçekleştirilmesiyle yakından

⁵⁴⁴ Embriyonun yaşam hakkının tam ve sağ doğum bozucu şartına bağlı olduğuna dair görüşümüz için bkz. s. 26.

⁵⁴⁵ Cihan, **a.g.e.** , s. 93.

ilgilidir⁵⁴⁶. TCK m. 231/1 uyarınca “ *Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” ve TCK m. 231/2 uyarınca “*Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun diğer bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Kanun hükmünün incelenmesi durumunda, anne ve babaya ait yeni doğan çocuğun başkasına aitmiş gibi nüfusa kaydettirilmesi veyahut durumun yetkililerden gizlenmesi manası çıktığını ve başkasına ait üreme hücreleriyle yapay döllendirilen embriyonun soybağının korunması amacı güdülmediğinden soybağını değiştirme suçu kapsamına dâhil olmadığını ileri süren görüşler mevcuttur⁵⁴⁷. Bir başka görüşe göre; söz konusu şekilde döllendirilen çocuk dünyaya geldiğinde suç işlenmiş olacak; çocuğun dünyaya gelmesine kadar suçun işlenmesi ertelenmiş olacaktır⁵⁴⁸. Kanaatimizce, mevcut kanun hükmünün kapsamına çok rahatlıkla kasten veya ihmalen başkasının üreme hücreleriyle oluşan ve anne rahmine yerleştirilen embriyonun soybağının değiştirilmesi girecektir. Sonuçta korunan hukuki değer çocuğun genetik anne ve babasını bilmesi ve aile düzenin korunması⁵⁴⁹ ve suçun mağdurunun henüz embriyo haline getirilmiş ve ileride doğmuş olacak çocuk olduğundan çocuğun dünyaya gelmesi ile birlikte soybağının değiştirilmesi suçu işlenmiş olacaktır. Bu şekilde değerlendirme yapıldığında çocuğun soybağını ve genetik kökenini bilme hakkı da koruma altına alınmış olacaktır⁵⁵⁰.

4. Ortaya Çıkabilecek Diğer Hukuka Aykırı Durumlar

Üremeye yardımcı tedavi yönteminin hukuka uygunluğu çift taraflıdır. Tedaviyi uygulayacak hekim açısından hakkın icrası, eşler açısından da tıbbi müdahaleye rıza söz konusudur. Hekim açısından hakkın icrasını aşan nitelikteki cinsi edebe aykırı müdahaleler, kişilik haklarının ihlaline yol açacaktır⁵⁵¹. Hekimin anne adayını aydınlatmayı veyahut tedavi sırasındaki yönlendirme amacını aşan cinsi

⁵⁴⁶ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 143.

⁵⁴⁷ Cihan, **a.g.e.**, s. 93; Yenerer Çakmut, **Soybağı**, s. 193: Yazar, bu alanda önemli bir eksikliğin bulunduğu ve yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu kanaatindedir.

⁵⁴⁸ Erol, **a.g.e.**, s. 154; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 371.

⁵⁴⁹ Yenerer Çakmut, **Soybağı**, s. 187 vd.

⁵⁵⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁵¹ Cihan, **a.g.e.**, s. 58-59.

edebe aykırı imalı sözleri, tedavinin gerektirdiği bölgelerin haricinde kıyafetlerin çıkartılmasının istenmesi annenin kişilik haklarının ihlali anlamına gelecektir.

Tıp ve bilimin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan yeni haklardan olan benzersiz olma ve müdahale edilmemiş bir genetik kökene sahip olma hakkının ihlali de haksız fiil oluşturacaktır. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1986 tarihli ve 1046 sayılı Tavsiye Kararlarıyla birbirinin aynısı ikizler yaratılması yasaklanmış ve müdahale edilmemiş genetik kökene sahip olma hakkı da koruma altına alınmıştır⁵⁵². Tüpteki embriyo aşamasındayken maruz kalınan bu hukuka aykırı fiiller nedeniyle sonradan sağ ve tam doğum şartının gerçekleşmesiyle dünyaya gelen çocuk, kişiliğin yansıma etkisi nedeniyle işlemi gerçekleştiren hekime dava açabilecektir. Embriyoya yapılan bu tip müdahaleler nedeniyle eşler, hekime karşı ortak kişilik haklarının ihlali nedeniyle dava açabilecektir.

C. Kusursuz Sorumluluk Halleri

1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluk⁵⁵³ veya olağan sebep sorumluluğu⁵⁵⁴ türlerinden olan adam istihdam edenin sorumluluğu TBK m. 66'da düzenlenmiştir. Bu bir özen sorumluluğudur. Sorumluluğun artırılmış bir halidir. Adam istihdam eden, çalışanın, kendisine verilen işi yaparken karşı tarafa verdiği zararlardan sorumludur. Bu bir haksız fiil sorumluluğudur.

Adam istihdam eden, çalışanı yanında yardımcı olarak tuttuğu gibi işin yapılmasını kendi gözetiminde çalışana vermiş olabilir. Sözleşmeye aykırılıktan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile adam istihdam edenin sorumluluğu önemli farkları bulunmakla birlikte somut olayda yarıştıkları çok görülür. Özellikle tıbbi müdahale alanında hekimin yaptığı sözleşmeye aykırı her fiilin ayrıca haksız fiil teşkil etmesi sebeplerin yarışmasını da beraberinde getirir. Haksız fiil sorumluluğunda bir hastaneye hizmet sözleşmesi ile bağlı çalışan hekimin sorumluluğuna gidilebileceği gibi hekimi çalıştıran hastanenin sorumluluğuna da

⁵⁵² Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 6.

⁵⁵³ Kusursuz sorumluluk için bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 138 vd.

⁵⁵⁴ Sebep sorumluluğu için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 573 vd.

gidilebilir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, hastane işleticisi, adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu olacaktır. Hastane işleticisinin sorumluluktan kurtulmasının bazı imkanları vardır. Bu imkânları ispat eden hastane işleticisi, hekimin kusuruyla sorumlu olduğu zarardan kusursuz sorumlu olmayacaktır. Hastane işleticisi, gerekli özen gösterilse dahi zararın oluşmasına engel olunamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Buna illiyet karinesinin çürütülmesi diyoruz⁵⁵⁵. TBK’da bu düzenleme illiyet bağının kesilmesi ile ilgili bir durum olduğu için madde metnine alınmamıştır⁵⁵⁶. Adam çalıştıran, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Çalışanın seçiminde, çalışana talimat vermede, çalışana nezaret etmede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Buna fiil karinesinin çürütülmesi diyoruz⁵⁵⁷. Kanaatimizce özel hastane işletmelerinden beklenen özenin en yüksek seviyede olması gerekmektedir. Bu durumda özel hastane işletmelerinin fiil karinesini çürütmesini mümkün görmüyoruz.

TBK’da, 818 sayılı BK’da yer almayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK m. 66/3 düzenlemesine göre, adam istihdam eden bir hastane işleticisi, hastane işletmesinin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, hastane işletmesinin faaliyetleri dolayısıyla verilen zararlardan sorumludur. Doktrinde organizasyon sorumluluğu şeklinde de ifade edilmektedir⁵⁵⁸. Organizasyon sorumluluğu, işletme faaliyetlerinden zarar görenlerin zararlarını telafi etmek bir yana, modern işletme anlayışı içinde, işletmelerin zarar daha ortaya çıkmadan önce örgütlenmesini ona göre oluşturarak gerekli önlemlerin alınmasını sağlaması bakımından da oldukça işlevsel bir kurumdur⁵⁵⁹. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından, yapay dölleme işlemi gerçekleştirilirken başkasına ait sperm ve yumurtaların karıştırılmasının engellenmesi için organizasyon sorumluluğu

⁵⁵⁵ Oğuzman, Öz, **II**, s. 151.

⁵⁵⁶ Murat Dinç, **Yeni Türk Borçlar Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 115.

⁵⁵⁷ Oğuzman, Öz, **II**, s. 147 vd.

⁵⁵⁸ Ahmet Türkmen, “6098 Sayılı Kanuna Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/3)”, **İÜHFİM**, C: LXX, No: 2, 2012, s. 259 vd. : Yazara göre, organizasyon sorumluluğu, adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğundan bağımsız farklı bir olağan sebep sorumluluğu halidir.

⁵⁵⁹ Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 217 vd. : Yazar, hastane işletmelerinin organizasyon yükümlülüğünden bahsetmekte ve bu yükümlülükler aykırı davranışlardan dolayı tazminatın gündeme geleceğine dile getirmektedir. ; Türkmen, **a.g.m.** , s. 257.

kapsamında zararın ortaya çıkmaması için gereken her şeyin yapılması gerekmektedir.

2. Yapı Malikinin Sorumluluğu

TBK m. 66'da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu olup bir kusursuz sorumluluk halidir⁵⁶⁰. Bu sorumluluğa göre; bir binanın veya diğer yapıların yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik yüzünden üçüncü kişilerin uğradığı zarardan bina veya diğer yapının malikinin kusursuz sorumlu olmasıdır. Bu sorumluluktan kasıt, barınmak ve diğer amaçlı yapılan apartman, garaj, ev, depo gibi binalar ile köprüler, yollar, barajlar ve elektrik direkleri gibi bina kapsamına girmeyen ama arza bağlı inşa eserlerinin yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden kaynaklanan zararların tazminidir⁵⁶¹. Bu yapıların malikleri adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırana sunulan gerekli özenin yerine getirilmesi halinde sorumluluktan kurtulma imkanına sahip değildir. Fakat zararın, yapının bakımı veya yapımındaki bir eksiklikten kaynaklanmadığı ispat edilerek, yani illiyet bağı kesilerek, sorumluluktan kurtulma imkanı mevcuttur.

Tıbbi aletler veya belirli nitelikli makineler, yapı kavramına girmeyen menkul eşyalar olup bunların yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilemez⁵⁶². Dolayısıyla, hastane işleticisinin sorumluluğuna yapı malikinin kusursuz sorumluluğu kapsamında gidilemez. Ancak, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre, oluşan zarar giderilebilir. Hastane binasının veyahut saklama alanının yapımı veya bakımından kaynaklı zararlarda ise bu yapıların maliki olan hastane işleticisinin kusursuz sorumluluğuna gidilebilecektir.

⁵⁶⁰ Eren, **a.g.e.** , s. 608: Yazara göre, bu bir özen sorumluluğu olmakla birlikte diğer özen sorumluluklarından farklılık arz etmektedir. Yapı malikinin sorumluluğunu özen sorumluluğu kabul etmeyen görüş için bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 169: Yazara göre, bina veya diğer yapıya malik olmaya dayanan bir kusursuz sorumluluk mevcuttur.

⁵⁶¹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 172.

⁵⁶² Oğuzman, Öz, **II**, s. 171; Aksi görüş için bkz. Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk, Yapımcının Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul, 1981, s. 85; Öztürkler, **a.g.e.** , s. 31.

3. Tehlike Sorumluluğu

Ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu olan tehlike sorumluluğunda sorumluluğu doğuran olgu, varlığı ve niteliği itibariyle belli bir tehlike ve zarar ihtimali taşıyan bir işletme veya şeye sahip olunmasıdır. Böyle bir durumda ortaya çıkan zarardan o şeyin sahibi sorumlu olacaktır. Tehlike sorumluluğu, BK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, TBK m. 70'te düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahale hukukunda tehlike sorumluluğunu esas alan bir düzenleme olmadığı için hekimin böyle bir sorumluluğu yoktur. Fakat tıbbi müdahaleler esnasında hekimlerin ufak bir hatasının bile ne onulmaz yaralara yol açacağı düşünüldüğünde bu alanda tehlike sorumluluğuna yer verilmesi gerektiği düşüncesi dile getirilmeye bařlanmıřtır⁵⁶³. Kanaatimize göre; hastane işletmelerinin veya özel muayenehanelerin tehlike arz eden kısımlarının tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Mesela; röntgen çekilen yerler ve nükleer veya benzeri maddelerin barındırıldığı laboratuvarlar, üreme hücrelerinin saklandığı özel bölümler tehlike sorumluluğunun kapsamına girebilecek yerlerdir. Ayrıca, yapay döllenme işleminin gerçekleştirilmesi sırasında oluşabilecek hataların zrl çocukların veya nesebi karışmış çocukların doğmasına sebep olması düşünüldüğünde döllenme işleminin tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeye değer olduğu kabul edilebilir.

Biz de böyle bir durumun konuşulduğu aşamada dile getirmemiz gerektiğine inandığımız şu görüşümüzü beyan edeceğiz. TBK m. 400'e göre işçi, bir işte ağır kusurundan dolayı işverenine karşı her türlü kusurundan dolayı sorumlu olmaktadır. Fakat bu işin tehlikeli olması durumunda işverenin de nc kişilere karşı işçi ile beraber sorumluluğu doğar. Işçi, nc kişilere karşı ağır kusurundan dolayı verdiği zararlardan işverenle birlikte sorumlu olduğu gibi, hafif ihmalinden dolayı verdiği zararları ise işverene fatura edebilmektedir. Tehlike sorumluluğunun tıbbi müdahale alanına girmesi ihtimalinde, hekimin bir özel hastaneye hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalıştığı durumlarda işçi için geçerli olan bu ayrıcalığın hekim için de söz konusu olması kanaatimizce uygun değerdir. Çünkü TBK aynı maddede işçinin

⁵⁶³ ztrkler, **a.g.e.** , s. 32.

uzmanlık derecesi ve eğitimi de sorumluluğa etki eden bir ölçüt olarak sunulmuştur. Bu yüzden hekimin hafif ihmalinden dahi hastane işleticisi ile birlikte sorumlu olması gerekir.

III. VEKALETSİZ İŞ GÖRME BAKIMINDAN

A. Genel Olarak

Hasta ile hekim arasında hal icabı sözleşme olmayan durumlarda vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir. Örneğin; hastanın ağır yaralı ve bilinci kapalı bir durumda hekime getirilmesi halinde, hekim vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacaktır.

TBK m. 526-531’de düzenlediği vekaletsiz iş görme, bir kimsenin başkasının vekaleti olmadan başkasının işini görmesi, başkasının hukuki alanında tasarrufta bulunması halidir. Vekaletsiz iş görme caiz olan ve caiz olmayan olarak ikiye ayrılır. Bu ayırım gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme⁵⁶⁴ olarak da geçer. Biz daha eski ve kullanım açısından işin anlamına daha uygun gördüğümüz caiz olan ve caiz olmayan⁵⁶⁵ terimlerini kullanacağız.

Caiz olan vekaletsiz iş görme, iş görenin, iş sahibine ait bir işin görülmesi iradesiyle, iş sahibinin izni olmadan iş sahibinin hukuk alanına müdahalesidir. Bu müdahalenin aslında iş sahibinin menfaatine, gerçek veya tahmin edilen amacına uygun olması gerekir⁵⁶⁶.

Caiz olmayan vekaletsiz iş görmede, aslında, iş görenin müdahalesi, iş sahibinin menfaatine değil; kendi menfaatine uygundur⁵⁶⁷. Ayrıca iş sahibi, işin yapılmasını men etmiş olabilir.

Buna göre; aralarında herhangi bir sözleşme olmayan hekim ile hasta ilişkilerinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilecektir⁵⁶⁸. Hekimin hastaya

⁵⁶⁴ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 640 vd.

⁵⁶⁵ Tandoğan, **II**, s. 675 vd.

⁵⁶⁶ Tandoğan, **II**, s. 675; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 640.

⁵⁶⁷ Tandoğan, **II**, s. 677; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 645.

⁵⁶⁸ Er, **a.g.e.** , s. 67.

acil müdahale etmesi gereken ve tedavi için rızasının alınmadığı hallerde hekim caiz olan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Hastaneye ağır yaralı getirilen bilinci kapalı hastayı, hekimin acilen ameliyata alması örnek olarak söylenebilir⁵⁶⁹. Buna karşılık, istisna olarak, caiz olmayan vekaletsiz iş görme halleri de bulunabilir. Hastanın rızası alınmadan zorunlu olarak yapılan ameliyattan sonra hekimin hastada belirlediği başka bir rahatsızlığı da tedavi etmesi ama hastanın bu rahatsızlığını bilmesine rağmen tedaviyi açıkça daha önceden reddetmiş olması ve hekimin bunu bilmesi veya bilmesi gerektiği örnek olarak verilebilir.

B. Hekimin ve Merkezin Sorumluluğu

1. Caiz Olan Vekaletsiz İş Görme Halinde

Caiz olan vekaletsiz iş görmede, iş gören kural olarak tam sorumludur. Fakat TBK m. 527/1 c. 2 gereğince iş gören, bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zarar veya zarar tehlikesini engellemek için yapmışsa sorumluluğu daha hafif olur⁵⁷⁰.

Ancak, söz konusu hükmün vekaletsiz iş gören hekimin sorumluluğuna da aynen uygulanması tartışmalı bir durumdur. Bir görüşe göre; vekaletsiz iş gören hekim, hastayı ağır bir zarara uğramaktan korumak için faaliyette bulunduğu takdirde TBK'daki hüküm özellikle göz önünde tutulmalı ve sadece kast ve ağır ihmali nedeniyle sorumlu tutulmalıdır. Bir diğer görüşe göre; hekimin özel durumu ve güven ilkesi gereği TBK'daki sorumluluğu azaltan neden uygulanmamalıdır⁵⁷¹. Üçüncü bir görüşe göre; ameliyatın genişletilmesi ve acil durumları ayrı ayrı ele almak gerekir. TBK'daki bu hüküm ameliyatın genişletilmesi durumunda uygulanmamalıdır.⁵⁷² Çünkü ameliyatın genişletilmesinin zorunlu olduğu hallerde⁵⁷³, hekimden, normal tedavi sözleşmesine dayalı olarak gerçekleştirdiği müdahalelere nazaran daha hafif bir özen beklemek, hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisine olduğu kadar ahlaka da aykırı düşerdi. Buna karşılık, acil durumlarda hekim tıbbi

⁵⁶⁹ Er, **a.g.e.** , s. 67

⁵⁷⁰ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 643.

⁵⁷¹ Ayan, **a.g.e.** , s. 114.

⁵⁷² Schroeder, s. 56, Ayan, **a.g.e.** , s. 114' den naklen.

⁵⁷³ Uygur, **a.g.e.** , s. 204.

yardım yükümlülüğü çerçevesinde hareket ettiği için, hekimin tedavi sözleşmesinin gerektirdiği özenin aynısını göstermesi beklenemez⁵⁷⁴.

Bizce, üçüncü görüşün öne sürdüğü tasnif doğrudur. Ameliyatın genişletilmesi halinde hekimin sorumluluğu, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi nazara alınarak değerlendirilmeli ve bu durumda hekimden ameliyatın dayandırıldığı sözleşme ilişkisinde beklenen özenden daha fazlası veya daha azı beklenilmemelidir. Bununla birlikte acil durum hallerinde somut olayın gereklerine uygun bir şekilde hareket edilmesi gerekir. Acil durum dahi olsa hekimin kendisinden beklenen özenin her zaman en üst seviyede olması ve insan sağlığın söz konusu olması hekimin sorumluluğunun azaltılmasını hakkaniyete uygun olmaktan çıkarır⁵⁷⁵. TDN m. 3'te de mücbir sebep olmadıkça yerine getirilmesi gereken tıbbi müdahale sorumluluğundan bahsedilmektedir⁵⁷⁶. Fakat hekimin hafif ihmalden dahi sorumlu tutulması bazen hekim açısından hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Rahatsızlığı nedeniyle veya başka nedenlerle tıbbi yardım çerçevesinde hareket eden hekimin zaruret dolayısıyla yaptığı fiillerde hafif ihmalden dahi sorumlu tutulması bizce yanlış olur. Aniden meydana gelen kaza sırasında oradan geçen hekimin, kazada yaralananlara ilk müdahaleleri ve yardımları yapması ve bunlardan dolayı tam sorumlu tutulması ondan beklenen özenin gereğidir. Fakat bu hekimin o sırada kendisinde mevcut olan bir rahatsızlıktan dolayı göstereceği hafif ihmalden dahi sorumlu tutulması hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından bakacak olursak, öncelikle belirtmeliyiz ki hekim ile ilgili bahsettiğimiz durumlar için müstakil merkez veya bünyesinde bulunduğu hastane için söz konusu olacaktır. Üremeye yardımcı yöntemin değiştirilmesi ile hamileliğin anne adayının sağlığını ciddi şekilde tehlikeye sokması durumunda eşlerin rızasının alınmadığı bir tıbbi zorunluluk hali varsa, veyahut hamileliğin sona erdirilmesi işlemi sırasında ameliyatın genişletilmesi gerektiğinde vekaletsiz iş görme hükümlerine göre merkezin sorumluluğu belirlenecektir.

⁵⁷⁴ Schroeder, s. 56, Ayan, **a.g.e.**, s. 114' den naklen.

⁵⁷⁵ Şenocak, **Hekim**, s. 102.

⁵⁷⁶ **A.e.**, s. 104.

2. Caiz Olmayan Vekaletsiz İş Görme Halinde

TBK m. 527/2 gereğince caiz olmayan vekaletsiz iş görme halinde sorumluluk ağırlaştırılır ve iş gören beklenmedik halden dahi sorumlu olur. Fakat, iş gören, bu işi yapmamış dahi olsaydı, beklenmedik halin vukua geleceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur⁵⁷⁷.

Aslında hastanın daha önceden açıkça tıbbi müdahaleyi ret etmesine rağmen hekimin müdahalede bulunması, burada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce, her somut olayda üstün özel yarar ve üstün kamu yararı ile kişinin beyanı arasındaki denge ayrı ayrı kurulmalıdır. Buna göre, özel üstün yarar veya kamu yararının öncelik taşıdığı somut olaylarda hekimin sorumluluğunun azaltılıp azaltılmaması bir caiz olmayan vekaletsiz iş görme meselesidir.

Hekim, caiz olmayan vekaletsiz iş görme halinde meydana gelen bütün zararlar ve bu arada kazadan dahi sorumlu olur. Dolayısıyla hekim, hastanın daha önce tedaviyi reddettiğini bilerek hareket eder veya somut olayın özelliklerinden bilmesi gerektiği anlaşılırsa hastanın uğradığı zarar ve bu arada meydana gelen kaza veya beklenmedik komplikasyondan dahi sorumlu olur. Buna göre, üremeye yardımcı tedaviyi uygulayan merkezde çalışan hekimin, yapay dölleme yoluyla oluşan embriyonun anne sağlığını tehdit etmesi durumunda, eşlerin hamileliğin sona erdirilmesine karşı olduklarını bilmesine rağmen, eşlerin rızasının alınamamış olsa bile tıbbi zorunluluk nedeniyle hamileliği sona erdirmesi durumunda merkez caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine hukuken sorumlu olacaktır.

Hastanın tedaviyi red etme yönündeki iradesi hukuka ve ahlaka aykırı ise, hekimin bağlı çalıştığı merkez yapılan tedavinin objektif olarak yararlı ve ret iradesinin mantıksız olduğunu ileri sürerek, beklenmedik halden sorumlu tutulmaz⁵⁷⁸. Ayrıca merkez, böyle bir durumda müdahalede bulunmasa dahi beklenmedik halin meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

⁵⁷⁷ Tandoğan, II, s. 682.

⁵⁷⁸ Ayan, a.g.e. , s. 145.

IV. DÜRÜSTLÜK KURALINA DAYANAN SÖZLEŞME BENZERİ BORÇ İLİŞKİLERİ

A. Culpa In Contrahendo

Sözleşme öncesi görüşmeler sırasındaki kusurlu davranışlardan doğan sorumluluk olarak da değerlendirebileceğimiz culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan zararların tazmininin haksız fiil mi yoksa sözleşmeye aykırılık mı olarak değerlendirileceği doktrinde tartışılmıştır⁵⁷⁹. Culpa in contrahendoda, tarafların görüşme sırasında dürüstlük kuralı gereğince birbirlerine zarar vermeme ve birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmektedir. Buna göre; henüz sözleşme kurulmadığından sözleşmeden kaynaklanan bir zarar olmayacaktır, ama tarafların sözleşme yapma konusunda birbirleriyle girdiği bir güven ilişkisinin varlığı kabul edilecek ve dürüstlük kuralına dayanan sözleşme benzeri bir borç ilişkisi doğmuş olacaktır⁵⁸⁰.

Tıbbi müdahaleler açısından değerlendirildiğinde hastanın acil olarak geldiği bir hastanede ifa yardımcılarının yanlış yönlendirmesi ve muayene olacağı inancıyla oyalatılması sonucu şikayetlerinin ve rahatsızlıklarının daha da artması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu doğacak; henüz bir sözleşme ilişkisi olmasa bile sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığına dayanılarak dava açılabilir⁵⁸¹. Ancak hasta, aynı hastane çatısı altında tedavisini gerçekleştirmiş, yani sözleşme ilişkisi sonradan kurulmuşsa, sözleşmeden önceki kusurlu davranış aynı zamanda sözleşmeden doğan borcun ihlali manasına geliyorsa, sözleşme ilişkisinden doğan zararın tazmini söz konusu olacaktır. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğu, tali niteliktedir⁵⁸².

Sözleşmenin geçersiz olarak kurulmasına sözleşme öncesi kusurlu davranışıyla sebebiyet veren tarafın, diğer tarafın sözleşmenin geçerli olarak

⁵⁷⁹ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 203; Oğuzman, Öz, **I**, s. 38.

⁵⁸⁰ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 251; Eren, **a.g.e.**, s. 1083; Nomer, **Borçlar**, s. 295.

⁵⁸¹ İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 129; Kalkan Oğuztürk, **Güven**, s. 251.

⁵⁸² Nomer, **Borçlar**, s. 297.

kurulacağına dair güveninin boşa çıkması nedeniyle uğradığı zararını tazmin etmesi gerekecektir⁵⁸³. Özellikle objektif bir imkansızlığın varlığı veyahut hukuka ve ahlaka aykırı bir amacın konu edilmesi durumunda da kusuruyla diğer tarafın güvenini zedeleyerek geçerli bir sözleşmenin kurulmasını engelleyen tarafın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında diğer tarafın menfi zararlarını tazmin etmesi gerekecektir⁵⁸⁴.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması için merkezlere yapılan konu ile ilgili ön danışma amaçlı bilgilendirmeler veyahut yanlış yönlendirmeler nedeniyle eşlerin uğrayacağı zarar, henüz sözleşme kurulmamış olsa dahi, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁸⁵. Ayrıca eşlerin verdiği sırların ve hatta bu konu ile ilgili merkeze danıştıklarının hekimler veya diğer ifa yardımcıları tarafından başkalarına ifşa edilmesi bile culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca hukuka ve ahlaka aykırı olmakla birlikte, eşlerin çocuk sahibi olamadıkları için maruz kaldıkları toplumsal baskıdan faydalanarak eşleri heterolog döllenmeye ikna edilmesi halinde, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde eşlerin uğradığı zararların tazmin edilmesi gerekecektir⁵⁸⁶. Burada, eşlerin heterolog döllenmeye razı olması tazminatta indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Culpa in contrahendo sorumluluğunda zararın tazmin edilmesi için başvurulacak kişi hekimin ve diğer ifa yardımcılarının bağlı çalıştığı merkezin bağlı olduğu hastane organizasyonunun sorumluları veya işleticisi olacaktır⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Nomer, **Borçlar**, s. 296; Kalkan Oğuztürk, **Güven**, s. 251; Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 126: Yargı organları, salt ekonomik menfaatlerin zedelenmesi sonucunda meydana gelen zararların tazmininde güven sorumluluğunu yasal dayanak olarak görmektedir.

⁵⁸⁴ Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk: Culpa In Contrahendo Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 281; Kalkan Oğuztürk, **Güven**, s. 254.

⁵⁸⁵ Kalkan Oğuztürk, **Güven**, s. 260.

⁵⁸⁶ Bir kimsenin yapmayı asla düşünmediği bir sözleşme hakkında kötünietli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırmaktan sorumluluk ile ilgili bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1096.

⁵⁸⁷ Demir, **Hastane**, s. 166-167.

B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Sözleşme ilişkisi, nisbi niteliktedir. Yani, sadece sözleşmeye taraf olanlar arasında hak ve borç doğurur. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden zarara uğrayan taraf zararının tazminini talep edebilir. Çoğu zaman sözleşmeye aykırılık yüzünden zarara uğrayan sözleşmenin tarafları olsa dahi, bazen sözleşmenin tarafı olmayıp da sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden zarara uğrayanlar var olabilmektedir. Böyle bir durumda, bu kişiler haksız fiil hükümlerine göre zararlarını tazmin etme imkanına sahip olmalarına rağmen, zarar görenin menfaatine daha uygun olan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanma imkanından mahrum kalmaktadırlar. İşte bu yüzden, sözleşme yapılırken dürüstlük kuralı gereği tarafların dikkate alarak korumaları gerektiği üçüncü kişilerin⁵⁸⁸ de sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmaları gerekmektedir⁵⁸⁹.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı için gerekli şartlar; üçüncü kişinin borçlunun ediminin tehlike sınırları içinde olması ve borçlunun, üçüncü kişinin edimin risklerine alacaklı kadar yakın olduğunun bilmesidir⁵⁹⁰.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında, sözleşmenin tarafını sadece bir eş oluşturuyorsa, diğer eş bu sözleşmenin koruyucu etkisi altındadır. Çünkü, zorunluluk⁵⁹¹ nedeniyle sözleşmeye taraf olamayan eşin, kendi üreme hücreleri kullanılarak dünyaya gelecek çocuğun babası olması nedeniyle, sözleşmenin koruyucu etkisi altında olduğu söylenebilir.

Yapay döllenme yoluyla oluşturulan embriyonun anne rahmine implante edilmesi ile var olan cenin açısından da eşler ve üreme merkezi arasında yapılan bu

⁵⁸⁸ Üçüncü şahıs kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, 1976, s. 12.

⁵⁸⁹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 421; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 160; Eren, **I**, s. 39; Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009, s. 83 vd. : Yazara göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağını edimden bağımsız borç ilişkisi oluşturmaktadır.

⁵⁹⁰ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 248-252; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s. 100 vd. ; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 161.

⁵⁹¹ Eşlerin mekânsal olarak farklı yerlerde oldukları ve doğal döllenmenin imkansız olduğu savaş veya başka ülkede uzun süreli hapis gibi durumların varlığı halinde anne adayı tek başına sözleşmenin tarafı olacaktır.

konuya dair sözleşme üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında değerlendirilebilecektir. Böylelikle cenin, bu işlemler yapılırken hekimin kusurlu davranışları yüzünden bedeninde meydana gelebilecek zararları bu sözleşme ilişkisine dayanarak tazmin edebilecektir. Çünkü cenin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin üçüncü kişisinde olması gereken şartları taşımaktadır. Merkez ile eşler arasında yapılan sözleşmedeki hekimin edimi anne ve babadan alınan üreme hücreleri ile ceninin bizatihi kendisinin oluşturulmasıdır ki burada cenin, hekimin ediminin tehlike sınırları içerisinde. Ayrıca hem alacaklı olan anne ve baba hem de hekim biliyor ki cenin, anne ve babadan daha fazla edimin risklerine yakındır.

Burada belirtmeliyiz ki, ceninin anne rahmine implante edilmesinden sonraki aşamada, ceninin tedavisini amaçlayan tıbbi müdahalelerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili mi yoksa üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu mu tartışmalıdır. Bir görüş, ceninin tedavisi amacını güden tıbbi müdahalelerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme şartlarını taşıdığını ifade etmektedir⁵⁹². Bir diğer görüş, eşler ile hekim (üremeye yardımcı tedavi bakımından merkez) arasında yapılan sözleşmenin edimi olan tedavinin yararına ifa edileceği kişinin cenin olduğu, burada, üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu görüşündedir⁵⁹³. Çünkü üçüncü kişi yararına sözleşmede, alacaklı olan eşler, ifanın kendisine değil de bir üçüncü kişiye yani cenine yapılmasını istemektedir⁵⁹⁴.

C. Sözleşmenin Art Etkisi

Geçerli olarak kurulduktan sonra herhangi bir sebeple sona ermiş bir sözleşmenin ifası sırasında tarafların kurdukları yakınlık ve güven ilişkisinin, sözleşme sona erdikten sonra bazı zarar verici davranışlara zemin oluşturması muhtemeldir⁵⁹⁵. Sözleşmenin art etkisi olarak ifadelerdiğimiz bu durum⁵⁹⁶,

⁵⁹² Aydın Ünver, **a.g.e.** , s. 164; Aksi görüş için bkz. Büyüksağış, **a.g.e.** , s. 379; Yazar, anne rahmindeki fetüsün annenin bir parçası olduğunu ve bunun ileride doğacak ceninin eşler ile hekim arasında yapılan sözleşmenin koruyucu etkisi kapsamına gireceğini engelleyeceğini iddia etmiştir.

⁵⁹³ Büyükay, **Tazmin**, s. 112.

⁵⁹⁴ Üçüncü kişi yararına sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.** , s. 1095 vd. ; Oğuzman, **Öz, II**, s. 428 vd.

⁵⁹⁵ Oğuzman, **Öz, I**, s. 38.

⁵⁹⁶ Serozan, **İfa**, s. 258; Yazar, sözleşme sonrası yükümler ve culpa post contrahendum tabirini kullanmaktadır.

sözleşme sona erdikten sonra tarafların birbirine zarar verici davranışlarının önceden var olan sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisinin zedelenmesi anlamına gelmesidir. Taraflar, sözleşme sona ermiş dahi olsa dürüstlük kuralı gereği birbirlerine zarar vermeme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yüzden, sözleşme sona erdikten sonra bazı borçların devam ettiği kabul edilir⁵⁹⁷.

Hekimin bir vekil olarak hastalarından öğrendikleri sırları, tıbbi müdahale sözleşmesi gereği sır saklama yükümlülüğü kapsamında kimseye ifşa etmemesi gerekir⁵⁹⁸. Hasta ile aralarında var olan sözleşme sona erse bile bu yükümlülük sona ermeyecek ve hekimin bu sırları hukuken cevaz verilen durumlar hariç açıklaması ise sözleşmenin art etkisi olarak sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca kayıt tutuma yükümlülüğünün sonucu olarak tutulan kayıtların da kimseye hukuken verilen cevazlar hariç açıklanması yine sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Sözleşmenin art etkisi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine mahiyetine uygun düştüğü şekilde aynen uygulanabilir.

V. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİ BAKIMINDAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ

A. Hukuki Niteliği

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden olan yapay dölleme ve embriyo nakli ile ilgili uygulamalar ancak Yönetmelik tarafından belirlenen şartları taşıyan müstakil merkezlerde veya bir kamu ya da özel hastane bünyesinde bir ünite şeklinde bulunan merkezlerde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, tıbbi müdahale sözleşmesi müstakil merkez veya merkezi bünyesinde bulunduran hastane ile yapılır. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra 4 yıl içinde müstakil merkezlerin mevcut kadrolarıyla özel hastane bünyesine birleşme yoluyla taşınması söz konusu olduğundan diyebiliriz ki adaylar ile bu yöntemlerin uygulanmasına yönelik yapılacak sözleşmenin diğer tarafı söz konusu hastaneler olacaktır. Bağımsız çalışan hekimlerin bu konudaki sözleşmelere taraf olması aşağıda bahsedeceğimiz gibi

⁵⁹⁷ Oğuzman, Öz, I, s. 39.

⁵⁹⁸ Tandoğan, II, s. 450.

bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesiyle mümkün olmamakla birlikte hekimlik ilaveli tam hastaneye hastaneye kabul sözleşmesi açısından mümkündür.

Hastane ile yapılacak sözleşmenin sade tedaviyi içerecek olması durumunda tıbbi müdahale sözleşmesi hükümleri uygulanacağı açıktır. Fakat hastanın hastaneye yatırılması ve barındırılması gereken hallerde hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olacağının belirlenmesi gerekir. Özel hastanenin sorumluluğuna esas teşkil edecek sözleşmenin hükümleri belirlenirken, sözleşmenin asıl edimi olan tedavinin ağır basması nedeniyle sadece vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sakıncalı sonuçlar doğmasına yol açabilir. Hastaneye kabul sözleşmesinin TBK'da düzenlenen farklı tipik sözleşmelerde yer alan edimleri birden içermesi nedeniyle karma sözleşme çeşitlerinden kombine bir sözleşme olduğu kabul etmek yerinde olacaktır. Kombine sözleşmelerde, taraflardan biri çeşitli sözleşme türlerine ait karakteristik edimlerden birkaçını birlikte ifa etme, diğeri ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla belli bir sözleşmeye özgü olmayan bir miktar para ödeme borcu altına girer⁵⁹⁹. Hastane ile yapılan sözleşmede, kira (oda tahsisi), ardi ardına teslim şartıyla satış (yemek, kahvaltı), hizmet (oda temizliği), tedavi veya ameliyat şeklinde kendini gösteren hizmet edimi vardır⁶⁰⁰. Hastaneye kabul sözleşmesi, barındırma sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, iş görmeyi konu alan vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, satım sözleşmesi gibi sözleşme tiplerine ilişkin unsurları içerisinde taşımaktadır. Bu nedenle karma sözleşme çeşitlerinden kombine bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Hastaneye kabul sözleşmesine tedavi edimini içermesinden dolayı vekalet hükümlerinin uygulanması tek başına yeterli olmayacaktır. Bu nedenle iş görme sözleşmelerinin hükümleri mahiyetine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmalıdır⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 12; Zevkliler, **a.g.e.** 42; Aral, **a.g.e.** , s. 53.

⁶⁰⁰ Tandoğan, **Özel**, s. 71; Aral, **a.g.e.** , s. 53.

⁶⁰¹ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 13; Zevkliler, **a.g.e.** 43.

B. Türleri

1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde hastane işleticisi, tıbbi tedavi ile birlikte barınma, yedirip içirme vb. hastane bakımı şeklindeki bütün yükümlülükleri taahhüt etmiştir. Hastane, üstlendiği bu görevleri kendine bağlı çalışanlar (hekimler ve diğer sağlık personeli) eliyle yerine getirilir. Burada önemli olan tedaviyi yapacak hekimi hastanenin seçmesidir. Ancak, tarafların açık iradesi veya somut olayın özellikleri gereğince, tıbbi tedavi ediminin, hastane başhekimisi veya hastane dışında faaliyet gösteren bir hekimce üstlenilmesi mümkündür. Bu durumda, sadece tıbbi tedavi ile ilgili, aynı edim için iki ayrı borç vardır. Bu nedenle tam hastaneye kabul sözleşmesini hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikiye ayırabiliriz⁶⁰².

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde taraflar, hasta ve hastane işleticisidir. Bu sözleşmede, hastane işletmesi, tedavi, barındırma, yeme-içme ve diğer bütün gerekli edimleri yerine getirme borcu altındadır. Dolayısıyla, hastane işleticisi sözleşmeden doğan bütün borçların ifasından bizzat sorumludur⁶⁰³. Burada hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hekim, hastane işleticisinin yardımcı kişisidir. Hastane işleticisi, tedavinin yapılması için gereken uzmanlığa sahip hekimi seçmede serbesttir. Hasta, tam kabul sözleşmesi ile hastane işleticisinin tedavi borcunu şahsen ifa etmesinin mümkün olmadığını ve bu yüzden tedavi borcunun hastane işleticisi tarafından seçilen bir hekim tarafından yapılacağını kabul etmektedir⁶⁰⁴.

Hastane işleticisi, sözleşmeden doğan hukuki sorumluluk kapsamında hekimin sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı TBK m. 116 gereği sorumlu olacaktır. Hasta, hastane ile olan sözleşme ilişkisinden dolayı doğrudan doğruya hekimin sorumluluğuna gidemeyecektir.

⁶⁰² Ayan, **a.g.e.** , s. 134.

⁶⁰³ Hayrunnisa Özdemir, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 94; Demir, **Hastane**, s.159.

⁶⁰⁴ Sarıal, **a.g.e.** , s. 89.

Tedavinin sözleşmeye aykırı olarak yapılması aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu doğurmaktadır. Hastane işleticisi, hekimin kusuruyla hastaya verdiği zararlardan TBK m. 55 gereği kusursuz sorumludur. Çünkü, hekim, hizmet sözleşmesi ile hastane bünyesinde hastane işleticisine bağlı çalışan biridir. Bu durumda, hekim çalıştırılan; hastane işleticisi adam çalıştıran sıfatı taşımaktadır. Sözleşme ilişkisinden farklı olarak, haksız fiil ilişkisinde, hasta, hekimin kusurlu davranışı yüzünden uğradığı zararı doğrudan doğruya hekime başvurarak da tazmin edebilmektedir. Yani, hastane işleticisi ve hekim, hastaya karşı müteselsilen sorumludur. Hasta, isterse hastane işleticisine, isterse hekime başvurarak zararlarını tazmin edebilecektir.

b. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme ilişkisinde hasta, hastane işleticisi ile yaptığı sözleşmenin yanında hastane bünyesinde çalışan bir hekim ile bu sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak bir başka sözleşme ilişkisine girmektedir. Hastaneye tam kabul sözleşmesi ile hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi arasındaki en önemli fark, bu sözleşme türünde hastanın tedaviyi gerçekleştirecek hekimi bizzat kendisinin seçmesidir. Kural olarak, ilave hekimlik sözleşmesinde hastanın sözleşmesel muhatabı, hekimlik ücret yetkisini haiz yönetici konumundaki bir hekimdir⁶⁰⁵. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması için başvuru yapan eşlerin hekimlik ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi yapması durumunda, kural olarak, ilave hekimlik sözleşmesindeki muhatabı Yönetmelik şartlarına göre belirlenen ÜYTE sorumlusu ve ÜYTE laboratuvar sorumlusu olacaktır.

Bu sözleşmede hasta ile hastane işleticisi arasında tam kabul sözleşmesinde olduğu gibi tedavi, barındırma, yeme-içme ve diğer edimlere ilişkin sözleşme varken; ilave hekimlik sözleşmesinde sadece tedavi edimi borçlanılmaktadır. Yani, tedavi borcu hem hastane işleticisi hem de hekim tarafından ayrı ayrı üstlenilmiştir. TBK m. 511/2'ye göre “*Vekâleti birlikte üstlenenler, vekâletin ifasından müteselsil*

⁶⁰⁵ Demir, **Hastane**, s. 160.

olarak sorumludurlar” Buna göre, hastane işleticisi ile hekim tedavi borucundan dolayı müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁰⁶.

Hastane işleticisinin sorumluluğu aynı hastaneye tam kabul sözleşmesindeki gibi olacaktır. Hekimin sorumluluğu ise değişecektir. Buna göre, hekim, hasta ile olan sözleşme ilişkisinden dolayı TBK m. 112 gereği borcun gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu olacaktır. Ayrıca, TBK m. 116 gereği yardımcı kişilerin sözleşmeye aykırı fiillerinden de sorumlu olacaktır. Böylelikle, hasta, tedavi yüzünden uğradığı zararlardan dolayı doğrudan doğruya hekimin sorumluluğuna gidebilecektir. Hastane işleticisi ise tedavi sözleşmesinden müteselsilen sorumlu olduğu için söz konusu sözleşmeye aykırılığı gerçekleştiren hekimin bu fiilinden dolayı TBK m. 116 gereği sorumlu olmaya devam edecektir. Hekimin sorumluluğuna haksız fiil hükümlerine göre gitmek de mümkün olabilmektedir. Buna göre; TBK m. 49 gereği hekim haksız fiil hükümlerine göre bizzat sorumlu tutulabilecekken hastane işleticisi de TBK m. 66 gereği adam çalıştıran olarak kusursuz sorumlu olacaktır.

c. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastanenin tarafı olduğu iki ayrı sözleşme vardır. Birincisi, hastane işleticisi ile barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri için yapılmış hastaneye kabul sözleşmesidir. İkincisi, karşı tarafını hekimin oluşturduğu tedavi sözleşmesidir. Hasta iki ayrı sözleşme ilişkisine girdiğinin bilincinde olmalıdır. Tıbbi tedavi bakımından hastane işleticisinin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Bu nedenle hekim, hastanenin ifa yardımcısı değil kendi borcunu ifa eden kişi durumundadır⁶⁰⁷.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinde tedavi borcunu hekim üstlenmiştir; hastanenin tıbbi yardımla ilgili bir yükümlülüğü yoktur. Tıbbi yardım sözleşmesinin tarafı hekim hastanede görevli hekim olabileceği gibi dışarıdan da olabilir. Hastanenin sorumluluğu hastane bakımı ile sınırlıdır⁶⁰⁸. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararın

⁶⁰⁶ Gültezer Hatırnaz, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 50; Ayan, **a.g.e.**, s. 134.

⁶⁰⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 137; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 119.

⁶⁰⁸ Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 51.

kim tarafından tazmin edileceğine karar vermek için hem hastane ve hekimin davranışı yönünden hem de yardımcı kişinin davranışı yönünden, zararlı neticeye sebep olan davranışın kimin borç çevresi içinde bulunduğu tespit edilmelidir. Öncelikli olarak, hekim veya hastaneyi yalnız başına sorumlu tutmak gerekmektedir; bu tespit yapılmadığında hekim ve hastanenin birlikte sorumluluğu kabul edilmelidir⁶⁰⁹.

Alman Hukuku ve hukukumuz bakımından, hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinin asıl olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁰. Çünkü, özel hastaneye yatırılarak tedavi talebinde bulunan bir hasta, genelde bütün yükümlülüklerin hastane işleticisi tarafından üstlenilmesini isteyecektir. Sözleşme serbestisi gereğince diğer hastaneye kabul sözleşmesi tiplerinden herhangi birinin seçilmesi de mümkündür. Ancak, hastanın ve muhatabının bu yöndeki iradelerini açıkça ortaya koymaları zorunludur.

Tıbbi müdahale alanında görülmesi ihtimali en yüksek olan sözleşme, serbest çalışan bir hekimin hastasını yatırmak için hastaneye başvurması üzerine yapılacak olan bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin bir başka görünümüdür⁶¹¹. Bu durumda, hastane işleticisi ile hasta arasında herhangi bir sözleşme bulunmama ile birlikte; hekim ile hastane işleticisi arasında, söz konusu tedavinin sürdürülebilmesi için hastanın hastaneye yatırılması ve hastane bakımının sağlanması yönünde sözleşme imzalanmış olmaktadır⁶¹². Burada eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bulunmakta ve hasta, hastanenin ifasını kabul yetkisine sahiptir⁶¹³. Fakat bizzat ifayı talep yetkisine sahip değildir. Bağımsız çalışan bir üreme uzmanı hekimin kendisine başvuran bir hastasının bütün tedaviye rağmen çocuk sahibi olamaması üzerine, tedavisini sonradan üremeye yardımcı tedavi merkezinde sürdürmek için böyle bir sözleşme yapma imkanı mümkündür.

⁶⁰⁹ Sarial, **a.g.e.** , s. 117.

⁶¹⁰ Demir, **Hastane**, s. 163.

⁶¹¹ Ayan, **a.g.e.** , s. 139.

⁶¹² Özdemir, **Üreme Merkezleri**, s. 8

⁶¹³ **A.y.** , s. 9.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. SEBEPLERİN YARIŞMASI

Hekimin sözleşmeye aykırı her fiili, tıbbi müdahalenin doğası gereği, hastanın hukuken korunan kişi ve malvarlığı haklarının ihlaline yol açabilir⁶¹⁴. İşte, hukuken korunan bu hakları ihlal eden her davranış hukuka aykırı fiil olacaktır. Kusur, zarar ve uygun illiyet bağının varlığı ile birlikte hem sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, hem haksız fiilden doğan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu durum sebeplerin yarışması olarak ifade edilmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması için bir merkez ile sözleşme yapan eşler, vücut bütünlüğünün ihlali, üreme hakkının ihlali, sır saklama yükümlülüğünün ihlali veya gerekli özen içerisinde teşhis ve tedavinin yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan zararlardan dolayı hem sözleşmeye dayanarak hem de haksız fiil ilişkisine dayanarak merkez aleyhine dava açabilirler⁶¹⁵. Ayrıca cenin, şartları gerçekleştiği ölçüde hem haksız fiil, hem de anne ve babasının merkez ile sözleşme ilişkisine dayanarak merkez aleyhine dava açabilecektir⁶¹⁶.

Nitekim TBK m. 60'da sebeplerin yarışması düzenlenmiş ve zarar görenin istediği hukuki sebebe dayanabileceği belirtilmiştir. Buna göre; *“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”* Hâkim, zarar görenin istemiyle bağlı olduğu için hangi hukuki sebebe dayanılıyorsa, bu sebebe bağlanan hukuki sonuçları uygulayacaktır. Hukuki sebebin belirtilmediği durumlarda, hâkimin hangi sebebin zarar görenin lehine olduğunu belirlemesi gerekir.

⁶¹⁴ Nomer, **Borçlar**, s. 294.

⁶¹⁵ Nomer, **Borçlar**, s. 294; Öztürkler, **a.g.e.**, s. 47; Ayan, **a.g.e.**, s.117.

⁶¹⁶ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 158.

Hangi hukuki sebebin zarar gören açısından daha iyi bir tazmin aracı olacağını belirlemek için, haksız fiil ilişkisi ile sözleşme ilişkisine dayanmak arasındaki farkları incelememiz gerekecektir.

Birinci fark, kusurun ispatı bakımındandır⁶¹⁷. Hem sözleşme, hem haksız ilişkisinde, hastanın zarar ile hekimin sözleşmeye veya hukuka aykırı davranışı arasındaki illiyet bağıını ispatlaması gerekir. Fakat TBK m. 112 gereği, borçlunun alacaklının uğradığı zarardan hiçbir kusuru olmadığını ispat ederek kurtulması gerekir. Demek ki, sözleşme ilişkisinde hekim kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmek zorundadır. Buna karşın, TBK m. 50 gereği, zarar gören, zararın zarar verenin kusuruyla olduğunu ispatlaması gerekir. Yani, haksız fiil ilişkisinde, hasta hekimin kusurunu ispatlamalıdır. Tıbbi müdahale ile ilgili açılan davalarda zarar gören hastalar, hekim kadar tıp konusunda uzman olmaları mümkün olmadığı ve kusuru ispatlamada zorlanacakları için sözleşme ilişkisine dayanmaktadır.

İkinci fark, zamanaşımına ilişkindir⁶¹⁸. Sözleşme ilişkisinde uygulanacak zamanaşımı zararın ortaya çıkmasından itibaren TBK m. 147/5-6 gereği 5 yıl iken⁶¹⁹; haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıldır⁶²⁰. Zararın ve tazminat yükümlüsünün bilincinde olan hastalar için haksız fiil zamanaşımı 2 yıl olduğundan bu süreyi kaçıranların sözleşmesel zamanaşımının daha uzun olması nedeniyle davayı sözleşme ilişkisine ilişkin açması daha mantıklıdır.

Üçüncü fark ise, hekime doğrudan dava açılıp açılmayacağına ilişkindir. Sözleşmesel ilişkide, tedavi borçlusu merkezin bulunduğu hastanenin işletmesi, tedavi alacaklısı eşlerdir. Hekim, hastane işletmesinin tedavi borcunun ifası için hastane işletmesine yardımda bulunan ifa yardımcısıdır. Taraflar, sözleşmeye aykırılık durumunda birbirlerine dava açabileceklerdir. Sözleşme tarafı olmayan ifa yardımcısına doğrudan doğruya husumet yöneltmek mümkün değildir. İfa yardımcısı

⁶¹⁷ Nomer, **Borçlar**, s. 295.

⁶¹⁸ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 271 vd. ; Ayrıca bkz. Nomer, **Borçlar**, s. 295.

⁶¹⁹ Konu ile ilgili bkz. s. 191.

⁶²⁰ Konu ile ilgili bkz. s. 192.

olan hekimin sözleşmeye aykırı davranışlarından sözleşme tarafı olan hastane işletmesi bizzat sorumludur. Haksız fiil ilişkisine dayanan dava ise, bizzat haksız fiili işleyen kişi olan hekime karşı açılabilir. Hekimin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Hastane işletmesi ise, hekimi çalıştırdığı için adam çalıştıran olarak kusursuz sorumludur. Fakat adam çalıştıranın kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı mevcuttur⁶²¹. Buna göre, çalıştırılanı seçmede ve nezaret etmede gerekli özeni göstererek sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Kanaatimizce, hastane işletmelerinden beklenen özenin en yüksek seviyede olması nedeniyle kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Eşler, haksız fiile maruz kalmaları nedeniyle ister hekime, ister hastane işletmesine dava açabilirler. Ekonomik açıdan daha güçlü olan hastane işletmesine dava açılması ve sözleşme ilişkisine dayanılması, eşlerin zararlarını daha kolay tazmin etmelerini sağlayacaktır.

II. DAVACI TARAFLAR

A. Eşler

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin sözleşmesel ilişkiye dayanan sorumluluğunda davacı taraf, sözleşmenin ihlali nedeniyle zarar gören sözleşmenin diğer tarafı olan eşlerdir. Üremeye yardımcı tedavilerin uygulanması ile ilgili eşlerin rızalarının birlikte alınması ve sözleşme ilişkisinin bir tarafını birlikte oluşturmaları özendirilmelidir. Bu durumda, eşlerin her ikisine de sözleşme ilişkisinden kaynaklanan dava açma hakkı tanınacaktır.

Haklı sebeplerin varlığı hallerinde sözleşme ilişkisine taraf olamayan diğer eş, başkasının üreme hücresinin kullanılması, çocuğunun hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ile dünyaya özürlü olarak gelmesi, tedavi edilebilir bir anomalinin teşhis edilememesi halinde sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden faydalanarak haksız fiile göre menfaatine daha uygun olan anne adayı ve merkez arasındaki sözleşme ilişkisine dayanarak hekime husumet yöneltebilecektir⁶²².

⁶²¹ Nomer, **Borçlar**, s. 295.

⁶²² Bkz. , s. 164.

Hekimin ve merkezin haksız fiil sorumluluğuna dayanan davalarda eşlerin hukuk tarafından korunan hakları ayrı ayrı ihlal edildiğinden her ikisi de dava açma hakkına sahiptir.

B. Cenin

Sağ ve tam doğum şartıyla geçmişe etkili olarak anne rahmine implante anından itibaren hak ehliyetine sahip olan ceninin hekimin kusurlu müdahalesi nedeniyle özürlü doğması veya tedavi edilebilir bir anomalinin teşhis edilememesi halinde haksız fiile ilişkin dava açabileceğini belirtmiştik. Hamilelik öncesi dönemde embriyonun aleyhine meydana gelen bir hukuka aykırı fiil nedeniyle gördüğü zarar, kişiliğin yansıma etkisi gereği haksız fiil ilişkisine göre tazmin edilebilecektir.

Ceninin anne-baba ile merkez arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisi kapsamında olması yüzünden bu sözleşme ilişkisine dayanarak dava açması da mümkündür. Ayrıca, burada üçüncü kişi yararına sözleşmenin var olduğunu kabul etmekte bir mahzur yoktur⁶²³.

Başkasının spermi veya yumurtasının kullanılması durumunda, ceninin soybağını bilme hakkı kapsamında dava açabilme hakkının verilebileceği kabul edilirse, ceninin edimin tehlike alanı içerisinde olması ve hatta edimin konusunun kendisinin olması yüzünden üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında dava açabilmesi mümkündür.

C. Diğer İlgililer

Ölüm sonrası homolog dölleme nedeniyle, miras hakkından yoksun kalan kişiler hekime dava açabilecektir. Ayrıca, anne ve babasının hayatta olmaması nedeniyle hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ile dünyaya özürlü olarak gelen bir

⁶²³ Büyükay, **Tazmin**, s. 113: Özellikle, anne karnındaki ceninin tedavisini amaçlayan sözleşmelerin tam üçüncü yararına sözleşme olduğu belirtilmiştir. Kürtaj sözleşmesi halinde, ceninin menfaatine ve korunmasına yönelik bir faaliyet olmadığından üçüncü kişi yararına veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsedilmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmiştir.

çocuğa TMK m. 364/1 gereğince bakmak zorunda olan bir üstsoy, altsoy veya kardeşin hekime karşı dava açabilmesi gerekecektir⁶²⁴.

III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

A. Sorumsuzluk Anlaşmasının Anlamı, İçeriği ve Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

TBK m. 114/1'deki borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğuna ait ana kural emredici nitelikte olmayıp aksine taraflar sözleşme yapabilirler⁶²⁵. Böyle bir sorumsuzluk anlaşması, genelde, ana sözleşmeye eklenen bir yan anlaşmayla ortaya çıkar⁶²⁶. Hukuki nitelik olarak önceden yapılmış bir tasarruf işlemidir. Yani gelecekteki muhtemel tazminat alacaklısının, olası tazminat borcunu ibra etmesidir⁶²⁷. Bütün sorumluluğu değil belli kusur derecesi ve belirli zarar türlerini içeren sorumsuzluk anlaşmaları da yapılabilir. Örneğin; dolaylı zarardan sorumsuzluk verilebilir. Sorumsuzluk anlaşması, ancak tazminat alacaklısının açık veya örtülü rızasıyla kurulabilir. Bu yönüyle çift taraflı bir işlemdir⁶²⁸. Borçlunun kapılara, duvarlara astığı sorumsuzluk ilanları tek başına borçluyu muhtemel zararlardan sorumlu olmaktan kurtarmaz. Bu en çok bir uyarı niteliğinde kabul edilir. Sonuçta da, zarara uğrayan alacaklının tazminat talebinde müterafik kusuru dolayısıyla indirimle gidilebilir⁶²⁹. Hayatın gerçeklerinde, sorumsuzluk anlaşmaları, güçlülerin sosyal ve ekonomik açıdan güçsüzlere dayattıkları sorumsuzluk kayıtlarıdır.

2. Hekimin Sorumluluğu Bakımından

Hekim, şahsen ifa ettiği fiillerinden dolayı sorumludur. Bu sorumluluk tamdır. Önceden hastası ile anlaşarak veya muayenehanesine bir levha asarak

⁶²⁴ A.e. , s. 118.

⁶²⁵ Serozan, İfa, s. 272.

⁶²⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e. , s. 878.

⁶²⁷ Serozan, İfa, s. 272.

⁶²⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e. , s. 880.

⁶²⁹ Serozan, İfa, s. 273.

sorumluluktan kurtulamaz. Hekimin kast ve ağır ihmalden dolayı sorumsuzluğu diğer borçlular gibi düşünülemez.

Bu kaydın müterafik kusur sayılarak tazminat hesaplamasında indirim sebebi olabilmesi ihtimalini hekim açısından mümkün görmüyoruz. Hekimin hafif ihmalden dahi sorumlu olduğu ve sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayıldığı bir durumda, yapılan sorumsuzluk anlaşmasının, tazminat hesaplanırken indirim nedeni olarak görülmesi, hasta açısından ve sosyal açıdan bir garabet olurdu⁶³⁰.

B. Hekimin ve Merkezin Sorumluluğu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşmasının Tabi Olduğu Yaptırım

1. Şahsen İfa Bakımından

Sorumluluk anlaşması, TBK m. 115'te düzenlenmiştir. TBK'da borçlunun hile ve ağır ihmalden dolayı sorumlu olmayacağına dair önceden bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına izin verilmemiştir⁶³¹.

Sorumluluk anlaşması sadece borçlunun hafif ihmali için yapılabilir. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan tüm kusurlardan dolayı sorumsuzluk anlaşması da hile ve ağır ihmal durumlarında geçerli olmayacak ama hafif ihmalden kaynaklanan durumlarda geçerli olmaya devam edecektir. Burada kısmi hükümsüzlük (kısmi butlan) söz konusudur. Yani anlaşmanın kanuna aykırı olan kısmı hükmünü eda etmeyecek, anlaşmanın geri kalan kısmı hükümlerini doğuracaktır. Anlaşma kanunda belirlenen asgari hadde indirilecektir. Çünkü hükümsüzlüğü gerektiren sakatlık sadece anlaşmanın bir kısmına inhisar etmekte ve tarafların iradeleri de sorumsuzluk anlaşmasının ayakta kalması yönündedir.⁶³² Aksi takdirde bu konuda anlaşmazlardı diyebiliriz.

BK'ya göre sorumluluk, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından doğuyorsa, hâkim, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmayı hükümsüz sayabilirdi. TBK'ya göre ise, uzmanlığı

⁶³⁰ Serozan, İfa, s. 275.

⁶³¹ Oğuzman, Öz, I, s. 454.

⁶³² Oğuzman, Öz, I, s. 454; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e. , s. 885-886.

gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. BK m. 99/2'de kullanılan *“hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa”* şeklindeki ibare, TBK m. 115/3'te *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa”* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, bu hükmün, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya san'atlar için uygulanması amaçlanmıştır. BK ile TBK arasında bu hallerde borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların akıbeti bakımından da farklı bir düzenleme getirilmiştir. BK'da, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının akıbeti takdiri butlandır. Yani, hâkim tarafından geçersiz sayılabileceği düzenlenmiştir⁶³³. BK'nın verdiği yetki ile hekim, hafif ihmalinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapabilmekteydi. Fakat hâkim, somut olayın şartlarına bakarak, bu anlaşmayı hükümsüz kılabilmekteydi⁶³⁴. Böyle bir ortamda iki görüş ortaya çıkıyordu. Birinci görüş; BK'da bulunan bu hükmü doğru bulmaktaydı. Hatta böyle bir anlaşmanın, hekimin daha etkili tedaviyi sağlayacak adımları atabilmesi, yeni tedavi yöntemleri uygulayabilmesi açısından hekime cesaret vereceğini ileri sürmekteydi⁶³⁵. İkinci görüş ise; hekimin hafif ihmalinden dolayı sözleşme yapmasını geçersiz görmekteydi. Hatta böyle bir anlaşmanın BK m. 20'ye göre kamu düzenine ve ahlaka aykırılık sayılması gerektiğini dile getirmekteydi⁶³⁶. TBK'da, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olduğu öngörülmüştür. Bu sınırlamanın sebebinin, imtiyazla çalışan ve bu sebeple

⁶³³ Oğuzman, Öz, I, s. 457.

⁶³⁴ Demir, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arşiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>, Çevrimiçi, 05.11.2011), s. 252: Hâkim, hem hekimin asıl borçlu olarak kendisinin hem de yardımcı kişinin hafif ihmalinden kurtulmasını öngören sorumsuzluk anlaşmalarını, dürüst davranma ilkesi çerçevesinde, somut olayın özel durum ve koşullarını göz önünde tutmak ve yargısal takdir yetkisine (TMK m.4) dayanmak suretiyle, geçersiz sayabilir.

⁶³⁵ Murat Doğan, ‘‘Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı’’, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (Erzincan 15-16 Mayıs), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 54.

⁶³⁶ Zevkliler, a.g.e. , s. 361.

tekel durumundan faydalanan işletmelerin, müşterilerine karşı olan sorumluluğunu daraltma hususunda yapılacak teklifleri müşterilerin reddedemeyecek vaziyette olmalarını⁶³⁷. Böyle bir durum, istismara müsaittir. Bu sebeple yeni kanunda yapılan düzenleme ile hem imtiyazla yürütülen hizmetlerin kapsamı genişletilmiş hem de bu hallere ilişkin önceden yapılan borçlunun hafif ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmelerin kendiliğinden kesin hükümsüz olacağı öngörülmüştür. Böylelikle tekel durumunun yaratabileceği istismarı engelleyebilecek daha etkin bir madde ortaya çıkmıştır⁶³⁸. Bu hüküm emredicidir ve taraflarca aksi kararlaştırılmaz.

Kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen bir meslek, sanat veya hizmet alanında böyle bir anlaşmanın yapılmasının hükmü kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlan). Sözleşmeye ek olarak konulduğu hallerde, sadece sorumsuzluk anlaşması hükümsüz olacak, sözleşme ayakta kalmaya ve hüküm doğurmaya devam edecektir. Sorumsuzluk anlaşmasının iptal edilmesi, sözleşmenin geri kalanına etki etmediği için kısmi hükümsüzlük (kısmi butlan) söz konusu olacaktır⁶³⁹. Fakat borçlu, kendi iradesi açısından sözleşmenin ayakta kalmasının uygun olmadığını ileri sürerek sözleşmenin bütünen hükümsüzlüğüne hükmedilmesini isteyemez. Ayrıca, borçlu, bunu bilseydi sözleşmeyi hiç akdetmeyeceğini öne sürerek yani hataya dayanarak sözleşmeden dönemez⁶⁴⁰. TBK’da bahsedildiği gibi hekim, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle mesleğini ve hizmetini sürdüren kişidir. Bu yüzden hafif ihmaliyle ilgili dahi sorumsuzluk anlaşması yapamaz. Bu durumun hükmü kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlandır). Hasta ile arasında kurduğu sözleşme ilişkisine böyle bir kaydın koyulması halinde bu kayıt hükümsüz olacak ama sözleşme ilişkisinin diğer hükümleri ayakta kalmaya devam edecektir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması, Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan merkezler tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla, merkezler kanun ve yetkili makamların izniyle icra edilen hizmetler kapsamına girdiği için eşlerle yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacakken; sözleşmeye

⁶³⁷ Uygur, **a.g.e.** , s. 362.

⁶³⁸ Dinç, **a.g.e.** , s. 150.

⁶³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** , s. 885.

⁶⁴⁰ Serozan, **İfa**, s. 275.

konulan sorumsuzluk kayıtları geçersiz kılınarak sözleşmenin diğer hükümleri ayakta tutulacaktır.

2. Yardımcı Kişilerin İfası Bakımından

BK m. 100, TBK m. 116'da düzenlenmiştir. Buna göre, önceden taraflar anlaşarak kısmen veya tamamen yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu kaldırabilirler⁶⁴¹. Bu durumda, hekimin de yardımcı kişilerin fiilleri için sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi mümkündür. BK m. 100/3'e göre; alacaklı anlaşmanın yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde bulunuyorsa ya da uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa yardımcı kişilerin hafif ihmalinden doğan sorumsuzluk anlaşması yapılabilir⁶⁴². TBK m. 115'te yapılan değişikliğe paralel olarak TBK m. 116/3'te, uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir⁶⁴³.

Böylelikle, TBK gereğince merkezler, kendilerine bağlı çalışan hekimlerin ve diğer yardımcı kişilerin fiilleri için de sorumsuzluk anlaşması yapamazlar. Böyle bir anlaşmanın yaptırımı kesin hükümsüzlük; böyle bir kaydın bulunduğu anlaşmanın yaptırımı ise kısmi hükümsüzlüktür.

IV. MADDİ TAZMİNAT

A. Maddi Zararın Belirlenmesi

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen azalmadır⁶⁴⁴. Maddi tazminatın amacı ise, zarar verici olay meydana gelmese idi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda olacak idiyse, o durumun tekrar kurulmasıdır⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Oğuzman, Öz, I, s. 471; Eren, a.g.e. , s. 1041.

⁶⁴² Eren, a.g.e. , s. 1041.

⁶⁴³ Oğuzman, Öz, I, s. 471.

⁶⁴⁴ von Tuhr, a.g.e. , s. 76; Oğuzman, Öz, II, s. 38; Eren, a.g.e. , 474 vd.

Malvarlığı aktifinde meydana gelen azalma veya pasifinde meydana gelen artış, fiili zararı oluşturmaktadır⁶⁴⁶. Zarar verici olay yüzünden malvarlığındaki bir artışın engellenmesi halinde mahrum kalınan kar söz konusu olacaktır⁶⁴⁷. Bu kapsamda hasta, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle kendisinin tekrar ameliyat olması ve ekstra tedavi giderleri yüzünden malvarlığında meydana gelen azalmayla oluşan fiili zararların yanı sıra çalışma yeteneğinin kaybından ve iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları tazmin edebilecektir⁶⁴⁸.

Yansıma zarar, hukuka aykırı fiil nedeniyle zarar görenden başka üçüncü kişilerin uğradığı zarardır⁶⁴⁹. Yansıma zararlar, kural olarak tazmin edilmezler. Çünkü hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı kurulsa bile hukuka aykırılık bağı kurulamamıştır. Fakat hasta yaşasaydı, desteğiyle ekonomik açıdan ayakta tutabileceği yakınlarının ekonomik mahrumiyet yaşamamaları için TBK m. 53 ile gereken hukuka aykırılık bağı kurulmuştur. Destekten yoksun kalma tazminatı bir yansıma zarar olmakla birlikte, hekimin hukuka aykırı fiili nedeniyle ölen hastanın yakınlarına tanınan bir haktır. Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta, henüz anne karnında olan ceninin de destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek olmasıdır⁶⁵⁰.

Anne adayının vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle tazmin ettirebileceği maddi zararları, tedavi giderleri ve uğradığı kazanç mahrumiyetine dayanan maddi zararlardır. Anne adayının ölmesi durumunda ise, diğer eş ile tam ve sağ doğmak şartıyla cenin, destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecektir.

Tedavi edilebilir bir anomalinin teşhis edilememesi veya hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle özürlü doğan ceninin uğrayacağı maddi zararlar, ergenlik sonrası dönemdeki tedavi, eğitim ve bakım masrafları ile kazanç mahrumiyetinden

⁶⁴⁵ Oğuzman, Öz, **II**, s. 38; Eren, **a.g.e.** , 472 vd; Öztürkler, **a.g.e.** , 41; Yazar, tıbbi sorumlulukta maddi zararı, yükümlülüğe uygun bir tedavi yapılıyorsa hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülebilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki para ile ölçülebilen fark olarak tanımlamıştır.

⁶⁴⁶ von Tuhr, **a.g.e.** , s. 78; Oğuzman, Öz, **II**, s. 40; Eren, **a.g.e.** , 477.

⁶⁴⁷ von Tuhr, **a.g.e.** , s. 78; Oğuzman, Öz, **II**, s. 40; Eren, **a.g.e.** , 478.

⁶⁴⁸ Ayan, **a.g.e.** , s. 121.

⁶⁴⁹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 42-43.

⁶⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Ünver, **a.g.e.** , s. 63 vd.

doğan maddi zararlarıdır⁶⁵¹. Anne ve baba ise, çocuk ergin oluncaya kadarki özürlü bir çocuğa bakmaktan kaynaklanan bakım, tedavi ve eğitim masrafları ve bu yüzden uğrayacakları kazanç mahrumiyetinden oluşan maddi zararları talep edebilecektir⁶⁵².

Özürlü çocuğun dünyaya gelmesi nedeniyle anne ve babanın açtığı davalarda hükmedilecek tazminatın kapsamının ne olacağı tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, eşler sağlıklı bir çocuk sahibi olma amacını taşımaktadır ve bu doğrultuda gerekli bakım ve eğitim masraflarını göze almıştır. Bu yüzden, sağlıklı bir çocuğun bakım ve eğitim masrafları ile özürlü olarak doğan çocuğun bakım, tedavi ve eğitim masrafları arasındaki fark ve eşlerin özürlü bir çocuk ile ilgilenirken uğrayacakları kazanç mahrumiyetinden oluşan maddi zararların tazminat kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁶⁵³. Diğer görüşe göre, eşler özürlü çocuğun dünyaya gelmemesi amacını taşıdıkları için özürlü olarak doğan çocuğun bütün giderlerinin maddi tazminat kapsamında istenebilecektir⁶⁵⁴. Alman ve Fransız Hukuklarında istenmeyen doğum davaları kabul görmeye birlikte, Federal Mahkeme, tazminatın kapsamı açısından birbirinden farklı kararlar vermektedir⁶⁵⁵. Kanaatimizce, eşler özürlü bir çocuğun sağlıklı bir çocuğa nispetle fazlaya ilişkin giderlerinin karşılanmasını isteyebilmelidir.

Embriyo veya üreme hücrelerinin zayii edilmesi halinde, ikinci kez masraf edilerek hormon ilaçları kullanılması ve tekrar embriyo oluşumu için ilaç tedavisi gerçekleştirilmesi gerektiğinden, ödenmek zorunda kalınan masraflar; ikinci kez yapay dölllenme için uygulanan işlemler dolayısıyla işinden geri kalan hastanın çalışmamasından dolayı mahrum kaldığı kazanç hekimden tazmin edilebilecektir⁶⁵⁶.

Yumurtası başka bir kadının rahmine yerleştirilen kadının ve spermi başka bir kadının yumurtası ile döllenirilen erkeğin, kişilik haklarına saldırıda bulunulmasından doğan dava haklarını hekime karşı yönlendirme imkanları vardır.

⁶⁵¹ Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 110.

⁶⁵² Büyükay, **Tazmin**, s. 131-132.

⁶⁵³ Büyükay, **Tazmin**, s. 131; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 121.

⁶⁵⁴ Şenocak, **Tazminat**, s. 142; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 374: Yazara göre, anne ve baba özürlü doğum nedeniyle harcama yapmama fırsatından mahrum bırakılmıştır.

⁶⁵⁵ Kararların eleştirisi için bkz. Büyükay, **Tazmin**, s. 131.

⁶⁵⁶ Özdemir, **Üreme Merkezleri**, s. 26-27.

Eşlere ait olmayan üreme hücrelerinin kullanılması ile çocuk sahibi olan eşlerin bu çocuğun doğum öncesi, doğum ve doğum sonrası masrafları da dahil olmak üzere erginlik dönemine kadar olan bakım ve eğitim giderlerinden oluşan fiili zararları ile bu yüzden uğradıkları kazanç kaybı maddi tazminat kapsamında istenebilecektir. Burada, başkasının üreme hücreleri kullanılarak yapılan döllenme sonucu elde edilen sağlıklı çocuğun ya eşlerden birine ait olmaması ya da eşlerden her ikisine ait olmaması söz konusudur. Genetik anne veya baba olmayan eşin, çocuk kendisinden olmasa dahi nafaka yükümlülüğü altında olmasından doğan giderleri hekimden tazmin edebilmesi mümkün olmalıdır. Eşlerden birinin çocuğun genetik anne veya babası olması halinde, soybağı kendisine bağlanacaktır. Fakat genetik anne veya babanın çocuk sahibi olma iradesi mevcut olsa bile üreme hakkının ihlali söz konusu olduğundan hekime karşı maddi tazminat davası açabilmesi ve nafaka yükümlülüğünden doğan zararlarını talep edebilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca, kürtaj için yasal olarak tanınan ilk on haftalık sürecin geçişinden sonra yanlışlığın fark edilmesi durumunda, eşlerin kürtaj hakkı da ellerinden alınmış olacaktır. Bu durumda, sağlıklı çocuğun doğumundan kaynaklanan bakım, eğitim vb. giderler, fiili zarar olarak hekimden tazmin edilebilecektir.

Anne, başkasının çocuğunu taşımaktan dolayı uğradığı fiili zararları ve kazanç mahrumiyetini isteyebilecektir. Ayrıca, genetik baba olmayan babanın soybağını reddetmesi durumunda, anne, genetik babaya açacağı babalık davasının masraflarını hekimden tazmin edilebilecekken; genetik babanın belirlenemediği nadir durumlarda anne, hekimden bir babaya düşen nafaka yükümlülüğünden doğan masrafları tazmin edebilecektir⁶⁵⁷.

Burada, karışma nedeniyle istenmeyen bir çocuğa sahip olunmakta ve çocuğun soybağı karışmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda⁶⁵⁸ evlilik dışı ilişkiden doğmuş olsa bile çocuğa ilişkin giderlerin anne ve baba tarafından

⁶⁵⁷ Büyükay, **Tazmin**, s. 130: Bir çocuğun bütün giderlerini tek başına üstlenen eşin malvarlığının haksız olarak zarara uğrayacağı açıktır.

⁶⁵⁸ Yargıtay 2. HD. E. 1995/6539, K. 1995/7418, T. 23.06.1995/www.hukukturk.com: “...Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk kendisine verilmeyen ana veya baba çocuğun infak ve iâşesi için gerekli masrafa iştirak zorundadır (M.K. m. 311/2, 312/2, 306, 277). Babalık davası bittiği takdirde mahkeme çocuğun ana veya babanın velayeti altında kalmasını faydalı görmez ise, kayyım yerine bir vasi nasbeyler (M.K. m. 298/2). Nafaka istemine ilişkin bu dava velayet düzenleme istemini de kapsar...”

karşılanağını belirtmiştir⁶⁵⁹. Bu durumda, spermi kullanılan üçüncü kişi, çocuğun soybağı bir şekilde kendisine bağlanılırsa, bilmediği bir kadından⁶⁶⁰ iradesi dışında, hekimin kusurlu davranışından dolayı bir çocuk sahibi olmaktadır. Bu yüzden bakım, eğitim vb. nedenlerden doğan giderleri ve bundan dolayı mahrum kaldığı kazancı, hekimden tazmin edebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü kişinin söz konusu giderler yüzünden malvarlığı haksız şekilde azalmaktadır. Annenin doğuran değil de genetik anne olmasına karar verilirse⁶⁶¹, genetik annenin de hekime dava açması söz konusudur.

Çocuğun soybağını bilmediği için evlenmemesi gereken biriyle evlenmesi, bu yüzden özürlü çocuğa sahip olması, genetik kökenini bilmediği için ağır bir hastalığa tutulması vb. durumlarda çocuk, hekimden dolayı zararlarını⁶⁶² tazmin edebilecektir.

B. Maddi Tazminata Etki Eden Nedenler

1. Elde Edilen Menfaatler

Zararı doğuran olayın zarar gören için zararı doğuran olayın gereği ve tesadüfi olmayan bir menfaat meydana getirdiği durumlarda, elde edilen menfaatlerin zarardan düşülmesi gerekir⁶⁶³. Özürlü doğan bir çocuk yüzünden veyahut başkasının üreme hücreleri kullanılarak sahip olunan çocuğun doğumu ile beraber elde edilen çocuk parası, vergi indirimi gibi gelirler maddi tazminattan indirilecektir⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ Ahmet Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, Ankara, 2003, s. 50, Büyükay, **Tazmin**, s. 130'dan naklen.

⁶⁶⁰ Bu kadın evli olabilir veya olmayabilir. Evliyse, çocuğun soybağı anne bakımından doğum, baba bakımından anne ile evlilik yolu ile belirleneceğinden kadının kocası baba olacaktır. Fakat kadının kocası soybağını reddederse, spermi kullanılan kişiye babalık davası açılabilecektir.

⁶⁶¹ Konu ile ilgili kiralık ve ödünç annelik durumunda soybağı çözümlerine bkz. s. 47-48.

⁶⁶² Bir hukuka aykırı fiilin zarar görene verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple zarar görenin uğradığı zarara dolaylı zarar denilmektedir. Doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı ve örnekler için bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 41; Eren, **a.g.e.**, s. 481.

⁶⁶³ Büyükay, **Tazmin**, s. 134.

⁶⁶⁴ **A.e.**, s. 135.

2. Zarar Veren Kusurunun Ağırılığı

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesindeki kusurunun ağırlığı kural olarak tazminatın belirlenmesinde etkili değildir. Hafif ihmâl veya ağır ihmâl sonucunda oluşan zararın miktarı ne ise bunun karşılığının ödenmesi gerekecektir⁶⁶⁵.

Fakat TBK m. 53/1 gereği “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” Maddeden de anlaşılacağı gibi hakim tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Somut olayın özellikleri ve hakkaniyet gereği hekimin hafif kusurlu olması halinde hakime takdir yetkisi verilmiştir⁶⁶⁶. Ayrıca, destekten yoksun kalma tazminatının hakkaniyet gereği indirilemeyeceği TBK m. 55/1’de açıkça düzenlenmiştir.

3. Tarafların Ekonomik Durumu

TBK m. 52/2’de “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Zarar görenin yüksek gelire sahip olması ve özellikle, ağır bedensel zararlar ve başkasının üreme hücreleri kullanılarak çocuk sahibi olma halinde oluşan zararın çok yüksek olarak hesaplanması ve bu durumun zarar vereni yoksulluğa düşürecek olması ihtimal

⁶⁶⁵ Yargıtay 13. HD. E. 2009/3105, K. 2009/11489, T. 13.10.2009/www.turkhukuk sitesi.com: “...Dava konusu olayda davalı doktorun, davacı hastasını ameliyat etmesi sonrasında daha iyi sonuca gidebilecek materyali kullanmadığı ve kullandığı telleri de erken çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla olayda davalı doktorun kusur oranına bağlı olunmaksızın karar verilmesi gerekir. Bir başka deyişle saptanacak tazminat miktarından kusur oranı nedeniyle indirim yapılması olanaksızdır...”; Yargıtay 13. HD. E. 2004/6493, K. 2004/15431, T. 26.10.2004/www.hashak.com: “...Davalılarla hasta arasındaki hukuki ilişki vekalet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur...”

⁶⁶⁶ Oğuzman, Öz, II, s. 117-118; Eren, a.g.e. , 730; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e. , s. 591; Yargıtay 13. HD. E. 2004/6493, K. 2004/15431, T. 26.10.2004/www.hashak.com: “...Davalılarla hasta arasındaki hukuki ilişki vekalet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur. Kaldı ki olayda davacılara izafe edilecek bir kusur saptanamadığına yani davacıların müterafik kusuru bulunmadığına göre davalılar saptanan tazminat miktarının tamamından sorumludur. Hakim ancak BK. 43. maddesi hükmü gereğince tazminatın miktarından indirim yapabilir...”

dahilindedir⁶⁶⁷. Hekimin hafif kusuruyla meydana getirdiği zararlarda hesaplanan miktarın kendisini yoksulluğa düşürecek olması, hakkaniyet de gerektiriyorsa tazminatta indirim nedeni olabilecektir⁶⁶⁸.

Fakat bir çocuğun özürlü doğmasından dolayı uğradığı zararlar gibi ağır bedensel zararların veya anne adayının ölümünün söz konusu olduğu durumlarda hakkaniyet gereği tazminatta indirim yapılamayacağı TBK m. 55/1'de açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda, hekimin hafif ihmali nedeniyle başkasının üreme hücreleri kullanılarak çocuk sahibi olan eşlerin bakım ve eğitim giderleri için açabileceği davalarda hekimin yoksulluğa düşeceği nedeniyle ve hakkaniyet gereği maddi tazminatta indirime gidilebilecektir. Kanaatimizce, somut olayın özellikleri dikkate alınmakla birlikte eşler ve aile kurumu için böyle ağır vakalarda hakkaniyet gereği indirime gidilmesine imkan görmüyoruz. Bu arada, başkasının çocuğunu taşıyan biyolojik anne adayına yapılan müdahaleler bedensel zarar kapsamında değerlendirileceği için hekimin yoksulluğa düşeceği nedeniyle indirime gidilmesi zaten mümkün değildir.

4. Müterafik Kusur

Zarar görenin makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması halinde müterafik kusur söz konusu olacaktır⁶⁶⁹. TBK m. 52/1'de "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*" şeklinde konu zarar görenin rızasıyla birlikte ele alınmıştır.

Hekimin kastının ve ağır ihmalinin varlığı halinde eşlerin hafif ihmali tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır⁶⁷⁰. Bu durum bir indirim nedeni

⁶⁶⁷ Büyükay, **Tazmin**, s. 136-137.

⁶⁶⁸ Oğuzman, **Öz, II**, s. 124.

⁶⁶⁹ Oğuzman, **Öz, II**, s. 120; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 594; Eren, **a.g.e.**, s. 732: Zarar görenin ortak veya kişisel kusuru olarak ele alınmıştır.

⁶⁷⁰ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 77: Borçlunun kastının alacaklının ihmali ile tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına dair mızrak atma talimine ayrılmış bir yere mızrak atılırken giren köleye mızrağın kasten atılması durumu örnek verilmiştir.

teşkil edecektir. Fakat eşlerin ağır kusurunun ve kastının varlığı halinde zarar ile hekimin hafif ihmeline dayanan kusurlu tıbbi müdahalesi arasındaki illiyet bağı kesilecek ve tazminat yükümlülüğü ortadan kalkacaktır⁶⁷¹. Bir tarafın ihmali karşısında diğer tarafın da ihmali söz konusu ise, hakim, kusurun ağırlığına göre zararı taraflar arasında bölecektir⁶⁷². Merkezin kusursuz sorumlu kabul edildiği hallerde de eşlerin müterafik kusuru tazminatta indirim nedeni olarak kabul edilecektir⁶⁷³.

Müterafik kusur, vücut bütünlüğünün ihlalinde zararın artmasını önleyecek tedbirlerin alınmaması, hekime yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme şeklinde sıkça ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁴. Alınacak tedbir kendisi için tehlike arz etmiyor ve makul bir insandan bu tedbire başvurmaması bekleniyorsa, anne adayının aksine davranışı müterafik kusur teşkil edecektir⁶⁷⁵. Hatta, yapay dölllenme sonucu embriyo yerleştirilen kadının rahminde gerçekleşen kanamaları hekime zamanında haber vermemesi sonucu bebeğini kaybetmesi örneğinde olduğu gibi zarar görenin kusurunun belli yoğunlukta olması durumunda tazminat yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

Eşlerin hekimden habersiz kendi üreme hücreleri yerine başkasının üreme hücrelerini koyarak hekimi yanıltmaları ve heterolog döllenmeye sebebiyet vermeleri durumunda bir müterafik kusurdan bahsedilecektir. Hekimin üreme hücrelerinin kime ait olduğuna dair gerekli tetkikleri yapmaması ağır ihmal olacakken, eşlerin yaptığı bu davranış da bir kast olacaktır⁶⁷⁶. Burada hakim tazminatta indirime gitmelidir.

Hekimin preimplantasyon, implante veya prenatal dönemindeki kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle çocuğun özürlü doğacak olması veyahut çocuktaki bir

⁶⁷¹ Oğuzman, Öz, **II**, s. 121; Eren, **a.g.e.**, s. 733.

⁶⁷² Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 78-79: Bu durumda ihmallerin mahsubu söz konusudur. Madde metninin düzenlenme şekli ve uygulamada bu durumların çokça yaşanması nedeniyle bu konuda hakimın takdir yetkisine çok başvurulmaktadır.

⁶⁷³ Oğuzman, Öz, **II**, s. 122; Eren, a.g.e., s. 734; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 596.

⁶⁷⁴ Belgesay, **a.g.e.**, s. 120; Atabek, Sezen, **a.g.m.**, s. 154; Reisoğlu, Hekim, a.g.e., s. 17.

⁶⁷⁵ Oğuzman, Öz, **II**, s. 121.

⁶⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 732: Zarar görenin müterafik kusuru kasdi olabileceği gibi, ihmal şeklinde de olabilir. Müterafik kusurun illiyet bağını kesmesi için belli bir yoğunlukta olması gerekecektir.

anomalinin hekimin kusuru nedeniyle belirlenememesi durumunda, eşlerin yasal kürtaj süresi içinde hamileliği sonlandırmak istememesi müterafik kusur olarak değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde, hekimin ihmalen veya kasten başkasının üreme hücrelerini kullanarak gerçekleştirdiği döllenme sonucunda söz konusu durumun ilk on haftada belirlenmesi halinde hamileliğin sonlandırılmak istenmemesi eşler açısından müterafik kusur olarak değerlendirilmeyecektir. Her ne kadar eşler hamileliği sonlandırmayarak hekimin aleyhine zararı artırıyor olsalar da, öncelikle, anne adayının kendisi için hayati tehlike arz eden bir ameliyata girme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁷⁷. İkinci olarak da ceninin yaşam hakkının ihlal edilmemesi bir kusur olarak değerlendirilememektedir⁶⁷⁸.

Başkasının üreme hücreleri kullanılarak yapılan döllenme işlemi sonucunda hekime açılan davada, hekim, kocanın soybağını reddetmemesini müterafik kusur olarak ileri sürememelidir. Burada, babanın soybağını keserek buna bağlı yükümlülüklerinden kurtulması ve zararın artmasının engellenmesi isteği vardır⁶⁷⁹. Fakat babanın çocuk ile kurduğu manevi bağ ve olayın gizli kalmasını istemesi düşünüldüğünde ona böyle bir yükümlülük yüklenemeyeceği ve dolayısıyla yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir kusurun meydana gelmeyeceği ortadadır. Zaten babanın soybağını reddetmesi durumunda, zararın anne veya genetik baba tarafından hekimden tazmin edilmesi mümkün olacağı için hekimin bu iddiası usul ekonomisi açısından da reddedilmelidir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Yargıtay 11. HD. E. 1980/3979, K. 1980/4046, T. 19.09.1980/www.hukukturk.com: “Her ameliyatta ve olayda olduğu gibi, bacak kemiği kırıklarına ilişkin bir ameliyatta her zaman belirli oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zarar artırıcı bir davranışta bulunduğu kabulü ile indirim yapılması hukuk ve yasaya aykırı olmakla tam tazminata hükmedilmek üzere hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.” ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** , s. 804: Her ameliyat ölüm tehlikesi yaratır ve bu yüzden zarar görenden ameliyat olması beklenemez olduğu için bedensel zararlar da ameliyat olmama BK m. 44/1(TBK m. 52/1) kapsamında çıkarılmıştır.

⁶⁷⁸ Büyükay, **Tazmin**, s. 139-140: Konu ile ilgili BGH kararına yer verilmiş ve ceninin yaşam hakkına saygı duyularak hamileliğin sonlandırılmamasının saygı ile karşılanması gerektiği aktarılmıştır.

⁶⁷⁹ **A.e.** , s. 140: Yazar, anne ve babanın istemedikleri halde dünyaya getirdikleri çocuklarını evlatlık olarak vermemelerinin müterafik kusur olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunu tartışmış ve anne-babanın böyle bir yükümlülük altında olmadığı belirtilmiştir.

⁶⁸⁰ Burada, genetik babanın ekonomik durumunun kocaya göre daha kötü olması durumunda maddi zararın daha az hesaplanması söz konusu olabilecektir. Fakat hesaplanmanın anne-babanın sosyo ekonomik durumuna göre değil de hakkaniyete göre hesaplanması durumunda bu iddianın reddedilmesi gerekecektir.

Çocuğun soybağını bilme hakkının ihlali halinde, eşlerin hekimden durumu gizli tutmalarını istemesi bir müterafik kusur olarak değerlendirilebilecektir. Bu durum, illiyet bağını keserek hekimin tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Fakat illiyet bağının kesilmesi için eşlerin hekime şantaj yapması gibi gerekli yoğunlukta bir kusurun varlığı ispat edilebilirse, tazminat yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

Eşlerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak vermiş oldukları rıza, geçersiz olacak ve TBK m. 52/1 gereğince müterafik kusur kabul edilerek tazminattan indirim nedeni olacaktır⁶⁸¹. Fakat geçersiz rızanın en geç hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesi anında verilmiş olması gerekmektedir; aksi takdirde, fiilin gerçekleşmesinden sonra verilen rıza tazminatın ibrası anlamına gelmektedir⁶⁸².

V. MANEVİ TAZMİNAT

A. Manevi Zararın Belirlenmesi

Kişinin hayatının, sağlığının, vücut bütünlüğünün, özgürlüğünün, şeref ve haysiyetinin, resmi, özel hayatının gizliliğinin, sırlarının, üreme veya ürememe hakkının tecavüze uğraması kişilik haklarının ihlali anlamına gelir⁶⁸³. Kişilik hakları zedelenen kimse, bu sebeple duyduğu acı, üzüntü ve elem dolayısıyla uğradığı manevi zararları TMK m. 25/3, TBK m. 56/1 ve TBK m. 58/1 gereğince zarar verenden tazmin edebilir. Tıbbi müdahalelerde manevi zarar, daha çok kusurlu bir tıbbi müdahale sonucu hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı ve hayat zevkinde meydana gelen azalma olarak ifade edilebilir⁶⁸⁴. Özellikle, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından, mahremiyet hakkının ve özel yaşamın gizliliğinin ihlali nedeniyle, utanma veya toplum önünde aşağılanma gibi oluşan durumlar manevi

⁶⁸¹ Belgesay, **a.g.e.** , s. 120; Atabek, Sezen, **a.g.m.** , s. 154; Reisoğlu, **Hekim**, s. 17; Çilingiroğlu, **a.g.e.** , s. 17; Oğuzman, Öz, **II**, s. 120; Yargıtay 13. HD. E. 2003/2027, K. 2003/5458, T. 02.05.2003/www.hukukturk.com: “*BK. 98 maddesi delaletiyle aynı yasanın 44. maddesinin 1. Fıkrası hükmüne göre zarara uğrayan zarar doğuran eyleme razı olmuş veya kendisinin sebep olduğu hal ve şartlar zararın meydana gelmesine etki yapmış veya tazminat ödenmesinin durumunu diğer bir surette ağırlaştırmış ise hakim tazminat miktarını hafifletebilir.*”

⁶⁸² Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996, s. 105.

⁶⁸³ Oğuzman, Öz, **II**, s. 257.

⁶⁸⁴ Öztürkler, **a.g.e.** , s. 41.

zararı ifade eder. Tazminat olarak verilen bir miktar para, üzüntü ve acıyı ortadan kaldırmaya da bir teselli olarak değerlendirilebilir.

Üreme hücreleri ve embriyonun zayi edilmesi gibi mahremiyet hakkı kapsamına giren durumlar kişilik hakkının ağır ihlalini teşkil edeceğinden sorumlu hekimden manevi tazminat talep edilebilir⁶⁸⁵. Yapay dölleme sonucunda veyahut daha sonra yapılan bir kusurlu tıbbi müdahale ile özürlü doğmaktan dolayı yaşayacağı acı ve elemenden dolayı cenin, hekime karşı manevi tazminat davası açabilecektir⁶⁸⁶. Ayrıca, anne adayının kendi üvey çocuğunu taşımaktan veya eşinin dışındaki bir kişiye ait olan üreme hücresiyle dölleme sonucu oluşan başkasının çocuğunu taşımaktan dolayı ve baba adayının da eşinin başkasının çocuğunu taşımasından veyahut eşinden bir çocuk sahibi olamamaktan dolayı uğradığı manevi zararlar tazminat kapsamında istenebilir. Bu şekilde doğan çocuk, soybağını bilmemekten dolayı uğradığı üzüntü ve acıdan dolayı hekime ve gerekirse anne ile babaya manevi tazminat davası açabilir.

Maddi tazminat da olduğu gibi manevi tazminatta da yansıma zarar kuralı olarak tazmin edilemese de TBK m. 56/2 gereğince “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” Böylelikle diğer eş, eşinin; cenin de annesinin uğradığı ağır bedensel zarar ve ölümü nedeniyle duyduğu üzüntüden kaynaklanan manevi zararlarını kusurlu tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimden tazmin edebilecektir. Ayrıca, yapay dölleme sonucunda veyahut daha sonra yapılan bir kusurlu tıbbi müdahale ile çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi nedeniyle

⁶⁸⁵ Urteil 09.11.1993 BGH, NJW 94 127, Özdemir, **Üreme Merkezleri**, s. 4’ten naklen: Alman Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, dondurma işlemi gerçekleştiren merkezin yetkilileri, sperm sahibi ile aralarındaki iletişim eksikliğinden dolayı dondurulmuş spermleri yanlışlıkla yok etmişlerdir. Bu durum üzerine açılan dava sonucunda mahkeme davacı erkeği haklı bularak medeni hukuk anlamında vücut bütünlüğünün ihlalinden kaynaklanan manevi tazminat talebini kabul etmiştir.

⁶⁸⁶ Yargıtay 4. HD. E. 1983/7784, K. 1983/8331, T. 12.10.1983/www.hukukturk.com: “*Adam öldüğü takdirde, ölünün ailesine manevi zarar adı altında adalete uygun tazminat verilmesine karar verilebilir. Manevi tazminat sadece çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğmak kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş olan çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekir.*” ; Aydın Ünver, **a.g.e.** , s. 98-99: Zihinsel engelli olarak dünyaya gelen çocuğun acı ve elem çekemeyecek olmasından dolayı manevi zarar oluşmayacak, dolayısıyla, cenin bakımında manevi tazminat davası söz konusu olmayacaktır.

çocuğunun özürlü doğmasından doğan üzüntüden dolayı anne ve baba hekime karşı manevi tazminat davası açabilecektir.

B. Manevi Tazminata Etki Eden Nedenler

Manevi tazminata hükmedilirken hekimin kastı hariç ağır ve hafif ihmali ile verdiği zararlarda, zarar göreninin hafif ihmali varsa tazminatın indirilmesi; ağır kusuru varsa tazminatın reddi gerekecektir⁶⁸⁷.

Davalıyı ekonomik açıdan zor duruma düşürecek ve yoksulluğa itebilecek manevi tazminata hükmedilmemesi ve davalı tarafın ekonomik durumun dikkate alınması gerektiğine dair Yargıtay kararı⁶⁸⁸ bulunmaktadır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan hekim ve merkezler açısından manevi tazminata hükmedilirken hafif ihmalle verilen zararlarda ekonomik durumun dikkate alınarak indirim yapılması hakimın takdirinde olacaktır.

Çocuk sahibi olmanın verdiği sevincin elde edilen bir menfaat olarak değerlendirilmemesi ve manevi tazminattan indirim yapılmaması gerekecektir⁶⁸⁹. Ayrıca, zarar gören tarafın sosyo-ekonomik durumu, manevi tazminata hükmedilirken dikkate alınmaması gerekecektir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 596; Yargıtay 21. HD. E. 2005/5697, K. 2012/3652, T. 13.03.2012/www.turkhukuksitesi.com: “Somut olayda, kazalının %30 oranında kusurlu bulunduğu kusur raporu karara esas alınmıştır. Hal böyle olunca ve özellikle, sigortalının kusursuz olduğu belirtilerek dava açılmış olmasına göre, sigortalının müterafik kusuru gözetilerek bir miktar indirim yapılmak suretiyle manevi tazminatın belirlenmesi gerekirken, talep gibi manevi tazminat takdiri usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” ; Yargıtay 4. HD. E. 1983/2891, K. 1983/3732, T. 06.04.1983/www.hukukturk.com: “Dava, trafik kazasında davalının tam kusuruna göre açılmıştır. Bu kusur ölçüsüne davacının istediği maddi tazminat, 150.000 lira, manevi tazminat 50.000 liradır. Davacının uğradığı zarar değeri 150.000 liradan çok hesaplanmıştır. Ne var ki, kusurun 2/8'inin kendisinde 6/8'nin davalıda olduğu saptanmıştır. Şu duruma göre davacı, beliren bu kusur ölçüsüne dava açmış olsaydı 150.000 lira yerine 112.500 lira tazminat istemiş olacaktır.”

⁶⁸⁸ Öztürkler, **a.g.e.**, s. 119, 115 no'lu dipnottan: Yargıtay TD, K. 632, T. 27.04.1962.

⁶⁸⁹ Harrer, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung, Frankfurt am Main, 1989, s. 94, Büyükkay, **Tazmin**, s. 134'ten naklen.

⁶⁹⁰ Zaten BK m. 49/2'de yer alan tarafların sıfatının, işgal ettikleri makamın ve diğer ekonomik sosyal durumların dikkate alınması gerektiğine dair hüküm TBK'ya alınmamıştır. Yine de uygulamada bu kriterin göz önüne alınacağına dair görüş için bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 274-275.

VI. ZAMANAŞIMI

A. Sözleşme Zamanaşımı

Merkez ile eşler arasındaki sözleşmeler, genel olarak vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmekle birlikte eser sözleşmesi kapsamına girdiği durumlar da mevcuttur. TBK m 147/5 gereği vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar ve TBK m. 147/6 gereği “yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar” 5 yıllık zamanaşımına tabidir⁶⁹¹. Hekimin eser sözleşmesi kapsamında ağır kusurlu tıbbi müdahalesinden doğan zararlar için TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olacaktır⁶⁹².

B. Haksız Fiil Zamanaşımı

Eşlerin ve ceninin hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak açtıkları davanın tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 72’de düzenlenmiştir. Buna göre; “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

C. Vekâletsiz İş Görme Zamanaşımı

Caiz olan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan alacaklar, tıpkı sözleşmeden doğan alacaklar gibi sözleşmesel zamanaşımına tabidir⁶⁹³. Hekimin sözleşmesel sorumluluğundan doğan davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğundan caiz

⁶⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** , s. 1399; Yargıtay 13. HD. E. 2010/9571, K. 2005/13292, T. 16.09.2005/www.turkhukuk sitesi.com: “...Bu durumda somut olayda 26.9.1997 tarihinden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamıştır. Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. BK' nın 126/4(TBK m. 147/5) maddesine göre vekâlet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Davacının, 13.12.2004 tarihli islah dilekçesi ile istediği 149.042.752.142 TL'lik talebi, beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapıldığından reddi gerekir.”

⁶⁹² Yargıtay 15. HD. E. 2003/1790, K. 2003/5272, T. 05.11.2003/www.turkhukuk sitesi.com: “Yüklenicinin kastı ve ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmediği ve özellikle ayıplı iş meydana getirdiği iddiası ile açılan davalarda 10 yıllık zamanaşımı uygulanır.”

⁶⁹³ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 737.

olan vekâletsiz iş görme için de 5 yıllık süre geçerli olmalıdır⁶⁹⁴. Caiz olmayan vekaletsiz iş görme, hukuka aykırı bir fiil niteliğinde olduğundan haksız fiile ilişkin zamanaşımı sürelerine tabi olmalıdır⁶⁹⁵.

D. Zamanaşımının Başlangıcı

Zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlaması gerektiği tartışılan bir husustur. Yargıtay verdiği bir kararda zamanaşımı süresinin zararın öğrenildiği andan itibaren başlayacağını ve zararın miktarının öngörülememesinin zamanaşımının başlamasına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir⁶⁹⁶. Bir başka kararda, özürlü çocuğun doğumundan kaynaklanan zararlarda zamanaşımının çocuğun doğumundan itibaren başlayacağı belirtilmiştir⁶⁹⁷. Verilen bir başka kararda ise, sonradan ortaya çıkan zararlarının talep edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁹⁸. Yargıtay'ın konu ile ilgili tam aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bazı kararlarda sonradan çıkan zararların tazmin edilebileceği söylenmektedir. Deprem nedeniyle yıkılan binaların hukuka aykırı şekilde yapılması nedeniyle açılan davada ileri sürülen zamanaşımı def'ini değerlendiren Yargıtay, 10 yıllık uzun zamanaşımının binanın yapımı anından itibaren değil, zararın doğduğu andan itibaren başlaması gerektiğini karara bağlamıştır⁶⁹⁹.

Zararın tekliği ilkesine göre, zarar verenin ihlalinden doğan zararlar bir bütün oluşturmaktadır. Zarar gören ise, zarar devam ettiği sürece bunu tam olarak

⁶⁹⁴ Aksi görüş için bkz. Özay, **a.g.e.**, s. 143: Yazar, zamanaşımı süresinin genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olması görüşündedir.

⁶⁹⁵ Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, 1999, s. 59; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 737: Yazara göre, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil zamanaşımının kıyasen uygulanması doğru olacaktır. ; Bu konuda sebepsiz zenginleşmenin zamanaşımının uygulanmasına ilişkin İsviçre Federal Mahkeme karar metni için bkz. Selim Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları**, Ankara, 1968, s. 181 vd.

⁶⁹⁶ Yargıtay 13. HD. E. 2005/5697, K. 2005/13292, T. 16.09.2005/www.turkhukuk sitesi.com: “...Davacının, 16.9.1997 tarihinde yapılan ameliyat ile kolunun kesildiği, 26.9.1997 tarihinde de hastaneden tedavisi biterek taburcu edildiği, rahatsızlığında gelişen ve artan bir durumun olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının, kolunun kesildiğini ve bu yüzden zarara uğradığını en geç hastaneden taburcu edildiği 26.9.1997 tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekir. Zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır.”; Bu yönde verilmiş örnek kararlar ve tahlili için bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 252 vd.

⁶⁹⁷ Büyükay, **Tazmin**, s. 143.

⁶⁹⁸ **A.e.**, s. 143: Yargıtay 4. HD. E. 2001/4-400, K. 2003/393, T. 03.05.2001.

⁶⁹⁹ Yargıtay, 4. HD. E. 2001/8406, K. 2001/12825/www.hukukturk.com.

öğrenemez⁷⁰⁰. Bir bütün olarak zararın varlığının öğrenilmesi üremeye yardımcı tedavilerde çocuğun doğumuyla mümkün değildir. Çünkü ihlalin oluşturduğu zarar verici etkiler, bazen dava açılmasından çok sonra da görülebilirler. Zarar oluşmadan alacak hakkından bahsetmek mümkün olmadığından zamanaşımının işlemesi de söz konusu değildir. Kanaatimizce, zamanaşımının zararın ortaya çıktığı andan başlatılması gerekmektedir. Özellikle, dünyaya özürlü olarak gelen bir çocuğun, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesinin çok sonradan oluşabilecek olumsuz bir etkisini tazmin etme amacıyla açtığı davada zamanaşımı def'i ile tazminden mahrum bırakılması hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmamaktadır⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 795, 797: Yazara göre; zarar verici fiil sürekli nitelikte ve bazı kesintilerle bağımsız zararlar doğuruyorsa 10 yıllık süre bu zararlara sebebiyet veren her bir fiilin vuku tarihinde başlar. Ayrıca, nükleer bir santralden sızan radyasyon nedeniyle 15 sene sonra kanser hastalığına yakalanılması ve bir ilacın hasta üzerindeki olumsuz etkisi örnek verilerek 10 yıllık zamanaşımının zarar verici fiilin sona erme anından itibaren başlayacağı belirtilmiştir.

⁷⁰¹ Soybağını bilme hakkının ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında hukuka aykırı fiil bir yapmama davranışı olduğundan ve çocuk soybağını öğrenene kadar hukuka aykırılık devam edeceğinden zarar, tam anlamıyla çocuğun soybağını öğrendiği andan itibaren oluşacaktır. Yapmama tarzında davranışlarda hukuka aykırılıkla fiilin iç içe olduğuna dair bkz. Oğuzman, Öz, **II**, s. 12.

SONUÇ

Kişilik haklarının en önemlisi olan yaşam hakkının birer görünümü olan üreme ve soyunu sürdürme hakkının önündeki doğal engelleri kaldıran üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sayesinde evli eşler çocuk sahibi olabilmektedir. Ülkemizde yasal olarak düzenlenen homolog döllemenin haricindeki heterolog dölleme yollarına başvurmanın üreme hakkı kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Çünkü heterolog dölleme ile başkalarının üreme hücreleri döllendirilmekte ve ortaya karışık soybağı, aile ve miras hukuku problemleri çıkmaktadır.

Ülkemizde, homolog dölleme ile embriyo oluşturulabilirken, oluşturulan embriyonun başka adaylara nakledilmesi yasaktır. Dolayısıyla, in-vivo embriyo naklinin Yönetmelik tarafından hukuka aykırı kabul edildiği söylenebilecektir. In-vivo nakil yüzünden soybağı karışabilecektir. Çocuğun genetik ve biyolojik olarak birden fazla annesinin olması söz konusu olacaktır. Fakat in-vitro embriyo nakli denilen ve halk arasında tüp bebek olarak anılan embriyo nakli türü, eşlerin üreme hücreleri kullanılması şartıyla hukuka uygun kabul edilmektedir. Çünkü anne ve baba kesin olarak bellidir. Sadece dışarıdan yapılan bir müdahale söz konusudur. Burada tartışılan konu tüpteki embriyonun ahlaki statüsü ve başka amaçlar için kullanılıp kullanılmayacağıdır. Tüpteki embriyonun potansiyel bir insan adayı olması, onun insan onuruna yakışır şekilde korunması için yeterli bir sebeptir. Fakat tüpteki embriyonun potansiyelinin anne rahmine implante edilerek aktive edilmesi gerekmektedir. Ancak anne rahmine tutunma anından itibaren sağ ve tam doğmak koşuluyla bir çocuğun kişiliğinin başladığı söylenebilir. Daha anne rahmine tutunmamış ve henüz geleceği belirsiz olan tüpteki embriyoyu kişi olarak kabul etmek mümkün değildir. Ancak bu, tüpteki embriyoya her türlü hukuka aykırı müdahalenin yapılacağı anlamına gelmemelidir. İnsan onuruna yakışır bir korumanın sağlanması gerekmektedir. Bu yüzden üremeye yardımcı tedavi yöntemleri vasıtasıyla dünyaya gelen çocuğun özürsüz olarak doğmasının nedeni tıbbi müdahaleyi uygulayan hekimin tüpteki embriyoya yönelik kusurlu davranışı ise, kişiliğini anne rahmine tutunarak kazanan çocuğa verilen zararların etkisi kişilik

kazanıldıktan sonra görülse bile, burada kişiliğin yansıma etkisinden bahsedilerek çocuğa tazminat davası açma hakkı tanınmalıdır.

Artan embriyolardan kök hücre elde edilerek tedavi amaçlı kullanılması, güncel tartışmalardan birisidir. Kanaatimizce, artan embriyoların imha edilmesi yerine tedavi amaçlı kullanılması mazur görülmesi gereken bir durumdur. Fakat sadece kök hücre elde etmek için embriyo üretmek kesinlikle kabul edilmemelidir. In-vitro embriyo naklinin uygulanması, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlere sağlıklı bebelere sahip olma fırsatı sunmaktadır. Bu yüzden, embriyo üzerinde her türlü deneyin yapılmasını engelleyecek ve tıbbi müdahale çerçevesinde tedavi amaçlı olacak şekilde in-vitro nakillerin uygulanmasının bir kanun çerçevesinde düzenlenmesi sağlanmalıdır.

Yönetmelik ile düzenlenen homolog dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olabilmek için öncelikle yetkili hekim ve merkezlerin bu işlemleri gerçekleştirmesi gerekir. Üremeye yardımcı tedavi merkezleri kamu veya özel hastane bünyesinde birer ünite olarak kurulmalıdır. Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce açılan müstakil merkezlerin de yürürlük tarihinden itibaren 4 yıl içinde Yönetmelikte yer alan şartlara uyum sağlamalı veyahut özel hastaneler bünyesine katılmalıdır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayacak hekimin kanunlarla belirtilen genel şartları taşımasının yanında Yönetmelik tarafından belirlenen bazı özellikleri de taşıması gereklidir. ÜYTE ünitesi sorumlusu, yurt içinde Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda uygulamalı bir eğitim programını tamamlamış ve Sağlık Bakanlığınca sertifikalandırılmış kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmalıdır. ÜYTE laboratuvarı sorumlusu üç şekilde belirlenebilir. Birincisi; yurt içinde Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda en az altı ay süre uygulamalı bir eğitim görmüş hekimler laboratuvar sorumlusu olabilir. İkincisi, lisansüstü eğitim göyerek yüksek lisans ya da doktora tezini üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri alanında yapmış olan hekim, veteriner, biyolog, eczacı, hemşire gibi sağlık personelleri laboratuvar sorumlusu olabilir. Üçüncüsü, uzmanlık

eğitimi esnasında üreme tıbbı, infertilite ve yardımla üreme teknikleri konusunda eğitim aldıklarını belgeleyen, histoloji ve embriyoloji uzmanları, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya Sağlık Bakanlığı'nın onaylayacağı yurt dışı merkezlerde en az 3 ay süreyle uygulamalı mikro enjeksiyon (ICSI) ve androloji laboratuvar eğitimi alıp Bakanlıkça sertifikalandırıldıktan sonra laboratuvar sorumlusu olabilir.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin diğer genel şartları, tıp biliminin objektif verilerinin kullanılması, tıbbi müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacını taşıma ve hastaların aydınlatılması ve rızalarının alınmasıdır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemine başvuran eşlerin doğrudan amacı sağlıklı bir çocuk sahibi olmak olduğu için tedavi amacı dolaylıdır. Burada eşlerin çocuk sahibi olabilmesi için üreme faaliyetine dışarıdan müdahale edilmektedir. Yani eşler arasında uygulanan üremeye yardımcı tedavi yöntemi hem psikolojik bakımdan hem de üreme bakımından bir dolaylı tedavi yöntemi olup hukuka uygun bir tıbbi müdahaledir. Fakat eşlere ait olmayan üreme hücrelerinin kullanılması, eşlere ait embriyonun başka bir kadının rahmine aktarılması gibi durumlarda eşlere yönelik dolaylı bir tedavi amacı da söz konusu olmayacağından tıbbi müdahalenin varlığından söz edilemeyecektir.

Üremeye yardımcı tedaviye başlanılmadan önce her iki eş aydınlatılmalı ve her iki eşin rızaları alınmalıdır. Eşlerin vereceği rızanın hukuka uygun olması gerekecektir. Yeterli aydınlatma yapılmadan verilecek rıza ile hukuka aykırı bir konuda verilecek rıza da geçersiz kabul edilecektir. Bu amaçla Yönetmelik tarafından belirlenen bir muvafakat formu imzalatılmalıdır. Bu formda yazılı olanlar hem eşlere okutulmalı, hem de eşlerin tıbbi müdahale hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olabilmesi için sözlü olarak anlatılmalıdır.

Hukuka uygun bir üremeye yardımcı tedavi uygulaması için evli eşlerin üreme hücrelerinin kullanılması ve hamileliği gerçekleştiren merkezin hamile eşin sağlığı ile çocuğun sağlıklı olarak doğması için gerekli tedbirleri alması gerekecektir. Ayrıca anne rahmine implante anından sonra başka bir ilde ikamet etmeye başlayan veyahut zorunluluk hali nedeniyle başka bir ilde bulunan anne adayının bulunduğu

ildeki bir hastanede, konusunda uzman hekimler tarafından takip edilmesinin merkez tarafından sağlanması gerekecektir.

Hekim ile hasta arasında yapılan tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü ağır basmaktadır. Fakat diş protezi ve estetik ameliyat gibi belli ve bütüncül bir sonucun taahhüt edildiği tıbbi müdahale sözleşmelerinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşler ışığında bakıldığında, yapay dölleme ve embriyo nakline ilişkin sözleşmeler ile embriyo veya ceninin tedavisine ilişkin sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilecektir. Buna karşın, embriyo üzerinde gen analizleri yapılması, embriyonun görüntülenmesi gibi preimplantasyon ve prenatal genetik tanı testlerine ilişkin ve kürtaja ilişkin sözleşmeler eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir. Üreme hücreleri ve embriyoların saklanması ile ilgili sözleşmelerin hukuki niteliğinin saklama sözleşmesi olduğunu ileri süren görüşlere rağmen kanaatimizce, üreme hücreleri ve embriyoların eşya statüsünde değerlendirilmesi doğru değildir. Üreme hücreleri ve embriyolar, eşlerin kişilik haklarının uzantısı oldukları için bunların saklanmasının sır saklama borcunun bir görünümü olduğu ve vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvuran eşler ile merkez arasında sözleşme yapılmaktadır. Dolayısıyla sözleşme ilişkisinin tarafları eşler ile merkez olmaktadır. Merkezin borçları, teşhis ve tedaviyi yürütme, sadakat ve özen, arşivleme ve kayda geçirme, sır saklama, aydınlatma ve rıza alma, hesap verme ile gereken hallerde üreme hücreleri ve embriyoların saklanmasıdır. Merkezin bu borçları bizzat ifası mümkün olmadığı için yardımcı kişiler kullanılmaktadır. Bu borçları merkez adına ifa eden hekim ifa yardımcı sıfatını taşımaktadır. Hekimin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı eşler, doğrudan hekime başvuramamakta, bunun yerine sözleşmenin tarafı olan merkezin hukuki sorumluluğuna gitmektedir.

Hekimin tıbbi müdahalesi, işlemin doğası gereği doğrudan eşlerin kişilik haklarına yönelik olduğu için sözleşmeye aykırı bir davranışın varlığı halinde haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Hekim işlediği haksız fiilden dolayı bizzat sorumlu olup, bağlı olarak çalıştığı merkez adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu olacaktır.

Ayrıca sözleşme ilişkisinin kurulamadığı durumlarda vekâletsiz iş görme hükümleri devreye sokularak hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığı, sözleşmeye aykırı davranış, kusur, zarar ve sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağının olması gerekir.

Üremeye yardımcı tedavi merkezi ile eşler arasında heterolog döllenmeye veya in-vivo embriyo nakline ilişkin yapılan sözleşmeler, hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır. Buna rağmen işlem gerçekleştirilmişse, eşlerden alınan bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmelidir. Eşlerin bu şekilde sahip oldukları çocuğun ise soybağı çözümleri kapsamında hukuki statüsünün belirlenmesi gerekecektir. Ayrıca eşlerin çocuk sahibi olamaması nedeniyle maruz kaldıkları toplumsal baskıdan faydalanarak eşleri böyle geçersiz bir sözleşmeye iten merkezlerin culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında eşlerin uğramış oldukları zararları tazmin etmesi gerekecektir.

Merkezlerin sözleşmeye aykırılıktan yapay döllenme ve embriyo nakli sırasında yapılan işlemlerden sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için oluşan zarara kusuru ile neden olmalıdır. Eğer merkeze veya merkezin çalıştırdığı hekime kusur isnat edilemiyorsa merkezin sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak yapılan işlemlerin insan hayatına olan doğrudan etkileri ve oluşturduğu hukuki ve biyoetik sorunlar nedeniyle bu işlemlerden dolayı merkezin veya hekimin kusursuz sorumlu olması gerektiği görüşü de dikkate alınmalıdır.

Hekimin sözleşmeye aykırı fiili veya haksız fiili, kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle anne adayının vücut bütünlüğünü ihlal etmesi şeklinde olabilir. Anne adayını, bu yüzden geçirdiği tedavinin giderlerini ve mahrum kaldığı karı isteyebilecektir. Ayrıca anne adayını manevi tazminat da talep edebilecektir. Diğer eş, eşinin uğradığı ağır bedensel zarardan dolayı duyduğu üzüntü nedeniyle manevi tazminat isteyebilecektir.

Ayrıca hamilelikten önce tüpteki embriyoya ve implante anından sonra hamilelik süresince anne karnındaki cenine yapılan kusurlu tıbbi müdahale nedeniyle ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesi durumunda eşler, hekimi haksız fiile göre, merkezi sözleşme ilişkisine veya adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna göre sorumlu tutması mümkündür. Hekimin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle cenindeki tedavi edilebilir veya edilemez nitelikteki anomaliyi teşhis edilememesi yüzünden eşler, merkezden sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararlarını tazmin edebilirler. Eşlerin uğramış oldukları zararlar ise, sağlıklı bir çocuğa nazaran özürlü bir çocuğun bakım, tedavi ve eğitim giderlerindeki fazlaya ilişkin giderler ile bu yüzden mahrum kaldıkları kardır. Ayrıca eşler, bu yüzden duydukları elem nedeniyle manevi tazminat da talep edebilirler.

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle dünyaya özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun hekime karşı haksız fiil sorumluluğu kapsamında dava açması mümkündür. Doktrinde ağır basan görüşe göre, cenine anne karnındayken yapılan kusurlu tıbbi müdahaleler nedeniyle cenin tam ve sağ doğmak koşuluyla dava açabilecektir. Aynı şekilde tedavi edilebilir bir anomalinin teşhis edilememesi nedeniyle dünyaya özürlü olarak gelen çocuk da haksız fiil sorumluluğu kapsamında hekime karşı dava açabilecektir. Fakat tedavi edilemez bir anomalinin teşhis edilememesi durumunda istenmeyen yaşam davası diye adlandırılan ve var olmama hakkına dayanan bir talebin cenin tarafından ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Tüpte döllendirilen embriyoya daha bu aşamadayken yapılan kusurlu tıbbi müdahaleler nedeniyle daha sonra anne rahmine implante edilip doğması sağlandıktan sonra dava hakkının verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Kişilik hakkının başlangıcını döllenme anına götüren görüşe göre cenin bu davayı zaten açabilecektir. Kişilik hakkının başlangıcını anne rahmine tutunma anına bağlayan görüşe göre kural olarak böyle bir dava hakkının tanınmaz. Fakat tüpteki, embriyonun potansiyel bir insan adayı olduğu düşünüldüğünde ve anne rahmine implante edilmekle yaşam potansiyelinin aktive edilmesi gerçekleşeceği için ve tüpteki embriyo aşamasında iken maruz kaldığı hatalı tıbbi müdahalenin etkilerinin kişilik hakkını kazandıktan sonraki aşamada da görülmeye devam ettiği için dava açma hakkının cenine tanınması gerekecektir. Burada kişiliğin yansıma etkisi söz

konusudur. Özürlü olarak dünyaya gelen ceninin talep edebileceği zararları, ergin olduktan sonraki tedavi, eğitim ve bakım masrafları ile uğradığı kazanç mahrumiyetidir.

Eşlerin üreme hücreleri ve oluşturan embriyoların Yönetmelikle belirlenen çerçevede kullanılmaması şeklinde sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil meydana gelebilir. Eşlere ait üreme hücrelerinin veya embriyonun gereği gibi saklanmaması halinde hem eşlere ait mahremiyet hakkının ihlali hem de sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün ihmali anlamına gelir. Ayrıca tedavi sırasında öğrenilen eşlere ait kişisel, ailevi ve ekonomik sırların ifşa edilmesi sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün ihlali, hem de mahremiyet hakkının ihlali anlamına gelir. Bu durumda kişilik hakları zedelenen kişilerin maddi ve manevi tazminat davası ile zararlarını talep etmeleri mümkündür.

İhmalen veya kasten başkasına ait üreme hücrelerinin kullanılması halinde hem sözleşmeye aykırılıktan hem de üreme hakkının ihlalinden bahsedebileceğiz. Hekim, annenin yumurtasını başkasının spermisiyle veya babanın spermisiyle başkasının yumurtası ile dölemiş ve oluşan embriyoyu anne rahmine aktarmış olabilir. Bir diğer ihtimalde, eşlerin rızası olsun veya olmasın, onların üreme hücreleriyle dölemeyi gerçekleştirip oluşan embriyoyu başka bir anne adayının rahmine nakletmiş olabilir. Birinci ihtimalde, anne veya baba üvey konumundayken; ikinci durumda her iki eş de üvey konumdadır. Çocuğu karnında taşıyan üvey anne ayrıca, taşıyıcı anne konumdadır. Birinci ihtimalde; eşlere ait olmayan üreme hücreleri kullanılarak elde edilen çocuktan dolayı eşler, hekimin kusurlu davranışının üreme haklarını ihlal ettiğini iddia ederek maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir. Ayrıca sadece eşlere ait olmayan üreme hücreleriyle çocuk sahibi olan eşlerin dava açma hakkı değil; merkeze tedavi için bırakılan üreme hücreleri kendisinden izinsiz başkası için kullanılan kişilerin de dava açma hakkı vardır. Burada, kasten veya ihmalen başkasının sağlıklı bir çocuk sahibi olması için üreme hücreleri kullanılan kişilerin hem üreme, hem de mahremiyet haklarının ihlali söz konusudur.

Bir diğer husus ise, anne adayının rahmine aktarılan embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinden birinin eşlerden birine ait olması halinde, bu durum eşin dava

açma hakkını engellemeyecektir. Çünkü eş, doğan çocuğun her ne kadar genetik anne veya babası olsa da diğer eşi ile birleşerek sahip olabilecekleri bir çocuktan mahrum kalmakta ve istemediği bir kişiden çocuk sahibi olmaktadır. Bu da kiminle ve nasıl üreyeceğine karar verme hakkının ihlalini teşkil edecektir.

Eşlerin açacağı maddi tazminat davası ile talep edebilecekleri zararları, başkasına ait sağlıklı bir çocuğun kendilerine soybağı ile bağlanmasından dolayı buldukları nafaka yükümlülüğünden kaynaklanan zararlar ile mahrum kaldıkları kardır. Ayrıca genetik olmayan babanın soybağını reddetmesi durumunda annenin genetik babaya açacağı dava masrafları ile bu sıradaki bir babaya düşen nafaka yükümlülüğünden doğan giderleri hekimden istenmesi mümkün olmalıdır. Bunun yanı sıra başkasına ait bir çocuğu karnında taşıyan annenin de bundan dolayı mahrum kaldığı karı ile tedavi ve doğum giderlerini hekimden talep etmesi mümkün olmalıdır. Eşler, kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle manevi tazminat davası açabilecektir.

Bu şekilde dünyaya gelen çocuğun var olmama hakkına dayanan bir talebi olmayacaktır. Fakat soybağını ve genetik kökenini bilme hakkının ihlali nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir.

Eşlerin ihmalen veya kasten başkasının üreme hücreleri kullanılarak meydana gelen hamileliğin sona erdirilmesine rıza göstermemeleri müterafik kusur olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca bu şekilde oluşan hamileliğin onuncu haftadan sona erdirilmesine ilişkin eşlerin isteği kabul edilmemeli ve çocuğun yaşam hakkı üstün tutulmalıdır. Bu arada babanın soybağını red etmemesi de müterafik kusur olarak değerlendirilmemelidir.

Dünyaya gelen çocuk ile merkez arasında her ne kadar sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen eşler ile merkez arasında yapılan sözleşmenin tehlike alanında çocuğun bulunmasından dolayı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında çocuğun merkeze karşı anne ve babasının merkez ile yaptığı sözleşme ilişkisine dayanan maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu imkanı tanımadığımız takdirde, çocuğun haksız fiil ilişkisine dayanarak merkeze veya bizzat hekime dava açma imkanı bulunmaktadır. Fakat

haksız fiil ilişkisinde zamanaşımının daha kısa olması ve kusuru ispat yükünün bizzat davalıda olması, çocuğun aleyhine olacaktır. Bu yüzden çocuğa sözleşme ilişkisine dayanan dava açma hakkı tanınmaktadır.

Merkezler ile eşler arasında yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüzdür. Çünkü merkezler, yetkili makamların verdiği izin ile yürütülen meslek icra etmektedirler. Tarafların aralarında yapacakları sözleşmeye koyacakları sorumsuzluk kayıtları da geçersiz sayılacaktır. Merkezlerin ifa yardımcısı konumunda bulunan hekim ve diğer personellerin sözleşmeye aykırı davranışları ile ilgili yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ve sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüz olacaktır.

Merkez ile eşler arasındaki sözleşme ilişkisini vekâlet sözleşmesi olarak nitelediğimiz için sözleşme ilişkisine dayanan zamanaşımı 5 yıl iken, merkezin eser sözleşmesi kapsamında ağır kusurlu tıbbi müdahalesinden doğan zararlar için 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olacaktır. Haksız fiil ilişkisine dayanan zamanaşımı zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Bir bütün olarak zararın varlığının öğrenilmesi üremeye yardımcı tedavilerde çocuğun doğumuyla mümkün değildir. Çünkü ihlalin oluşturduğu zarar verici etkiler, bazen dava açılmasından çok sonra da görülebilirler. Zarar oluşmadan alacak hakkından bahsetmek mümkün olmadığından zamanaşımının işlemesi de söz konusu değildir. Kanaatimizce, zamanaşımının zararın ortaya çıktığı andan başlatılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. Beşir: **Soybağı**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002.
- Acar, Hakan: “Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk”, **Sağlık İşletmeleri Yönetim Rehberi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.305-326.
- Akbıyık, Azra Arkan: **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 1999.
- Akıncı, Şahin: **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Akıntürk, Turgut,
- Derya Ateş Karaman: **Türk Medeni Hukuku C. II: Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Akipek, Jale G. , Turgut Akıntürk: **Türk Medeni Hukuku C. I: Başlangıç Hükümleri- Şahsın Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 6.Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007(Şahsın Hukuku).
- Akipek, Jale G. , Turgut Akıntürk: **Eşya Hukuku**, 1. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.
- Akyol, Şener: **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, 1976.
- Arpacı, Abdülkadir: **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.
- Aşçıoğlu, Çetin: **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara,1993.

- Atabek, Reşat,
- Merih Sezen: “Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, C: XXVIII, No: 2, 1954, s. 135-165.
- Atabek, Reşat: “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, C: LXI, No: 7-8-9, 1985, s. 616-622.
- Ateş, Mustafa: “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, **Yargıtay Dergisi**, C: XX, No: 3, 1994, s. 325-344.
- Ayan, Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi: **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Aydın Ünver, Tülay: **Ceninin Hukuki Konumu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Aydın, Murat: **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Bafra, Jale: “Ceza Hukuku Bakımından Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: LXX, No: 1-2-3, 1996, s. 60-66.
- Bayraktar, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Başpınar, Veysel: **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankacının) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Bası, Ankara, 2004.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, 1954.
- Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Ankara, 1971.
- Böckenförde-Wunderlich, Barbara: **Präimplantationsdiagnostik als Rechts problem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

- Büyükay, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Büyükay, Yusuf: “Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 111 – 150, (Embriyo Nakli).
- Büyükay, Yusuf: **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006,(Tazmin)
- Büyüksağış, Erdem: **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Cihan, Erol: **Sosyal ve Hukuki Bakımından Suni İlkah**, İstanbul, 1971.
- Çilingiroğlu, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Çoban, Aykut “İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü”, **Toplum ve Bilim**, No: 109, 2007.
- Dariusch, Atighetchi: **Islamic Bioethics: Problems and Perspectives, (International Library of Ethics, Law, and the New Medicine)**, Springer, 2007.
- Demir, Mehmet: **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, (Hastane).
- Demir, Mehmet: **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arşiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>), Çevrimiçi, 05.11.2011, s. 237 vd.
- Demircioğlu,
- Huriye Reyhan: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk: Culpa In Contrahendo Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, 2009.

- Dinç, Murat: **Yeni Türk Borçlar Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Diyanet İşleri Başkanlığı: “Konuyla ilgili Köprü Dergisinin sorularına 22.08.2003’te verilen Cevap”, **Köprü Dergisi**, S. 83, Yaz dönemi, 2003.
- Doğan, Murat: “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (Erzincan 15-16 Mayıs), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 39-55.
- Doğan, Murat: Embriyo Nakillerinde Mahremiyet Hakkı, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 159-172.
- Donay, Süheyl: **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz: **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, (Kişiler).
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş: **Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
- Er, Ünal: **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003.
- Ergüneş, Seda: “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-2**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 167-178.
- Erkan, Mehmet Akif: **Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.
- Erol, Yasemin: **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

- Ersoy, Nermin: “Yapay Döllenenin Etik Konuları”, **Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, C: VI, 1996.
- Ersoy, Yüksel: “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 53, 2004, s. 161-189.
- Gemalmaz, Burak: **Avrupa insan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, 2009.
- Giesen, Dieter: “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, Çev: Salim Özdemir, **Yargıtay Dergisi**, C: III, No: 3-4, 1977, s. 217-228.
- Gojayeva, Alvina: “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri: Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Yıl.1, No: 1, 2009, s. 28-69.
- Green, Robert: “Prenatal Autonomy and the Obligation not to Harm One’s Child Genetically”, **Journal of Laws Medicine and Ethics**, 1997, 25 (1), s. 5-16.
- Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Hancı, İ. Hamit: **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulh Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Hatemi, Hüseyin: **Türk Soybağı Hukuku**, 1. Sınıf Kısa Ders Kitabı, Sayfa Dijital Baskı, 2012.
- Hatemi, Hüseyin: **Aile Hukuku – Sınava Hazırlık Kitabı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Hatemi, Hüseyin,
- Burcu Kalkan Oğuztürk: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, (Kişiler).

- Hatemi, Hüseyin,
Burcu Kalkan Oğuztürk: **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, (Aile).
- Hatemi, Hüseyin,
Emre Gökyayla: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan,
Abdülkadir Arpacı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Hatırnaz, Gültezer: **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Herring, Jonathan: **Medical Law and Ethics**, Third Edition, Oxford University Press, 2010.
- Hochreuter, Stefanie: **Die Problematik des Embryobegriffs und der Referenzkategorie "Mensch"**, Breyer Verlag, 2008.
- Hufen, Friedhelm: **Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht**, MedR 2001.
- Ipsen, Jörn: **Der "verfassungsrechtliche Status" des Embryos in vitro**, JZ, 2001, H.20.
- İpekyüz Yavuz, Filiz: **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, 2006.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (Güven).
- Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, (Biyoetik).
- Kaneti, Selim: **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları**, Ankara, 1968.
- Karabağ Bulut, Nil: **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009.

- Kayalı, Zeka: “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler” (Y. Lisans Tezi), İstanbul, 1996.
- Kıcalıoğlu, Mustafa: **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan: **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2006.
- Lüttger, Hans: “Die künstliche Samenübertragung beim Menschen als Kriminalpolitisches und legistorisches Problem”, **AÜHFD**, No: 1- 4, 1978, s. 131-163.
- Metin, Sevtap: **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, 2010.
- Nomer, Haluk N. : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996.
- Nomer, Haluk N.: “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545 – 594, (Sun’i Döllenme).
- Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012 (Borçlar).
- Oğuzman, M. Kemal,
- Mustafa Dural: **Aile Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer
- Seliçi, Saibe Oktay Özdemir: **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre

Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (I).

Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (II).

Özay, Merter: **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Özbilen, Arif Barış: **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Özdemir, Hayrunnisa: **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

Özdemir, Hayrunnisa: “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Yıl.1, No.1, 2009, s. 148-166, (Sır ve Kayıt).

Özdemir, Hayrunnisa: “Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, **www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi)**, S:130, Şubat 2013, Son Güncellenme Tarihi: 13.02.2013, (Çevrimdışı, 11.05.2013), (Üreme Merkezleri).

Özgül, Mehmet Emin: **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010.

Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul, 1982, (Gerçek Kişiler).

Özsunay, Ergun: “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s. 1-58, (Hayatın Başlangıcı).

Özsunay, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk, Yapımcının Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul, 1981, s. 53-112.

- Özsunay, Ergun: “Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 57-82, (Yapay Dölllenme).
- Özpınar, Berna: “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 33 – 56, (Yapay Dölllenme).
- Özpınar, Berna: “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 2007**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 269-292.
- Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004.
- Öztürkler, Cemal: **Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Parlak, Şafak, Levent Börü: “Alt Vekalet”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 24, No: 96, Eylül-Ekim, 2011, s. 17-48.
- Purdy, Laura M.: “Genetics and Reproductive Risk: Can Having Children Be Immoral?”, **Bioethics: An Anthology**, Second Edition, Ed.by. Helga Kuhse and Peter Singer, Blackwell Publishing, 2006, s. 115- 121.
- Reisoğlu, Seza: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 1–18, (Hekim).
- Reisoğlu, Sefa **Hizmet Akdi**, Ankara, 1968.
- Ross, Lainie Friedmann: ”Prenatal Testing and Newborn Screening”, **The Cambridge Textbook of Bioethics**, Ed. by. A. Peter Singer, A.M. Viens, Cambridge University Press, s.104-105.
- Sarıal, M. Enis: **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, 1986.

- Sarıtaş, Hatice: **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, Ankara, 2005.
- Savulescu, Julian: “Sex Selection:The Case For”, **Bioethics: An Anthology**, Second Edition, Ed. by. Helga Kuhse and Peter Singer, Blackwell Publishing, 2006, s. 145-149.
- Schröder, Iris: **Die kulturelle Konstruktion von Verwandtschaft unter den Bedingungen der Reproduktionstechnologien in Deutschland**, Göttingen, 2003.
- Serozan, Rona: **Çocuk Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2005, (Çocuk Hukuku).
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, (İfa).
- Serozan, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 11, No: 14, 1997, s. 93-123, (Kişilik Hakkı).
- Simon, Jürgen: **Genomanalyse-Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf**, MDR. , 1995, H. 5.
- Steinbock, Bonni: “The Morality of Killing Human Embryos”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Volume 34, Spring 2006, s. 26-27.
- Sütlaş, Mustafa: **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul, Çiviyazıları Yayınevi, 2000.
- Şenocak, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, Ankara, 1998, (Hekim).
- Şenocak, Zarife: **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk ve Tazminat**, Ankara, 2009, (Tazminat).

- Şıpka, Şükran: **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, [http://www.turkhukuksitesi.com / makale_537.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm).
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: C.II, 4. Bası**, Ankara, Evrim Yayını, 1989 (II).
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1987 (Özel).
- Tekinay, Selahattin Sulhi,
Sermet Akman, Haluk
- Burcuoğlu, Halil Altop: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Türkmen, Ahmet: “6098 Sayılı Kanuna Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/3)”, **İÜHFİM**, C: LXX, S: 2, 2012, s. 257-284.
- Uygur, Atiye: **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, ([http://acikarsiv.ankara.edu.tr //browse/542](http://acikarsiv.ankara.edu.tr//browse/542), Çevrimiçi, 05.11.2011).
- Ülman, Yeşim Işıl: “İnsan Embriyosu Üzerinde İn Vitro Araştırma Yapma Koşulları Hakkında Kurul Görüşüne Dair Belge”, **Tıbbi Etik**, C. III, No: 1, 1995, s. 30-32.
- Ünver, Yener: “Türkiye’de Ceza Hukuku Açısından Yapay Dölllenme”, **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008, s.21-78.
- Ürem, Müge: “Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, No: 208, 2012, s. 79-102.

- Vaughn, Lewis: **Bioethics, Principles, Issues and Cases**, Oxford University Press, New York, Oxford, 2010.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,
Refet Özdemir: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Genel/Özel**, Ankara, 1987.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev: Cevat Edege, Ankara, 1983.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar,
Burak Özen: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.
- Yenerer Çakmut, Özlem: “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **Mersin Barosu Bildirileri**, 16-17 Ocak, 2009, s. 1-39, (Hukuki Sorumluluk).
- Yenerer Çakmut, Özlem: **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğın Soybağını Değıştirme Suçu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008, (Soybağı).
- Yenerer Çakmut, Özlem: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık(Tıbbi Müdahale).
- Yılmaz, Battal: **Hekimin Hukuki Sorumluluğı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yılmaz, Sinan: **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim “Surrogate Motherhood”**, İstanbul Üniversitesi Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Zevkliler, Aydın, M. Beşir
Acabey, K. Emre Gökyayla: **Medeni Hukuk**, 6. Bası, Ankara, 2008.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/03/130315_kacak_sperm.shtml,
(Çevrimiçi, 25. 03. 2013).

<http://www.saglik.im/suni-dolleme-artifisyel-insemi-nasyon>, (Çevrimiçi,
15.03.2013).

<http://www.aksyon.com.tr/aksyon/mobile.do?load=wapDetay&link=26329>,
(Çevrimiçi, 22. 03. 2013).

http://www.beslenme.gen.tr/Saglik/Mikro_enjeksiyon_nedir.html, (Çevrimiçi,
15.03.2013).

<http://www.cemficipcioglu.com.tr/embriyo-transferi>, (Çevrimiçi, 22.03.2013).

<http://www.kadinlarkulubu.com/portal/saglik/tup-bebek-saglik/tup-bebek-nedir-28505.html>, (Çevrimiçi, 15.03.2013).

<http://www.kinderwunschzentrum.org.tr/cocuk-sahibi-olma-istegi/embriyo-koruma-kanunu>, (Çevrimiçi, 22.03.2013).

<http://www.tupbebekmerkezleridernegi.com/tr/index.php?sayfa=YeniUYTEDilekce.htm> (Çevrimiçi,10.04.2013).

<http://www.kinderwunschzentrum.org.tr/cocuk-sahibi-olma-istegi/embriyo-koruma-kanunu>, (Çevrimiçi, 22.03.2013).

www.kazanci.com.tr

www.hukukturk.com

http://www.yargitay.gov.tr/index_files/1047.htm

www.hashak.com

www.turkhukusitesi.com