



T.C.

UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

**İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN ÇOCUK NEDENİYLE
TAZMİNAT HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GÖZDE YAŞIN

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖGR. ÜY. GÜL DOĞAN

ANKARA, 2022

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

**İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN ÇOCUK NEDENİYLE
TAZMİNAT HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GÖZDE YAŞIN

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖGR. ÜY. GÜL DOĞAN

ANKARA, 2022

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

+ Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

01.02.2022

Gözde YAŞIN

TEŞEKKÜR

Araştırmamın her aşamasında bana yardımcı olan, ilgisini ve desteğini hiç esirgemeyen çok kıymetli danışmanım Dr.Öğr.Üyesi Gül Doğan'a ve tüm eğitim hayatım boyunca sabır ve emekle yolculuğuma eşlik eden canım Annem ve Babam'a teşekkürlerimi sunarım.



ÖZET

YAŞIN, Gözde, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Tazminat Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022

Kadının istenmeyen gebeliğinin sonlandırılması ve gebelik önleyici tıbbi işlemlerin uygulanmasını talep hakkı yasal olarak düzenlenmiştir. Gebe kadın üzerinde uygulanan tıbbi işlemlerde öngörülen yasal şartlar tezin inceleme alanına dahil edilmiştir. Hekim ile gebe kadın arasında yapılan ve sadece kadın bedeni üzerinde uygulama alanı bulan tıbbi işlemlerde, yasal şart olarak öngörülen vesayet makamı onayı ya da eş rızasının arandığı haller değerlendirmeye alınmıştır. Gebeliğin istenmediği ya da sonlandırılmasının talep edildiği hallerde hekim ile gebe kadın arasında bir sözleşme düzenlenmektedir. Buna göre, hekim, gebeliğin oluşumunun engellenmesine ilişkin yapılan sözleşmeye aykırı ifası sebebiyle istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesinden sebeple doğan zararlardan sorumlu kabul edilmiştir. Gebelik sürecinde ceninin engelli olduğunun hekim tarafından tespit edilememesi de özen borcunun ihlali niteliğinde değerlendirilmiş ve engelli çocuk sebebiyle doğan zararlardan hekimin tazminat sorumluluğunu gerektirmiştir. Hekim kusuru ile engelli doğan ceninin hekimden tazminat hakkı talebi hususunda ceninin kişilik hakkının başlangıcı tespiti önem arz etmektedir. Öte yandan, ceninin, gebe kadın ve hekim arasında gerçekleştirilen sözleşmede üçüncü kişi konumunda olup olmadığı tartışmaları yer almıştır. Çalışmamızda özellikle ceninin kişilik hakkı, hekim ile gebe kadın arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği ve tazminat sorumluluğunun koşulları ve kaynakları irdelenmiştir. Nihayetinde, çalışmamız içerisinde güncel yargı kararlarından faydalanılarak istenmeden dünyaya gelen çocuklar nedeniyle doğan tazminat hakkı irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Cenin, Kürtaj, Gebelik Sonlandırılması, Sterilizasyon, Kadının Sağlık Hakkı, Aile Planlaması Hakkı, İstenmeyen Çocuk, Engelli Çocuk, Tazminat Hakkı, Hekimin Tazminat Sorumluluğu

ABSTRACT

YAŞIN, Gözde, Right To Compensation For An Unwanted Child, Masther Thesis, Ankara 2022

Woman's right to terminate her unwanted pregnancy and to demand the application of contraceptive medical procedures is legally regulated. The legal conditions stipulated in the medical procedures applied on pregnant women are included in the study area of the thesis. In the medical procedures performed between the physician and the pregnant woman, which are only applied on the female body. The cases where the guardianship authority approval or the consent of the spouse, which is stipulated as a legal condition, are sought in the medical procedures performed between the physician and the pregnant woman and which have an area of application only on the female body, are taken into consideration. In cases where the pregnancy is not wanted or terminated, a contract is drawn up between the doctor and the pregnant woman. Accordingly, the physician has been deemed responsible for the damages arising from the birth of an unwanted child due to his/her performance in violation of the contract made regarding the prevention of pregnancy. Failure to detect by the physician that the fetus was disabled during the pregnancy was also considered as a violation of the duty of care and necessitated the physician's liability for compensation for damages caused by the disabled child. It is important to determine the beginning of the personality right of the fetus in the claim of the right of compensation from the physician, which is born with a disability due to a physician's fault. On the other hand, there were discussions about whether the fetus is in the position of a third party in the contract between the pregnant woman and the physician. In our study, especially the personality right of the fetus, the legal nature of the contract between the doctor and the pregnant woman, and the conditions and sources of the compensation responsibility were examined. Finally, in our study, the right to compensation arising from children born unintentionally has been examined by making use of current judicial decisions.

Keywords: Fetus, Abortion, Termination of Pregnancy, Sterilization, Women's Right to Health, Right to Family Planning, Unwanted Child, Disabled Child, Compensation Right, Physician's Compensation Responsibility

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

BİLDİRİM	i
TEŞEKKÜR	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR DİZİNİ	viii
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM.....	2
CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASININ ŞARTLARI, GEBELİĞİN ÖNLENMESİ UYGULAMALARI TALEP HAKKI VE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ KOŞULLARI.....	2
1.1. Ceninin Kişilik Hakkı.....	2
1.1.1. Genel Olarak	2
1.1.2. Ceninin Varlığı	3
1.1.3. Ceninin Kişilik Hakkı.....	4
1.1.3.1. Tam ve Sağ Doğum	6
1.1.3.2. Başka Koşul Aranmaması.....	7
1.1.4. Ceninin Hak Ehliyeti	7
1.1.4.1. Hak Ehliyeti Kavramı	8
1.1.4.2. Gerçek Kişiliğin Başlangıcı	9
1.2. Kadının Gebeliği Önleyici Tıbbi Uygulamaları Talep Hakkı	11
1.2.1. Gebeliğin Önlenmesini Sağlama Hakkı	11
1.2.1.1. Genel Olarak	11
1.2.1.2. Yasal Mevzuat	13
1.2.2. Gebeliği Önleyici Tıbbi Uygulamalar.....	14
1.2.2.1. Kastrasyon	16

1.2.2.1.1. Genel Olarak.....	18
1.2.2.1.2. Uygulama ve Koşulları.....	19
1.2.2.2. Sterilizasyon.....	20
1.2.2.2.1. Genel Olarak.....	21
1.2.2.2.2. Uygulama ve Koşulları.....	23
1.3. Gebeliğin Sonlandırılması ve Kürtajın Belirtilen Koşulları.....	24
1.3.1. Genel Olarak	25
1.3.2. Kadının Gebeliğinin Sonlandırılması Hakkı	26
1.3.2.1. Kadının Aydınlatılmış Onamı.....	28
1.3.2.1.1. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu.....	30
1.3.2.1.2. Tam Ehliyetsizlerin Durumu	32
1.3.2.2. Yasal Sürenin Geçirilmemiş Olması.....	34
1.3.2.2.1. Genel Olarak Uygulanan On (10) Haftalık Yasal Süre.....	35
1.3.2.2.2. Zaruri Hallerde Uygulanan Yirmi (20) Haftalık Yasal Süre	36
1.3.2.2.3. Sürenin Dikkate Alınmadığı Haller	38
1.3.3. Evlilik Halinde Eşin Rızasının Varlığı.....	39
1.3.3.1. Genel Olarak	40
1.3.3.2. Rızanın Aranmadığı Haller	42
1.3.3.2.1. Genel Olarak.....	43
1.3.3.2.2. Kadının Sağlığını Tehdit Eden İvedi Durumlar	45
1.3.3.3. Eşin Rızasının Meşruluğu.....	46
2. BÖLÜM.....	49
İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN ÇOCUK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI, SAHİBİ VE YÜKÜMLÜLERİ İLE TAZMİNATIN KAYNAKLARI VE KOŞULLARI	49
2.1. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Tazminat Sorumluluğunun Sebepleri.....	49
2.1.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali	51
2.1.1.1. Aydınlatılmış Onam.....	53

2.1.1.2. Onamın Şekli	56
2.1.1.3. İvedi Hallerde Uygulama.....	57
2.1.1.4. Hekimin Aydınlatma ve Onam Yükümlülüğü.....	60
2.1.2. Üstlenilen Borcun Yerine Getirilmesi.....	62
2.1.2.1. Özen Yükümlülüğü.....	64
2.1.2.2. Tetkik Yapma Yükümlülüğü	67
2.1.2.3. Doğru Tanı Koyma Yükümlülüğü.....	69
2.1.2.4. Tanıya Uygun Tedavi Süreci Uygulama Yükümlülüğü	70
2.2. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Doğan Tazminatın Kaynakları ve Koşulları	72
2.2.1. Tazminat Sorumluluğunun Kaynakları	72
2.2.1.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk	73
2.2.1.2. Haksız Fiile Dayanan Sorumluluk.....	76
2.2.1.3. Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluk.....	78
2.2.2. Tazminat Sorumluluğunun Koşulları	80
2.2.2.1. Hukuka ve Borca Aykırı Eylem.....	81
2.2.2.2. Zarar	83
2.2.2.3. Uygun Nedensellik Bağı.....	85
2.2.2.4. Kusur.....	87
2.2.3. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşmaları.....	89
2.3. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Doğan Tazminat Hakkı Sahibi ve Yükümlüleri	90
2.3.1. Tazminat Hakkı Sahibinin Belirlenmesi	91
2.3.2. Gebe Kadın ve Doğrudan Korunan Eş	92
2.3.3. Cenin	94
2.3.4. Tazminat Yükümlülerinin Belirlenmesi.....	96
SONUÇ.....	99
KAYNAKÇA	103
ÖZGEÇMİŞ.....	116

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
AEG	: Ayırt Etme Gücü
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CDEG	: Avrupa Konseyi Kadın-Erkek Eşitliği Yönetim Komitesi
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
D.	: Daire
Dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
ECOSOC	: Economic and Social Council (BM Ekonomi ve Sosyal Konseyi)
Ed.	: Editör
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İçt.Bir.Kar.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
KSSGM	: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü
m.	: Madde
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
Prg.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
RTSHYDİT	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
s.	: Sayfa
T.	: Tarih

TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



GİRİŞ

Türk Hukuku düzenlemelerinde, ceninin hak ehliyetine sahip olabilmesi, anne karnında var olma anından başlamış; sağ ve tam doğum ile de kişilik hakkının varlığı kabul edilmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde ceninin kişilik kazanması koşulları üzerinde durularak, kadının gebeliği önleyici ve sonlandırıcı hakkının varlığı ve kürtajın yasal koşullarını barındıran mevzuat incelenmiştir.

Kadının gebeliğini sonlandırması hakkının yasal mevzuatta yer alması ve kadınların istenmeyen gebelikleri sona erdirmesi amacıyla hekimin tıbbi müdahalesi talep etmeleri mümkündür. Kadının gebeliği sonlandırıcı ve önleyici tıbbi işlemlerinin, ifa yükümlülükleri tarafından gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle istenmeden dünyaya gelen çocukların olduğu vakalar son yıllarda artış göstermektedir. İstenmeden dünyaya gelen çocukların, aile bireylerinin maddi ve manevi varlıkları üzerinde yarattığı olumsuz etki, sorumluların, oluşan zarardan tazmin yükümlülüğünü doğurur. Aile planlamasında beklenmeksizin doğan çocukların bakım, eğitim, tedavi gibi maddi zararları ile ana-babalar üzerinde meydana gelen manevi zararların giderilmesi gerektiği mahkeme kararlarına göre kabul edilmiştir. Tezin ikinci kısmında, istenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından zararın varlığı ve zarardan sorumluların tespiti güncel mahkeme kararları ışığında çalışılmıştır.

Hekimlerin tazminat sorumluluğu, hekim ve yardımcılarının tıbbi işlemlerindeki kusurları sebebiyle meydana gelir. Hekim, hasta ile yapmış olduğu sözleşme kapsamında, tedavi borcuna bağlı olarak ifa yükümlülüğü ile sorumlu olmakta, aynı zamanda tüm tıbbi iş ve işlemlerde gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Hekimin, gereği gibi ifa borcunu yerine getirmemesi halinde, istenmeden dünyaya gelen çocuk nedeniyle tazminat sorumluluğunun kaynağı; sözleşme ilişkisi, haksız fiil veya vekaletsiz iş görme hükümleridir. Tazminat sorumluluğu kaynağının belirlenmesi, tazminatın kapsamı, zamanaşımı ve ispat gibi birçok hususu etkilemektedir. Hekimin tazminat sorumluluğunun koşulları ise, sözleşme ilişkisinin kabul edildiği hallerde, hukuka aykırı eylem, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere dört ana unsurdan oluşur.

1. BÖLÜM

CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASININ ŞARTLARI, GEBELİĞİN ÖNLENMESİ UYGULAMALARI TALEP HAKKI VE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ KOŞULLARI

1.1. Ceninin Kişilik Hakkı

1.1.1. Genel Olarak

Türk Hukuk sisteminde kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemesinin temelinde kişilik tanımı önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi, yaşadığı toplumun hukuk düzeninin kendisine sağladığı haklardan yararlanan, diğer bir deyişle, hakkın öznesi olan varlık demektir¹. Kişilik hakkı, bireyin kişi olması nedeniyle hukuk düzeninin kendisine sağladığı tüm güvenceleri kapsayan genel bir temel değerdir². Türk hukuk sistemimizde, kişilerin hak ehliyetine sahip olabilmesi, yani kimlerin kişi vasfı taşıyacağı, Türk Medeni Kanunu ile belirlenmiştir³.

Hukuk düzeninde, haklara ve borçlara sahip olabilen iki suje karşımıza çıkmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere iki hak süjesi tanımlanmıştır. Bugün bütün hukuk sistemlerinde kabul edildiği gibi Türk Hukuk sisteminde de, biyolojik varlık olarak insan, hak süjesi olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, bir gaye amacıyla olan mal topluluklarına da hukuk kurallarının gösterdiği şekillere uygun olarak tüzel kişilik sıfatıyla hak ve borçlara sahip olabilmek özelliği atfedilmiştir.⁴

¹ Öztan Bilge, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11.Baskı,Ankara,Yetkin Kitabevi,2021,s.42; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.43; Jale G. Akipek /Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, C.1, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku,9.Baskı,İstanbul,Beta Yayınevi,2012,s.241; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Kişiler Hukuku, Cilt II, İstanbul, Filiz Yayınevi,2020,s.9 ; Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, Medeni Hukuk-Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 7 Baskı,Ankara, Seçkin Yayınevi, s.24.

² Oğuzman/Seliçi/Özdemir,Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler, Gözde Geçirilmiş ve Güncellenmiş 20.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi,2021,s.2.

³ Aydın Zevkliler/M.Beşir Acabey/ K. Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk-Kişiler Hukuku,6.Baskı,Ankara,Seçkin Yayınevi,2000,s.207 ; Öztan,s.43.

⁴ Öztan,s.44; Oğuzman/Seliçi/Özdemir,s.2 ; Hatemi Hüseyin, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 7.Baskı,İstanbul,Oniki Levha Yayıncılık,2020,s.20.

Kanun koyucu, hukuk düzeninin süjesi olan kişilik kavramını, Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 28. maddelerinin başlık kenarlarında, 24 v 25'inci maddelerinde ise içerik kısımlarında yer vermiştir. Kanunun temelinde kişiliği oluşturan hususlar; kişinin haklara ve borçlara sahip olabilmesi, kendi davranışlarıyla borç altına girebilmesi ve kişilik değerlerine sahip olması olarak açıklanmıştır.

Öğretide kişilik kavramı, en temelinde hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti dar yorumla tanımlanırken, bu anlamıyla TKM m.8'de belirtilen hak ehliyeti kavramını karşılamaktadır⁵. Öte yandan, geniş anlamda kişilik kavramı ise hak ve borçlara ehil olabilme, hukuk düzeni tarafından korunan maddi-manevi bütünlüğünü karşılayabilme kapsamında geniş yorumlandığında, TMK m.23'de tanımlanmıştır⁶.

1.1.2. Ceninin Varlığı

Hukukumuzda ceninin bir takım tanımlamaları yapılmış ise de, anne karnındaki dönemlerine göre adlandırılan zigot, embriyo, fetüs kavramları kullanılmadığı gibi Türk Medeni Kanunu'nda tanımları bulunmamaktadır. Öğretide, cenin, henüz sağ doğmamış ancak anne karnında bulunan varlık olarak adlandırılmıştır⁷. Hukuk literatüründe ceninin tanım birliği sağlanmışken, embriyo kavramı da öğretide farklı tanımlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Tıp hukukunda anne yumurtasının sperm ile döllenmesi anından başlamak üzere, ilk sekiz haftalık sürede "embriyo" ismi de kullanılmıştır⁸.

Cenin hukuk düzeninin kendisine sağladığı hak, geciktirici koşula bağlı kabul edilmiştir. TMK m.28/II hükmü ile de düzenlendiği üzere, kişiliğin geçmişe etkili olarak kazanılabilmesi için ana rahmine düşmüş olması gerekir. Öğretideki yaygın görüş,

⁵ Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.202; Ayan/Ayan, s.41; Öztan, s.222 ; Arpacı Abdulkadir, Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 2.

⁶ Akipek/Akıntürk, s.233; Öztan, s.10; Tekinay, Medeni, s.248; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.211 Yazarlar, dar ve geniş anlamda kişilik kavramının yorumlanmasının literatürde önemini olmadığı bu nedenle geniş anlamda kişilik kavramının kullanılmasının yeterli olacağını belirtmektedirler.

⁷ Özsunay Ergin, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.17; Tekinay, Medeni, s.207; Arpacı, s.7; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, Cilt II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.18; Serozan Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.30; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.14.

⁸ Kurt Leyla Müjde, "Cenin Malvarlığı Hakları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2011, s.179; Serozan, s.3; Ünver Aydın Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.9.

ceninin ana rahmine düştüğü an, doğumdan itibaren üç yüzüncü gün olarak kabul edilmiştir⁹.

Türk hukukunda, ceninin anne karnındaki varlığı hak ehliyetinin kazanılması için yeterli kabul edilmektedir. Ceninin hak ehliyetini kazanması, sağ ve tam doğum gerçekleşene kadar askıdadır¹⁰. Diğer bir deyişle, cenin tam ve sağ doğana kadar hukuk sisteminde “kişi” olarak kabul edilmemekte; hak ehliyetini ise doğum ile geçmişe yönelik olarak kazanmaktadır¹¹. Öte yandan, ceninin varlığının tespiti, medeni hukuk, ceza hukuku, miras hukuku gibi birçok hukuk düzenlemesi alanında sonuç doğurmaktadır¹². Bu sebeple, ceninin kişilik hakkının başlangıcı ve hak ehliyetine sahip olabilmesi yönünden Türk Medeni Kanunu tarafından öngörülen koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

1.1.3. Ceninin Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı en temelinde, kişinin kimliğini oluşturan, sadece insan olmasından doğan maddi-manevi varlığının korunması anlamına gelmektedir. Aynı zamanda kişiye sıkı-sıkıya bağlı haklardan olan kişilik hakları devredilemez, bir başkası yardımıyla kullanılamaz¹³. Değeri para ile ölçülemeyen kişilik hakkının özünde cenin tarafından önem taşıyan kısmı yaşama hakkı ve ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkıdır.

Yaşama hakkı, kişilerin en temel hakkı olarak Anayasa m.17 ile düzenlenmiştir. Buna göre, maddi-manevi varlığını koruma ve kişiliğini geliştirme hakkına sahiptir. Ancak, sadece tam ve sağ doğma ihtimali bulunan ceninin yaşam hakkı uzun süre tartışılmıştır. Gebeliği sona erdiren haller olarak kürtajın ceninin yaşam hakkını ihlal edip etmediği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır¹⁴.

⁹Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.15; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.223; Üye Müslüm,Cenin(Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması,V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara,2014,s.44-45.

¹⁰ Bkz. s.4 vd.

¹¹ Özsunay Ergun, Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu,26-27 Haziran 2008, İstanbul,2011,s.130;Keskin Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat:Cenin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17,S.1-2,2013,s.745.

¹² Zevkliler/Acabey/Gökyayla,s.200-201.

¹³Serozan Rona, Medeni Hukuk-Genel Bölüm/Kişiler Hukuku,8.Bası, Vedat Kitapçılık,İstanbul,2018,s. 454 bkz. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, bu nedenle, “yasal temsile düşman” sayılırlar. ; Öztan, s.223.

¹⁴ Bkz. s.28.

Uluslararası hukuk düzenlerinde de, ceninin yaşam hakkı konusunda herhangi bir görüş birliği bulunmamaktadır. Evans/Birleşik Krallık¹⁵ ve Vo/Fransa¹⁶ kararlarında, anne karnındaki çocuğun doğrudan yaşam hakkına sahip olmadığı kanısına vararak, AİHS m.2’ de düzenlenen yaşam hakkı ihlalinin olmadığına karar vermiştir. Buna benzer olarak doktrinde de, kadının beden hakkının, tam ve sağ doğma ihtimali bulunan, henüz ‘‘kişi’’ sıfatı kazanmamış ceninin yaşam hakkından önce gelmesi gerektiği görüşünü savunanlar olmuştur¹⁷. Kanımızca, ceninin yaşam hakkının ne zaman başladığının tespit edilmesi ve buna bağlı hukuki sonuçların düzenlenmesi, devletlerin gelenek ve kültürlerine bağlıdır.

Diğer yandan, ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının varlığı ve bunun sonucunda hukuk düzeninin kendisine sağladığı haklardan yararlanabilmesi gerekir. Buna göre, ceninin kanun ile öngörülen tam ve sağ doğum koşulunu sağlaması halinde, TBK hükümleri çerçevesinde, vücut bütünlüğüne zarar veren kimselerden maddi-manevi tazminat talep edebilecektir¹⁸. Ceninin bedensel bütünlüğünün ihlal edildiği yönünden doğacak hukuki hakları, TMK m.28/II’de yer alan düzenlemenin neticesidir¹⁹.

¹⁵ Evans/Birleşik Krallık¹⁵ başvurusunda, başvuru eşiyle birlikte kontrol amaçlı olarak gittiği doktorda yumurtalığında kanserli hücrenin olduğunu, eğer istenirse sağlam olan yumurtaların eşinin spermile IVF yöntemi uygulanarak döllendirilerek saklanabileceği doktorlar tarafından belirtilmiştir. IVF tedavisinin ardından başvuru eşinden ayrılmış ve eski eş embriyoların hem başvuru hem de üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasını istemediğini söyleyerek verdiği rızayı geri almıştır. Başvuru, tıbbi açıdan bir daha anne olamayacağı gerekçesiyle AİHS m.2, 8 ve 14’ün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, söz konusu olayda babanın ürememe hakkını annenin üreme hakkına üstün görmüştür. Ayrıca ulusal mevzuata göre IVF tedavisi sürecinde embriyoların sadece beş yıl için saklanılabildiği durumu da göz önünde bulundurduğunda, embriyoların yaşama hakkından yararlanamayacağını belirtmiştir. [EVANS v. THE UNITED KINGDOM \(coe.int\)](#) Erişim Tarihi : (28.10.2021)

¹⁶ Vo/Fransa başvurusunda, aynı soy isme sahip başka bir hastayla karıştırılan başvuru amniyotik kesesinin yırtılarak, tedavi amaçlı kürtajın uygulanması zorunlu hale gelmiş ve durum bebeğinin ölümüne sebep olmuştur. Bu bağlamda başvuru, uygulanan tedavinin taksirle adam öldürmeye sebep olduğunu ileri sürerek AİHS m.2’nin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, anne karnında yer alan çocuğun AİHS m.2 çerçevesinde yaşam hakkına sahip olup olmadığı konusunda bir yorum yapılmasının mümkün olmadığı kanısına vararak, yaşam hakkının ihlal edilmediğine dair bir karar vermiştir. [VO v. FRANCE \(coe.int\)](#) (Erişim Tarihi: 28.10.2021)

¹⁷ Özsunay, Ergun, ‘‘Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlemelerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması’’, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s.130-132. ; Çokar Mahmut, Kürtaj, I. Baskı, Babil Yayınları, İstanbul, 2008, s.100-129.

¹⁸ Ünver Aydın, s.17; Keskin, s.746; Kurt; s.182; Üye, s.52.

¹⁹ Doktrinde, ceninin ana rahminde bulunduğu sırada işlenen haksız fiil neticesinde tazminat hakkının bulunmadığı; ancak tam ve sağ doğum şartı ile ‘‘kişi’’ kavramının elde edileceği, bu halde, haksız fiil failine karşı zararın giderilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Ünver Aydın, s.26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.17)

1.1.3.1. Tam ve Sağ Doğum

Ceninin kişilik hakkının başlangıcı; TMK m.28’ de belirtilmiştir. Buna göre, kişilik, tam ve sağ doğum koşuluna bağlanmıştır. Kişilik hakkının başlangıcının tespiti için doğumun tamamlanmış olması, her halde çocuğun tüm organlarıyla anne bedeninden ayrılması gerekir²⁰. Buna göre, cenin, kanunun öngördüğü tam ve sağ doğum koşulunu sağlaması ile haklara ve borçlara sahip olabilme yetisi kazanacaktır. Çocuğun ölü doğmuş olması halinde kişiliğin kazanılmasından bahsedilemeyeceğinden, hak ehliyetinin başlamasından söz edilemez²¹.

Kişiliğin başlaması için çocuğun, ‘sağ’ doğması koşulu aranmışsa da, ‘sağlıklı’ doğma koşulu aranmamış; öte yandan çocuğun hemen ölmesi halinde yaşam süresi de önem arz etmemektedir. Çocuğun anne bedeni dışında varlık kazanması arandığı; çok kısa bir süre yaşamış olması ya da fiziksel durumunun önemli olmadığı da ortadadır²². Çocuğun yaşam belirtilerinden hangilerini göstermesi halinde kişilik hakkını kazanacağı hususunda, Tıp biliminin kabul ettiği herhangi bir belirti (nefes alması, kalbin atması,ağlaması) sağ doğumun kabulü için yeterlidir²³. Bu halde, kişilik hakkına sahip olan cenin, hukukun kendisine tanıdığı haklardan yararlanabilme ehliyetine kavuşmuş olur. Öte yandan, geciktirici koşula bağlı olarak, geçmişe yönelik anne karnında var olduğu ana kadar, hak ehliyetini kazanmış olur²⁴. Sağ doğmayan cenin, anne karnında var olduğu ana yönelik herhangi bir hukuki talep hakkına sahip olmayacağının kabulü gerekir.

Çocuğun tam doğması, bedensel olarak anne bütünlüğünden ayrılması anlamı taşıdığı anlamı taşımaktadır. Doktrinde yaygın görüşe göre, çocuğun anne bedeninden ayrı yaşamsal faaliyetleri göstermesi halinde, tam doğumun kabul edildiği varsayılır.

²⁰ Akipek/Akıntürk,s.241 ; Özsunay, Gerçek Kişiler,s.13 ; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.215 ; Arpacı, s.5; Dural/Öğüz, Kişiler, s.15; Helvacı/Erlüle, s.25.

²¹ Y4HD, 16.06.2010 T. 2009/11806 E. 2010/7278 K. Sayılı kararında, “Çocuğun hak ehliyeti, sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü an başlar. Kişilik ise çocuğun sağ olarak doğduğu tarihte başlar. Somut olayda cenin, sağ doğmadığı için kişilik kazanamamıştır. Kişilik kazanamadığından hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride destek olacağı düşünülemez.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²² Helvacı, s.29-31; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.242; Öztan, s.11; Dural/Öğüz, s.19.

²³ Öztan,s.13 ; Dural/Öğüz, Kişiler, s.16 ; Helvacı, Kişiler, s.6 .

²⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.245; Öztan, s.14-15 ‘a göre; Ceninin bozucu koşula ya da geciktirici koşula bağlı olarak hak ehliyetine sahip olmasının pratik sonucu açısından fark yoktur. Her iki halde de ceninin hak ehliyetine sahip olması, doğum olayına bağlıdır. ; Ataay Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, 3.Bası,İstanbul,1980, s.272 ; Özsunay, Gerçek Kişiler, s.20; Dural/Öğüz, s.19.

Çocuğun doğumunun normal ya da hekim müdahalesi ile doğumunun tam doğumun gerçekleşmesi açısından bir önemi yoktur²⁵.

1.1.3.2. Başka Koşul Aranmaması

Türk hukukunda, doğum ile yaşamsal bir faaliyet gösteren her çocuk kişilik hakkına sahip olacağı gibi; anne bedeninden tam ve sağ olarak ayrılır ayrılmaz ölmesi halinde yine kişilik hakkına sahip olduğu kabul edilir. Bu halde, TMK m.28 ile öngörülen, kişilik, ölüm hali ile kaybedilmiş kabul edilecektir.

Çocuğun, sağ doğması, fiziksel sağlık anlamı taşımadığı ancak insanda bulunması gereken hayati organlar olan beyin, kalp vb. organların bulunmaması halinde insan kabul edilemeyeceğinden, kişilik hakkının kazanılamadığına ilişkin görüş ileri sürülmüştür²⁶. Öte yandan, sağ olarak doğma koşulunun kanunda belirtilmemiş olması sebebiyle, kadından tamamıyla doğmuş olan varlığın beyinsiz ya da iki başlı olması fark etmeyeceği ve yaşamsal faaliyet gösteren varlığın kişilik kazandığı öğretide baskın görüş olarak kabul edilmiştir²⁷.

1.1.4. Ceninin Hak Ehliyeti

Türk Medeni Kanunu m.8 ile, herkesin hak ehliyeti sahibi olduğu ve bu hususta herkesin eşit olduğu hükmünü düzenlemiştir. Buna göre, bir kimsenin hukuk düzeni içinde var olabilmesinin yegane koşulu hak ehliyetidir²⁸. İlgili hükmün, diğer yegane koşulu ise insan olmaktır. Diğer bir deyişle, hayvanlar, bitkiler, artık yaşamayanlar ve henüz yaşam faaliyeti sergilememiş olan ceninin hak ehliyeti bulunmamaktadır. Herhalde ceninin ölü doğması halinde hak ehliyetine sahip olamayacağı kabul edilmiştir.

Buna göre, ceninin hak ehliyetinin, tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi ile geçmişe yönelik olarak kazanılacağı gerekçeleriyle, geciktirici koşul şartı yaygın görüş

²⁵Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.215; Öztan, s.11;Dural/Öğüz, Kişiler, s.15; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.10.

²⁶ Arpacı, s.6, Yazara göre, insan için zorunlu olan hayati organlara sahip bulunmayanların insan olarak kabulü tereddütle karşılanmalıdır. Bu nitelikte olmayan organların yokluğu veya bozukluğu, mesela körlük, el veya ayak yokluğu, kamburluk, kişilik kazanmaya engel teşkil eder.

²⁷ Akipek/Akıntürk, s.242 ; Helvacı, Kişiler, s.16; Ataay, s.29; Öztan, s.11, Yazar'a göre, doğan varlığın zorunlu organlara sahip olmaması halinde hukuk düzeninin benimsediği "insandan yalnız insan doğar" ilkesinin sınırlı surette kabulü gerekir.

²⁸ Serozan, Medeni, s.415 : " Hak ehliyeti ile hukuksal kişilik eş anlama gelir."

olarak kabul edilmektedir²⁹. Bozucu koşulun kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşte ise, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve doğuma kadar geçen sürede haklarını kanuni temsilciler vasıtasıyla kullanabilecektir. Ancak, bu görüş, ceninin henüz doğmamışken kanuni temsilci vasıtasıyla hak ehliyeti kullanabilecek olması hukuki işlem güvenliğini sarsacak nitelikte olacağından kabul görmemiştir³⁰.

1.1.4.1. Hak Ehliyeti Kavramı

TMK m.8 ile insana özgü bir kavram olarak karşımıza çıkan hak ehliyeti, pasif bir ehliyettir. Nitekim kişinin hak ehliyetine sahip olabilmesi faal olması, diğer bir deyişle, bir eylem ya da işlem halinde olmasına gerek yoktur. Doğum ile geçmişe yönelik elde edilen hak ehliyetinin kanunda herkesçe eşit niteliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 2'nci maddesinde de belirtilen, kanuni sınırlar çerçevesinde, ırk,din,dil ve cinsiyet ayırt etmeden herkese tanındığı kabul edilmiştir³¹.

Günümüz hukukunda, her sağ bireyin kişi olarak kabul edilmesi ile hak ehliyetine sahip olması söz konusu iken; Roma hukukunda köleler kişi kabul edilmekte ancak hak ehliyetinden yoksun kalmakta idiler. Buna karşılık, doğal hukuk prensipleri gereği günümüzde her birey kişi olarak kabul edilmekte ve hak ehliyetine eşitlik ilkesince sahip olmaktadır³².

TMK m.8 ile bireylere özgü hak ehliyeti kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde kullanılabileceği belirtilmiştir. Kanunun öngördüğü çerçeve cinsiyet, vatandaşlık durumu ve kişinin kısıt durumu vb haller gözetilerek düzenlenmiş olabilir. Örneğin, evlenme yaşının düzenlenmesi ya da hukuken borç altına girebilme yaşının düzenlenmesi kişinin fiil ehliyetine ilişkin düzenlemeler olup; hak ehliyeti özgürlüğüne yapılan bir müdahale olarak nitelendirilebilir³³. Öte yandan, kişilerin hak ve borçlara

²⁹Aydın Ünver, s.17; Tekinay, Medeni, s.206; Öztan, s.13;Akipek/Akıntürk, s.241; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.173.

³⁰ Kurt, s.182-184.

³¹ Zeytin Zafer/Ergün Ömer, Türk Medeni Hukuku, Gözde Geçirilmiş ve Genişletilmiş,5.Baskı, Seçkin Yayınevi,Ankara,2020,s.80.

³² Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015 s. 301.

³³ Zeytin/Ergün, s.81; Serozan, Medeni,s.420 ; Serozan,Çocuk, s.11-14; Uzun Fatih Burak, Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti,Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2,2016,s.11-48.

ayrım gözetilmeksizin eşit nitelikte sahip olabilmesi ise potansiyel olarak söz konusudur³⁴.

Cenin, doğum ile kişilik sıfatı kazanmasına bağlı olarak hak ehliyeti kavramı tartışılmaktadır. Cenin, tam ve sağ doğmak koşulu ile anne karnına düştüğü andan itibaren geçerli olmak üzere, mirasçı olabilmekte ve haksız fiillere karşı tazminat talep edebilmektedir. Bir diğer deyişle, cenin doğum ile kişi sıfatı kazanmakta ve buna bağlı olarak, hak sahibi olabilmektedir³⁵. Öte yandan, ceninin hak ehliyeti kavramı hukuk literatüründe var olmasa dahi kanunun kendisine sağladığı haklardan sadece ‘‘kişi’’ sıfatına haiz olması sebebiyle yararlanabilecektir.

1.1.4.2. Gerçek Kişiliğin Başlangıcı

Cenine kişilik hakkından doğan hukuk düzeninin kendisine sağladığı hakları, geçmişe yönelik olarak kazandıran TMK m.28/II hükmü, varsayıma dayalı bir hukuki düzenleme olarak yer almaktadır. Buna göre, belirli bir süre çocuk tam ve sağ doğma ihtimalini yalnızca ihtiva etmektedir. Bu varsayım sayesinde, henüz doğmamış çocuk, ana rahmine düştüğü andan itibaren kanunen doğmuş gibi kabul edilmektedir³⁶.

Çocuğun ana rahmine düştüğü anın tespit edilmesi hakkın başladığı anın tespit edilmesi açısından önem arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu, buna ilişkin kesin bir düzenleme yapmamış ise de, öğretide, kadın ile erkeğin cinsel ilişkisinin vuku bulduğu tarih değil kadının gebe kaldığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda görüş birliği vardır. Buna göre, TMK m.285/I ve TMK.m.302 hükümlerince, gebeliğin en fazla 300 gün süreceği hususu belirtildiğinden, doğumdan itibaren 300 gün geri sayılarak, ceninin hak ehliyetinin başlangıcı tespit edilebilecektir³⁷.

Gerçek kişiliğin başlangıcının tespiti açısından ceninin döllenme anı; ceninin anne karnındayken kanunen kendisine tanınan hakların kullanılabilmesi açısından önem

³⁴ Uzun,s.13-14.

³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,s.2; Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, Kişiler Hukuku,5.Bası,Vedat Kitapçılık,İstanbul,2014,s.1; Ayan/Ayan, s.3; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.229; Dural,Öğüz, s.5, Serozan,Medeni,s.201; Öztan,s.221.

³⁶ Serozan,Medeni,s.420-425.; Serozan Rona, Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, Prof.Dr.Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara,2006,s.314.

³⁷ Ataay, s.42; Özsunay, Gerçek Kişiler,s.17; Arpacı,s.8; Dural/Öğüz, Kişiler, s.35, Akipek/Akıntürk, s.257 Bir diğer görüş, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.223 , TMK m.285’de verilen süre Tıp biliminin verilerine dayandığından ceninin ana rahmine düşme anını belirlemenin tıp bilimine ait olduğu yönündedir.

arz etmektedir. Buna göre, cenin anne karnındayken mirasçı olabileceği gibi kendisine karşı işlenen haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilecektir³⁸.

Öte yandan, cenin doğana kadar hak ehliyetine sahip olmaması sebebiyle anne karnındayken uğradığı zararlardan dolayı tazminat hakkını ancak tam ve sağ doğum koşulunu yerine getirmesi halinde kullanabilir³⁹. Bu durum, hukuk düzenlemesinde hakkın doğumunun geciktirici koşula bağlanmasının sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, cenine kanuni temsilci atanması suretiyle hakkın kullanılması söz konusu olamamakta; bunun istisnası ise ancak TMK m.301 ve m.303 hükmü olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre, cenine atanan kanuni temsilcinin evlilik dışında ana rahmine düşen çocuğa babalık davası açma hakkını kayyım vasıtası ile kullanabilmektedir⁴⁰. Örnek olarak, çocuğun anne karnındayken kendisi için bağışlanan parayı, doğum ile kazanma hakkına sahip olacak ve ana rahmine düştüğü zamandan itibaren doğacak faizi ile birlikte alabilecektir⁴¹.

Bir diğer yandan, çocuğun ana rahmine düşme anı esas alınırken, doğal dölleme yahut yapay dölleme⁴² arasında ayrıma gidilmemiştir. Çocuğun ana rahmine düşme anı dölleme olarak kabul edildiğinden, anne-babanın sperm ve yumurtalarının dış ortamda birleştirilmesi yani tüpte dölleme⁴³ anında cenin yasanın korunmasından yararlanacaktır⁴⁴. Diğer deyişle, günümüzde yapay döllemenin de yaygın olarak üremede kullanıldığı gözetildiğinde, kanun koyucunun amacının cenini başlangıçtan itibaren korumak olması sebebiyle, dış ortamda döllemenin yapıldığı an itibariyle geçmişe

³⁸ Bkz. s.97 vd.

³⁹ Ataay, s.43; Özsunay, Gerçek Kişiler, s.20; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.225; Arpacı, s.8; Dural/Öğüz, Kişiler, s.19; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.15; Helvacı, Kişiler, s.7.

⁴⁰ Kutoğlu Tuba, Türk Mevzuatında ve İçtihatlarda Babalık Hükmü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.945-984.

⁴¹ Akipek/Akıntürk, s.245.

⁴² Haluk N.Nomer, Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.543-545 Yapay dölleme, erkek ve kadının cinsel ilişkisi söz konusu olmaksızın tıbbi müdahale yoluyla erkeğe ait sperm ile kadına ait yumurtanın döllendirilmesidir.

⁴³ Tüpte yapay dölleme, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Merkezleri Hakkında Yönetmelik" te yer almaktadır. R.G 30.09.2014 T. 29135 Sayı m.1 Yapay dölleme yöntemleri ve yapay dölleme ile ilgili hukuki sorunlar için bkz. Özsunay Ergun, Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, 2008, s.33-34 ; Yapay-Yardımcı Üreme Teknolojileri ve Üreme Etiği Değerlendirmesi için bkz. Kalkan Oğuztürk Burcu, Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.352.

⁴⁴ Helvacı, Kişiler, s.7; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.224; Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.17; Arpacı, s.10 Yazar'a göre, ana rahmine düşme anı da döllemenin tamamlanması ile tüpteki yaşamın başlangıcı olarak kabul edilmelidir.

yönelik olarak hak ehliyetini kazanacağı kabul edilmektedir. Örneğin, tüpte döllemenin yapıldığı halde, embriyonun dondurulması⁴⁵ ya da ceninin anne karnına yerleştirilmeden önce veya yerleştirilme sırasında hekimin tıbbi işleminden kaynaklı zarara uğraması halinde, cenin, sağ doğmak şartıyla maddi-manevi zararının tazminini talep edebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁶.

1.2. Kadının Gebeliği Önleyici Tıbbi Uygulamaları Talep Hakkı

1.2.1. Gebeliğin Önlenmesini Sağlama Hakkı

1.2.1.1. Genel Olarak

Anayasamız ile düzenlenen temel hak ve hürriyetler, en temelinde kişilerin kendi iradelerine bağlı yaşamlarını düzenleme hakları ele alınmıştır. AIHS m.12, evlilik çağına gelmiş kadın ve erkeklerin evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğunu belirtilmiş; Anayasamızın 41/II⁴⁷ maddesi ile de aile planlamasının öğretimi ve korunması için devletin yükümlülüğünden bahsedilmiştir⁴⁸. Aile planlaması, bireylerin çocuk sahibi olup olmama ya da ne zaman kaç çocuk sahibi olma konusunda özgürce verecekleri kararları ifade eder. Öte yandan, tüm temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, bireylerin cinsel yaşamlarına dayalı üreme haklarının devlet eliyle korunmasının gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır⁴⁹.

Devletlerin gebeliği önleyici tıbbi uygulamalara ilişkin yasal düzenlemelerle birlikte, bireylerin gebelik önleyici araçlara ulaşmasını sağlaması ve kolaylaştırması gerekir. Anayasa ile özünde korunması gereken bir hak olarak şekillenmiş aile planlaması hakkı, aile sağlığı merkezleri yardımı ile çiftlere gebelik önleyici alternatif araçların

⁴⁵ Embriyonun dondurulmasında hukuki ihtilaflar için bkz. Metin Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, Betim Kitaplığı, İstanbul, 2019, s.130.

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.17; Helvacı, s.7 ; Kurt; s.183-185.

⁴⁷ AY m.41/II : " Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

⁴⁸ Çakmak Ramazan Ufuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C.25,S.2,2017,s.163-184; Arslan Öncü Gülay, Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Epamat Basım, Ankara,2019,s.23-25.

⁴⁹ Sert Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, İnsan Varlığını Geliştirme Vakfı, Turap Tanıtım Yayınları, Ankara,2012, s.9-10.; Zengin Nazmi, "Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu", Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi,C:1,S:1,2010, s.44-48. ; Yücel Dericiler Özge, "AIHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması", VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu,2014,Petrol-İş Sendikası, İstanbul, s.25.

tanıtımı ile ve kullanımlarının yaygınlaştırılması devletin koruma yükümlülüğünün uygulanması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan, gebeliği önleyici tıbbi uygulamalar, bireylerin Anayasa m.56 'da ''Sosyal ve Ekonomik Haklar'' başlığı altında ''Sağlık Hakkı''nın koruma alanlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireylerin devredilemez, dokunulamaz olan temel haklarından olan sağlık hakkı, devletlere, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi sağlama yükümlülüğü yüklemiştir. Uluslararası düzenlemelerle de koruma altına alınan sağlık, Dünya Sağlık Örgütü tarafından hazırlanan Anayasa'da⁵⁰, *sadece hasta veya sakat olmamayı değil, fiziken, ruhen ve sosyal anlamda tam olarak iyi olma durumu* olarak tanımlamıştır. Sağlık hakkı, genel sağlıklı yaşama hakkı dışında tıbbi kaynaklara ulaşma hakkı olarak da isimlendirilmiştir⁵¹. Bu anlamda, gebeliği önleyici tıbbi uygulamalara ulaşma hakkı, her bireyin eşit olarak sahip olduğu, devletin korumak, gözetmek ve geliştirmekle yükümlü olduğu temel bir haktır.

Öte yandan, bireylerin çocuk sahibi olup olmama özgürlükleri Uluslararası düzenlemelerde ''Üreme Hakkı'' başlığı ile ilk defa Birleşmiş Milletler öncülüğünde gerçekleştirilen Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nın ardından yayımlanan Tahran Bildirisi'nde⁵² ebeveynlerin istedikleri sayıda ve kendi belirledikleri zaman aralığında çocuk sahibi olma konusunda özgür oldukları vurgulanarak ele alınmıştır. Üreme hakkı, en temel anlamda, bireylerin çocuk sayıları, özgür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgiye sahip olabilmeleri, sağlık hizmetlerine ulaşmada da hiçbir şiddete maruz kalmamaları olarak tanımlanmaktadır⁵³.

Üreme hakkı, ilk defa bu bildiri ile literatürde yerini almış akabinde temel bir kadın hakkı olarak tanımlanarak, Uluslararası düzenlemeler ile geliştirilmesi amaçlanmıştır. Kadınların yaşadığı sağlık hakkı temelinde, gebelik önleyici ve sonlandırıcı uygulama araçlarına erişim zorluğu bir insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmiş, bunun ortadan kaldırılması amacı ile de 1979 yılında Birleşmiş Milletler tarafından Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, diğer

⁵⁰ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, [Tip Hukuku Derneği - \(tiphukuku.org.tr\)](http://tip.hukuku.org.tr) E.T: 31.10.2021

⁵¹ Metin Bayram, "Sağlık Hakkı", Sağlık Akademisyenleri Derneği, C.4, S.1, 2017,s.46-48; Şahbaz İbrahim, "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", TBB Dergisi, S.86, 2009, s. 405-422.

⁵² BM Uluslararası İnsan Hakları Tahran Bildirgesi, 13 Mayıs 1968

<http://insanhaklari.gen.tr/site/mevzuatListe.aspx?parm=00>

⁵³ Sert, Vakalarla Üreme Hakkı,s.4-12.; Doğan Recep, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, TBB Dergisi, S.127, 2016, s.80-81.

adıylı CEDAW⁵⁴ hazırlanmıştır. Bu Sözlşmeye göre, taraf devletler, kadın ve erkeğın eşit koşullar çerçevesinde yaşaması ve kadınların sağık hakkına ulaşımının kolaylaştırılmasını sağılanması konusunda devletlere iç düzenlemeler yapması konusunda yükümlölük yüklemiřtir⁵⁵.

CEDAW ‘‘Sağık Hakkı’’ başlıklı 12.maddesi ile, taraf devletlere aile planlaması bakımından gerekli hizmetleri sunma yükümlölüğünden bahsedilmiştir. Yine, 12/II hükmü ile ‘‘*Taraf devletler... hamilelik dönemi, doğum dönemi ve doğum sonrası dönem ile ilgili gerekli hizmeti sağılar.*’’ şeklindeki düzenlemesi ile, devletlerin vatandaşlarına, üreme haklarını sağılıklı kullanabilmeleri için önlem almaları gerektiğini belirtmiştir.

Taraf devletlerin, imzaladıkları uluslararası sözlşmelerde belirtilen hususlar hakkında ve bunlara uygun olarak iç hukuk mevzuatlarını düzenleyerek, taahhütlerini yerine getirecekleri kabul edilir. Türkiye’de, 1985 yılında onaylamak suretiyle, toplumumuzda kadınlara verilecek sağık hizmetlerinin kalite ve niteliğini, uluslararası standartlara yükselteceğı sözünü vermiştir.

1.2.1.2. Yasal Mevzuat

Ülkemizde, Sağık Ocakları ve Ana Çocuk Sağığı Planlama Merkezlerinde, aile planlaması, gebelik önleyici araçların kullanılması ve üreme sağığı konusunda ücretsiz hizmet sağılanmaktadır. Türkiye Nüfus ve Sağık Araştırması 2003 sonuçlarına göre, toplam doğurganlık hızı düşerek, gebelik önleyici yöntemlerin kullanılma oranları ise artma eğilimindedir⁵⁶.

Türkiye’de ilk defa 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁵⁷ düzenlenmesi ile nüfus planlamalarında ailelerin *istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları* ndan söz edilerek, bireylerin üreme hakkı özel kanunla da güvence

⁵⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

⁵⁵ Moroğı Nazan, Kadınların İnsan Hakları Sözlşmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul,2009,2.30-52;Şimşek Hatice, ‘‘Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Kadın Üreme Sağığına Etkisi : Türkiye Örneğı’’, Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakóltesi Dergisi, C.25, S.2, Mayıs, 2011.

⁵⁶ T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Türkiye’de Kadının Durumu, Ocak, 2008, Ankara,http://www.sp.gov.tr/upload/xSPRapor/files/vjzSS+Kadinin_Statusu_Genel_Mudurlugu_2008_PP.pdf (Erişim Tarihi:31.10.2021); Özdamar Demet, CEDAW Sözlşmesi-Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözlşme ve Ek İhtiyari Protokol’ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, 1.Baskı,Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009,s.311-313.

⁵⁷ RG: 10.4.1965 T. ve 11976 S.

altına alınmıştır.1965 yılında, 2728 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁵⁸ kabul edilmiş, buna göre, nüfus planlamasını gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanacağı belirtilmiştir. “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi”ne ilişkin Tüzük⁵⁹ düzenlenmiştir.

2728 sayılı Kanun ile gebelik önleyici alet ve ilaçların ithal edilmesi, dağıtılması ve kullanımının mülga kanuna göre yasak olmaktan çıkarılması ve tıbbi zorunluluk bulunmaması halinde de belirli şartların varlığı halinde gebeliğin sonlandırılmasının yolu açılmıştır.

Gebeliği önleyici tıbbi uygulamaların yaygınlaştırılması, kullanımının arttırılması ve istenmeyen gebeliklerin sonlandırılması düzenlemeleri hakkındaki 2827 sayılı Yasa kapsamında, üreme sağlık hakkının kullanılabilmesinin yaygınlaştırılması için ülkenin her yerinden hekim ve yardımcılara eğitimler verilmiştir. Öte yandan, 2827 sayılı Yasa ile gebeliği önleyici araçların uygulanabilmesi ancak, tarafların rızaları ile mümkün olacaktır⁶⁰. Bir diğer deyişle, Hasta Hakları Yönetmeliği⁶¹ m.5/d bendi uyarınca, kimse kendisinin onay vermediği tıbbi işlemlere maruz bırakılamayacaktır.

1.2.2. Gebeliği Önleyici Tıbbi Uygulamalar

Ülkemiz hukuk düzenlemelerinde, gebeliği önleyici tıbbi uygulamalara ulaşım hakkının sağlanmasının yıllara oranla geliştiği kabul edilmektedir. Bireylerin aile planlamaları, çocuk sahibi olma zamanları ve çocuk edinme sayıları kendi iradelerine bırakılması gerektiği ve devletin doğum planlamalarına yapılacak müdahalenin kişilerin temel hak ve özgürlükleri ihlali olacaktır. Hukukumuzda yer alan yasal düzenlemeler ile bireylerin aile planlamalarında kendilerine sağlanacak sağlık hizmetlerinin devletlerin temel yükümlülüklerinden olarak kabul edildiği görülmektedir⁶².

⁵⁸ RG: 27.05.1983 T. ve 18059 S.

⁵⁹ RG: 18.12.1983 T. ve 18255 S.

⁶⁰ Öztürk Ezgi, Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar, Medipol Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.76-79; Sert Gürkan, Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları Etik ve Yasal Değerlendirmeler, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2013, s. 4.; Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Güncellenmiş 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, Ankara, s.201-219.

⁶¹ RG. 01.08.1998 T. 23420 S.

⁶² Bkz.s.11-12.

Gebeliği önleyici tıbbi uygulamalar, hekim kontrolünde uygulanacak olan doğum kontrol hapı ve iğneleri gibi, hekimin dolaylı yoldan müdahil olduğu uygulamalar dışında, tıbbi operasyon gerektiren sterilizasyon⁶³ ve kastrasyon⁶⁴ olarak ayırma gidilebilir. Üreme faaliyetlerini durduran bu tıbbi uygulamalar, kişilerin rızalarına bağlıdır. Öncelikle, AY. m.17 olmak üzere, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin⁶⁵ 5.maddesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un⁶⁶ 70.maddesi, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması Hakkında Kanunu'nun⁶⁷ 6.maddesi ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁶⁸ 5 ve 25.maddeleri ile, kimseye rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağı hususu düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle, kişinin kendisinden başka birinin iradesine terk edilemez. Bu sebeple de, gebelik önleyici uygulama öncesi kadının yasal düzenlemeler ile belirlenmiş usul ve şartlar çerçevesinde aydınlatılmış rızasının alınması gerekir⁶⁹. Yargıtay'ın güncel kararlarında da, kişilerin kendi geleceklerini tayin etme hakkı vurgulanarak, hekimlerin girişecekleri her tıbbi müdahalede hasta rızalarına dikkatle bakmaları gerektiği vurgulanmıştır⁷⁰. Gebeliği önleyici tıbbi müdahaleye dayalı cerrahi operasyon gerektiren uygulamalar, kadın ya da erkek bireye uygulanabilen, tıbbi olarak geri döndürülemez ve hekimin başarılı olamama halinde tazminat sorumluluğunu doğuracak niteliktedir⁷¹.

⁶³RTSHYDİT m.2 "Sterilizasyon : Sterilizasyon deyimi, kadınlarda tüp ligasyonu, erkeklerde vazektomi" ifade eder. Bkz. s.22 vd.

⁶⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 440 ; Caner Yenidünya / Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 348 Kastrasyon: erkeklerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini geri dönüşü olmayacak bir şekilde tamamen veya geçici olarak sonlandırma işlemi olarak tanımlanmıştır. Bkz. s. 17 vd.

⁶⁵ RG.20.04.2004 T. 25439 S.

⁶⁶ RG. 14.04.1928 T. 863 S.

⁶⁷ RG. 29.05.1979 T.2238 S.

⁶⁸ RG. 01.08.1998 T. 23420 S.

⁶⁹ Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.48.

⁷⁰ Y13HD, 29.04.2013 T. 2012/1948 E. 2013/10659 K. ; Y4HD, 07.03.1977 T. 1976/6297 E. 1977/2591 K. Yargıtay ilgili kararında "Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrı durumlardan hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye yani hastaya aittir." yorumu getirmiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

⁷¹Hakeri,s.205; Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları,s.49; Akyıldız Sunay,"Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara,2010, s.18-25.

Gebelik önleyici tıbbi uygulamaların kural olarak geri döndürülemezliği, yapılacak tıbbi müdahalenin önemini ortaya koymaktadır. Kadın ya da erkek bireyin, bir daha isteseler dahi çocuk sahibi olamayacaklarının tarafların bilgisi ve onamı halinde yapıldığında tıbbi işlemin hukuka uygunluğundan bahsedilebilecektir⁷². Tarafların rıza ve aydınlatılmış onamlarının hukuka uygun olması halleri dışında, hekimin hatalı sterilizasyonu sonucu istenmeyen bir gebelik oluşması, hekimin sorumluluğunu doğuracaktır. Örneğin, bir sterilizasyon ve kastrasyon işleminin uygulanması öncesinde hastaya doğabilecek riskleri ve bir daha çocuk sahibi olunamayacağının ifade edilmemesi, hekimin kusuru kabul edilerek, tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açabilecektir.

Öte yandan, hekimin hatalı sterilizasyon uygulaması sonucu başarılı olamaması ihtimalinde, dünyaya gelecek olan çocuğun, sorumlular tarafından ana ve babasına ödenecek olan tazminatın temelinde, kişilerin aile planlaması ve kadının beden bütünlüğü ihlali yer almaktadır⁷³.

Sterilizasyonun operasyonun hukuka uygunluk koşullarının ihlali, hekimin tazminat sorumluluğunu doğururken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.101⁷⁴ ile kişinin rızası dışı kısırlaştırma işlemi uygulanması halinde faile mahkumiyet hükmü verileceği düzenlenmiştir.

1.2.2.1. Kastrasyon

Kastrasyon kavramsal olarak, bireyin üreme fonksiyonlarının kalıcı veya geçici olarak durdurulmasının yanında, cinsel faaliyetlerinin de durdurulması olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Kastrasyon işlemi, sterilizasyon uygulamasından farklılık göstermektedir. Sterilizasyon, bireylerin rızaları doğrultusunda yalnızca üreme

⁷²Şenocak Zarife, “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 44, Ankara, 1998, s.26 ; Tacir Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul, 148-149.

⁷³Temel Erhan, “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s.78-82. Bkz. s.103.

⁷⁴RG. 26.09.2004 T. 5237 S. m.101 “Kısırlaştırma”: Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.

⁷⁵ Ömeroğlu Ömer, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63-64, 2009, s. 282; Yenerer Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yay., İstanbul, 2003, s.123 ; Özdemir Hayrunisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları., Ankara, 2010, s. 180-183.

faaliyetlerini durdurma operasyonudur; bu uygulamada bireyler cinsel işlevlerini yerine getirebileceklerdir. Kişinin beden bütünlüğü üzerinde radikal bir müdahale niteliğinde olduğu gibi, kişi cinsel işlevi ile beraber üreme faaliyetlerini kaybetmesiyle cinsiyete ilişkin belirtilerini dahi kaybetmektedir⁷⁶. Öte yandan, öğretilde, erkeğe nazaran kastrasyonun kadının cinsel işlevini yerine getirmesine engel teşkil eden bir uygulama olmadığı, yalnızca kadında yumurta üreten cinsel salgı bezlerinin alınması işlemi olduğu yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁷⁷.

Kastrasyon uygulaması tarihinin, köklü bir geçmişi olduğu, bu uygulamanın, dinsel ve sosyal hatta bir cezalandırma sistemi aracı olarak kullanıldığı bilinmektedir⁷⁸. Bir cezalandırma sistemi olarak da kullanılmış olan kastrasyonun insan onuruna aykırılığı uzun süre tartışma konusu olmuştur. Öğretilde bir görüşe göre, cerrahi ve kimyasal kastrasyon yöntemlerinin insan onuru bakımından ayrıma tabi tutulmasını gerektiğini değerlendirmiş; cerrahi operasyonun geri dönülemezliği belirtilerek, insan haysiyetine uygun olmayan bir ceza olduğu görüşü savunulmuştur⁷⁹. Cerrahi operasyonun kişinin bedeni üzerinde geri döndürülemez iz bırakması, ceza adalet sisteminde sanığın ıslahı kurumuna hizmet etmeyeceği gibi; bir yaptırımın insan onuruna yakışır olabilmesinin verilen karardan geri dönülmesi koşulunu da taşıması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰.

Bir diğer, kastrasyon yöntemi olarak cerrahi kastrasyon, kişinin rızası ile cinsel işlevini ve üreme fonksiyonunu verilen ilaçlarla, dışarıdan ilaç müdahaleleri ile durdurulması halidir. Öğretilde, kişiye cinsel işlevini durdurması amacıyla verilen

⁷⁶ Çağlayan Ramazan, “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 93.; Hakeri, s.440 :“Hadımlaştırma, cinsel salgı bezlerinin (erkeklerde testislerin, kadınlarda yumurtalıkların) tamamıyla kasten alınması veya erkeğin veya kadının alınmamış cinsel salgı bezlerinin fonksiyon görme yeteneğinin daimi olarak kasten kaldırılmasıdır.”

⁷⁷ Tek Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012, s. 106. Şu ifadelerle kastrasyonun kadın yönünden etkisi değerlendirilmiştir. “... Oysa erkek vücudu için geçerli olan bu tanım kadın vücudu bakımından isabetli değildir. Kadınlar açısından kastrasyonun sonucu, daha çok erken menopoza benzetilmektedir. Kastrasyon, kadının cinsel ilişkiye girme yeteneğini etkilememektedir...” ;

⁷⁸ Ataç Adnan, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 169-170. ; Çağlayan, s.92-94.

⁷⁹ Çağlayan, s. 111; Ömeroğlu, s. 287.; Akbaba Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 81, Mart- Nisan 2009, s. 356. Yazar şu ifadelerle açıklık getirmiştir : Cerrahi kastrasyonun kişide ömür boyu kalacak iz bırakmasıdır. Öyle ki, kişi, bu operasyonu geçirdikten sonra ileride yaşamını paylaşacağı eşine bu konuda açıklama yapmak mecburiyetinde kalır ki, bu halde yaptırımın, kişilerin yaşamı boyunca süren müebbet hapis cezası ile benzer bir işlev göreceği açıktır.

⁸⁰ Ömeroğlu, s.280-287.

ilaçların kesilmesi halinde, cinsel işlevlerin zamanla düzelmesi ve iyileşmesi söz konusu olacağından, bu durumun insan onuruna aykırı olmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır⁸¹. Kastrasyona ilişkin cerrahi müdahale de, kişi üzerinde uygulanan ilaçların beyne doğrudan etkisi ile vücudun erkeklerde testosteron, kadınlarda ise östrojen hormonu salgılamasını durdurduğu kabul edilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken temel husus, yine, kişilerin kendi iradeleri ile kastrasyon işlemini talep etmeleridir. Aksi halde, devlet eliyle uygulanacak olan cerrahi ya da kimyasal kastrasyon, hukuka aykırı olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına neden olur⁸².

1.2.2.1.1. Genel Olarak

Genel olarak, kastrasyon, cerrahi ve kimyasal uygulanabileceği gibi, kişilerin aydınlatılmış rızaları⁸³ ile iradeleri doğrultusunda ya da devlet zoruyla uygulanabilmesi söz konusudur. Devlet zoruyla bireylere uygulanma ihtimali bulunan kastrasyon uygulaması, ceza adalet sisteminde bir araç olarak kullanılmakta ve başkalarının cinsel dokunulmazlıklarını ihlal eden suç faillerine uygulanmaktadır. Burada temel amaç, suç failinin cinsel faaliyet işlevini belirli bir zaman ya da temelli ortadan kaldırmak ve cinsel suçların yeniden işlenmesinin önüne geçmek olarak açıklanmaktadır. Cinsel fonksiyonlarını kontrol edemeyen suç failleri bakımından kastrasyon uygulaması, bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmektedir⁸⁴.

Cinsel dürtülerini kontrol edemeyen suç faillerine uygulanabilecek olan kastrasyon, bazı hallerde bir tedavi yöntemi olarak da kullanılmıştır. Örneğin, bir prostat kanseri hastasına yapılacak kastrasyon müdahalesi ile, kanserin ilerlemesi durdurulabilmektedir⁸⁵. Buna göre, ülkemiz yasal mevzuatında kastrasyonun, zoruyla uygulanması mümkün olmamakla birlikte buna ilişkin sunulan yasa teklifi hakkındaki düzenleme çalışmaları çalışmada kısaca ele alınmıştır⁸⁶.

⁸¹ Çağlayan, s. 111; Ömeroğlu, s. 287.

⁸² Gürbüz Nagehan, *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*, XII Levha Yay., İstanbul, 2014, s.13-15 ; UÇAR, Muharrem, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 152-160; Yenidünya/Yaşar s.348-350.

⁸³ Bkz. s.57 vd.

⁸⁴ Küçük Tefik Sönmez, "Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX*, 2015, S. 4, s.300.

⁸⁵ Yenidünya/Yaşar, s.351; Akbaba, s.364-365; Çağlayan, s.95.

⁸⁶ Bkz. s.17 vd.

Cinsiyet ayırt etmeksizin gebelik önleyici bir müdahale olan kastrasyon uygulaması, tıbbi uygulamayı talep eden kişinin kendisi tarafından verilen aydınlatılmış rızası ile hukuka uygun kabul edilecektir. Kişiye sıkı-sıkıya bağlı bir haklardan olan bu tıbbi uygulama, yasal temsilci aracılığıyla kullanılamayacaktır. Diğer yandan, uygulanacak tıbbi müdahalenin anlam ve önemini kavrayamayacak derecede akıl hastalığı bulunanlara karşı, tedavi yöntemi olarak uygulanması dışında kastrasyon uygulanması mümkün değildir.

1.2.2.1.2. Uygulama ve Koşulları

2827 sayılı NPK m.4’ düzenlendiği üzere, kastrasyon, yalnızca tedavi amaçlı olarak uygulanabileceği belirtilmiştir. Diğer yandan, Türk hukukunda, cinsel dürtülerini kontrol edemeyen ve cinsel suç faillerine cerrahi kastrasyon uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yine, yasal mevzuatlarımızda kimyasal kastrasyon yöntemi belirtilmemiş ise de, öğretide, TCK’nın 57.maddesi düzenlemesinde, cinsel suç faillerine kimyasal kastrasyon yöntemi uygulanabileceği savunulmuştur⁸⁷. Bu görüşe, failin fiili işlediği sırada akıl hastası olan kimselerin TCK. m.32 gereğince, cezai ehliyetlerinin bulunmadığı ve kişilere uygulanan hormon yok edici ilaçların telafisi mümkün olmayan birçok hastalığa sebep olacağı gerekçeleriyle karşı çıkmıştır⁸⁸.

Türk hukukunda, kimyasal kastrasyonun cinsel suçlarda tedavi ve rehabilite amaçlı kullanılabilmesi amacıyla 9 Nisan 2018 tarihinde, TBMM’e, yasa teklifinde bulunulmuş ise de, henüz yürürlükte buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. İlgili yasa teklifinde, TCK 102,103,104/II maddelerinden hüküm altına alınanlar, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresinde gerekli tedaviye tabi tutularak, cinsel suç faillerine tedavi amaçlı kimyasal kastrasyon uygulaması getirilmek istenmiştir.

Pozitif hukuk normları açısından durum değerlendirildiğinde, rızaya bağlı olmayan hiçbir kastrasyon uygulamasının hukuka uygunluğundan bahsedilemez. Kişinin

⁸⁷Çağlayan,s.112. Yazar’a göre, pedofili hastalarına kimyasal hadım yöntemi uygulanabilecektir.

⁸⁸ Küçük,s.304-306 Karşı grş. Yazar’a göre, cinsel suç failinin, fiili işlediği sırada “akıl hastası” olması halinde TCK .32 nedeniyle ceza verilmesinin ceza adalet sistemine uygun olmayacağı ifade edilmiştir. ; Özdemir,s.190-192; Uçar,s.155. ; Akbaba, s.9 ; Yazar’a göre, kimyasal kastrasyon uygulanan kişilerde sperm kalitesinin düştüğü ve doğacak çocuklarda kalıtsal hastalıkların görülebileceği bu sebeple de insan onuruna aykırı olduğu görüşü savunulmuştur.

rızası dışında vücut bütünlüğüne yapılacak olan müdahale, öncelikle, AY. m.13 ile düzenlenen kişi özgürlüklerinin özüne müdahale niteliği taşır.

Bir diğer tartışma konusu olarak, tedavi amacı güderek yapılan kastrasyonun hukuka aykırı olup olmayacağıdır. Bir görüşe göre, hekimin tıbbi işlemi hastanın iyileştirilmesi, doğması muhtemel başka bir hastalığın önlenmesi amacıyla yapılıyorsa hukuka aykırılık unsuru taşımayacaktır⁸⁹. Öyle ki, NPK m.4 hükmü, ameliyat sırasında kastrasyon uygulamasının tedavi amacı gütmesi halinde hukuka uygun kılmıştır. Aksi yönde ise, kastrasyonun geri döndürülmesi mümkün olmayan ya da telafisi mümkün olmayan zararlar doğurabileceği gerekçesiyle, ilgilinin açık rızasının alınmasının gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰. Yine, ameliyat sırasında doğabilecek ihtimaller gözetilerek, ikinci müdahalenin yapılmasında imkansız haller bulunması halinde kişinin rızasının olduğu varsayımı ile tıbbi işlemin uygulanması gerektiği de savunulmuştur⁹¹.

1.2.2.2. Sterilizasyon

Sterilizasyon, 2827 sayılı NPK m.4/I düzenlemesinde cinsi dürtülere mani olmaksızın kişilerin çocuk yapma vasıflarına yapılan müdahale olarak belirlenmiştir. Tanıma göre, sterilizasyon uygulaması ile kişinin yalnızca üreme fonksiyonları durdurulmakta; bu yönüyle de kastrasyondan ayrılmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak, 18059 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 10. Maddesinde de, kadın ve erkeğin cinsi ihtiyaçlara engel olmaksızın çocuk yapma kabiliyetinin sonlandırılması olarak tanımlanmıştır⁹².

⁸⁹ Erman Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 206.; Benzer grş için bkz. Tek,s.107.

⁹⁰ Yenerer Çakmut, s.126.

⁹¹ Küçük, s.299-300 ; Varsayımsal Rıza kavramı için bkz. Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları,s.70-75 ; Kahraman Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.7, S.1, 2016,s.497-498; Oktay Özdemir Saibe,Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul,2010, s.1315-1351, Yazar'a göre, Kişi, yaşamsal bir tehlike içinde bulunuyor ve yine de tedaviyi reddediyorsa, bu durumda yaşam hakkının üstünlüğü ve vazgeçilemez niteliği nedeniyle kişinin rızası hilafına da olsa müdahalede bulunmak gerekir. ; Kurt Munise Gülen, Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, TBB Dergisi,2020 ,S.146,s.194; Çobanoğlu Nesrin, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.77 ; Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar"; İstanbul Hukuk Mecmuası, S.79 C.2,s. 441-483.

⁹² RTSHYDİT m.2/c. " Sterilizasyon deyimi, kadınlarda tüp ligasyonu, erkeklerde vazektomi" ifade eder.

Ergin kişilere sterilizasyon uygulaması ancak sterilizasyon yapılmasını engelleyici bir tıbbi sakıncanın bulunmaması koşuluna bağlanmıştır.

Gebeliği önleyici araçlara ulaşma hakkının temel insan hakkı olduğu ve sterilizasyon uygulamasının kişinin ancak rızası halinde yapılabileceği 2827 sayılı NPK ve ilgili tüzükte de belirtilmiştir. TMK m.24/II düzenlemesinde, kişinin rızasına aykırı olarak yapılan ancak üstün nitelikte özel veya kamusal yararı ya da kanunun verdiği yetkinin kullanıldığı haller, hukuka uygunluk koşullarından sayılmıştır. Sterilizasyon, diğer deyişle, bireyin kısırlaştırma işleminin, kişilerin rızaları dışında uygulanması halinde, beden bütünlüğü ihlali sonucu da ortaya çıkacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinde, kimseye insanlık dışı muamele yapılamayacağı ve kimsenin işkenceye maruz bırakılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, kişinin rızası olmaksızın kısırlaştırılması, insan onuruna aykırı bir muamele olarak kabul edilecektir. Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 101.maddesinde ilgililerin rızasına aykırı olarak yapılan kısırlaştırmanın hapis ile cezalandırılacağı belirtilmiş; yine aynı maddede operasyonun yetkili olmayan kişilerce yapılmasının ise suçun nitelikli halini meydana getireceği düzenlenmiştir.

Bu sebeplerle sterilizasyon uygulamasında kişinin rızası kavramı özellikle düzenlenmiş ve kişinin üreme özelliklerinin yok edilmesi özelliği taşıyan, Anayasa ve mevzuatlarla korunan, en temel haklarından birine yapılacak ciddi bir tıbbi müdahale olması sebebiyle de yasal mevzuatlarda detaylı düzenlenmiştir⁹³.

1.2.2.2.1. Genel Olarak

Sterilizasyon, kişilerin rızasına bağlı uygulanması halinde “ihtiyari sterilizasyon”; rıza dışı hallerde ise “mecburi sterilizasyon” olarak tanımlanmaktadır. Son yıllarda gebelik önleyici bir uygulama tekniği olarak çoğunlukla kadınlar tarafından kullanılan sterilizasyon uygulamasının, yasal mevzuatlarımızda “ihtiyari sterilizasyon” olduğu kabul edilmektedir. 2827 sayılı NPK'nın 4/II düzenlemesinde, sterilizasyonun, kişinin reşit olma koşuluna bağlı olarak isteği üzerine yapılacağı belirtilmiştir. Kişinin beden bütünlüğüne ağır bir saldırı niteliğinde olan rıza dışı sterilizasyon müdahalesinin,

⁹³ Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991. s. 25.; Kahraman, s.498

yasal düzenlemelerimizde yeri bulunmadığı gibi, kişileri rızaları dışı kısırlaştırmanın cezası TCK bakımından suç kabul edilmiştir⁹⁴.

Gebeliği önleyici yöntem olarak aile planlamasının bir uygulaması olarak, kadınların sezeryan operasyonları sırasında, tüplerin bağlanması şeklinde tercih edilmektedir. Operasyondan sonra pişmanlık duyarak çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin, yeniden geçirecekleri operasyonla sterilizasyon uygulamasından dönülebilmesi ise, ameliyatta kullanılacak olan yönteme bağlıdır⁹⁵. Kişiler bu uygulama ile, üreme faaliyetlerini yüksek oranda engellemektedirler. Bu sebeple, sterilizasyonun hukuka uygulugu bakımından kişilerin, açık rızalarının alınmış olması en önemli husustur. Aksi durumda, istenmeyen bir çocuğun dünyaya geldiği haller hekimin operasyonu başarıyla tamamlayamaması, diğer deyişle, taahhüt ettiği edimi yerine getiremeyişi sebebiyle tazminat sorumluluğuna yol açacaktır⁹⁶.

Öte yandan, hekimin tıbbi müdahalesi öncesi, sterilizasyon uygulanmasını talep eden kişiye karşı, aydınlatılma yükümlülüğü sterilizasyon uygulamasında hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmiştir. Nitekim, Yargıtay'da, hekimin sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlanma ihtimalini hastayla paylaşmaması sebebiyle tazminat sorumluluğunun olduğu yönünde karar vermiştir⁹⁷.

⁹⁴ Büyükkay Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.18-19. ; Ayan, s.25

⁹⁵ Minilaporotomi yöntemi ile kasıktan 2-3 cm'lik yatay bir kesi ile kordonlara ulaşarak kordonlar bağlanmaktadır. Laporoskopi, göbekten girilerek kordonların bağlanması işlemidir. Kadınların çoğunlukla tercih ettikleri sterilizasyon uygulamaları için bkz. Dinç Ayten, "40 Yaş Üzeri Evli Kadınların Kontraseptif Tercihlerinin İncelenmesi", Zeynep Kamil Tıp Bülteni, 2018, S.49, C.3, s.251-255 ; Ekinci Sakine Biset, "Üreme Hakkı Kapsamında Üremeye Yardımcı Teknikler", İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.28

⁹⁶ Akyıldız, s.25 , Rızanın hukuka uygun olabilmesi için, kişiye yeterli aydınlatma yapılmalı akabinde de karar vermesi için uygun ve makul süre tanınmalıdır. Rızanın meşruluğu için bkz. Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.40-48.

⁹⁷ Y13HD, 09.05.2013 T., 2012/1813 E. 2013/11915 K. Buna göre, davalı hastane yaptığı savunmada "... operasyonun başarılı ile gerçekleştiğini, ameliyat hakkında davacılara bilgi verildiğini, bakanlıkça zorunlu tutulan "sterilizasyon izin belgesi" denilen ve yapılacak uygulamanın öncesi ve sonrası hakkında bilgi veren ve operasyonu yaptıracak kişi tarafından bu operasyona izin verildiğini gösteren belgenin davacılar tarafından imzalandığını, sadece tüplerin bağlatılması değil, hiçbir doğum yönteminin %100 gebeliği önleyemeyeceğini, nitekim tüplerin bağlatılması yönteminde de ortalama 150-200 kadından birinin gebe kalma durumunun ortaya çıkacağını.." iddialarında bulunmuş olsa da aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin olması sebebiyle davalının tazminat sorumluluğuna karar verilmiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

1.2.2.2.2. Uygulama ve Koşulları

Gebeliği önleyici bir tıbbi işlem olarak sterilizasyonun, 2827 sayılı NPK m.4' te reşit kişinin rızası hallerinde uygulanabileceği belirtilmiş, öte yandan NPK m.6 ve RTSHYDİT m.13 düzenlemesinde, rızası aranan kişilerin evli olmaları halinde eşlerinin onayının aranması gerektiği belirtilerek, kişilerin evli olup olmamalarına göre ayrıma gidilmiştir.

Diğer yandan, 2827 sayılı NPK'nın 5/III düzenlemesinde, kişilere uygulana acil müdahale hallerinin kapsamı, sterilizasyon ve kürtaj halinde sağlık kuruluşları tarafından aranan evrakların çıkarılacak tüzük ile belirleneceği hükmü yer almaktadır.

Sterilizasyona karar verme hakkının, kişiye sıkı-sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle, böyle bir hakkın kanuni temsilci sıfatıyla anne-baba tarafından kullanılması mümkün değildir. Ancak, tıbbi müdahalenin istenilmeyen ikincil sonucu olarak ortaya çıkan kısırlaştırma müdahalelerinde henüz ergin olmayan küçüğün yasal temsilcisi olan anne-babanın rızası ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından vasi rızasından bahsedilebilecektir. Buna göre, testis kanseri olan bir kimsenin ya da rahim kanseri, iç hamilelik gibi durumlarda istenmeden uygulanmak zorunda kalınan sterilizasyonlara kanuni temsilci tarafından verilecek rıza, meşru amaç çerçevesinde değerlendirilecek bu kapsama girebilecektir⁹⁸. Diğer yandan, 2827 sayılı NPK ile öngörülen evli kişilerde eş rızasının, tıbbi müdahalenin zorunlu kıldığı hallerde geçerli olmayacağı kabul edilir.

Ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsizler bakımından da, sınırlı ehliyetsizlerle aynı hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılarak, tıbbi zorunlulukların dayatmadığı hallerde, ayırt etme gücü olmayan kişiye sterilizasyon yapılamayacağı kabul edilmelidir.

Gebeliği önleyici uygulama olarak kullanılan sterilizasyon operasyonunda aranan bir başka şart ise, evlilerde, diğer eşin rızasıdır. Eş rızası, gebeliğin önlenmesini isteyen tarafın bedeni üzerindeki söz hakkını elinden almakta, diğer deyişle, hakkın bir

⁹⁸ Temel,s.69-70; Bazı durumlarda verilecek rızanın meşruluğuna yönelik bkz.Yücel,Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar,s.453 Yazar'a göre; Teşhis, tedavi, rehabilitasyon, önleme veya hastalığın etkilerinin hafifletilmesi amacıyla tıbbi müdahaleler kadar kişinin istediği zaman ve istediği çoklukta üreme hakkını kullanabilmek için gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, üremeye yardımcı tekniklere başvurulması veya bedenini cinsiyet kimliğine uyumlu hale getirmek amacıyla cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek istemesi de meşru bir amaca yöneliktir." demektedir.

başkası tarafından engellenmesine imkan vermektedir⁹⁹. Gebeliği önleyici araçlara erişim hakkı, bir insan hakkı ve en geniş anlamda bir yaşam hakkıdır. Uluslararası sözleşmelerde de devletlere, kişilerin gebelik önleyici araçlara ulaşımın kolaylaştırıcı uygulamalar hazırlaması için pozitif bir yükümlülük yüklemiştir.

4237 sayılı Türk Medeni Kanunu'un, evlilik hukukuna ilişkin tüm düzenlemelerinde, tarafların sevgi ve saygıya dayalı ekonomik bütünlükleri gözetilmiştir. Buna göre, evliliğin kurulması ile kişiler kendi bireyselliklerini kaybetmemekte, temel hak ve hürriyetlerinin kullanmaları özgürlüğü kısıtlanmamaktadır. Öte yandan, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun genel mantığında ise, ailenin korunması ve birliğin düzeni için gerekli düzenlemeleri yapmak amacıyla çocuk sahibi olma noktasında tarafların ortak kararlarını aramıştır¹⁰⁰. Bu sebeplerle, kanaatimizce, eş rızasının, yasal mevzuatta tıbbi uygulama şartı olarak aranması hakkın kısıtlanması ve kullanımının engellenmesi olarak kabul edileceğinden hukuka aykırıdır.

1.3.Gebeliğin Sonlandırılması ve Kürtajın Belirtilen Koşulları

Cumhuriyet'in ilk yıllarında nüfus artışına duyulan ihtiyaç ve geleneksel bakış açısı, gebeliğin sonlandırılmasının benimsenmemesine; gebeliğin kontrol edilmesinin bir "nüfus politikası" olarak kullanılmasına sebep olmuştu. Öte yandan, gebeliğin sonlandırılmasında kadına, tıbbi işlemi uygulayana oldukça ağır cezalar öngörülmüş ve gebeliği önleyici tedbirler yasaklanmıştır¹⁰¹.

Dünya Sağlık Örgütü'nce yapılan araştırmalarda, hemen her yıl 46 milyon kadının tercih ettiği "isteyerek gebelik sonlandırma" işleminin, 20 milyonu sağlıklı olmayan ortamlarda gerçekleştirmekte ve 80 bin kadın yaşamını kaybetmektedir¹⁰².

⁹⁹ Tansu Sayar/ Yasemin Kılıç Öztürk, "Türkiye'de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek:Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 321-325 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/517786> (Erişim Tarihi:03.11.2021) ; Tuğba Dünder /Sevgi Özsoy," Gönüllü Sterilizasyonda Eş Onayı:Bir Üreme Hakkı İhlali mi?", Sürekli Tıp Eğitim Dergisi,2019,C.28,S.3,s.222-227.

¹⁰⁰ Öğretide, bir kişinin sterilizasyon ameliyatı olarak çocuk sahibi olmak istememe kararını diğer eşin çekışmeli boşanma davasında sebep gösterebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Tek,s.64.

¹⁰¹ Çokar,Kürtaj, s.102.

¹⁰²Hatice Yılmaz Doğru/ Gülseren Oktay/Çiğdem Kunt İşgözer/ Asker Zeki Özsoy/Bülent Çakmak/ İlhan Bahri Delibaş/Nagihan Çeltek Yıldız, " Yaş gruplarına göre kadınların aile planlamasına bakışları ve seçtikleri yöntemlerin değerlendirilmesi: Tersiyer Tek Merkez Deneyimi, Dicle Tıp Dergisi, C:3, S:43,2016, s.415-417.

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/602909> (Erişim Tarihi: 04.11.2021)

Gebelikten korunma yöntemlerinin kadınlar tarafından toplumsal baskı, bilgi eksikliği, ekonomik bağımlılık ve çoğu kesimde söz hakkı sahibi olamama gibi durumlar sebebiyle, cinsel kullanımı kadınlar tarafından denetlenememiştir. Cinselliğin kadın tarafından denetlenmediği durumda, gebeliğin kontrolü de denetlenemeyecektir¹⁰³. İstenmeyen gebeliklerin ihtiyari sonlandırılması amacıyla uygulanan kürtaj, uzun yıllar kadın mücadelesi sonucu, yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

1.3.1. Genel Olarak

Gebeliği sonlandırma işlemi olarak uygulanan kürtaj, en basit anlatımıyla doğum süreci beklenilmeksizin ana rahmindeki ceninin alınması anlamına gelmektedir¹⁰⁴. Bir diğer anlamda, ‘‘dölyatağının içini kazıyıp, dölütü alma eylemi’’ şeklinde de tanımlanmaktadır¹⁰⁵.Öte yandan, RTSHYDİT m.2/c tanımlar başlığı altında geniş bir ifadeye yer verilerek, rahim tahliyesi ile gebeliğin sonlandırılması olarak tanımlanmıştır¹⁰⁶.

Kürtaj, istenmeyen gebeliklere son verilmesi yöntemi olarak kullanıldığı hallerde, ceninin yaşam hakkı ihlali olduğu gerekçeleriyle, din, ahlak ve etik dışı olduğu yönünde çoğu dönem tartışma konusu olmaktadır. Kürtaj, kadınların yaşam hakkı, sağlık hakkı ve kendi bedenleri üzerinde karar verme hakkı ile ceninin hakları bağlamında bir çatışma yaşamasına neden olmuştur. Uzun yıllar ülkemizde de ahlak dışı olarak kabul edilen, yaşam hakkı çerçevesinde engellenmeye çalışan kürtaj uygulamasının, bugün hangi koşullar çerçevesinde yapılabileceği yasal düzenlemelere konu olmuştur. Kürtajın yasal hale getirilmesi, uygulama şartlarının kadın hakları yönünden genişletilebilmesi

¹⁰³ Yalçın Türkan, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yayınevi,2019,s.249 “Dölütün kaderini denetleyen, kadının kaderini de denetler.”

¹⁰⁴ Cevizci Ahmet, Uygulamalı Etik, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s. 90. Kürtaj kavramının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Kızıroğlu Keskin Serap, Gebeliğe Son Verilmesi,Sterilizasyon,Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Özel Sayısı.1, İstanbul,2007,s.213.

¹⁰⁵ <http://www.jinekolognet.com/kurtaj.asp>. Erişim Tarihi:04.11.2021

¹⁰⁶ Kürtaj operasyonu, tıbbi tanımlamalarda sadece istenmeyen gebeliklerin sonlandırılması için yapılan bir işlem değildir. İstemsiz ya da istemli düşükten kalan doku parçalarını, ölü ve boş gebelik parçalarını, gebe olmayan hastalarda rahim içindeki kimi dokuları almak için de kullanılan bir yöntemdir.

bağlamında uzun yıllar mücadele verilmiş ve halen tam anlamıyla özgürlükçü bir bakış açısı ile düzenlemeler revize edilmemiştir¹⁰⁷.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesi, gebeliğin sonlandırılması hallerini düzenleyerek, belirli süreler ve durumların ayrımını gözeterek kürtaja imkan tanımaktadır. Öte yandan, etik ve ahlaki değerlendirmeler, gebe kadının yaşamını kurtarmaya yönelik olmadığı gibi, doğacak çocukta telafisi mümkün olmayan ağır sağlık sorunlarının gözetildiği haller dışında, tamamen istenmeyen gebelik sebebiyle talep edilmektedir¹⁰⁸.

1.3.2. Kadının Gebeliğinin Sonlandırılması Hakkı

Gebeliğin sonlandırılması uygulaması olarak, kürtajın yasal olup olmadığı ve gebeliğin hangi aşamasına kadar sonlandırılabilceği, ülkelerin örf-adetleri ile hukuk düzenlemelerinde bazı şartlara bağlanmıştır. Kürtajın, dini, ahlaki ve etik tartışmaları halen devam etmekte, kadının eş rızasına bağlı kürtaj hakkından yararlanabilmesi eleştirilerek, ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı tartışılmaktadır¹⁰⁹.

Gebeliği istememe hakkı olarak da sonuç doğuran üreme hakkı, tüm uluslararası insan hakları çalışmalarında ve ulusal yasalarda, bireylerin çocuk sahibi olma zamanlamasına, hür iradeleri ile özgürce karar verme hakkını, en temel insan hakkı olarak benimsemiştir¹¹⁰. Öte yandan, gebeliğin fizyolojik özellikler gereği, yalnız kadın üreme işlevini tamamlayabilmesi ve gebelik süreci ve ömür boyu taşınacak olan annelik sıfatı,

¹⁰⁷ Kürtaja ülkelere göre farklılık gösteren bakış açıları için bkz. Yılmaz Esmer, "Kürtaj Konusunda Türk ve Dünya Kamuoyu", <http://betam.bahcesehir.edu.tr/tr/2012/05/kurtaj-konusunda-turk-ve-avrupakamuoyu-1990-2011/> Erişim Tarihi: 03.11.2021

¹⁰⁸ Kürtajın ahlak-etik tartışmaları için bkz. Arifoğlu Bilgehan, "Türkiye'de Kürtajın Etik Açısından İncelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020,S.150,s.125-133; Kansu Karadağ Akasya, "Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi",2016,S.64,C.4,s.2047-2057.; Çoban Funda, "Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim", Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi,2015,S.2,s.79-112 ; Ülman Yeşim Işıl, "Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları", Güncel Hukuk, 2008, sayı 50, s.32. ; Dönmez Burcu, "Tck'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, C.9,s.99-101.

¹⁰⁹ Komut Sultan, "Türkiye'de kadın, cinsellik ve kürtaj", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 2011;S.87,C.3,s.87-95; Ürem Müge, "Kadın Vücudu ve Etik, Sağlık Hukuku Makaleleri-II", İstanbul Barosu Yayınları, 2012, S.10,s.9- 102.; Yeşim Işıl Ülman/ Muhtar Çokar, "Tıp Tarihi Işığında Bir Tıp Etiği Sorunsalı: Iskat-ı Cenin", Türkiye Biyoetik Derneği VI: Tıp Etiği Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı, İstanbul, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, 2010, s. 110.

¹¹⁰ Karaca Bozkurt Özgü, "Uluslar arası Nüfus ve Kalınma Konferansı (ICPD, 1994) Eylem Programı'nın Türkiye'de Uygulanan Sağlık Politikalarının Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden İncelenmesi", Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, 2011, s. 30.

kadın hayatında ve vücudunda köklü değişiklikler yaratacağından, konunun kadınlar bakımından öncelikli olarak değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır¹¹¹.

Ceninin annenin bir parçası olması sebebiyle, kendisi hakkında verilecek olan kararlara katılamaması onun yaşam hakkının sınırlandırılması anlamına gelir. Ceninin yaşama hakkının olup olmadığı, halen üzerinde uzlaşılan bir konu değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, yasal kürtaj haklarının ihlal edildiği gerekçeleriyle yapılan başvurularda, mahkeme net bir karar vermekten çekinerek, taraf devletlerin örf-adetleri ile iç hukuk düzenlemelerine bağlı karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹². Nitekim, temel insan haklarının en başında bireyin, “yaşam hakkı” gelmektedir. Öte yandan, ceninin yaşam hakkını talep hakkının olup olmadığı, ise ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Netice itibarıyla, karşıt görüşler ve din, ahlak ve tıp etiği yönünden yapılan tartışmalar neticesinde oluşan düzenlemeler, ülkeler bakımından birbirinden farklılık arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Vo/Fransa başvurusunda, yapılan tıbbi operasyonda amniyotik kesesi yırtılan hastaya, uygulanmak zorunda kalınan kürtaj sebebiyle doğmamış çocuğun ölümüne yol açıldığı bu sebeple de, taksirle adam öldürmeye sebep olduğu iddiasında, ceninin, AİHS m.2 kapsamında yaşam hakkı olup olmadığını değerlendirmiş; ve anne karnında olan çocuğun yaşam hakkına ilişkin yorum yapılamayacağından, sözleşme ihlali bulunmadığı gerekçesiyle tarafların başvurusunu reddetmiştir¹¹³.

Türk Hukukunda yıllarca süren tartışmalar neticesinde, ihtiyari yani isteğe bağlı kürtajın, doğacak çocukta nesiller boyu sürecek ağır hastalığın olması ve gebe kadının sağlığını tehdit eden haller ayrı tutularak, 2827 sayılı NPHK’da belirtilen şart ve sürelerde; ayrıca evlilerde eş rızası ile uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu halde, kadının kürtaja erişim hakkının engellendiği hallerde, engelli ya da sağlıklı olması ayrımı

¹¹¹ Kırımlıoğlu Nurdan, “Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, Ankara, Türk Klinikleri Tıp Etiği Hukuku-Tarihi Dergisi, C.6, 1998, s. 30-31; Ürem, s.90.

¹¹² Gökhan Albayrak/Didem Özdemir, “Fetüs ve Kadın Hakları-İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu”, Güncel Hukuk, Temmuz, 2012, s.46.

¹¹³ [VO v. FRANCE \(coe.int\)](#) (Erişim Tarihi: 04.11.2021)

gözetmeksizin, istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesine sebebiyet verenler bakımından, tazminat sorumluluğunun doğacağı hükme bağlanmıştır.

1.3.2.1. Kadının Aydınlatılmış Onamı

Kişiyi tıbbi müdahalede bulunulmasının hukuka uygunluk şartlarının başında, hastanın aydınlatılmış onamı yer almaktadır. Diğer bir deyişle, hayatın olağan akışına uygun olarak, hastanın vücut bütünlüğüne hangi tıbbi işlemin uygulanacağı, olası durum ve risklerin bilinerek rıza göstermesi gerekir¹¹⁴. Öte yandan, hastanın tedaviyi istememe ihtimalinde de, kanunun zorunlu kıldığı haller dışında kişinin kendi geleceğine karar vermesine saygı duyulması gerektiği yasal mevzuatlarda düzenlenmiştir¹¹⁵. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25/1 maddesi'nde, kişilerin, tüm sonuçları kendilerine ait olmak üzere, tedaviyi ret etme ve durdurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesinde, *“Tabibler, dış tabibleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar.”* hükmü öngörülmüştür¹¹⁶. Aynı şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/1-ğ maddesinde, aydınlatma yerine bilgilendirme kavramı kullanılarak, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekliliği hükme bağlanmıştır¹¹⁷.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından, hekimin kadına uygulanacak kürtajın olası risklerinden bahsetmemesi durumunda, geçerli bir hukuki müdahalenin varlığından söz edilemeyecektir. Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda, hekimlere, hastanın kendisine ait sağlık süreci, uygulanması planlanan tedavinin kapsamı ve tedavinin olası yan etkilerinden bahsedilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Yargıtay, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun tartışıldığı kararlarında, hastada istenmeyen ancak öngörülmeksizin meydana gelen zarardan, hastanın aydınlatılmış rızasının bulunmadığı gerekçesiyle, hekim kusurunun olduğu yönünde

¹¹⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s.201-209; Akyıldız Sunay, Sağlık Hukuku Rehberi, Seçkin Yayınevi, 2016, Ankara, s.271. Ozanoğlu Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:52, S:3, 2003, Ankara, s.64-65.; Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.90.; Şimşek Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.16, 2014, s.3535-3556.

¹¹⁵ Tacir Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul, s.148-149.

¹¹⁶ RG:14.04.1928 T. 863 S.

¹¹⁷ RG:01.08.1998 T. 23420 S.

karar vermiştir¹¹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, güncel bir kararında kadının kürtaj operasyonu sırasında bağırsaklarının delinmesi sebebiyle ölmesi üzerine ilgililerin açtığı bir davada, davanın reddi yönünden yerel mahkemenin kararını bozarak, hekim ve hastanenin yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁹. İlgili karar ışığında, hekimlerin gebeliğin sonlandırılması bakımından, doğrudan rahme uygulanan tıbbi işlemin, rahim içi zedelenme ya da enfeksiyon riskleri ile bir daha gebe kalamama riskini anlatması gerekir. Bu hallerde verilecek gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin karar, hukuken meşru sayılır.

Her tıbbi müdahale, risk barındırdığı gibi, operasyonun sonuca ulaşamaması ihtimalini de, barındırmaktadır. Çoğunlukla gebeliği önleyici uygulamalardan olan sterilizasyon operasyonu bakımından, hekimin kadına sterilizasyon işleminin olası başarısızlık ihtimalinden bahsetmesi gerekir. Tıp hukuku literatüründe, başarısızlık ihtimalinde oluşabilecek zararlardan hekimin hastayı bilgilendirmesi, risk aydınlatması olarak kabul edilmiştir¹²⁰. Bu hallerde, sterilizasyon uygulaması ile sterilizasyon işlemi uygulanmasına rağmen başarılı olunamaması ve kadının yeniden gebe kalması halinde, hukuka aykırılıktan bahsedilemez.

Nitekim, Yargıtay ilgili bir kararında, hekimin risk aydınlatması yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. İlgili kararda davalı hastane, sadece tüplerin bağlanması yöntemi değil, hiçbir doğum kontrol yönteminin %100 gebeliği önleyemeyeceğini ve operasyonun başarısızlık ihtimalinin yüksek olduğu savunmasını yapmış ise de, kadının başarısız operasyon riskini bildirilmediği gerekçesiyle hekimin kusuru olduğuna karar vermiştir¹²¹.

¹¹⁸ Y13HD, 2002/7925 E. 2002/10687 K. 15.10.2002 T. ; Y4HD, 1976/6297 E. 1997/2541 K. 07.03.1977 T. Y13HD, 2006/10057 E. 2006/13842 K. 19.10.2006 T. ; Benzer ilgili kararların hepsinde Yargıtay, rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişilik sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerektiğini belirtmiş; ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rızanın hukuken değerli bir rıza olduğunu hükme bağlamıştır. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

¹¹⁹ YHGK.2017/2244 E. , 2021/961 K. 07.07.2021 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

¹²⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 205.; Akyıldız, "Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.18-25. Aydınlatmanın çeşitleri ve risk aydınlatmasına ilişkin bkz. Özdemir Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. XII, S. 3-4, s. 356

¹²¹ Y13HD, 09.05.2013 T, 2012/1813 E. 2013/11915 K. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

1.3.2.1.1. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu

Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle ancak tek başına kullanılabilirler. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi ise, kendisine uygulanacak işlemlerin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek yeterliliğe sahip olanlar bakımından geçerli olacaktır. Henüz erginliğini kazanamamış olanlar ve ergin olup kısıtlı olanlar bakımından hukuki işlem yetkisi TMK m.16'da düzenlenmiştir. Küçük ve kısıtlılar ayırt etme gücüne sahip olmaları halinde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızaları aranmaksızın kullanabilirler. Diğer bir deyişle, rızaya ilişkin olarak sınırlı ehliyetsizin onam ehliyeti; algılama, anlama ve karar verme yeteneği dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹²².

Tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın amacı, kişinin kendi geleceğini belirleme, vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkını kullanabilmesi diğer bir deyişle, bireyin özerklik hakkına saygı gösterilmesidir¹²³.

Öğretide tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, ergin ve akıl sağlığı yerinde olan hak sahibi tarafından, aksi halde ise yasal temsilcinin icazet vermesi ile kullanılabilmesi kabul edilmektedir. TMK m.16, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması halinde yasal temsilcinin rızasının aranmayacağı hükmünü düzenlemiştir. Öte yandan, TŞSTİDK m.70'de, hastanın küçük ya da kısıtlı olduğu hallerde yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğini düzenlemiştir. Bu yönde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24.maddesi ile de, yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği belirtilmiş; ancak küçük ve ya kısıtlı hastanın, anlatılanları kavrayabildiği hallerde, bilgilendirme ve tedavi sürecine katılmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, yasal temsilcinin rızası, sınırlı ehliyetsizin istek ve talepleri doğrultusunda geçerli olacaktır¹²⁴.

¹²² Hakeri,Tıp Hukuku,s.335 Yazar'a göre, basit, tek tipteki tıbbi müdahale ile ağır bir tıbbi müdahaleye rıza verilmesinde farklı kıstaslar ortaya çıkacaktır.

¹²³ Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, s.120; Dural/Öğüz,s.106 ; Sert Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları,2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019,s. 138-139.

¹²⁴ Oktay Özdemir Saibe,Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan'a Armağan,2010, 2. Cilt, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 1325. Serozan, Medeni,s.439; Karakaş Fatma Tülay, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015,Ankara, s. 93.

Öğretide, sınırlı ehliyetsizler bakımından tıbbi müdahalelere bakımından yasal temsilcinin rızasının aranmasının hukuka uygunluğu bakımından kesin bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre, her tıbbi müdahale için olmamak şartıyla, önemli nitelik taşıyan, diğer deyişle, hastanın geleceğini önemli ölçüde etkileyecek olan müdahalelerde TMK m. 16 hükmü gereğince yasal temsilcinin onamının aranması gerekmektedir¹²⁵. Diğer bir görüş, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinden onam almaksızın tıbbi müdahale hakkını kullanabileceklerini¹²⁶, aksi yönde başka bir görüş ise, yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın sınırlı ehliyetsizlere uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir¹²⁷. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de, yasal düzenlemelerimize paralel olarak rıza verme yeteneği olmayanların korunması başlığıyla; sınırlı ehliyetsizlerin tıbbi işleme göstereceği rızanın, yaşı, fikri ve olgunluk derecesiyle beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir.

Gebeliğin sonlandırılmasına uygulanacak tıbbi işlem bakımından, Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6.maddesi buna ilişkin bir düzenleme getirerek, sınırlı ehliyetsiz küçüğün gebeliğinin sonlandırılması için yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğini belirtmiştir. Bu halde, HHY'nin 31.maddesi ile NPK m.6 paralel düzenleme olarak, sınırlı ehliyetsiz sınırlı ehliyetize uygulanacak kürtajın yasal temsilcinin onayına bağlı olduğu kabul edilecektir.

Sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilcinin iradelerinin uyuşmadığı hallerde ne olacağı sorunu üzerinde durmak gerekir. Sınırlı ehliyetsizin tıbbi müdahaleye rıza göstermediği hallerde, yasal temsilcinin rızası HHY'e göre tamamlayıcı nitelikte kabul edildiğinden, tıbbi işlemin uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Ayırt etme gücü bulunan sınırlı ehliyetsiz kendisine uygulanacak müdahaleye rızası bulunmadığında, vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle hukuka aykırılık söz konusu olur. Tıbbi işlemi talep eden sınırlı ehliyetsiz küçüğün yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde ise; küçük vesayet altında ise vesayet makamına, velayet altında ise Aile Mahkemesine başvurularak, tıbbi müdahalenin onamı aranacaktır. Tıbbi müdahalenin yapılmaması halinde, sınırlı

¹²⁵ Serozan, Medeni,s.469-470; Şenocak Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001,S. 50,C.4, s.73-79.

¹²⁶ Nart Serdar, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu,2. Bası, Adalet Yayınevi, 2020,s.39; Yücel, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, s.53. Yazar'a göre, Kişilik haklarına ilişkin kararın, kanunun lafzından doğrudan doğruya yasal temsilcinin rızasına bağlılığının kabulü mümkün değildir.;Arpacı Abdülkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.6, S. 2, 2009, s. 9.

¹²⁷ Dural/Öğüz,s.107.

ehliyetsizin yaşamsal faaliyetini etkileyecek önemli nitelikte bir acil müdahale gereksinimi var ise, hekim, “özel üstün yarar” ilkesince tıbbi işlemi, sınırlı ehliyetsiz küçüklerde vasi olarak ana-babanın, hakkında kısıtlılık kararı bulunan erginlerde ise yasal temsilcisinin aranmaksızın yapabilecektir¹²⁸.

Tıbbi müdahaleler, kişilerin tüm yaşamlarında etki doğurabilecek önemli nitelikte işlemlerdir ancak her tıbbi işlemin meşru bir amaca dayanması gerekir¹²⁹. Gebeliğin sonlandırılması, kadının istemediği bir çocuğa ömür boyu bakma yükümlülüğü düşünüldüğünde, hastanın hukuken meşru bir amacına yönelik olduğu kabul edilir.

1.3.2.1.2. Tam Ehliyetsizlerin Durumu

Kişiye uygulanacak her türlü tıbbi müdahale, vücut bütünlüğüne yönelik bir davranışı kapsamaktadır. Bu anlamda, rıza dahilinde olmayan her türlü tıbbi işlem hukuka aykırı nitelikte olacaktır¹³⁰. Hekimin yapacağı tıbbi müdahalelerin hastanın rızası dahilinde bulunması ve hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekir. Hukuka uygun rızanın verilebilmesi için de, kişinin fiilin anlam ve sonuçlarını idrak edebilmesi yani, ayırt etme gücüne sahip olması koşulu aranmıştır¹³¹.

TMK m.13’ de sayılan yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı, akıl hastalığı ya da benzer durumlar sebebiyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin kural olarak ayırt etme gücünün olduğu kabul edilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler, tam ehliyetsizler olarak, herhangi bir hukuki işlemde irade beyanında bulunmaya ehil kabul edilmemişlerdir. Bu sebeple, tam ehliyetsizlerin hukuki işlemlerini, yasal temsilcileri sıfatıyla yapılacağı kabul edilmiştir¹³². Tam ehliyetsizlerin, temsil yoluyla

¹²⁸ Yücel, Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar, s.450-452.

¹²⁹ Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.118.

¹³⁰ Oktay Özdemir, s.1315; Seçer Öz, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2013, C.1, s. 120; Adıgüzel Sibel, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, S. 19, C.5 s. 945-946; Yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak hukuk düzenince korunan şahıs varlığı değerlerinden olup, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymak, saygı göstermek ve ihlal etmemek yükümlülüğü altında olduğu mutlak haklardandır. Bu nedenle, kural olarak bir kimsenin sahip olduğu bu değerlere yönelik her müdahale onun yararına olsa bile kişilik hakkına yönelik saldırı teşkil eden, hukuka aykırı bir davranıştır.

¹³¹ Özpınar Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları”, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007, s. 21; Arpacı, s.9; Hakeri, Tıp Hukuku, s.300; Şenocak, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s.79.

¹³² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.82; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.316;

hukuki işlemlere katılması, bu kişilerin toplumsal adalet düşüncesiyle hukuken korunmaları amacına uygundur¹³³.

Öğretide yasal temsilcinin rızası ile tam ehliyetsizlere uygulanacak tıbbi müdahalenin niteliği tartışılmış, bir görüşe göre, rıza verme hakkının üçüncü kişilere aktarılamayacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, rıza gösterilmesi hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup başkası aracılığı ile kullanılamaz. Tam ehliyetsizlerin tıbbi müdahalelere katılmaları bakımından, üstün özel yararlarının dikkate alınması yeterlidir. Bu sebeple, tam ehliyetsiz kişilerin ailesi yahut yasal temsilcisi tarafından kanunen aranan rıza sadece kişinin üstün yararının tespit edilebilmesinde bir araçtır¹³⁴. Diğer yandan, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin hukuki menfaatlerini korumak amacıyla hekimin, hastanın üstün yararının olup olmadığını değerlendirmesinin değil; öte yasal temsilcinin rızasının daha üstün nitelik taşıdığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁵.

Genel tıbbi işlemlerden ayrı olmak üzere, sınırlı ehliyetsizlerden farklı olarak, gebeliğin sonlandırılması bakımından tam ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası yeterli görülmemiştir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6.maddesinde, tam ehliyetsizler bakımından, vesayet altında bulunanların vasi rızası ile birlikte sulh hakiminin izni aranacağı belirtilmiştir. Tam ehliyetsizler bakımından öngörülen bu ikili denetim mekanizması, cinsel istismar mağduru olabilecek tam ehliyetsizler için yerinde bir düzenlemedir.

Sınırlı ehliyetsizlerin kendilerine uygulanacak olan tıbbi müdahalelere yasal temsilcinin katılması koşulu aranırken, tam ehliyetsizler bakımından kanun koyucu, tam ehliyetsizin rızasını aramamıştır. (NPHK m.6)

¹³³ Köprülü Bülent, Medeni Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984, s.219; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.83 ; Tam ehliyetsizlerin menfaatlerinin daha iyi korunması ve hak ehliyetinden yoksun olmaları sebebiyle haklarına ulaşamamasını engellenmesi bakımından yasal temsilcilerinin hilafıyla hukuk düzenine katılmaları hukuken kabul edilmiştir.; Yücel, Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar, s.458 "Yazar'a göre, kayyımın aksine sürekli olarak görev yapmak üzere belirlenen yasal temsilci yani veli veya vasi ilgilinin ihtiyaçlarını, kişiliğini, duygu ve düşüncelerini, isteklerini genellikle en iyi anlayabilecek kişidir. İlgilinin görüşlerinin ayırt etme gücü olsun olmasın mümkün olduğu ölçüde öğrenilmesi hususunda yasal temsilciye yüklenen yükümlülük kişilerin özerklik hakkına saygı duyulmasını mümkün kılmakta ve bunu güvence altına almaktadır.

¹³⁴ Oktay Özdemir, s.1323-1324

¹³⁵ Kahraman, s.488; Yazar'a göre, kişinin üstün nitelikte özel yararının bulunması halinde yasal temsilcinin rızasının aranmasına zaten ihtiyaç duyulmayacaktır.

Tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücü bulunmayanın korunması esas olduğundan, 1219 sayılı yasaya göre yasal temsilcinin rızasının alınmadığı hallerde, kişinin üstün yararı gereğince hekimin giriştiği işlemin hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir. Veli veya vasinin rızası, mutlak bir karar verme özgürlüğü içerisinde değerlendirilemez¹³⁶. Yasal temsilcinin rızasının alınmadığı hallerde, ayırt etme gücü bulunmayanın menfaati gereği tıbbi işlemin uygulanması gerekir.

Gebeliğin sonlandırılması gerektiği ancak, yasal temsilcinin rızasının alınmadığı hallerde ise izin şartı kaldırmıştır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun m.6/son düzenlemesinde, acil müdahalenin gerektiği hallerde izin şartının aranmayacağı belirtilmiştir. Yasal temsilcinin tam ehliyetsizin menfaatinin korunmasına ilgisiz davrandığı ya da kendisine ulaşamadığı hallerde ayırt etme gücü bulunmayanın korunması amaçlamıştır.

1.3.2.2. Yasal Sürenin Geçirilmemiş Olması

Gebeliği sonlandıran tıbbi işlem olarak kürtajın, NPHK'da öngörülen belirli süreler halinde yasal olacağı hükmü düzenlenmiştir. NPHK m.2/4 maddesine göre, kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez; strelizasyon ve kastrasyon işlemleri yapılamaz. Kanunda belirlenen şartların yerine getirilmediği koşullarda, rızası olsa dahi, gebe kadının çocuğunu düşüren ilgili kimselerin, TCK m.99 düzenlemesince cezalandırılacağı hükmü getirilmiştir. Öte yandan, kürtaj süresinin geçirildiği durumlarda gebeliğini sonlandırılmasını talep eden kadının da, cezalandırılması hükmü yer almaktadır.

Hekimlerin, gebeliğinin sonlandırılması istemi ile başvuran kadının kadının gebelik süresini araştırması yükümlülüğü vardır¹³⁷. Hekimin süreye dikkat etmemesi, eksik muayene ve yetersiz tetkik taraması sonucu gözden kaçırarak ihmali davranışla gerçekleştirebileceği gibi hiç dikkate alınmaksızın da gerçekleşebilir. Bu durumda, ihmal

¹³⁶ Grassinger Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, 2009,s.110-111; Yücel, Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar ,s.459 ; Serozan, Çocuk Hukuku,s.250 .

¹³⁷ Yenerer/Çakmut, s.123, Erman Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.209; Uygur Atiye,"Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi",Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016,S.44,s.372.

sebebiyle oluşan suç nedeniyle, TCK kapsamında cezalandırılması gerekecektir¹³⁸. Öte yandan, RTSHYDİT m.3/II'e göre, kanuni koşulların oluştuğu gerekçesiyle, gebe kadına kürtaj uygulaması yapma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır. Aynı düzenlemenin devamında, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na açılan eğitim merkezlerinde kurs görececek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilecekleri belirtilmiştir.

Bu halde, gebeliğin sona erdirilmesi, gebe kadının isteğine bağlı olarak ve tıbbi zorunluluk çerçevesinde hukuka uygun kabul edilebilecektir. İsteğe bağlı olarak talep edilen kürtaj için ise, NPHK' da ikili bir ayrıma gidilerek, gebeliğin normal veya suç sonucu oluşması halinde farklı sürelerle tabi tutulmuştur. Öte yandan, telafisi mümkün olmayan birtakım haller, kanunda sınırlı olarak sayılmış ve kürtaj için öngörülen yasal süre sınırı kaldırılmıştır¹³⁹.

1.3.2.2.1. Genel Olarak Uygulanan On (10) Haftalık Yasal Süre

NPHK'nın 5.maddesi'nde, gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi sakınca bulunmayan hallerde, gebeliğin 10.haftası doluncaya kadar talep üzerine, rahim tahliyesi yapılabileceği öngörülmüştür. Burada düzenlenen yasal sürenin geçirilmesi halinde, kanunda öngörülen başkaca koşulun olmaması halinde yapılacak kürtaj hukuka aykırı nitelikte kabul edilecektir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'nda, yasal sürenin geçmesine rağmen ihtiyari kürtaj uygulanan gebe kadına ve kanuna aykırı tıbbi işlemi yapan hekime ceza verileceği düzenlenmiştir. Rahim tahliyesine ilişkin esasların düzenlenmesine ilişkin Tüzük'ün(RTSHYDİT) 3.maddesinde de, benzer düzenleme ile tıbbi sakıncanın bulunmaması koşulu ile kadının gebeliğinde onuncu haftaya kadar rahim tahliyesi yapılabileceği belirtilmiştir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak, 12 Mayıs 2003 tarihinde Meclis Başkanlığı'na sunulan TCK tasarısında çocuk düşürme suçunda uygulanacak yasal süre, 12 hafta olarak belirlenmiş, ancak mecliste geçen yasada süre 10 haftaya indirilmiştir.

¹³⁸Akbaş Yasemin,"Hekimin Özen Yükümlülüğü",Fatih Üniversitesi Dergisi,C.2,S.2,2014,s.109-125; Seğer, s.125.

¹³⁹ Bkz. 41 vd.

Bugün birçok ülkede, kürtajın hukuka uygunluğuna ilişkin farklı düzenlemelere gidilmiş ise de, isteğe bağlı kürtajın kanuni bir süreye tabi tutulduğu görülmektedir¹⁴⁰.

Genel olarak bazı ülkelerde 12-24 hafta ile sınırlı tutulan isteğe bağlı kürtaj düzenlemesine nazaran ülkemizde belirlenen sınır bu haliyle kadını daha az koruyucu niteliktedir. Ülkemizde yasal kürtaj sınırına ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır¹⁴¹.

1.3.2.2.2. Zaruri Hallerde Uygulanan Yirmi (20) Haftalık Yasal Süre

Gebeliğin kadının talebi üzerine, ihtiyari olarak sonlandırılması bakımından NPHK ile öngörülen on haftalık yasal süre sınırı dışında, TCK m.99/6 hükmü ile suç sonucu oluşan istenmeyen gebelikler yönünden ayrı bir süre düzenlemesine gidilmiştir¹⁴². Bu halde, TCK m.99/f'e göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, yirmi haftalık gebeliğin sonlandırılması tıbbi açıdan cerrahi müdahale gerektirmesi sebebiyle, ancak uzman hekimler tarafından hastane ortamında yapılması koşuluna bağlanmıştır. Gebeliğin sonlandırılması için öngörülen on haftalık sürenin geçirilmesi halinde, TCK. m.99 hükmü ile, özel bir hukuka uygunluk nedeni oluşturulmuştur.

Gebeliğini sonlandırmak isteyen kadının, cinsel suç mağduru olup olmamasına hangi makam tarafından karar verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir

¹⁴⁰ Yılmaz Canan, "Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme", Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s. 3311-3324. Ülkelere göre isteğe bağlı kürtaj süreleri; isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması, Hollanda'da 24 hafta; ABD'de 20 hafta; İsveç'te 18 hafta; İspanya ve Romanya'da 14 hafta; Avusturya'da 3 ay; Almanya, Arnavutluk, Belçika, Bulgaristan, Çekya, Ermenistan, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, İsviçre, Kazakistan, Letonya, Litvanya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Macaristan, Moldova, Norveç, Özbekistan, Portekiz, Rusya, Slovak Cumhuriyeti, Tacikistan, Ukrayna ve Yunanistan'da 12 hafta; Estonya'da 11 hafta; Bosna Hersek, Makedonya, Sırbistan, ve Türkiye Cumhuriyeti'nde 10 hafta ve İtalya'da 90 gün olarak belirlenmiştir.

¹⁴¹ Mayıs 2012'den itibaren hükümetin, 10 haftalık sürenin kısaltılması gerektiği ve bu sürenin 4 haftaya düşürülmesi yönündeki açıklamaları ile neredeyse genel bir yasak getirilmek istenilmiştir. Öte yandan, Cumhurbaşkanı tarafından, 2012'de yapılan "kürtaj cinayettir" açıklaması ile toplumda kadın örgütleri tarafından oldukça tepkiyle karşılanmıştır. Günümüzde halen daha yasal sınır olan 10 haftalık süre içinde de olsa isteğe bağlı kürtajın devlet hastanelerinde uygulamasında zorluklar çıkarıldığı öne sürülmektedir. Kürtajın uygulanabilirliği sorununa ilişkin olarak bkz. Atay Hazal, "Kürtaj Yasasının Arkeolojisi: Türkiye'de Kürtaj Düzenlemeleri, Edimleri, Kısıtları ve Mücadele Alanları", Fe Dergi, S.9, C. 2, 2017 s.1-16.

¹⁴² TCK m.106/6 : "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir."

suça konu gebeliğin olduğu iddiasının, yargı makamlarınca kesinleşmiş bir mahkumiyetle tespit edilebileceği düşünüldüğünde, yirmi haftalık kürtaj süresi içerisinde bu durumun oluşması mümkün görünmemektedir. Öte yandan, gebe kadının sadece beyanının esas alınması halinde, çocuk düşürme suçuna ilişkin kanuni düzenlemenin işlevsizliği sonucunun doğuracağı gerekçesiyle, bu düzenleme öğretide eleştirilmiştir¹⁴³. Diğer bir görüş, suç mağduru gebe kadının en azından adli makamlara suçu ihbar etmiş olmasını, kürtaj için yeterli görmektedir. TCK kapsamında, cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar, istisnai haller saklı kalmak kaydıyla, taraflardan birinin ihbarından sonra şikayet aranmaksızın devam edecektir¹⁴⁴. Bu halde de, gebe kadının, şikayetini geri alması herhangi bir anlam ifade etmeyecek, asılsız bir ihbar ile suç mağduru sıfatı yaratmış ise de, ‘‘iftira’’ ve yirmi haftalık gebeliği sonlandırması sebebiyle ‘‘çocuk düşürme’’ suçundan yargılanmasına sebep olacaktır. Bu ihtimallerde, gebe kadının adli makamlara yapmış olduğu ihbar, hekim ve gebe kadın açısından gebeliğin sonlandırılması tıbbi işlemini hukuken meşru kılacaktır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, suç mağduru kişinin yaşanan süreç sebebiyle 20 haftalık süreyi geçirmesi sebebiyle gebeliği sonlandıramaması halinde, bir kişilik hakkı ihlali olup olmadığı noktasıdır. TCK m.96 düzenlemesinde, gebe kalan kişinin 20 haftalık süre içerisinde gebeliği sonlandırabilmesi için kesinleşmiş bir ceza mahkumiyeti gerekip gerekmediği düzenlemeye alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin, suç sonucu oluşan gebeliğin kanunen belirlenen sürede sonlandırılabilmesi sebebiyle, suç mağduru kişinin, AY m.17 uyarınca, kişilik hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir¹⁴⁵.

Öte yandan, benzer bir düzenleme ile Alman Ceza Kanunu’nda, gebeliğin suç sonucu meydana gelmesinin ve buna bağlanan eylemin hekim tarafından değerlendirilmesi ve kanaat getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin kabulü için yeterli

¹⁴³ Durmuş Tezcan /Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 278; Keskin Kızıroğlu Serap, ‘‘Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’’,Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, No.1,İstanbul,2007,s.216.

¹⁴⁴ Gülşen Recep, ‘‘Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi’’, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1218; Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 233.

¹⁴⁵ Badur Emel, ‘‘Gebeliğin Sona Erdirilmemesi Nedeniyle Suç Mağduru Çocuğun Kişilik Hakkının İhlali’’, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5,S.2,Ekim 2020,s.4088-4091. İlgili AYM Başvuru No:2017/31619, 23.07.2020 T, 10.09.2020 tarihli ve 31240 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

kılınmıştır¹⁴⁶. Bu hallerde, hekime bir araştırma yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Ancak, suç mağdurunun gebeliğinin yeni öğrenildiği hallerde mağdurun tepki ve psikolojik durumundan, hekimin bir kanaat oluşturması muhtemel iken, yirmi haftalık bir gebeliğin nasıl oluştuğunun tespit edilebilmesi çok mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, yasa kapsamında suç saçılan bir fiilin oluşup oluşmadığına ilişkin takdir hakkı, hekime bırakılamayacaktır. Bu durum,herhalde mağdurun beyanının esas alınması ile de aynı sonuca varmaktadır.

Burada izah edilen TCK ile düzenlenen gebelik sürelerine uyulmaması halinde oluşacak ‘’çocuk düşürme’’ suçunun maddi konusunu, anne karnında bulunan çocuk oluşturmaktadır. Bu suç ile korunan hukuksal yarar ise, anne karnındaki biyolojik varlığın insana dönüşme potansiyelidir¹⁴⁷.

1.3.2.2.3. Sürenin Dikkate Alınmadığı Haller

Gebeliğin sonlandırılması amacıyla uygulanacak kürtajın, ihtiyari ve suç sonucu olmak üzere iki ayrı süreye tabi tutularak, yasa kapsamında kanunen meşru sayılmasının yanında, gebe kadının sağlığının tehdit edildiği ya da doğacak çocukta öngörülen ağır bir sakatlığın bulunması hallerinde kürtaj, herhangi bir yasal süreye tabi tutulmamıştır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile kanunun uygulanması şartlarını düzenleyen RTSHYDİT’e göre, gebe kadında var olan ya da doğacak çocukta olabilecek ağır hastalığın, alanında uzman hekimler tarafından tespit edilmesi şartı aranmıştır¹⁴⁸. Öte yandan, süreye tabi olmaksızın kürtaj uygulamasına tabi tutulabilecek olan hastalıklar, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede tahdidi olarak sayılmıştır.

Gebe kadının sağlığını tehdit eden ya da doğacak çocuğun ağır sakatlığının bulunacağı güçlü riskini barındıran hallerde, hekimin tıbbi müdahale hakkının

¹⁴⁶ Keskin Kızıroğlu, s.26.

¹⁴⁷ Doğan,s.100-101; Dönmezer Sulhi, ‘‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C.50, S.1-4, s.3-11,

¹⁴⁸ NPHK m.5 ‘‘(2) Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.’’

(3) Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

genişletilebileceği ve gebe kadının rızası alınmaksızın müdahaleye girişilebileceği ileri sürülmüřtür¹⁴⁹. Öğretide, bu görüşün kişinin vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkına müdahale olunacağı, doğuma veya kürtaja karar verme hakkının yalnız gebe kadına ait olduğu ileri sürülmüřtür¹⁵⁰. Hekimin, gebe kadının hayati tehlikesi ya da doğacak çocukta ağır anomalinin olması riskini gözeterek, hastanın üstün yararı ilkesine göre tıbbi müdahale hakkı, kadının kendi vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkından öncelikli tutulamayacaktır. Diğer bir deyişle, kanunen meşru sayılacak tıbbi müdahaleye karar verme hakkı, öncelikle tıbbi işlem uygulanacak kişinin kendisindir.

Doğacak çocukta olması muhtemel ağır anomali hali nedeniyle, hekimin gebe kadının rızasını almaksızın kürtaj uygulamasının hukuken meşru sayılması mümkün değildir. Gebe kadının talebi olmaksızın yapılacak bu tıbbi müdahale, sağlıklı bir yaşamın, anomalili bir yaşamdan daha az kıymetli olduğu kanaatine dayalı olacaktır; bu haliyle de hukuk düzeninde savunulması mümkün değildir. Kanunda öngörülen süreye tabi tutulmayan hastalıklarla doğacak çocuk sebebiyle kürtaj uygulamasına karar verme hakkı, anomalili çocuğun tüm bakım ve gözetim yükümlülüğüne ömür boyu katlanacak olan ana ve babanıdır¹⁵¹.

1.3.3. Evlilik Halinde Eşin Rızasının Varlığı

NPHK m.6 ile, on haftaya kadar olan gebeliklerin ihtiyari sonlandırılması evli kadınlarda eşinin rızasına bağlanmışır. Öte yandan, gebeliğin sonlandırılması uygulanma koşullarının düzenlendiği RTSHYDİT m.13/d de, gebe kadının evli olması halinde Tüzük’le belirlenen, eş rızası belgesinin düzenlenmesi gerekliliği hükme bağlanmışır. Gebeliği önleyici sterilizasyon uygulamalarında ise, tarafların cinsiyeti fark etmeksizin, üreme faaliyeti sonlandırılmak istenen tarafın, eşinden izin belgesi alınması koşulu belirtilmiştir.

Bu düzenlemede yasa ile korunması hedeflenen husus, aile birliğinin devamıdır. Kanun koyucu, aile olmanın getirdiği birlik beraberlik yükümlülüğünü çocuk sahibi olma konusunda tarafların ortak iradelerine bağlamıştır. Ancak, evli gebe kadınlar için aranan

¹⁴⁹Özsunay, Gerçek Kişiler, s.120; Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,İstanbul,1972,s.197.

¹⁵⁰Büyükey, s.21 Yazar’a göre, doğacak çocuk özürlü de olsa, müdahale için ananın rızası mutlaka aranmalıdır. Çünkü, aksi takdirde, ana ve çocuk, hekimin karşısında korumasız kalacaktır.

¹⁵¹ şenocak Zarife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, 105-108.

şartın, evli olmayan gebe kadınlar için aranmaması Anayasa'nın 10.maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır. Diğer bir deyişle, evli gebe kadın, için karar verme hakkı eşinin onayına bağlanmışken, evli olmayan gebe kadından bu şart aranmamıştır. Bu halde, eşinin rızası bulunmayan gebe kadın kürtaj hakkını kullanamamakta bu sebeple de, eşinin çocuk sahibi olma konusunda vereceği karara terk edilmiş olmaktadır. Nitekim, Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin, kadın-erkek arasındaki eşitsizliğin engellenmesini düzenleyen 15.maddesine aykırılık tekil edecektir. Bu sebeple, evli gebe kadının çocuk sahibi olma konusunda vereceği karar ile kocanın baba olmadaki menfaati arasında bir denge kurulması gerekir¹⁵².

1.3.3.1. Genel Olarak

Gebeliğin sonlandırılması bakımından, evli gebe kadınlara özgü tıbbi işlemin kanuni şartı, eşinin rızasının varlığıdır. Öte yandan, evli olmayanlarda aranmayan bu koşulun Anayasa ile düzenlenen eşitlik hakkını ihlal edeceği kabul edilmektedir. Yasal düzenlemelerde evli gebe kadınlara ilişkin tıbbi uygulama koşulu olarak yer alan eş rızası, birçok soruna sebebiyet vermektedir.

Yasa koyucunun belirlediği on haftalık süre içerisinde tıbbi uygulama koşulu olarak aranan, eş rızasının neden olduğu bir problem olarak, suç sonucu oluşan gebeliklerde rızanın akıbetine ilişkindir. Bu hallerde, gebe kadın evlilik içinde eş tarafından cinsel saldırıya uğramış ise, bu suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılmasının koşulu yine suçun faili olan eşin onayına bağlanmış olacaktır. Bu durum, "kimsenin kendi haksız fiilinden hak elde edemeyeceği" prensibine uygun düşmeyecektir¹⁵³. Yasa koyucu bu halde, eş rızasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu hallerde kanaatimizce, gebe kadının adli makamlara karşı yapacağı suç ihbarı, eş rızasının aranması koşulunu ortadan kaldıracaktır. TCK'da, evlilik içinde cinsel saldırı suçunun oluşması için gebe kadının şikayetinin aranacağı düzenlenmiştir¹⁵⁴. Gebe kadın kendisine karşı yapılan cinsel saldırı suçundan şikayetçi olmak istemese de bunu bir boşanma sebebi

¹⁵²Ürem,s.113-114; Metin,s.495; Gebeliğin sonlandırılmasında pozitif ayrımcılık uygulanması yerine fiili eşitlik taleplerine ilişkin KAHDDEM açıklaması için bkz. KAHDDEM 08.03.2010 <https://www.kahdem.org.tr/>

¹⁵³ Gülşen, s. 1225

¹⁵⁴TCK m.102/2 " Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

yapabilecektir. Bu durumda ise gebe kadın ancak eş rızası ile gebeliğini sonlandırabilecektir.

Uluslararası hukuk alanında da, gebeliğin sonlandırılması bakımından, iç hukuk düzenlemelerinde eş rızası koşulunun bulunmamasına ilişkin bir dava, AİHM' e konu olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Mayıs 1980 tarihli W.P.v United Kingdom ve 19 Mayıs 1992 tarihli R.H.v.Norway kararlarında, eşin veya partnerinin kürtaj kararının durdurulması için mahkemeler tarafından karar verilmemesinin, ceninin ve baba adayının hak ihlali olup olmadığı hususları değerlendirilmiştir. Her iki davada da, kürtaj sebebiyle, ceninin yaşam hakkı ve babanın kürtaj hakkının düzenlenmemesi nedeniyle, özel hayatın ve aile hayatının korunması¹⁵⁵ hakkına aykırılık iddiasında bulunulmuştur¹⁵⁶. Nitekim, her iki kararda da mahkeme, AİHS m.8'in ihlal edildiği iddiasının, maddenin kürtaja ilişkin baba adayının rızasını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı düşüncesiyle, hak ihlali olmadığı yönünde karar vermiştir.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından, evli kadını eşinin rızasına bağlayarak geleceği hakkında karar verme hakkını yok etmek, kadının çocuk sahibi olma konusunda karar verme hakkını, eşinin rızasından üstün gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile bağdaşır bir yasal düzenleme değildir. Gelişen uluslararası insan hakları düzenlemelerine uygun olarak günümüz yasal mevzuatlarının da revize edilmesi gerekir. Hacettepe Üniversite tarafından düzenlenen 2015 tarihli raporda, şiddetin kadına gittikçe artan bir boyutta olduğu belirtilmiştir¹⁵⁷. Günümüz toplum yapısı, kürtaj kararına saygı duyacak aile bireyi eşi barındırmak için yeterince anlayışlı olmayacağı gibi, kürtaj talep eden kadının şiddet mağduru olması yüksek riskini taşımaktadır. Evli gebe kadının eşinden çekinmesi sebebiyle, kürtaj imkanına sahip olamaması, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi anlamını da taşıyacaktır.

¹⁵⁵ AİHS m.8 "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması"(1)Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

¹⁵⁶ Case of W.P. v. United Kingdom: European Court of Human Rights, Başvuru no: 8416/78, Tarih: 13 Mayıs 1980 ve R.H.v.Norway kararı 17004/90 Tarih: 19 Mayıs 1992 [HUDOC - European Court of Human Rights \(coe.int\)](https://hudoc.echr.coe.int/)

¹⁵⁷Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması için bkz.

<http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/handle/11655/23338>

Benzer bir yaklaşımla, Amerikan Yüksek Mahkemesi kadına karşı şiddet oranlarının fazla olması ve şiddet gören kadınların kürtaj kararını eşlerinin rızasına bağlayarak kürtaj haklarını ihlal eden yasanın, Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptaline karar vermiştir¹⁵⁸. Mahkeme, Casey kararı ile şiddet mağduru kadınların kürtaj haklarını kullanmalarının, eşin rızasının aranması koşulu ile engellendiği belirtilmiştir¹⁵⁹.

1.3.3.2. Rızanın Aranmadığı Haller

Gebeliğin ihtiyari olarak on haftada önce sonlandırılmasında kanuni şart olarak düzenlenen izin koşulu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da tıbbi endikasyonun¹⁶⁰ olduğu hallerde ayrı tutulmuştur. Tıbbi endikasyon halleri, hekimin tıbbi müdahalesinin hukukten meşru sayılabılmesinin koşulunu oluşturur. Diğer bir deyişle, endikasyon olmaksızın yapılacak tıbbi girişim hukuka aykırı kabul edilecektir¹⁶¹.

Gebeliğin tıbbi endikasyona bağlı sonlandırılmadığı iddiasının hekimin hukuki sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmiştir. Bu sebeple, hekim, gebeliğin sonlandırılması için kanunun aradığı şartlarının oluştuğunu tespit etmek ve gerekli tüm dikkat ve özeni göstermek yükümlülüğündedir. Yargıtay 12.Ceza Dairesi tarafından görülen ilgili bir kararında, kadına uygulanan kürtaj işleminin tıbbi açıdan uygun olup olmadığı, diğer bir deyişle, tıbbi gerekliliğin varlığı değerlendirilmiştir¹⁶². İlgili karar neticesinde hekimin

¹⁵⁸ 1992 tarihli Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/> Yüksek Mahkeme kararın gerekçesinde; "Eş rızası hükmü, gereksiz zorluk yarattığı için hukuka aykırıdır. Dikkate değer sayıda kadının bu hüküm nedeniyle kürtaj olmasının engellenmesi söz konusudur. Öyle ki Pennsylvania sanki kürtajı tamamen yasaklamış gibidir." ifadeleri ile kadınların kürtaj haklarının engellendiğini vurgulamıştır.

¹⁵⁹Sayar/Kılıç Öztürk, s.321-346 : Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, Casey kararının gerekçesinde kadınların kürtaj kararlarını eşleri ile paylaşmak istememesine neden olduğu belirtilen durumlar ülkemizdeki kadınlar için de söz konusudur. Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nun eşin rızasının alınmasına yönelik maddesini Anayasa'ya aykırı bulma gerekçelerinin kadına yönelik aile içi şiddet çeşitlerinin yüksek oranlarda görüldüğü ülkemizde de görölüyor olması ülkemizde de eşin rızası gerekliliğine ilişkin düzenlemelerin kaldırılması gerektiğini düşündürmektedir.

¹⁶⁰ Kuru, s.493 :Tıbbi müdahale, ancak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde hukuka uygun olacaktır. Buna öğretide, "endikasyon" denilmektedir.

¹⁶¹ Kuru Onur, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, S.12,C.2,2021,s.491-500; Hakeri, s.115; Polat Tunçer, Sağlık Hukuku Temel Bilgileri,3.Baskı,Adalet Yayınevi, Ankara,2018,s.167; Tunalı Işıl Güney, "Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, İstanbul Kültür Üniversitesi LEE, İstanbul,2019,s.195; Özsunay Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.43.

¹⁶² Y12CD, 2016/6164 Esas 2016/12950 K. 23.11.2016 T. " "29.04.2011 günü yapılan kürtaj sonrası hastada bulunan ve gittikçe artan ağrı sonrası gerekli takip ve kanama kontrollerini yeterince yapmamış olan DR. ... 'ın söz konusu olayda tıbbi yönden kusurlu olduğu"nun belirtildiği, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'nun 06.03.2013 tarihli raporunda ise " ... mevcut tıbbi belgelere göre missed abortus (ölü fetus) tanısı ile kürtaj yapılmasının doğru olduğu, kişinin 30.04.2011 tarihinde akut batin ön

gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi özen yükümlülüğü hususunda tıbbın öngördüğü gerekli müdahalenin yapıldığı kanaatine varılarak, hekime ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Hekimin cezai sorumluluğunun düzenlediği Türk Ceza Kanunu'nun 99/2 maddesinde, çocuk düşürtme suçu, tıbbi zorunluluk olmaksızın tıbbi işlemi uygulayan hekim için ceza sorumluluğuna yol açacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme gereğince, tıbbi gereklilik bulunmaksızın girişilen kürtaj işlemi, gebeliğin ne kadar süreli olduğu bilgisine sahip olunmasa dahi, hekimin özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilir.

Hekimin gebeliğin süresine ilişkin bilgiye sahip olmaması, yapılan tıbbi işlemi meşru kılmaz. Diğer bir deyişle, hekim gebelikte oluşan zorunlu müdahale halinin varlığını tam olarak tespit edemiyorsa, gerekli test ve tetkikleri yaptırmak ve tıbbi işlemin gerekliliğini netleştirdikten sonra tıbbi müdahale yapmakla yükümlüdür¹⁶³.

Tıbbi gereklilik haline bağlı olarak, gebe kadının sağlığını tehdit eden ve acil müdahale edilmesini gerektiren durumlarda, gebeliğin sonlandırılması bakımından aranan tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler için yasal temsilcinin; evlilik halinde ise eşin rızasının varlığı, hukuka uygunluk koşulu olarak aranmamıştır.

1.3.3.2.1. Genel Olarak

Gebeliğin sonlandırılmasında hukuki geçerlilik koşulu olarak, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 22.maddesinde, tıbbi müdahale gerekliliğinin varlığı aranmıştır. Paralel bir düzenleme olarak, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5.maddesi de, acil müdahalede bulunulmadığı hallerde hayati tehlike barındıran durumlarda hekim tarafından müdahalenin yapılabileceği belirtilmiştir.

tanısı ile ameliyat kararının uygun olduğu, 04.05. 2011 tarihli patoloji raporunda atoni olarak rapor edildiği kişinin tatbikinde Hb'sinin kritik değere düşmesi ve kanama bulgularının mevcut olması nedeni ile yaşamını tehdit eder durumun ortaya çıktığı bu nedenle yapılan histerektominin tıp kurallarına uygun olduğu Dr. ...'e kusur atfedilemeyeceği.." yönünde karar vermiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.11.2021)

¹⁶³ Şatır Nejd: "Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, S.1,C.1, 2009, s.386-387.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından aranan endikasyon şartı, sterilizasyon halinde de öngörülmüştür. Rızaya bağlı sterilizasyon halleri saklı kalmak kaydıyla, acil müdahale gerektiren ve sterilizasyon yani kısırlaştırma tıbbi işleminin yapılabilmesinin hukuki şartı da endikasyondur. Buna göre, hekimin bir tıbbi işlem sırasında acil müdahale hali gerektiren duruma dayanarak yapacağı kısırlaştırma işlemi, tıbbi endikasyon koşulu taşımalıdır. Bu hallerde, endikasyon genetik veya sosyal olarak, kişiden genetik olarak geçecek bir hastalığın geçişini önlemek için yapılabilecektir¹⁶⁴.

Tıbbi endikasyona dayalı kürtajın, Anayasa'nın 17.maddesi ile tıbbi zorunluluk halleri dışında kimsenin bedenine rıza olmaksızın müdahalede bulunamayacağı genel kuralına uygun olduğu kabul edilir. Anayasal düzenlemenin yanında, acil müdahale gerektiren ivedi durumlar karşısında uygulanacak olan tıbbi müdahale, tıp etiğinin temelinde var olan yararlılık ilkesine dayanmaktadır¹⁶⁵.

Benzer bir düzenleme olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/f.VII uyarınca da, hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olması sebebiyle rızasının alınmadığı hallerde rızanın aranmayacağı belirtilmiştir. Öte yandan, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8.maddesi de acil hallerde kişinin muvafakatinin alınmaksızın yapılan müdahaleyi hukuken meşru sayılacağını belirtmiştir¹⁶⁶. TMK m.24/II düzenlemesinde de, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması halleri hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda değerlendirilecek tıbbi müdahalelerin bazıları için yasal düzenlemeler mevcut iken, bazıları için ise mahkeme kararı koşulu aranmıştır¹⁶⁷.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından yapılan özel düzenleme gereğince, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde acil müdahale halleri uygulama koşulları

¹⁶⁴ Koca Mahmut, "Kısırlaştırma Suçu", III.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s.47; Zevkliler Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1,C.1,s.1-37.

¹⁶⁵ Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar", s.452-453.

¹⁶⁶ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m.8 "Acil Müdahale": " Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir." Aynı sözleşmenin m.6'da belirtilen "Muvafakat Verme Yeteneği Bulunmayan Kişilerin Korunması" başlıklı düzenlemesinde, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir." Hükmüne yer verilerek, kişinin üstün yararının gözetileceği belirtilmiştir.

¹⁶⁷ Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.239-240.

belirtilmiştir. Buna göre, “Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin” başlıklı düzenlemede, yasal temsilciden izin almanın mümkün bulunmadığı ve derhal müdahale edilmesi gerektiği hallerde iznin aranmayacağı belirtilmiştir. Sadece sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerin acil tıbbi müdahale gerektiren durumlarda üstün yararları gözetilerek izin koşulu aranmaması koşulu getirilmiştir. Buna göre, sınırlı ve tam ehliyetsizler bakımından yapılacak acil müdahale hallerinde, kanuni şart olarak düzenlenen izin şartının aranmaması kabul edilmiştir. Nitekim, hekime karşı, gebeliğin yasal sürenin geçirildiği yahut kanunun öngördüğü izin koşullarının gerçekleştirilmediği iddiasıyla yapılacak şikayetlerde, cezai sorumluluk doğmayacaktır.

1.3.3.2.2. Kadının Sağlığını Tehdit Eden İvedi Durumlar

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6.maddesi ile izin koşulunun aranmayacağı haller başlığı altında, evli gebe kadınlara ilişkin bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Tıbbi endikasyonun varlığı halinde, evli gebe kadının eşinin rızasının aranması yönünde, öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, sadece gebe kadının on haftalık süre içerisinde ihtiyari kürtaj talebi değil; “gebe kadının hayati tehlikesinin varlığı” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” hallerinde de, evli gebe kadının eşinin rızasının aranması gerekmektedir¹⁶⁸. Bu görüşü savunan yazarlara göre, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6.maddesinde, öncelikle 5.maddesinde belirtilen durumlar sayılmıştır. Diğer bir deyişle, gebe kadının eşiyle beraber rızasının arandığı sorunlu gebeliklere, gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması ve doğacak çocukta ağır sakatlık hallerinin de olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, kanunun ayrı bir düzenlemeye gitmemesi eş rızasının arandığını göstermektedir. Öte yandan, eşin rızasının alınmasında gecikme yaşanacak hallerde de, rızanın varlığının kanunen aranması eleştirilmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Alper Uyumaz/Yasemin Avcı, “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2006, s. ; Yurtcan Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 58-60 Yazar’a göre, her iki duruma göre de, kanun koyucunun bu şartları göz önüne alarak düzenleme yapması sebebiyle, eş rızasının herhalde alınması gerekmektedir.

¹⁶⁹ Güven Kudret, “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu”, s.15 <https://jurix.com.tr/article/5372>, Erişim Tarihi: 17.11.2021 Yazar’a göre, veli veya sulh hakiminden iznin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği acil hallerde izin şartının sınırlandırılmasına rağmen eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlar için düzenleme yapılmaması tartışmaya açık ve olumsuz sonuçlar yaratma potansiyeline sahiptir

Öğretide farklı bir görüşe göre, tüm kürtaj sebepleri için gerekli izinlerin sayılmış olmasından, tıbbi endikasyonun olduğu hallerde eş rızasının gerektiği anlamı çıkmamaktadır. Bu görüşe göre, evli gebe kadının eşinin rızasının arandığı haller yalnızca on haftalık yasal süre içerisinde ihtiyari kürtaj talepleri için düzenlenmiştir¹⁷⁰. Nitekim bizim de katıldığımız bu görüşe nazarında, kadının yaşam hakkının, ceninden üstün tutulması hukuken de meşru kabul edilmelidir.

Öte yandan, kanunun kadının sağlığını tehdit edecek hallerde eş rızasının alınmasına ilişkin bir düzenleme yapmasına gerek yoktur. Tıbbi endikasyonun olduğu acil müdahale gerektiren durumlarda kanun, hekime hastanın üstün yararını gözeterek tıbbi işlemde bulunmasını meşru saymıştır. Nitekim, acil hallerde kürtaj yapılabilmesi için eş rızasının aranması gerektiği hususu kanunen kabul edilemez.

1.3.3.3. Eşin Rızasının Meşruluğu

Gebeliğin sonlandırılmasında sadece evli gebe kadınlar için öngörülen eş rızası şartının, günümüz öğretisinde halen tartışıldığı görülmektedir. Türk toplum gelenek yapısı ve tıp etiği açısından farklı yorumlamalara gidilmiş; ancak bir görüş birliği oluşturulamamıştır. Kanun koyucu tarafından düzenlenen on haftayı geçmeyen gebeliklerde ihtiyari kürtaj uygulaması için eş rızasının alınması koşulunu destekleyen yazarlara göre, eşler evlilik birliğinin tüm olumlu ve olumsuz sonuçlarına beraber katlanmalıdırlar. Aile birliğinin devam ettirilebilmesi ve nesillerinin devamı için doğacak çocuğun zamanlamasının belirlenmesi, eşlerin beraber vermesi gereken bir karar karardır. Bu sebeple, bu derece önemli bir karar eşlerden yalnız birinin verebileceği bir karar değildir¹⁷¹. Öte yandan, gebe kadının kürtaj yaptırmak istememesi halinde babanın kürtaj istemesinin bir hükmü olmayacaktır, bu noktada gebe kadının iradesi gözetilmelidir¹⁷².

Eşlerin gebeliğin sonlandırılmasında fikir ayrılığına düşmesi hallerinde, Aile Mahkemelerine başvurarak hakimin müdahalesini isteyebilecekleri ve hakimin olayın durum ve gereklerine göre takdir hakkını kullanarak bir karar verebileceği görüşü de ileri sürülmüştür¹⁷³. Bu görüşün temelinde, 4237 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun

¹⁷⁰ Sayar/Kılıç Öztürk; s.330-331.

¹⁷¹ Tuğba Özalp/Faruk Özalp, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara,2014, s.146.

¹⁷² Hakeri,Tıp Hukuku, s.865.

¹⁷³ Uyumaz/Avcı, s.36.

195.maddesinde¹⁷⁴ yer alana ‘ *Birliğin Korunması* ’ hükmü yer almaktadır. Eşler evlilik birliği içerisinde önemli bir konuda fikir ayrılığına düşmeleri halinde hakimın müdahalesini isteyebilmektedirler. Kanun koyucu, TMK .322 hükmü ile eşleri aile birliği içerisinde huzur ve bütünlüğün sağlanması bakımından karşılıklı anlayış ve gözetim yükümlülüğü düzenlemiştir. Tüm düzenlemeler yanında, kişilerin çocuk sahibi olup olmama konusunda kişilerin tüm hayatını etkileyecek hususun hakimın takdir yetkisine bırakılması tartışmaya açıktır¹⁷⁵. Nitekim, çocuk sahibi olma kararı kişilerin ömür boyu yüklenecekleri bir sorumluluk anlamına gelir ki; bu karar aile birliğinde bir konutun satılması ya da birliğin herhangi bir malvarlığına ilişkin bir düzenlemeden çok uzaktır.

Kadının gebeliğinin ihtiyari sonlandırılmasında eş rızasını aranması gerektiğini savunanlar, ceninin bir kişi olduğu ve yaşam hakkının göz önünde tutulması gerektiği belirtilmişlerse de doktrinde bu görüşe karşı çıkmıştır¹⁷⁶. Biz de bu görüşe katılmıyoruz.4237 sayılı Türk Medeni Kanunu’nu ile kişiliğin başlangıcı tam ve sağ doğum şartına bağlanmıştır. (TMK m.28/I) Bu sebeple, kanunen kişilik sıfatını kazanmamış cenin bakımından kişiliğin başlaması söz konusu olmadığından yaşam hakkı değerlendirilemez¹⁷⁷.

Kadının kanunun öngördüğü on haftalık yasal süre içerisinde ihtiyari kürtaj uygulamasının eş rızasına bağlanması cinsiyetçi bir yaklaşım olduğu ve ergin ve ayırt etme gücüne sahip kadın bireyin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının ihlali olduğu yönünde görüş ileri sürülmüştür¹⁷⁸. Kadın hakları çalışmalarının arttığı son yıllarda Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Konvansiyonu İzleme

¹⁷⁴ 4237 sayılı Yasa m.195 “Birliğin Korunması”: Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

¹⁷⁵ Evlilik birliğinin korunması bakımından hakimın gözeticeği ilkeler için bkz. Samat Murat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.10-12 ; Evlilik birliğinin korunmasında bazı ilkeler göz önünde tutulmak zorundadır. Bu ilkelerden ilki, hâkimin menfaatler dengesini göz önünde tutması ilkesidir. Evlilik birliğinin korunmasında, eşlerin bireysel menfaatleriyle ile evlilik birliğinin sürdürülmesi arasında bir karşılaştırma yapılır. Hâkim, menfaatler dengesini göz önünde tutarak bir karar vermelidir. Diğer bir ilke, eşler arasında mutlak eşitliğin bozulmaması ilkesidir. ; Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, S.20, s.424-461.

¹⁷⁶ Kırımlıoğlu Nurdan, “Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 1998, S. 6, s. 24-32 ; Özçelik Fehmi, “Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, 2010. (Erişim Tarihi: 18.11.2021)

¹⁷⁷ Bkz. 4 vd.

¹⁷⁸ Acıduman Ahmet, “Tıp Etiği Açısından Kürtaj,” V.Sağlık Hukuku Kurultayı 1-2 Kasım, Ankara, 2013, s.17-30. ; Uyumaz/Avcı, s.36 ; Kırımlıoğlu, s.29-31; Güven, 14

Komitesi'nin Türkiye için 2016-Haziran ayında düzenlediği raporda, gebeliğin sonlandırılmasında eş rızasının kişiler arası ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ve düzenlemenin kaldırılması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir¹⁷⁹.



¹⁷⁹İlgili raporun tamamı için bkz.

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/TUR/CEDAW_C_TUR_CO_7_Add-1_24212_E.pdf (Erişim Tarihi:18.11.2021)

2. BÖLÜM

İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN ÇOCUK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI, SAHİBİ VE YÜKÜMLÜLERİ İLE TAZMİNATIN KAYNAKLARI VE KOŞULLARI

2.1. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Tazminat Sorumluluğunun Sebepleri

Anne ve babanın gebeliği istememesine rağmen, planlamadığı zamanda hekimin ihmal veya başarısızlığı sebebiyle, dünyaya gelen çocuklara, hukuk literatüründe istenmeyen çocuk kavramı kullanılmış ve hekimin kusuru ile yaşam hakkı bulan çocuk sebebiyle, ortaya çıkan zarar ve masrafların ilgililerden talep edilebileceği belirtilmiştir. Gelişen yargı kararlarında da, hekimin kusuru veya ihmali sebebiyle dünyaya gelen çocuğun engelli ya da sağlıklı olması farkı gözetilmeksizin, ilgililerin tazminat sorumluluğuna gidildiği görülmektedir. Anne-babanın gebelik öncesi genetik yapılarının çocuk için bir tehlike yaratıp yaratmadığı tespit edilebilmektedir. Gen analizi yaptırarak engelli çocuk sahibi olacağını öğrenen ailenin herhangi bir yasal süreye bağlı olmaksızın, gebeliği sonlandırabilmesi mümkündür¹⁸⁰. Hekimin, tarama ve tetkiklerinde ihmali davranışı ya da hatalı tanısı sebebiyle engelli çocuk ihtimalini görememesi halinde, engelli çocuğun doğumuna sebebiyet verecektir. Yargı kararlarında ve öğretide de, anne-babaya karşı özen yükümlülüğünü yerine getiremeyen hekimin, engelli yeni doğan sebebiyle uğranılan tüm zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. İstenmeyen çocuğun engelli doğumu halinde ilgililerin sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmişken, sağlıklı ancak istenmeyen çocuğun doğumu nedeniyle ilgililerin tazminat sorumluluğu ise, son yıllarda yargı kararlarıyla kabul edilmiştir.

Dolayısıyla, gebe kadının kanunun belirlediği yasal süreler içerisinde kürtaj olma hakkı tanındığı ve ihtiyari kürtajın herhangi bir sebep aranmaksızın yapılabilmesi kabul edilmiştir. Bu halde, hekimin gebelik sırasında kürtaj uygulamasını keyfi olarak yapmaması yahut kendi düşünceleri sebebiyle kürtaj talep edeceğini bildiği hastasına, gebe olduğunu söylemeksizin yasal sürenin geçirilmesine mahal vermesi hekimin kusuru

¹⁸⁰ Gen analizlerinden doğan sorumluluk için bkz. Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, Genom Analiz Sonuçlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi, Gülören Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s.827.

ile çocuğun dünyaya gelmesine sebebiyet verecektir.. Bir başka ihtimalde, hekimin ultrason görüntülerini hatalı yorumlaması ya da gebelik süresince yeni doğanın engelliğini tespit edebilecek tanı ve tetkiklerin yaptırılmaması, istenmeyen engelli çocuğun doğumuna sebep olabilecektir. Yeni doğan engelli ya da sağlıklı olsun, gebe kadının karar verme hakkı engellenmiş, diğer deyişle, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş, bu sebeple de tarafların aile planlamasına aykırı hareket yapılmıştır. Nitekim, hekim kasti olarak sebebiyet verdiği engelli ya da sağlıklı çocuk sebebiyle, ailenin uğramış olduğu maddi-manevi zarardan sorumlu tutulabilecektir¹⁸¹.

Öte yandan sadece gebeliğin sonlandırılmasını talep eden anne-baba için değil; gebeliğin tıbbi yollarla önlenmesi işlemlerinden olan kadınlarda sterilizasyon erkeklerde vazektomi işlemi için de, hekimin ihmali ya da hatası sebebiyle dünyaya gelen çocuk sebebiyle tazminat sorumluluğunun olduğu kabul edilmektedir. Bu hallerde, hekimin tıbbi işlemi ile yeni doğan arasında bir illiyet bağı bulunması şartı aranmıştır. Diğer bir deyişle, istenmeden dünyaya gelen çocuk, hekimin tıbbi işlemi başarısızlığı ya da ameliyat sonrası ihmali davranışı ile dünyaya gelmelidir¹⁸².

Hekimin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi, kanunen belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmemesi koşuluna bağlanmıştır. Ancak, hekimin hukuki sorumluluğundan¹⁸³ söz edebilmek için, kusurlu davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması gerekmektedir¹⁸⁴.Gebeliğin sonlandırılmasında ya da gebelik önleyici tıbbi işlemlerin uygulanması sırasında hekimin kusuru, *aydınlatma*

¹⁸¹Büyükcay Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu,Vedat Kitapçılık,İstanbul,2006,s.8. Hekimin gerçekte olmadığı halde, ceninin genetik bozukluğunun bulunduğu yolunda rapor hazırlanması, teşhis edilebilir ve teşhis etmek zorunda olduğu genetik bir rahatsızlığı yanlış değerlendirerek, mümkün olduğu halde hastalığı teşhis edememesi, gen analizinin yapılmasında elverişsiz teknik donanımın kullanılması sebebiyle sonuçlarının hatalı çıkması, kayıtların özenli tutulmaması sebebiyle sonuçlarının hatalı çıkması, kayıtların özenli tutulmaması sebebiyle, gen örneklerinin karışması ve başka bir kimseye ait sonuçların hastaya kendisininmiş gibi bildirilmesi, hastanın gen örneklerinin, örneğin kaybedilmiş olmaları dolayısıyla hiç araştırılmamış ve keyfi-farazi sonuçlar hastaya bildirilmesi durumlarında hekimin açıkça özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenebilir.

¹⁸²Büyüksağış Erdem, "Ebeveynleri tarafından dünyaya gelmesi arzu edilmemiş çocuğun doğumunu engellemek hekimin sorumluluğunu gerektirir mi?", Hukuk,Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,Şubat-2006,S.48 Bu halde, annenin gebelik ile hekimin tıbbi işlemi arasındaki bağı ispatlaması gerekir.

¹⁸³ Akıntürk Turgut, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s.76 Hukuki Sorumluluk, hukuk düzeninin, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiiliyle maddi ve/veya manevi bir zarar vermiş olan kişiye verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutmasına denir.

¹⁸⁴ Özdemir Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11,S.1,Haziran,2016,s. 33-81. ; Yavuz İpekyüz Filiz," Hekimin Tazminat Sorumluluğu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2015,C.20,S.33,s.6-19.

yükümlülüğünün ihlali ve üstlenilen borcun yerine getirilmemesi olarak iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Her iki halde de hekim, kendi kusur veya ihmali ile dünyaya gelmesi beklenmeyen bir çocuğun doğumuna sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla, dünyaya gelen istenmeyen çocuğun sağlıklı ya da engelli olması arasında bir ayrım gözetilmeyecektir. Herhalde, hekimin ihmali davranışı veya tıbbi işlemi ile istenmeyen çocuğun doğumu arasında kurulacak illiyet bağı ile hekimin kusur sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

2.1.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali

Hekimin hukuka uygun tıbbi müdahalesinden bahsedilmek için, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Kişinin kendine uygulanacak tıbbi müdahaleden haberdar olma hakkı, kişiye tanınan en önemli haktır; bu halde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır¹⁸⁵. Başlıca, Anayasamızın 17.maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun kişilik haklarını düzenleyen 23. ve 24. maddeleri hekimin aydınlatma yükümlülüğünün dayanaklarıdır. Öte yandan, özel düzenlemelerle de, tıbbi müdahalenin hukuki koşullarından bahsedilmiştir. 1219 sayılı TŞSTİDK'nın m.70¹⁸⁶, Hasta Hakları Yönetmeliği m.15¹⁸⁷, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması Hakkında Kanun m.7¹⁸⁸, hekimlerin tıbbi uygunluk koşulu olarak aydınlatma yükümlülüğünden bahsetmiştir. Bir diğer yandan, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5/2'de; hastanın kendisine uygulanacak olan müdahaleye ilişkin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁸⁵Tacir Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s.153; Hakeri,Tıp Hukuku,s.269

¹⁸⁶RG:04.04.1928 T. ve 1219 S. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 :”Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar.”

¹⁸⁷ HHY m.15 “Hastaya;a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,ç) Muhtemel komplikasyonları,d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,hususlarında bilgi verilir.

¹⁸⁸RG:29.05.1979 ve 2238 T. Organ ve Doku Alınması, Saklanması Hakkında Kanun m.7 “ Organ ve doku alacak hekimler : a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak; c) Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek; d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek; e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek; f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.”

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, meydana gelen tüm zararlardan sorumlu tutulacağı Yargıtay'ın içtihatlarıyla da kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında, hekimin tıbbi işlem sırasında kusuru olmaksızın komplikasyon sonucu oluşan zarardan, hastanın aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle hekimi sorumlu tutmuştur¹⁸⁹. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalini hukuka aykırılık olarak nitelendiren Yargıtay, hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın *hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir nitelik* taşıması gerektiğini belirterek aydınlatmanın hastanın anlayabileceği şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Öncelikle, gebeliği önleyici uygulama olarak çoğunlukla bir doğum kontrol yöntemi olarak karşımıza çıkan sterilizasyon tıbbi işlemi bakımından, içinde barındırdığı riskleri ve operasyonun başarılı olamama ihtimali üzerinde durmak gerekir¹⁹⁰. Sterilizasyon işlemi ile kişi, tüm çocuk sahibi olma özelliklerinden vazgeçmektedir. Her ne kadar tıbbi işlemi talep edebilecek bilgiye vakıf olsa da, hekimin kişinin çocuk sahibi olma özelliklerinin temeliyle yok edildiğini karşı tarafa bildirmesi, akabinde de kişinin karar vermesi için uygun ve makul bir süre tanınması gerekir¹⁹¹.

Sterilizasyon tıbbi işleminde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin Amerikan Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, hastayı tıbbi işlem sonrası aydınlatmayan hekimin kusurlu sayılacağını ve istenmeden dünyaya gelenin tüm bakım masraflarından sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Yine, İstanbul Gaziosman Paşa 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/652 Esas sayılı dosyasında, davacı kadının doğum sırasında tüp bağlama ameliyatı olmasına rağmen gebe kalması sebebiyle, doğan çocuğun bakım ve eğitim masraflarından hekim ve hastanenin sorumlu olduğu iddiasıyla görülen tazminat dosyasına, uzman görüşü talep edilmiştir. Nihayetinde, hekimin tüp ligasyonu

¹⁸⁹ Y13HD, 2008/4519 E. 2008/10750 K. 18.09.2008 T. , Y13HD, 2017/8664 E. 2019/6410 K. 22.05.2019 T. İlgili kararlara göre, " 'Ne var ki; ortaya çıkan hasarın komplikasyon olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Mahkemece, davacıların yapılan enjektör öncesi, enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ve davacıların bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına ilişkin bir değerlendirme olmaksızın kabul edilemeyeceği.." belirtilmiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

¹⁹⁰Akyıldız Sunay," Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2010, Ankara, s.18-25.

¹⁹¹ Hakeri, Tıp Hukuku,s.205. ; Temel Erhan, "Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları,2010,s.78-82

operasyonunun olası başarısızlık risklerinden kadının yeterince haberdar edilmemesi sebebiyle, kadında oluşan gebelik sebebiyle hekimin kusurlu olduğu görüşü verilmiştir¹⁹².

Hekimin tıbbi hizmetinde, mesleki hatası yada aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu gebe kalan kadının gebeliği sürecinde bedensel ve ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan manevi zararının da tazmin edilmesi gerekir. Nitekim, anne gebelik sürecinde herhangi bir rahatsızlık geçirmeksizin sağlıklı bir çocuk dünyaya getirmiş olsa da, hekimin tıbbi işleminin başarısızlığı neticesinde gebe kadının vücut bütünlüğü ihlal edilmiş kabul edilecektir¹⁹³.

2.1.1.1. Aydınlatılmış Onam

Hekimin tıbbi işlem öncesi hastaya, kendisine uygulanacak tedavi ve sonuçlarını aktarması “aydınlatma” kavramı ile ele alınmış ve günümüzde tıbbi işlem koşulu olarak yer almıştır. Hastanın özerkliğinin temelinde, hastanın kendisine uygulanacak olan tedaviye karar verme hakkı yer almaktadır. Bu halde, hastanın hekim tarafından yapılacak tedaviye ilişkin onam vermesi ancak, işlem ve sonuçlarını kavraması ile mümkün olacaktır¹⁹⁴.

Hastanın aydınlatılmış rızaya dayalı onam, hastanın tüm riskleri, yararları ile tıbbi işlemi gönüllü olarak kabul etmesi anlamına gelecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kavramı, yalnızca tıbbi işlem öncesi yapılacak işlemleri değil; akabinde uygulanması gereken tedavi sonrası hastanın yapacaklarına ilişkin bilgilendirmeyi de ihtiva eder¹⁹⁵. Bu içerikleri barındıran aydınlatma sonrası hastanın rızası, tedavi sonrası ortaya çıkabilecek riskleri de barındıracaktır. Yargıtay, davacını sterilizasyon operasyonu

¹⁹²Çelik Ahmet Çelik, İstenmeyen Çocuktan Doğan Tazminat, İstanbul Gaziosmanpaşa 1.Asliye Hukuk Mahkemesine Bilimsel Görüş, İstanbul,2013, s.1-10.

¹⁹³Temel, s.79 Yazar’a göre, Hekimin manevi sorumluluğu babaya uygulanan vazektomi ameliyatının, başarısız olması ve bu yüzden annenin istemediği bir gebeliğe maruz kalması halinde de söz konusu olacaktır.

¹⁹⁴ Bayraktar,s.124; Ozanoğlu,s.59; Boran Bedia, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2007, s.102.; Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün niteliği için ayrıca bkz. Erman,s.101; Hakeri,Tıp Hukuku,s.269. Öğretide hakim görüş, ; Gümüş, s.155. “Öğretide hakim görüş, aydınlatma yükümünü haklı olarak vekilin genel sadakat yükümünün bir görünümü olarak değerlendirilmektedir. Gümüş Alper Mustafa, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014, s.117; Eren Fikret,Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara,2014, s.701

¹⁹⁵ Ayan,s.72; Çavdar Pelin, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi,2016,C.22,S.3,s.735-764. Erman, s.103, Hekim hastayı bilgilendirirken, genel ve soyut noktalara değinmekle yetinmemeli, yapılacak olan müdahalenin kendine özgü özelliklerini belirtmeli ve bunların hastanın bilgi ve eğitim düzeyi açısından uygun bir dil ve üslupla anlatılmalıdır, ancak bu halde kendine özgülenmiş bilgileri edinen hasta bu müdahale ile özgür iradesini oluşturarak, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilecektir.

olmasına rağmen tekrar hamile kalması sebebiyle hekim ve hastanenin sorumlu olduğu iddiasıyla gördüğü bir davada, hastane tarafından imzalatılan ‘‘sterilizasyon izin belgesi’’ içeriğinde, tedavi başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı risklerin ve olası komplikasyonlara ilişkin bir açıklama bulunmamasını, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmiştir¹⁹⁶.

Hastadan alınacak aydınlatılmış onamın tüm tedavi sürecini kapsadığı gibi, tedavi süresince uygulanacak yardımcı yöntemleri de kapsayacağı kabul edilmelidir¹⁹⁷. Diğer bir deyişle, hekim hastanın tıbbi işleminden sonra kullanacağı ilacı, sayısını ve hangi sıklıklarla kullanması gerektiği gibi sıklıkla ortaya çıkan ve günlük yaşamı etkileyecek dozdaki yan etkileri açıklamakla yükümlüdür. Öte yandan, hekimin tıbbi müdahalesi, hastanın aydınlatılmış onamı ile rıza gösterdiği alanı kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, hastanın tedavi ve işlem rıza göstermediği alan bakımından, hekimin hukuki sorumluluğundan söz edilebilecektir. Elbetteki, rıza gösterilmeyen kısım, tedavinin asıl unsurunu oluşturmamalıdır.

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu’nun 59/g maddesi uyarınca çıkartılan Hekim Etiği Yönetmeliği’nin ‘‘Aydınlatılmış Onam’’ başlıklı 26.maddesinde de, hekimlerin hastasını, hastalığın niteliği, seyri, tedavi süresince uygulanacak iş ve işlemleri bilgilendirmekle yükümlü kılmıştır. Hastadan alınan rızanın, özgür iradelerine dayanması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁸. Bu halde, gebeliğin sonlandırılması için başvuran

¹⁹⁶ Y13HD 2013/1813 E. , 2013/11915 K 09.05.2013 T. “ davacı ...’in 09.04.2008 tarihinde davalı hastanede sezeryan ameliyatı ile bebek doğurduğu, kalp kapağı hastası olması nedeniyle ameliyat esnasında tüp ligasyonu (tüplerin bağlanması) operasyonu yapıldığı, 29.11.2010 tarihinde yapılan muayenede gebe olduğunun tespit edildiği ve kürtaj yapıldığı ihtilafsızdır. Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu’nun 24 Şubat 2012 tarihli raporunda, tüp ligasyonuna rağmen nadir de olsa gebelik meydana gelebileceğinin tıbben bilindiği, davalı hastaneye kusur atfedilemeyeceği mütalaa olunmuş ise de....Davacılar tarafından 09.04.2008 tarihinde imzalanan sterilizasyon izin belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacıların bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim yada hastanede olduğu gözetilerek davalının sorumlu olduğu kabul edilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

¹⁹⁷ Zeytin Zafer, Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, S.3, Trabzon 2007, s.169.; Hakeri, Tıp Hukuku,s.284 ; Petek Hasan,” Sağlık Hukuku”, Anadolu Üniversitesi Yayınları,Ankara,2013, s. 59.; Özbilen Arif Barış. (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12,S. 24,s. 99-124,

¹⁹⁸ Hekim Etiği Yönetmeliği m.26 “Aydınlatılmış Onam”: Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi

kişinin özgür iradesi ile rızasının alınması gerektiğini düşünmek asıldır; ancak hekim kendisine başvuran kişinin cebir veya zorla tıbbi işleme rıza gösterdiğini düşünüyorsa yahut buna dair şüphe edinmişse, tıbbi işlemi yapmaksızın, durumu adli makamlara bildirmesi gerekir. Hekimlerin, görevleri sırasında karşılaştıkları bir suç oluşturabilecek şüpheli olayları adli makamlara bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Aksi halde, hekim hakkında suça konu olayı bildirmemekten Türk Ceza Kanunu kapsamında sorumlu tutulacaktır¹⁹⁹.

Gebeliğin sonlandırılması işleminde hekim, icrai bir faaliyeti ile kusuruyla doğuma sebebiyet verebileceği gibi, ihmali bir hareketi ile de doğum meydana gelebilir. Nitekim hekim, kürtaj için kendisine başvuran hastasına tıbbi işlemi hiç veya gereği gibi ifa edemez ise, gebeliğin sonlandırıldığını düşünen annenin gebe olduğunu fark edene kadar geçireceği sürede, yasal kürtaj süresi geçirebilir. Bu halde, hekim icrai bir faaliyeti ile kürtaj işlemini başarı ile gerçekleştirememiş ve istenmeyen çocuğun doğumuna sebebiyet vermiş olacaktır. Diğer bir halde, hekim gerekli tetkikleri yaptırmaksızın, gebe kadının gebeliğini fark edemez ya da herhangi bir sebeple gebe olduğunu kadına söylememek suretiyle, gebe kadının yasal kürtaj süresini geçirmesine sebep olabilir. Bu halde de hekim, ihmali hareketi ile gebe kadının istenmeyen çocuğu dünyaya getirmesine sebep olabilecektir. Yargıtay ilgili dairesince verilen bir kararında, davacılara, gerekli tarama ve tetkikleri yapmaksızın çocuğun down sendromlu doğma ihtimali hakkında, aydınlatma yapmayan hekimi kusurlu bularak, mahkemenin davalılar lehine verdiği hükmü bozmuştur. Yargıtay’a göre, hekim, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen, bebeğin down sendromlu olabileceğini, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemleri, bu yöntemlerin risklerini, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri gereğince ve usulünce anneye/babaya açıklamalı, onları aydınlatmalıdır.

kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

¹⁹⁹ TCK m.280 “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”:”Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”; Karahan Burak, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,C.2,S.2,Aralık 2019, s. 948-978.

Aydınlatma yükümlülüğünün yapıldığının ispatı ise, davalı hekim ve bağlı olduğu hastanece yerine getirilmesi gerekir²⁰⁰.

2.1.1.2. Onamın Şekli

Gebeliğin sonlandırılması tıbbi işlemi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un uygulanması yönünden şekil ve esasların düzenlendiği, RTSHYDİT'DE özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, bilgilendirmiş onam ancak belirlenen şekil ve esaslar çerçevesinde yapılmış kabul edilir. Öncelikle, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün Ekli izin belgelerinde, hekimin, belirlenen rahim tahliyesi işleminin tıbbi sonuçlarını, işlemin ağırlığı ve önemi ile muhtemel komplikasyonları bildirildiğine ilişkin açıklama yer almaktadır. "İzin Belgesi" başlığı ile düzenlenen kısımda, tıbbi işlem uygulanacak rızası aranan kişilerin ise, kendilerine yapılacak müdahaleden önce, tedavi süreci kapsamında uygulanacak tıbbi işlemi kendi rızaları ile kabul ettiklerini ifade eden yazılı beyan alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu beyanın, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği hususunda, hekimin ispat külfeti bakımından önem arz ettiği açıktır. Ancak, hekimin hastası ile doğrudan iletişim içine girmeksizin, tıbbi işlem ve oluşabilecek riskleri karşı tarafın anlayabileceği şekilde aktarmaması halinde, sadece imzalatılan belge marifetiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinden bahsedilemeyecektir.

Diğer yandan, aydınlatmanın tıbbi müdahale öncesi, ivedi durumlarda ise, en geç tıbbi işlem sırasında yapılması gerekir²⁰¹. Tıbbi işleme onay verme hakkı bulunan hastanın, kendisini baskı altında hissetmeyeceği, özgürce karar verebileceği makul bir

²⁰⁰ Y11HD, 2018/1849 E. 2019/7606 K. 29.11.2019 T. "M ahkemece alınan tüm raporlarda belirtildiği gibi, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen bebeğin down sendromlu olma ihtimali bulunmakta olup, bebeğin down sendromlu olup olmadığının tespiti için kesin tanı yöntemlerine başvurulması gerekmekte, ancak bu yöntemler de düşük gibi riskleri beraberinde getirmektedir. Bu durumda hekim, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen bebeğin down sendromlu olabileceğini, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemleri, bu yöntemlerin risklerini, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri gereğince ve usulünce anneye/babaya açıklamalı, onları aydınlatmalıdır. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁰¹Altunkaş Aysun, "Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları", II Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu,Ankara,s.51-83; Işık Özcan,s.98.

süreye sahip olması gerekir²⁰². Gebeliğin sonlandırılması amacıyla yapılacak tıbbi işlem bakımından, kanunda hukuka uygunluk koşulu olarak belirlenen yasal süreler de gözetilerek, gebe kadının aydınlatılması ve karar vermesi için makul süre tanınmalıdır. Bazı hallerde, hastaya tıbbi müdahalenin sürekliliğinin bozulamayacağından, tıbbi işlemin başlangıç kısmında artık seyrin değiştirilemeyeceği kanaati uyandırılır ise, bu hallerde verilecek rıza, aydınlatma sonunda özgür iradeyle verilemediği için hukuken meşru kabul edilemeyecektir²⁰³.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kural olarak, hastanın kendisine yapılacak tıbbi işlemin anlam ve sonuçlarının anlaması ile yerine getirilmiş olacaktır. Yargıtay kararlarında ise, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği iddia eden davalı hekim ve hastanenin, ispat külfeti altında olacağı belirtilmiştir. Bu halde, tıbbi işlem yükümlülükleri olarak hekim ve hastanelerin, hastalara “Aydınlatılmış Onam” formları imzalattıkları görülmektedir. Yargıtay ilgili bir kararında, hastadan ameliyat öncesi alınan onamın, hastanın aydınlatılması için yeterli olmayacağını belirterek, yerel mahkemenin davalı lehine verilen hükmünü bozmuştur²⁰⁴.

Gebeliğin sona erdirilmesi bakımından, ivedi haller dışında hekimin aydınlatma yükümlülüğü, rahim tahliyesine ilişkin tüm risk ve sonuçları barındırmak üzere yapılmalıdır. Öte yandan, rahim tahliyesi bakımından kanuni şart olarak düzenlenen iznin, evlilerde eş ile küçük veya kısıtlılarda yasal temsilciden alınacağı durumlarda da, tıbbi işlem yükümlüsü tarafından aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir.

2.1.1.3. İvedi Hallerde Uygulama

Gebeliğin sonlandırılması tıbbi işleminde rızanın aranmadığı halleri, “Rızanın Aranmadığı Haller” başlığı altında incelemiştik²⁰⁵. Buna göre, Nüfus Planlaması

²⁰²Özdemir, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s.365; Ayan, s.83; Ali Rıza Tümer/Emre Karacaoğlu/Ramazan Akçan, “Cerrahide Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ulusal Cerrahi Dergisi, S.24,C.4,s.191-197.

²⁰³ Petek, s.66.

²⁰⁴ Y13HD 2008/4219 E. 2008/10660 K. 16.09.2008 T. İlgili kararda, hekimin tıbbi müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektiği tüm önlemleri alması gerektiği, bu tip sonuçlar nadirde olsa görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarması ve onun rızasını muhakkak surette alması gerektiği, rizikolar ve muhtemel komplikasyonlar konusunda hastanın yeterince aydınlatıldığı ve buna rağmen ameliyata bilerek rıza gösterildiğinin davalı hekimce ispatlanmasının gerektiği ve fakat ispatlanamadığından hukuken geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği belirtilmiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁰⁵ Bkz. 45 vd.

Hakkında Kanun 5/son fıkrası ile, acil müdahale hallerinde uygulanacak şekil ve esasların ilgili Tüzük’de belirtilen usullerde yapılması gerektiği düzenlenmiştir²⁰⁶. RTSHYDİT’nin 14/II maddesinde, acil müdahalelerin, izin aranmayacağı hallerden sayılarak, bu durumda hekime doğrudan müdahale hakkı vermiştir. Diğer yandan, acil hallerde gebeliğin sonlandırılmasını, gebe kadının hayatını ya da organlarından birini önemli derecede tehdit etmesi koşulu aranmıştır. Akabinde, bu müdahalenin ancak, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılabileceği hukuka uygunluk koşulu olarak düzenlenmiştir. Acil müdahale hallerinin hekim takdir ve yorumuna bırakılmasına imkan vermemek için, gebeliğin sonlandırılması hallerine acil niteliği veren hastalıklar tahdidi olarak sayılmıştır²⁰⁷. Dolayısıyla, bu kapsamda belirtilen durumlar dışında hekimin, acil müdahaleye karar vermesi söz konusu olamayacağından, yapılan tıbbi işlem tarafların aydınlatılmış rızaları alınmaksızın yapıldığı için hukuka aykırılık teşkil edecektir²⁰⁸.

İlgili düzenleme ile sınırlı sayıda sayılan durumlar sebebiyle ortaya çıkan acil hallerde, kanunen belirtilen kişilerden onam alınmayacağı düzenlenmiştir. Bu durum, kişinin üstün yararı ilkesi ile de bağdaştırılabileceği gibi, kişinin yaşama hakkı ile temellendirilebilecektir²⁰⁹. Öte yandan, acil müdahalede bulunulabilecek yerler, tıbbi koşul olarak belirlenmiş ve hekime acil müdahale sonrası doğrudan ilgili yerlere durumu haberdar etme yükümlülüğü getirilmiştir²¹⁰. Bu durum, kanunda belirlenen yasal sürelerle uyulmaksızın ya da izni aranan kişiler beklenmeksizin yapılan tıbbi işlemin, kanunen meşru olduğunu ilgili makamlara bildirerek, hekimin sorumluluğuna gidilememesi nedeniyle önem taşımaktadır. Nitekim, gebeliğin hekim tarafından rızası alınmaksızın sonlandırıldığını öğrenen eş ya da vasi, acil müdahaleden şüphe duyduğu hallerde hekimi

²⁰⁶ NPHK m.5/son : Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.

²⁰⁷ RTSHYDİT m.8 “Rahim Tahliyesi Gerektiren Acil Haller” :” Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır.a) Serviralinternal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi

²⁰⁸ Petek, s.68

²⁰⁹ Uyumaz/Avcı, s.612-614; Yücel, “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar”,s.452-453.

²¹⁰RTSHYDİT m.9 “Acil Hallerde Rahim Tahliyesinin Yapılacağı Yerler ve Bildirim Yükümlülüğü” : Acil hallerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir. Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu raporlar, il sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerinde toplanır.

şikayet yoluna gidebilecektir. Bu gibi hallerde, ilgili yerlere bildirim yükümlülüğünü yerine getiren hekime, Sağlık Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmeksizin soruşturma takipsizlik kararı ile sonuçlanacaktır²¹¹. Nitekim, Yargıtay, sağlık ocağında görev yapan hekimin, bildirim yükümlülüğüne tabi olan bir olayda durumu ilgili makamlara bildirmemesini iş yoğunluğuna bağlayan hekime, karşı bir ispata yarar delilin bulunamaması sebebiyle hakkında verilen mahkumiyet hükmünü bozma kararı vermiştir²¹². Buna göre, gebeliğin sonlandırılması halinde kanunun aradığı şartlar olmaksızın acil müdahale gerektiği gerekçesi ile tıbbi işlem yapan hekimi, bu durumu ilgili yerlere bildirmesi, sorumluluktan kurtulabilmesi için önem arz etmektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemelerde belirlenen şart ve usullerin yerine getirilmemesi halinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ortaya çıkar. Hekimin, hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirdiği tüm tıbbi işlemler hukuken meşru kabul edilemez. Tıbbi işlemin hukuka uygunluk koşulunun tek şartı, hastanın aydınlatılmış onamıdır.

Aile bireylerinin gebeliğin sonlandırılması talepleri kanuni şartların varlığı halinde yerine getirilecektir. Hekimin ifa borcu olarak, tıbbi işlemi hiç veya gereği gibi yapmaması hallerinde tazminat sorumluluğundan bahsedilebilir. Nitekim, hekimin, kusuru ile gebe kadının istemediği çocuğu dünyaya getirmesine sebep olması halinde, taraflar kürtaj haklarının engellendiği gerekçesiyle tazminat sorumluluğuna gidebilmektedirler²¹³. Yargıtay, davalıların bebekte var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu sebeple tarafların kürtaj haklarının engellenerek engelli çocuk dünyaya getirmelerine sebep olduğu iddiasıyla görülen bir davada hekimin kusurunu kabul ederek olay arasında illiyet bağı aramıştır²¹⁴. Hekimin kusuru ile sebebiyet verilen halin hekimin tazmin sorumluluğuna yol açacağı hususu uygulamada da yerleşik bir hal almıştır.

²¹¹ Uz Abdullah, "Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Merci Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2,S.2,2021,s.168-170.

²¹² Y4CD 2011/13441 E. 2012/30482 K. 17.12.2021 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

²¹³ Gebe kadının üreme hakkını istenen düzeyde korunmadığına dair bkz., Çokar,Kürtaj,s. 219.

²¹⁴ Y13HD 2012/7843 E. 2013/5023 K. 04.03.2013 T. Dava konusu olayda, davalı dışındaki davalıların bebekte var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkanının olması halinde özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının... tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda rapor alınması gerekir.

2.1.1.4. Hekimin Aydınlatma ve Onam Yükümlülüğü

Hekimin tıbbi müdahale öncesi hastayı aydınlatması, hastanın beden bütünlüğüne yönelik kanunen meşru sayılmayan bir fiil olduğu gibi, aynı zamanda hasta ile aralarında gerçekleşen tıbbi hizmet yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Öte yandan, hekimin aydınlatma evresinde hastasını tıbbi işlem öncesi yanlış yönlendirmesi durumlarında da, aydınlatmanın gereği gibi yapıldığından söz edilemez²¹⁵. Bu hallerde, hekimin ortaya çıkan maddi-manevi zararı tazminle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. İstenmeden dünyaya gelen engelli çocukların maddi zararı, doğumlarından itibaren mecburi görülen tüm tedavi, bakım ve özel eğitim masrafları; sağlıklı istenmeyenlerin ise, on sekiz yaşına kadar geçirecekleri tüm bakım, gözetim ve eğitim masraflarıdır²¹⁶. Öte yandan, TMK m.328/II düzenlemesinde, çocuğun ergin olmasından sonra eğitiminin devam etmesi haline, ana-babanın çocuğun eğitim süresi bitimine kadar bakmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Hekim, istenmeden dünyaya gelmesine sebep olunan çocuklar bakımından manevi zarar olarak engelli dünyaya gelenin ve ailesinin katlanmak zorunda kaldığı manevi acıdan da sorumludur²¹⁷. Ancak, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuklar bakımından manevi sorumluluk, öğretide tartışmalıdır. Ayrıca, hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesinin hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açacağı

Hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın....gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların talebinin değerlendirilerek sonuca ulaşılması, tahliyenin mümkün olmadığına tespiti halinde ise mevcut sakatlık ile davalıların eylemi arasında illiyet bağı olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²¹⁵ Y13HD, 2006/13122 E., 2006/16638 K., 21.12.2006 T. " Somut olayda, davacılar davalı doktorun hamileliği takip sırasında görmesi gereken sakatlığı tespit edememesi ve kendilerine bilgi vermemesi sebebiyle davalının kusurlu olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir....Davalının hamileliği takip sırasında yapması gereken rutin kontrollerin neler olduğu, davalının bunlardan hangilerini yaptığı, hangilerini yapmadığı, dosya içinde bulunan hamilelik dönemine ait ultrason görüntülerinden bu anomalinin tespit edilmesi gerekip gerekmediği, takip sırasında bebeğe ait verilerin, organların gelişimlerinin saptanarak kaydedilip kaydedilmediği, davalının ne şekilde görevini yerine getirip getirmediği hususlarında bir tespit yapılmadığından Adli Tıp Raporu yetersiz olup davalının kusuru bulunmadığına ve davanın reddine dayanak yapılamaz. ..." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²¹⁶ Büyükay,s.127-130 Kara Avrupası hukuklarında "zarar olarak çocuk" biçiminde ifade edilen, sağlıklı çocuğun bakım, eğitim vb. giderlerinin, bu giderlere katılmayan kimselere tazmin ettirilmesi esası vardır. Çünkü çocuğun bütün giderlerini tek başına üstlenen kimsenin malvarlığının haksız olarak zarara uğrayacağı açıktır.

²¹⁷ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.150-154.

kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler ile insani görev ifa eden kişilerin, sorumluluk bilinçlerinin artırılmasının hedeflendiği ileri sürülmüştür²¹⁸.

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuk nedeniyle tazminat sorumluluğunda belirleyici husus, çocukta var olan engelin rahim tahliyesinin mümkün olduğu bir dönemde olmasıdır²¹⁹. Nitekim, çocukta var olan engel, kendisi ve doğacak nesiller için önem arz edecek nitelikte ise, kürtaj için yasal süre öngörülmemiştir. Durumun yasal kürtaj döneminde belirlenmesi halinde ancak, kürtaja imkan veren engeller için tazminat isteminden söz edilebilir. Danıştay tarafından bir kararda, yasal kürtaj imkanı tartışılmaksızın, davalılar aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Mahkemeye göre, engelli dünyaya gelende meydana gelen engelin, davalı hekim tarafından gebelik sürecince tespit edilememesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder²²⁰.

Özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle yeni doğandaki mevcut anomalinin tespit edilememesinin, kamu görevlileri bakımından görevi ihmal suçunu da oluşturacağı kabul edilmiştir. Buna göre, tıbbi işlem yükümlüsü hekimler en hafif kusurlarından dahi sorumlu tutulmuştur. Hekimin, tıbbi işlemi mesleğini ifa ederken, hastayı iyileştirmeye yönelik, hastanın vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirdiği her türlü eylem bu kapsama dahil edilmektedir²²¹. Diğer bir deyişle, hekimin cezai sorumluluğu, teknik anlamda mesleğini icra ederken gerçekleştirdiği tüm icrai eylemleri kapsamaktadır²²². Yargıtay ilgili bir kararında, gebelik sürecinde hekimin yeni doğandan meydana gelen engeli tespit edemediği iddiası ile yürütülen kovuşturmada, hekimin özen yükümlülüğünün yerine getirip getirmediğine dayalı rapor alınmaksızın hüküm verilmesini eksiklik sebebi saymıştır²²³.

²¹⁸ Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.43; Söğüt, İpek Sevda, "Özelliği Olan Bazı Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, II. Ulusal Sağlık Hukuku-Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Yansımalar Sempozyumu, s.87-110; Işık Özcan, s.135.

²¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.228.

²²⁰ Danıştay 15. Dairesi, 2013/3345 E. 2013/5189 K. 27.06.2013 T. " Bu durumda, bebek Merve'de bulunan anomalinin gebelikte tespit edilerek ebeveyne bildirilmesi gerekirken, Dr. A tarafından 18.10.2006 tarihinde (21,22. Gebelik haftası), 21.11.2006 tarihinde (26.gebelik haftası) yapılan USG'de durumun tespit edilememesinin bir eksiklik olduğu..."

²²¹ Ümit Ceyda, "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.8, S.32, 2017, s.198-200.

²²² Selahattin Keyman, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, S.1, 1978, s.57

²²³ Y4CD, 2010/14535 E. 2011/25439 K. 28.12.2011 T. "Guatr hastalığı ile ilgili tedavisi sürerken hamile kalan katılanın, hamilelik sürecini takip eden sanık doktorun çektiği ultrason ve yaptırdığı test sonuçlarından bebeğin sakat olduğunu anlaması ve bu konuda kendisini bilgilendirmesi gerektiğini, buna karşın sanığın hiçbir sorun bulunmadığını söyleyerek kendisini kürtaj olanağından

Öğreti de ve uygulamada, hekimin aydınlatma ve onam yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle meydana gelen zarardan sorumluluğu kabul edilmiş, hekimin kusur sorumluluğu için, ise objektif kriterler aranmıştır. Buna göre, meydana gelen zarar, bir mesleğin icrası için gösterilen acemilik yahut bağlı olduğu mesleğin teknik kurallarına hakimiyetin yetersiz olmasından kaynaklanır²²⁴. Tıp bilimine uygun özen yükümlülüğün, mesleki faaliyeti yapmaya yetkili kimse tarafından yerine getirilmesi gerekir. Hekimlik mesleğinin icrasına yetkili kimseler tarafından ancak kusur sorumluluğundan söz edilebilir²²⁵. Gebeliğin sonlandırılması işleminin de, RTSHYDİY m.4’de belirtilen kişiler tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, isteğe bağlı rahim tahliyesi ancak, pratisyen hekimler tarafından menstrüel regülasyon yöntemiyle, resmi tedavi kurumlarında yaparlar.

2.1.2. Üstlenilen Borcun Yerine Getirilmesi

Hekim ile hasta arasında, tedaviye ilişkin yapılan anlaşma neticesinde, tarafların ‘‘tedavi sözleşmesi’’ ya da ‘‘ hekimlik sözleşmesi’’ kurdukları kabul edilir²²⁶. Öğretide genel olarak kabul edilen net bir tanımlı yapılmamakla birlikte, hekim ile hasta arasında, belirli bir bedel karşılığında teşhis ve tedavi hizmetini kapsayan iş görme sözleşmesi olarak tanımlanır²²⁷. Taraflar arasında kurulan tedavi hizmet sözleşmesi, güven ilişkisine dayanarak, kendine has ve her olay bakımından farklılık arz eden özellikler barındırmaktadır²²⁸. Buna göre, gebeliğin sonlandırılması ve önlenmesine ilişkin, gebe kadın ve hekim arasında yapılan sözleşme de her olay bakımından farklılık gösterecektir. Bu sebeple, genel işlem koşulları niteliğinde alınan aydınlatılmış rızalar, hukuken geçerli rıza kapsamında değerlendirilmemektedir²²⁹. Nitekim, hekim, hastası ile girmiş olduğu

mahrum bıraktığını iddia etmesi karşısında, iddia edilen konuda sanığın ihmalî bulunup bulunmadığı, zamanında yapılacak bir teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği konusunda rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²²⁴ Keyman,s.86

²²⁵ İçel Kayıhan, Taksirden Doğan Sübjektif Ceza Sorumluluğu, İstanbul, 1967,s.200-201; Bayraktar,s.216 ; Keyman,s.86-88.

²²⁶ İpekyüz, s. 13; Demir Mehmet,” Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, Sağlık Hukuku Kurultayı,Ankara,2007,s.153 Ayan, s. 50; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 17.

²²⁷ Murat Alkanat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi C:11, S:5, s.178; Demir, Hekimlik Sözleşmesi, s. 154; İpekyüz, s. 16; Ayan, s. 51.

²²⁸ Arslan Firdevs, “ Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,C.26, S. 1, Haziran, 2020,s.402-404.

²²⁹ Şimşek,Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza,s.3546-3550.

hizmet sözleşmesi kapsamında, üstlendiği teşhis ve tedavi borcunu yerine getirmekle yükümlü olmakta; hasta ise, hizmet karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir.

Hekimlik sözleşmesinin asli edimi, teşhis ve tedavi olup, hekimin görev ifası sırasında göstermekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü gibi edimler yan edim olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, asıl edimi üstlenen taraf olarak hekimin, asıl ve yan edimlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, TBK.m.112 uyarınca sözleşme ilişkisinin ihlali doğacak ve hizmet alacaklıları tarafından, doğrudan hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilecektir²³⁰. Öte yandan, hekimin tedavi sözleşmesi ile hizmet taahhüt etmekte; ancak tedavi neticesinde bir sonuç taahhüt edilmemektedir²³¹. Bu sebeple hekim, tedavi sürecinde, tıp bilimi ilkelerinin kendisine yüklediği tüm dikkat ve özen ile hareket ederek hastanın tıbbi tedavisini tamamlamış ve sözleşme ile üstlendiği borcu yerine getirmiş ise, elinde olmayan sebeplerden doğacak zararlardan sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Gebe kadın ile hekim arasında yapılan, üreme yeteneğinin sonlandırılması ve çocuk sahibi olmamaya yönelik tarafların anlaşması ‘sterilizasyon sözleşmesi’; gebeliğin sonlandırılmasına yönelik anlaşmalar ise ‘kürtaj sözleşmesi’ olarak nitelendirilmektedir²³². Bu hallerde de, görevi ifa ile yükümlü hekimin üstlenilen borcu yerine getirmemesi hallerinde tazminat sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Öte yandan, gelişen tıp alanındaki uygulamalarla, gebelik öncesi ve gebelik süresinde, çocuğun özürlü doğup doğmayacağına yönelik sözleşmelerin de yapılması imkanı ortaya çıkmıştır. Buna göre, özürlü çocuk sahibi olmamaya yönelik olarak, hamilelik öncesinde genetik analiz ve bilgilendirme²³³ ve praimplantasyon genetik tanı sözleşmeleri²³⁴ yapılabilmektedir. Bu sözleşmeler ile kadın, özürlü bir çocuğun doğumunu engelleyebileceğine veya çocukta meydana gelebilecek özrün kendisi ve

²³⁰Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu,s.51-54; Reisoğlu Seza,” Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.109-111.

²³¹ Özdemir,Hekimin Hukuki Sorumluluğu,s.73-75.

²³² Büyükay,s.18-26.

²³³ Hamilelik öncesi genetik analiz ve bilgilendirme sözleşmesi,ana-babanın çocuk sahibi olmak istemeleri durumunda, çocuk bakımından özel bir riziko taşıyıp taşımadıklarının tespiti amacıyla yapılmaktadır.

²³⁴Praimplantasyon sözleşmelerinin hukuki boyutu için bkz. Turgut Cemile,”Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik”,Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.5,S.2,,Aralık,2017,s.181-190. Praimplantasyon genetik tanı sözleşmeleri; Embriyonun ana rahmine transferinden önce, ananın vücudunun dışında genetik araştırma imkanını ifade etmektedir.

hayatı için katlanılabilir olup olmadığına karar verme hakkına sahip olacaktır²³⁵. Nitekim, gen analizi sözleşmesi ile hekim, sözleşmenin taraflarına gen analizi ile özürlü çocuk sahibi olup olmamaları konusunda bir risk analizi yapacaktır. Bu haliyle, sadece bu sözleşmeye güvenerek çocuk sahibi olmaya karar verilmesi durumunda, çocuğun engelli olması, hekimin doğrudan tazminat sorumluluğuna yol açacaktır.

Hekim, mevcut gebelik sonrası çocuğun engelli doğma riskine ilişkin araştırma yapmak suretiyle de borç üstlenebilecektir. Bu durumda hekim, gebelikte engelli bir çocuğun doğma ihtimalini belirleyerek aileye söyleyerek, tarafların kürtaj imkanından yararlanmasını sağlayabilecektir. Hekim, taraflara kromozom analizi²³⁶, amniyosentez²³⁷, kronik doku biyopsisi²³⁸, ultrasonografi ve kordosentez-feteskopi uygulamaları ile engelli çocuğun var olma analizini yapabilecektir²³⁹.

Hekimin gebelik süresinde ve öncesinde taraflarla engelli çocuk sahibi olmamaya yönelik yapmış olduğu sözleşmelerde üstlenmiş olduğu borç, engelli çocuk riskinin tespit edilmesine yöneliktir. Dolayısıyla, hekimin tespit edemediği engel sebebiyle doğumuna sebebiyet verilmesi halinde hekimin üstlenilen borcun yerine getiremediğinden bahsedilecektir.

2.1.2.1. Özen Yükümlülüğü

Hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin en başında, hekimin hizmet ve tedavi sözleşmesine ilişkin özen yükümlülüğü gelmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde vekalet hükümleri uygulanır. Vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin olarak, TBK m.506 hükmü uyarınca hekim, ifa yükümlülüğü altına girdiği sözleşme sebebiyle tedavi süresince gerekli özen ve dikkat borcu altındadır²⁴⁰. Hekim, özen borcunun gereği

²³⁵ Tekin Memiş/M.Fadıl Yıldırım, "Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2004,C.2,S.2,s.287.

²³⁶ Kromozom Analizi; insan bedeninde var olan kromozomların, DNA ve genlerin yapı, sayı ve bütünlüklerine bakılarak yapılan tarama işlemidir. Nurettin Başaran/ M.Arif Akşit," Genetik Danışmanlık", Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yenidoğan Dergisi, No. 2019,S.1,s.96-100.

²³⁷ Amniyosentez; anne karnındaki ceninden alınan hücre örneği ile gen ve kromozom analizinin yapılmasına denir. ; Başaran/Akşit;s.96-100.

²³⁸ Koryonik Doku Biyografisi; plesantadan elde edilen hücreler ile elde edilen teşhise denilmektedir. https://www.thd.org.tr/thd_halk/?sayfa=talasemi

²³⁹ Büyükay,s.36-39.

²⁴⁰ TBK m.506/II : " Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür." ; Başpınar, Veysel; Hekimin Özen Borcu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, s.24

olarak, güncel tıp kurallarına uygun, her somut olay bakımından hastanın ve hastalığın durumuna uygun bir uygulama ile müdahale de bulunmalıdır²⁴¹. Yargıtay kararlarında da, hekim, taahhüt ettiği tıbbi hizmetin sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden sorumlu tutulmuştur²⁴². Hekimin özen borcu, diğer borçları da kapsayan bir özellik taşımaktadır. Nitekim, özen borcunu yerine getirmeyen hekimin, diğer yükümlülükleri de yerine getirdiğinden söz edilemeyecektir²⁴³.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. ve 14. maddeleri, Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesi²⁴⁴ ve HHY'nin 14. maddesi ile, hekimlerin tıbbi özen gösterme yükümlülükleri düzenlenmiştir. TBK m.506/III hükmü uyarınca, vekilin özen borcunun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmetlerin görüldüğü nitelikte basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı belirtilerek, özen yükümlülüğünde objektif bir kriter belirlenmiştir.

Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinin genel özellikleri, TBK kapsamında düzenlenen, vekalet sözleşmesinin yapısına ve hükümlerine uygun olduğu kabul edilmektedir²⁴⁵. Tarafların tedavi ve hizmet sözleşmesi gereğince, hekimin özen borcu

²⁴¹ İpekyüz, 102; Özgül Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010,s.282; İnal Tamer; Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, 5. Bası, Ankara, 2015, s. 77-80.

²⁴² Y13HD 2004/13012 E. 2005/1711K. 07.02.2005 T. ; Y13HD 2017/8515 E. 2020/5427 K. 29.06.2020 T. " Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁴³ Başpınar,s. 27 ; Makas Recep, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2012,C.16,S.4,s.151 ;

²⁴⁴Akbaş Yasemin, "Hekimin Özen Yükümlülüğü", Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ed: İlyas Çeliktas,C:2,S:2,Haziran,2014,s.109-125.

²⁴⁵ Hekim Etiği Yönetmeliği m.26 : " Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.14 "Tıbbi Özen Gösterilmesi" :Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.

²⁴⁵Ayan,s.52; Hakeri,Tıp Hukuku,s.520 ; Erman,s.143 , Demir,Hekimlik Sözleşmesi,s.267; Tezel Cahide," Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukukî Sorumluluklarının Nedenleri", Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL Tezi, 2014, s. 66

asli edim olup, asil borca ek olarak tetkik yapma, doğru tanı koyma ve tanıya uygun tedavi sürecini uygulamaya gibi yan edimler de söz konusudur.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin taraflar ile yapılan sözleşmelerde, hekim, özen yükümlülüğünün objektif kriteri gereğince, tıbbi işlemde meydana gelen eğitim eksikliğine ya da tecrübesinin azlığına dayanamayacaktır. Hekim, aynı zamanda kendini mesleki anlamda geliştirmekle de yükümlü kılınmış ve en hafif kusurundan dahi sorumlu tutulmuştur²⁴⁶. Öte yandan, hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmeksizin giriştiği her tıbbi müdahalede, kişinin beden bütünlüğü üzerinde kişilik hakkının ihlali söz konusu olmakta bu sebeple de hekim, meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktadır²⁴⁷.

Hekim, istenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından özen yükümlülüğünü, sterilizasyon operasyonunun başarısız sonuçlanması, kürtajın yapılamaması ya da hamileliği önleyici tedbirleri yeterince almaması halleri ile ihlal edebilecektir. Yargıtay ilgili bir kararında, hekimin özen yükümlülüğünün değerlendirilmesinde, mesleki tüm şartları yerine getirmeyi yeterli bulmamış tıbbi uygulamanın zamanında, asgari risklerin tespit edilerek gerçekleştirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir²⁴⁸. Son olarak, hekimin, hastasına karşı giriştiği hizmete dayalı özen borcu, geniş anlam bir tedavi borcunu içerir. Diğer bir deyişle, hekim sadece hastanın tıbbi operasyonunu değil; tüm iyileşme sürecini gözetmek, gerekli önlemleri almak ve hastasını bu süreç içerisinde bilgilendirmekle yükümlüdür²⁴⁹.

Gebeliğin sonlandırılmasında gerekli dikkat ve özeni göstermeyen hekimin fiili aynı zamanda, anne karnında cenine zarar vermesi halinde hekimin ayrıca sorumluluğuna neden olur. Bu durum, annenin gebeliğin sonlandırılması hakkını kusuru ile engelleyen

²⁴⁶ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.94-95

²⁴⁷ Ozanğolu, s.55; Şenocak, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s.65; Çilingiroğlu Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.40-48 ; Akyıldız, Sağlık Hukuku Rehberi, s.318

²⁴⁸ Y3HD, 2015/41491 E. 2018/4364 K. 14.04.2018 T. : Hekim, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

²⁴⁹ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.633; Aral, Fahrettin/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.447.

hekim yeni doğanın engelli olması halinden farklılık göstermektedir. Ceninin tazminat hakkı ilgili bölümde incelenmiştir²⁵⁰.

2.1.2.2. Tetkik Yapma Yükümlülüğü

Hekimin tedavi hizmet sözleşmesi ile borç altına girdiği ifa görevini gereği gibi yerine getirilebilmesi bakımından hekime yüklenen yan yükümlülüklerinden biri de, tetkik yapma yükümlülüğüdür. Hekimlik Meslek Etik Kuralları'nın 23. maddesinde, hekimin hastasını bizzat muayne yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre hekim, girişeceği tıbbi işlem öncesinde gerekli araştırma ve tedavi yöntemlerini bizzat belirlemek zorundadır²⁵¹. Öte yandan, hekimin tıbbi işlemin başarı ve kalite oranını arttırmak amacıyla kendi branşından uzmanlar ile görüş alışverişi yapabilmesi durumları bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Yine hekim, hastasına yapacağı tetkik ve işlemlerde, gereksiz harcama yaptırmama ve hasta için zorunlu olmayan yahut yararına olmayacak tahlillerden imtina etmeli; hastayı gereksiz ekonomik harcamalardan korumak durumundadır²⁵². Özenli tedavi hizmetinde, hekimin muayne yükümlülüğü teşhisin bir parçası olmaktadır ve yapılacak tüm tetkikler bu nedenle özenle seçilmelidir²⁵³. Yargıtay bir kararında , hekimin tanı ve tedavinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli tüm tanı ve tetkiklerin yapılıp yapılmadığının araştırılmaksızın, kurulan hükmü yetersiz bulmuştur²⁵⁴.

Hekim, hastanın mümkün olan en iyi şekilde sağlığına ulaşması süresince tetkik yükümlülüğünü devam ettirmelidir. Bu durum, hastanın ameliyat öncesi tedaviye göstereceği fiziki durumundan, ameliyat sonrası dinlenme sürecinde de devam edecektir.

²⁵⁰ Bkz.99-100.

²⁵¹Akyıldız, Sağlık Hukuku Rehberi, s.334

²⁵²Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.30 :”Gereksiz Harcama Yaptırma Yasağı” :Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.20 : Tabip ve dış tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilacı, hastaya veremez. Ancak, esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde, teselli bakımından bazı ilaçlar tavsiye edebilir. Mali vaziyetleri müsait olmayan hastalara, mutlak zaruret olmadıkça, pahalı teselli ilaçları verilmesi caiz değildir. Tabip ve dış tabibi, hastaya lüzumsuz ve füzuli masraflar yaptırmayacağı gibi faydası olmayacağını ve hastanın mali kudretinin kafi gelmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemez

²⁵³ Özge Yücel/Gürkan Sert, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Edt: Gürkan Sert ,Özge Yücel, “Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara,2018, s:355 ; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, s.51-52.

²⁵⁴Y13HD, 2016/26894 E. 2018/8072 K. 18.09.2018 T. “Somut olaya bakılacak olursa, mahkemece bilirkişi raporları esas alınarak hüküm verilmiş ise de; davacının sağ göğsünün de ameliyat edilmesinin gerekli olup olmadığı ve bu göğsüyle ilgili olarak ameliyat öncesinde yeterli tahlil ve tetkiklerin yapılıp yapılmadığı, gerekçeleriyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına...” karar verilmiştir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

Hekimin, destekleyici tedavi olarak kullanacağı ilacın olası risklerini bilmek ve hastalığa özgü değerlendirme yapmak hekimin sorumluluğundadır; zira hastanın önerilen ilacın yan etkilerinin, hastalığına etkilerini bilecek bilgiden yoksundur²⁵⁵. Öte yandan, hekim tedavisine yönelik önereceği ilacın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylı olduğunu, diğer bir deyişle, endikasyon dışı olduğunu kontrol etmekle yükümlüdür²⁵⁶. Yargıtay ilgili bir kararında, hastanın çocuk olduğu ve yaşı, fiziki durumu ve ilaçlara gösterebileceği tepki değerlendirilmeksizin kontrolsüzce ilaç verilmesinden kaynaklı meydana gelen zarardan hekimi sorumlu tutmuştur²⁵⁷.

Gebelik takibi sürecinde de hekim, en yüksek tıp standartlarının gösterdiği tetkik ve tahlilleri yaparak süreci yorumlamak zorundadır. Nitekim, hekimin sonuca yönelik borcunun bulunmaması sebebiyle, gebelik takibinde de tedaviye uygun yeterli tıbbi standartları uygulaması halinde sorumluluktan söz edilemeyecektir²⁵⁸. Yargıtay bir kararında, çocuğun anne karnında iken tespit edilebilecek olan anomalisine ilişkin olarak, hekimin gerekli tanı ve tetkikleri değerlendirmedeki kusuru sebebiyle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Karara göre, gebelik takibi sürecinde çocukta var olan anomalinin görülmesi gerekmesine rağmen, davalı doktorun bu anomaliyi tespit edememesi tıp kurallarına aykırılık oluşturur²⁵⁹.

²⁵⁵Şenocak Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu – II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s. 241-254.

²⁵⁶Yücel, Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu,s.356-357.; Uygur,s.378-379

²⁵⁷ Y13HD, 2004/12088 E. 2005/1728 K. 07.02.2005 T. " "Çocuk olan hastanın, yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

²⁵⁸ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Engelli Çocuk ve Tazminat,s.50-51.

²⁵⁹ Y13HD, 2015/38727 E. 2017/3509 K. 22.03.2017 T. " Dava konusu olayda, davacı annenin karnındaki çocukta bulunan anomalilerin ikili ve üçlü testler ile tesbit edilemeyeceği, bu tür anomalilerin gebeliğin 18-24 haftaları arasında görülmesinin beklendiği, gebe davacı ...'nin davalı hastane diğer davalı doktor tarafından muayene edilip ultrasonagrafik tetkiklerin yapıldığı tarihlerdeki gebelik süresi dikkate alındığında, hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürececek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük çocuk içinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi de zorunludur." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

2.1.2.3. Doğru Tanı Koyma Yükümlülüğü

Hekimin tıbbi işleminden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde en önemli faktör, doğru tanının varlığıdır. Bir diğer anlamda, teşhis, hastada fiziksel ve ruhsal rahatsızlıkların tespiti²⁶⁰. Bir hastalığın oluşmuş olduğu ya da sakatlığın öğrenilmesi için yapılabilecek tetkikler, hastadan doku ve kan alınması, röntgen vb. birçok uygulama olabileceği gibi, gebelik sırasında çocukta var olabilecek rahatsızlıkların tespiti için başvurulacak tetkikler; ultrasonografik görüntüleme, amniyosentez, ikili-üçlü tarama testler olarak örneklenebilir²⁶¹.

Hekim gerekli gördüğü tetkikleri yaparak, hastanın şikayetlerine en uygun ve tıp kurallarınca bilinen doğru tanıyı koymakla yükümlü ise de, tanı koymada yaptığı hata doğrudan sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli değildir²⁶². Ancak, hekimin eldeki tüm imkanlarla hastalığa ilişkin tanı koymaya elverişli bir durumda, tanı koyma yükümlülüğünü ihlalinde, mesleki yetersizlikten söz edilebilecek; bu halde de doğan zararlardan sorumluluktan bahsedilebilecektir. Öte yandan, istenmeyen çocukların dünyaya gelmesi vakalarında, birçok tarama ve tetkikler, duyarlı gebelik muayene ve testleri gelişmiş iken, çocukta var olan engelin tespit edilememesi hekimin mesleki tecrübesizliğinden ileri geldiği kabul edilir²⁶³. Bu hallerde de hekimin, tanı koyma yükümlülüğünü yerine getirirken özen ve dikkatle davranması gerekir²⁶⁴. Yargıtay ilgili bir kararında, çocuğun anne karnında yanlış pozisyonda durduğu ancak hekimin durumu tespit edememesinden kaynaklı çocuğun sağ kolunun eksik doğduğu, hekimin mevcut tıp biliminin koşullarını kullanmaksızın tanı koymadaki kusuru ile sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir²⁶⁵.

Hekim, tıp bilimin gerektirdiği doğru araştırma teknikleri ile tespit edilen hastalığın teşhisinde gösterdiği dikkat ve özeninden sorumlu olduğu gibi, aynı hastalığın

²⁶⁰ Çilingiroğlu, s.18

²⁶¹ Savaş Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara,2007, s. 56.

²⁶² Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk-Doktorların, Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî), Ankara, 1993, s.80; Hakeri,Tıp Hukuku,s.343.

²⁶³ Polat Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005,s.35 ; Hasan Özkan / Sunay Akyıldız Öner, Açıklamalı-İçtihatlı Hasta - Hekim Hakları ve Davaları, Ankara, 2008, s.340-345.

²⁶⁴Yıldırım, Nurhayat: "Hekimin Hastasına Karşı Olan Sorumluluğu" Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s.72.

²⁶⁵ Y13HD, 2016/6074 E. 2017/8426 K. 21.09.2017 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 1.10.2021)

tedavisinin borcunu üstlenmiş ise, hastalığın tıbbi müdahale sonrası takip ve gerekli müdahalelerinden de sorumlu olduğu kabul edilir²⁶⁶. Yargıtay bir kararında, somut olayda, çocuğun annesi olan davacının doğum sonrasında gerçekleştirilmesi gereken rutin kontrollerini gereği gibi ifa etmeyerek, davacıda başlayan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamamasını, hekimin kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁷.

Hekimin tanı koyma yükümlülüğündeki ifa borcunda, yan edim yükümlülüğü olarak hastanın hastalığına ilişkin geçmişin iyi araştırılması gerekir. Tıp literatüründe, anamnez alma olarak kabul edilen uygulama, tedavi hizmetine başlamadan önce tanı koymanın en önemli unsurunu teşkil edecektir²⁶⁸. Herhalde, hekim, hastanın anamnezini gereği gibi ifa etmeksizin kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulabilir.

2.1.2.4. Tanıya Uygun Tedavi Süreci Uygulama Yükümlülüğü

Hekim, üstlendiği tedavi sözleşmesine bağlı olarak ifa borcunu haklı bir sebep olmaksızın, tek taraflı sona erdiremeyecektir. Aksi halde, edim borcunu gereği gibi yerine getirmiş kabul edilemez²⁶⁹. Türk hukukunda, hekimin tedavi hizmetinden çekinme hakkı, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. ve 19. maddeleri ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25.maddesinde düzenlenmiştir²⁷⁰. Hekimin, hastası ile arasında her daim bulunması gereken objektif kriterlerin sona ermesi halinde, çekilme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir²⁷¹. Öte yandan, hastanın tedaviye devam etmek

²⁶⁶ Demir Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C: 57, S.3, s. 225-252.

²⁶⁷ Y13HD 2005/3645 E. 2005/11796 K. 8.07.2005 T. "Somut olayda hükme esas alınan Adli Tıp Kurulu'nun 29.01.2004 Tarihli raporunda, davalı kadın hastalıkları ve doğum uzmanı..nın, davacının annesi olan S'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır" hükmü kurulmuştur. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁶⁸ Yıldırım, s.72 ; Yücel, Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, s.355.

²⁶⁹ Yücel, Yücel, Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, s.355.

²⁷⁰ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.18:Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Madde19: Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle,tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Hekimlik Meslek Etiği Yönetmeliği m.25: Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.

²⁷¹ M.Gökhan Türe/Oğuzhan Türe, "Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı" ,Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2017,S.131,s.305-306.

istememesi için herhangi haklı bir sebep aranmayacaktır; hasta tek taraflı olarak tedaviyi reddedebilir. Kişilerin kendi geleceklerine karar verme hakkının bir sonucu olarak, karar verme yeterliliği bulunan kişinin tedaviyi istememesine yönelik yapmış olduğu irade açıklaması, tedavinin reddedilmesi anlamı taşır²⁷². İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, hastanın tedaviye gösterdiği onamını istediği zaman geri alabileceği düzenlenmiştir²⁷³. Bu halde, hekimin tedaviye devam etmesi, kişinin beden bütünlüğünün ihlali ile hukuken meşru kabul edilmeyen bir fiil teşkil edecektir. Hastanın tedaviyi durdurduğu hallerde hekim, o ana kadar yapmış olduğu tıbbi işlemlerden gereği gibi sorumlu olacaktır. Tedavinin durdurulması sebebiyle ortaya çıkacak sonuçlardan ise, hekim sorumlu tutulamaz.

Hekimin, hastanın sürecine ilişkin koymuş olduğu tanıya ilişkin olarak, kendi bilgi ve mesleki tecrübesi çerçevesinde tedaviyi seçmekle yükümlüdür. Hastanın doğrudan kendisine istediği tedavinin uygulanması talep etmesi halinde hekim talep edilen tedaviyi uygulamak zorunda değildir. Ancak, hekim tedavi sırasında bilinen, başarısız kanıtlanmış standart tıbbi uygulamadan kaçınması halinde doğacak zarardan sorumlu kabul edilmelidir²⁷⁴. Bu halde de hekim seçtiği tedavi yönteminin işlevselliği kanıtladığı, gerekli tüm özeni gösterdiğini ispatlar ise sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

İstenmeyen dünyaya gelen engelli çocuklar bakımından var olan engelin, gebelik takibi süresinde hekim tarafından tespit edilmesi halinde ise, genetik koşullar söz konusu olduğunda, herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu olmayacaktır. Ancak, engelli çocuk sahibi olmaya yönelik taleplerde hekim ile yapılan sözleşmede taraflar, tedaviye yönelik değil, hastalığın tespitini talep etmektedirler. Dolayısıyla, hekimin; gen analizi, amniyosentez, ikili-üçlü tarama testleri vb. gelişen tıp uygulamaları ile tanı koymaya yönelik yaptığı girişimlerde, net yahut tespit edilebilir yaklaşık bir ihtimal belirlemesi halinde sözleşme ile giriştiği ifa yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilecektir. Öte yandan, gebelik sonrası, istenmeyen çocukların dünyaya getirilmemesine yönelik hekim

²⁷²Dinç Mutlu, "Türk Hukuku'nda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 70, Haziran 2012, s.14-21.

²⁷³ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5 " Bu kişiye, önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.(2)İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri çekebilir.

²⁷⁴ Yördem Yılmaz,"Hekimin Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,S.39,Temmuz 2019,s.130-133.

ile yapılan kürtaj sözleşmelerinde ise, hekim sonuca ulaşamaması ve taraflarda meydana getirdiği zarardan sorumlu kabul edilecektir.

2.2. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Doğan Tazminatın Kaynakları ve Koşulları

Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesine dayalı olarak kusuru ile vermiş olduğu zararlardan sorumluluğuna ilişkin olarak, mevzuatta doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Türk Ceza Kanunu’nu ve Borçlar Kanunu’nun belirli düzenlemeleri ile hekimlerin şahsi ve cezai sorumluluklarına gidilebilmektedir. Hekimler, ifa borcu ile ykmllk altına girdikleri tedavi hizmetinde hata, ihmal ve kusurları ile hastaya vermiş oldukları zararlardan dolayı, Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre tüm malvarlıkları ile sorumlu; suç niteliğine sahip olaylar bakımından da Ceza Kanunu hükümlerine göre şahsen sorumludurlar.

Türk Borçlar Kanunu’nun tazminat sorumluluğunu düzenleyen hükümlerine göre; hekime, hatalı tıbbi işlemlerinden doğan zararlar sebebiyle; haksız fiil, sözleşmeye aykırılık ve vekaletsiz iş görmeye dayanarak, doğan zararların giderilmesi talep edilebilecektir²⁷⁵. Nitekim, zarar görene ödenmesi öngörülen tazminatın amacı kişinin malvarlığı ve kişilik haklarında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir²⁷⁶.Tazminat sorumluluğu bakımından ise, doğacak sorumluluğun; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere dört ana unsur bulunmaktadır. Bu kavramlar aşağıda ele alınacaktır.

2.2.1. Tazminat Sorumluluğunun Kaynakları

Hekimin hukuki sorumluluğu öncelikle, hekimin, tıbbi işlem sebebiyle hastaya vermiş olduğu zararın tazmin edilebilmesi sorumluluğunu ifade etmektedir²⁷⁷. Hekimin sorumluluğunda, genel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, Borçlar Hukuku’nda düzenlenen tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmakta; öğretide de, hekimin hukuki sorumluluğu genel olarak kusur sorumluluğuna benzetilmektedir²⁷⁸. Diğer bir deyişle, hekim ancak kusuru sebebiyle verdiği zararlardan sebeple sorumlu

²⁷⁵ İpekyüz Yavuz Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmeleri, İstanbul,2006,s.115-120.

²⁷⁶ Eren,s.476.

²⁷⁷ şenocak,Hekimin Sorumluluğu,s.8.

²⁷⁸ Yavuz İpekyüz, s.22-24; zpınar, s.93.

tutulabilecektir. Tıbbi müdahaleden doğan zararın tespit edilebilmesi ve tazminat sorumlularının belirlenebilmesi için öncelikle, tedavinin yeri, niteliği ve hasta-hekim ile hastane arasındaki bağın tespit edilmesi gerekir²⁷⁹.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı olarak nitelenen; eser, hizmet ya da vekalet sözleşmesi ilişkileri bakımından, bu üç durum dışında hekimin “culpa in contrahendo” sorumluluğunun da ortaya çıktığı belirtilmektedir²⁸⁰. Bu sorumluluk ile hekim sözleşme henüz kurulmaksızın birtakım yükümlülükler ile bağlı kılınmıştır. Sözleşme öncesi sorumluluk ile de, hekim üçüncü kişilere karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesinin, sorumluluğun doğmasına sebep olacağı kabul edilir²⁸¹. Hekimin uzman olmadığı tıp alanında bilgi ve görüş sunarak, hastanın gerçek tedaviye ulaşmasını geciktirmesi, tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan hastaya, sağlığının iyi olduğunu ve tedaviye ihtiyacı olmadığını belirterek, hastalığın seyrinin ilerlemesine sebebiyet vermesi gibi örnekler, sözleşmesel görüşme ilişkisi olarak nitelendirilebilir²⁸².

Çalışmamızda hekimin, hasta ile giriştiği sözleşme öncesi ilişkisi dışında, özel hukuktan kaynaklanan akdi sorumluluk halleri, sözleşmeye dayanan sorumluluk, haksız fiile dayanan sorumluluk ve vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk halleri olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

2.2.1.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk

Sözleşmeye dayalı sorumluluk halleri, tarafların aralarında önceden sözleşme ile kararlaştırmış oldukları edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi ile ortaya çıkar. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüş, bir hizmetin ifası olması sebebiyle Borçlar Kanunu’nda düzenlenen iş görme sözleşmeleri olarak

²⁷⁹ Kıcıoğlu Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.169-171.

²⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s.190-196; SEROZAN, Rona, “Culpa in Contrahendo”, “Akden Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkileri”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:2, S:3, 1968, s.108-129.

²⁸¹ Demir, Hekimlik Sözleşmesi, s.266; Ayan, s.51 ; Oğuzman/Öz, s.488. ; .; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, s.51-52.

²⁸² Eren, s.1129; “Sözleşme kurulması sürecindeki kusurdan sorumluluk (culpa in contrahendodan sorumluluk) güven sorumluluğu kapsamına dâhildir. Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında ve sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalinden kaynaklanan sorumlulukları da kapsayan bir üst kavramdır.”

değerlendirilmesi gerektiği görüşü yanında, tedavi sözleşmesinin vekalet, eser ve hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşünü savunan yasalarda bulunmaktadır²⁸³.

Hekimin, sözleşmeye dayalı sorumluluğu ise her şeyden önce, hastası ile girişmiş olduğu tedavi sözleşmesinde belirlenen ifa borcunu gereği gibi yerine getirilmemesi hallerinde söz konusu olacaktır. Tedavi sözleşmesinde, belirli bir geçerlilik koşulu aranmamıştır. Hasta ile hekim arasındaki ilişki, klasik anlamda bir sözleşme ilişkisinden farklı olarak, tarafların iradelerinin ortak noktada buluşması ile kurulmuş olur²⁸⁴. Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin en temel unsuru; hekimin tıbbi hizmet sunması ile hastanın ücret ödeme borcudur²⁸⁵.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak, TBK m.502 ile düzenlenen, vekalet sözleşmesi hükümlerinin, hekim ile hasta arasında girişilen sözleşmenin niteliklerine uygun olması sebebiyle, uygulanması öğretide genel olarak kabul gördüğü gibi, Yargıtay uygulamalarında da çoğunlukla benimsenmiştir. Vekalet sözleşmesinin temelinde, vekilin, üstlendiği borcu, bağımsız bir şekilde, sanatının gerektirdiği tüm özenle yapma edimi borcu bulunmaktadır. Öte yandan, hekimin, işinin niteliği gereği hastasına tıbbi işlemin başarılı sonuçlanma garantisinde bulunamaması vekalet ilişkisinin kabulünü gerektirmektedir²⁸⁶. Nitekim, Yargıtay, hekim ile hasta arasındaki ilişkiden kaynaklı davaların temeli vekalet sözleşmesi hükümlerine göre yorumlanmaktadır. Yargıtay, davacı gebe kadının sezeryan ameliyatı sırasında hekimin ifa borcunu gereği gibi getirmediği iddiasıyla gördüğü davada, hekimin, özen borcunun gereği gibi ifa edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁸⁷.

²⁸³ Hekimin tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğini için bkz. Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 267; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, 18 ; Ayan, s. 51; İpekyüz, s. 56; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 519.

²⁸⁴Reisoğlu, s.3 ;Öztürkler Cemal, Hukukun Uygulanmasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis ve Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara,2006, s.40 ; Demir, Hekimlik Sözleşmesi, s. 154.

²⁸⁵ Akyıldız, Sağlık Hukuku Rehberi, s.336.

²⁸⁶Aşçıoğlu, s.30-32; Kıcalıoğlu,s.174; Ayan ,s.60-63; Büyükay; s.50-52. ; Özdemir Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara,2014, s.18-20; Eren,s.709.; Yücel, Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, s.356-358.

²⁸⁷ Y13HD, 2016/24447 E. 2019/11320 K. 14.11.2019 T. “ Dava, davalı hastane ve davalı doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davranması iddiası nedeniyle istenilen maddi - manevi tazminata ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mahkemece; üniversiteden, davacıya yapılan işlem hakkında bilgilendirilip bilgilendirmediği hususunun da değerlendirilerek,.....**davalıların gerekli özen ve dikkate gösterip göstermediği, yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığı hususlarını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine**

Hekimin, tıbbi hizmetinin ifasında işinin niteliği gereği, belirli sonucu üstlenebildiği estetik operasyonları gibi işlemlerde, bu tarz hekimlik sözleşmesi, eser sözleşmelerine de benzetilmektedir²⁸⁸.Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kurulan sözleşmelerde ise, yine hekimin özen ve dikkat ile tıbbi işlemi ifa etmesinin beklenmesi ve karşılığında da belirli bir ücret alması tedavi sözleşmesinin, vekalet hükümlerine göre değerlendirilmesini olanaklı kılmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kürtaj sözleşmesinde, hekim sadece kürtajın uygulanmasından değil; aynı zamanda başarılı bir şekilde sonlandırılmasından da sorumludur. Kürtajın başarılı olmaması halinde, kadının gebeliğinin devam etmesi ispat edilmesi gerekmeyen bir durumdur. Ancak hekim, sözleşmeye kararlaştırılan ifa borcunu, kusuru olmaksızın yerine getiremediğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulur²⁸⁹. Yargıtay ilgili bir kararında, gebeliğin sonlandırılması amacıyla başvuru alan hekimin, kürtaj işleminin yapması ancak, tıbbi işlem öncesi çektiği ultrasonografik görüntü de görülen dış gebeliği tespit edememesi sebebiyle, gebe kadının geçirdiği hayati tehlikeden sorumluluğunun olduğuna karar vermiştir²⁹⁰.Yine Yargıtay, kürtaj sözleşmesinde, hekimin başarısız olduğunu, yapılan tıbbi işlem ile gebeliğin sonlandırılmadığına ilişkin görülen bir davada hekimin hasta ile vekalet ilişkisine değinerek, özen borcunun gereği gibi ifa edilememesi sebebiyle hekimin kusurunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹¹.

elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekmektedir.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁸⁸ Zevkliler Aydın, Özel Borç İlişkileri,2002, s.465-467; Öztürkler,s.184; Kıcılıoğlu,s.172; Aşçıoğlu, s.33.

²⁸⁹ Büyükay,s.72-74

²⁹⁰ Y13HD, 2013/6060 E. 2003/10174 K. 16.09.2003 T. “Davacı, davalı doktor tarafından tespit edilen gebeliğin 20.04.200 tarihinde kürtajla sona erdirildiği, ancak 15.5.2000 tarihinde karın ağrısı, ishal,tansiyon düşüklüğü şikayeti ile hastaneye kaldırıldığını, hastanede 8 haftalık dış gebelik saptanarak acil ameliyata alındığı, kendisinde zamanında dış gebelik teşhisi konulamaması sonucu hastanın hayati tehlike atlattığından sebeple görülen davada..... aldırılan bilirkişi raporunda.... Davalı doktorun dış gebelik ihtimalinin göz önünde tutularak, bu ihtimalinde araştırılmasının gerekip gerekmediği, yani özen borcunun bu şekilde yerine getirilip getirilmediğine ilişkin bilirkişi raporunda gerekçeli ikna edici bir açıklama bulunmamaktadır.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁹¹ Y13HD 2010/9415 E. 2010/18038 K. 24.12.2010 T. “Davacı hamile olduğu şüphesiyle 29.06.2006 tarihinde, davalı şirkete ait hastaneden muayene olduğunu, diğer davalı Dr. Tarafından muayene edilerek ultrason sonucu hamile olduğunu,, ancak myomuteri bulunması nedeniyle bebeğin alınması gerektiği ve fetusuntransvaginalusg ile değerlendirilmesi önerilmesine karşın, bu tetkik yapılmadan hastaneye yatırılarak kürtaj yapıldığını ancak başkaca hastanelerde yapılan tetkiklerde myomoterin bulunmadığını onun yerine davalı doktor tarafından yapılan kürtaj sırasında rahimde parçalar bırakıldığı gerekçesiyle yanlış tanı ve tedaviden doğan zararın giderilmesine talep etmiş...Mahkemece, vekil işçi gibi özenli davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur.O nedenle doktorun meslek alanı içinde bütün kusurları, hafif de olsa sorumluluğun

Hiç çocuk sahibi olmama ve engelli çocuk sahibi olmamaya yönelik sözleşmelerde de, hekim, kadına uygulayacağı tanı ve tarama testlerinin yorumlanmasından doğan kusur sebebiyle, kişilerin çocuk sahibi olması halinde, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesinden doğan zarardan sorumlu kabul edilecektir²⁹².

2.2.1.2. Haksız Fiile Dayanan Sorumluluk

Hekim, hasta ile sözleşme ilişkisine dayanmayan bir fiili nedeniyle, kusuru sebebiyle zarar verdiği ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmadığı hallerde, TBK m.49'da düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir²⁹³. Hekim, sözleşme ilişkisi kurmuş olsa dahi hukuka aykırı olarak meydana gelen her zarar, sözleşme dışında ayrıca bir haksız fiil teşkil etmektedir.

Tıbbi müdahale yetkilisi hekimin, hasta ile sözleşme ilişkisi olsa da herhalde haksız fiil hükümlerine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilmesi mümkündür²⁹⁴. Hastanın, meydana gelen zararının giderilmesi için kendisine uygun hükümlere dayanabilmesi, TBK m.60'da düzenlenmiştir²⁹⁵. Sözleşme ilişkisi yanında haksız fiil hükümlerine dayanarak, zararının giderilmesini isteyen hasta davasını ispatla yükümlüdür²⁹⁶. Hekimin müdahale etmesi gerektiği halde tıbbi işleminden kaçınması, hastanın aydınlatılmış onamını almaksızın müdahalede bulunması gibi hukuka aykırı

unsuru kabul edilmelidir...Müvekkil durumunda hasta, doktor olan vekilden titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen vekil, görevini gereği gibi ifa etmemiş sayılır. " Hekimin tedavi sözleşmesinin vekalet ilişkisine dayandırıldığı benzer kararlar için bkz. Y13HD 2012/13928 E. 2012/17203 K. 3.7.2012 T.; Y13HD 2011/9457 E. 2012/8303 K. 27.03.2012 T. ; Y13HD 2012/4498 E. 2012/9103 K. 4.4.2012 T. ; YHGK 2010/717 E. 2011/129 K. 13.04.2011 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

²⁹² Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat",s.99-108 ; Tunalı Güney Işıl," Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S. 119, Temmuz 2016, s. 256-271.

²⁹³ Ayan, s.45-60 ; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 495-496; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu,s. 240-244; Erman, s. 143-144; Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 270.

²⁹⁴ Ayan,s.148 ; Şenocak Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008, Özel Sorunlar, s.243 ; Hekimlerin haksız fiil koşulları için bkz. Reisoğlu; 3-8.

²⁹⁵ TBK m.60 "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir".

²⁹⁶ Yılmaz Battal, Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara,2007, s.105.

fiilleri bilerek ve isteyerek yapması ve oluşan zarar ile fiil arasında illiyet bağının olması halinde hekim sorumlu olur²⁹⁷.

Gebeliğe ilişkin tanı ve tetkik işlemlerinde de, hekimin müdahalesi, gebe kadın ile doğrudan anne karnındaki cenine yapılması sebebiyle cenin de, oluşan zararlardan haksız fiil hükümlerine göre hekimi sorumlu tutabilir²⁹⁸. Ancak, bu hallerde hekimin kusurlu hareketi ile ceninin engelli hale gelmesi arasında illiyet bağının bulunması gerekir²⁹⁹. Gebeliğin dış ortamda döllenmek suretiyle yapıldığı hallerde, embriyonun anne karnına aktarılması sırasında hekim kusuru ile bir zararın meydana gelmesi, bu duruma örnek gösterilebilir. Hekim, transfer aşamasında verdiği zarar sebebiyle ceninin fiziksel veya zihinsel engelli olarak dünyaya gelmesi halinde, cenin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilecektir³⁰⁰. Bu hallerde, cenin ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinin var olmaması sebebiyle, yalnız haksız fiil hükümlerine göre sorumluluk söz konusu olacaktır. Yargıtay ilgili bir kararında, ceninin tam ve sağ doğum koşulu ile hukuka aykırı olarak kendisinde meydana gelen zarardan sebeple maddi-manevi tazminat hakkının bulunduğu karar vermiştir³⁰¹. Böylece Yargıtay, ceninin medeni haklardan yararlanma hakkı olan hak ehliyetinin, geciktirici koşula bağlı olduğundan, doğum ile ceninin de haksız fiil hükümlerince tazminat hakkı sahibi olduğunu belirtmiştir. Henüz fiil ehliyeti bulunmayan cenin, ise kanuni temsilcileri vasıtasıyla kişisel zararının tazmin edilebilecektir³⁰². Cenin ile kanuni temsilci arasında menfaatlerin çatışması halinde TMK m.426/b2 düzenlemesine göre, temsil kayyımı atanmasının talep edilebilmesi de mümkündür.

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuklar bakımından, çocuğun engelli doğması ile hekimin kusurlu fiilinin arasında illiyet bağının olup olmadığı incelenmelidir.

²⁹⁷ Sarıtaş Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara,2005,s.119-120. ;Ayan, s.121 ;Eren, s.1090-1092.

²⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.17-18.

²⁹⁹ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Engelli Çocuk ve Tazminat, s.118.

³⁰⁰ Dural/Öğüz, 20; Kurt, 193; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18.

³⁰¹ Y21HD 2016/12343 E. 2018/1508 K. 20.02.2018 T. " Davacı çocuğun 18/05/2010 tarihinde doğduğu dosya içerisindeki nüfus kayıtlarından anlaşılmıştır. Medeni Kanun'un ilgili maddesinde de hüküm altına alındığı üzere; medeni haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda (tam olarak sağ doğum) gerçekleşir. Ancak geriye etkili olarak ana rahmine düştüğü günden itibaren hüküm doğurur. Haksız fiil tarihindeki cenin sağ olarak doğmak koşuluyla haksız fiil nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Somut olayda 18/05/2010 doğum tarihli davacının 14/03/2010 olan olay tarihinde sağ olmasa da tıbben cenin halinde bulunduğu açıktır. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁰² Selahattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul,1992,s.208 ; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.77; Ünver Aydın, s.60.

Hekimin tedavi edilebilir hastalığı, cenin anne karnındayken tespit edememesi halinde, özen sorumluluğunun yerine getirilemediğinden söz edilebilir. Bu halde, hekim teşhis ve tanıdaki kusuru sebebiyle engelli çocuğun zararından cenine karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir³⁰³. Öte yandan, çocuğun genetik olarak engelli olduğu ve tanı-teşhis ile hekimin anomalili doğuma engel olamayacağı hallerde hekimin kusurundan dolayısı ile de tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyecektir³⁰⁴. Bu durumda, hekim ancak gebe kadına karşı kürtaj hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle sorumlu tutulabilir; bu durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisi olması sebebiyle, vekalet hükümlerince kusur sorumluluğuna gidilebilecektir.

2.2.1.3. Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluk

Hekim hastası ile arasında sözleşme ilişkisi olmasına rağmen, acil müdahaleyi gerektiren bir durumda yahut ameliyat sırasında operasyonun genişletilmesi gerekliliğinin olduğu hallerde, verdiği zararlardan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu tutulabilir³⁰⁵. Hastanın menfaati gözetilerek, hekimin rıza olmaksızın yaptığı tıbbi müdahalesinin hukuka uygun olacağı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24 ve 31. maddeleri ile düzenlenmiştir³⁰⁶. Bu durumda hekim, tıbbi işleminin genişletildiği ivedi hallerde kusuru ile verdiği zararlardan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olabilir³⁰⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 526.maddesi ile vekaletsiz iş görenin iş sahibinin menfaatine uygun davranma yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Buna göre, hekim, aydınlatılmış onam alınmaksızın girişmek zorunda kaldığı tıbbi işlemlerde hastanın üstün yararını düşünmekle yükümlüdür³⁰⁸. Nitekim, TMK m.24/II hükmü ile kişinin özel üstün yararının bulunması hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmiştir.

³⁰³ Aydın Ünver, s.92 Çocuğun davranışına hekimin kusurunun sebep olmadığı hallerde, özürlü çocuğun var olmama konusunda bir kişilik hakkı bulunmadığı için, özürlü çocuk, doğumu sebebiyle hekimden haksız fiil talep edemez. ; Kurt, s.192-196.

³⁰⁴ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.158.

³⁰⁵ Kıcalıoğlu, s.154 ; Hakeri, Tıp Hukuku, s.497; Ayan, s.45; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.253; Günday Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara,2012,s.10-14.

³⁰⁶ HHY m.24/7 :” Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.”

HHY m.31/son: “ Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yo laçabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”

³⁰⁷ Arslan, s.416-417.

³⁰⁸ Ayan, s.60 ; Hakeri, Tıp Hukuku,s.521.

Örneğin, normal doğum sürecinde sıkıntı yaşayan gebe kadına onam almaksızın uygulanacak olan ivedi sezeryan ameliyatında hekimin sorumluluğu vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilecektir. Bu gibi, acil yardım gerektiren hallerde, hastanın varsayılan rızası olduğu kabul edilir ve üstün özel yarar gereğince yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilerek, hekimin doğrudan haksız fiil ya da sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan sorumluluğuna gidilemez³⁰⁹.

Hekimin vekaletsiz iş görmesinden kaynaklanan sorumluluğu bakımından, TBK m.527/II 'de belirtilen şartlar kıyasen uygulanabilecektir³¹⁰. Hekim, işinin niteliği gereği yetkisini aşan tıbbi işleminden de özen ve dikkati derecesinde sorumlu olacaktır. Hekimin muhakkak hastanın artan sağlık riskinin önemli ölçüde müdahaleyi gerektirmesi hallerinde vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak sorumluluğundan bahsedilemez³¹¹. Örneğin, gebeliğin önlenmesi için sterilizasyon operasyonu sırasında kadının rahminde tespit edilen kistin alınması durumunda, hekimin tıbbi işlem yetkisinin genişlediğinden söz edilebilecektir. Bu gibi hallerde, kadının varsayılan rızasından söz edilebilecektir; hekim hastasının menfaatine uygun bu tıbbi işlemde ancak özensiz davranışı sebebiyle bir zararın ortaya çıkması halinde sorumlu tutulabilir.

Hekimin tıbbi müdahaledeki sınırları her olay bakımından farklılık göstereceğinden, vekaletsiz iş görme koşullarının değerlendirmesi her olay bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay ilgili bir kararında, ameliyat sırasından müdahalesini genişleten hekimin hastaya verdiği zarardan sorumluluğunu değerlendirirken, yerel mahkemenin müdahalenin genişletilmesi ihtimalinin önceden tahmin edilebilecek bir olgu olup olmadığının değerlendirilmemesini eksiklik sebebi olarak kabul etmiştir³¹². Buna göre, hekim ile hasta arasında onam sırasında, hekimin

³⁰⁹ Kırkit Ecem, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Adana, 2016, s.107 ; Fidan Nurten, "Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.3, Ankara, 2010, s.358 ; Ateş Turan. Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluklar, İstanbul, 2007, s.27 ; Yüksel Reyhani Sera. "Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 21, 2015, s.45 ; Er Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara, 2008, s.331; Doğan Murat "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Bildirileri, 16-17 Ocak 2009, s. 41-60.

³¹⁰ TBK m.527 " Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. (2) İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."

³¹¹ Öztürkler, s.190-193; Günday, s.113.

³¹² Y13HD 2016/26894 E. 2018/8072 K, 18.09.2018 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi.1.10.2021)

tıbbi müdahalede gerekli gördüğü yerde müdahaleyi genişletme konusunda rıza alması da, sorumluluktan kurtulması bakımından önem arz etmektedir³¹³.

2.2.2. Tazminat Sorumluluğunun Koşulları

Hekimin mesleğinin ifası sebebiyle hastasına vermiş olduğu zarardan tazminat sorumluluğunun doğması için, hekimin zarar verici fiili ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı aranmaktadır³¹⁴. Hekimin hukuka aykırı müdahalesi sonucunda hastada oluşan malvarlığı ve kişilik haklarında meydana gelen zararın giderilmesi tazminat sorumluluğunun kapsamını ifade eder³¹⁵. Hukuka aykırı fiil ya da sözleşmenin ihlali, hekimin kusuru, fiil sebebiyle ortaya çıkan zarar ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı koşullarının varlığı halinde sorumluluk olur. Kusur değerlendirmesinde, hekimin tıbbi işlem sırasında hastanın gösterdiği ihmal ve kusuru oranında, sorumluluğundan söz edilemeyecektir³¹⁶.

Hekimin tıbbi işlem öncesinde hastasından aldığı rıza, tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep değildir. Bu halde, kişi iyileşme, hastalığın sona ermesi arzusu ile tıbbi işleme onay vermektedir³¹⁷. Bu halde, hekim hafif kusuru ile dahi olsa, ortaya çıkan zarardan sorumlu kabul edilecektir. Ancak, rızanın hukuken geçerli kabul edilemeyeceği durumlarda, hekim meydana gelen zararın hesaplanmasında indirim sebebi olarak kabul edilmelidir. Yasal kürtaj için öngörülen sürenin aşılması halinde, kürtaj talep eden gebe kadının rızası hukuka aykırı bir durumdur³¹⁸.

Hekimin, tıbbi işlem öncesi sözleşme ile kararlaştırılmış ifa yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucu bir zararın ortaya çıkması halinde ise, kusurlu ifa imkansızlığı,

³¹³ Vekaletsiz iş görmenin uygulanması şartları için bkz. Şahin Musa Furkan, "Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, S.1, s.136-164.

³¹⁴ Kaya Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi, S. 100, 2012, s.46-82; Kahraman, s.480 ; Ayan, s.121.

³¹⁵ Eren, s.466.

³¹⁶ Dural/Öğüz s.98 ; Helvacı Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyan Davalar, İstanbul, 2011, s.50-53; Tiftik Mustafa, "Madeni Kanunumuzda 3444 Sayılı Kanunla Değişik M.24 F.II Hükmü Karşısında Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993, S.6, s.385-388; Sarıtaş, s.131-132 ; Yavuz İpekyüz, s.1121.

³¹⁷ Yılmaz, s.169; Sarıtaş, s.138-140.

³¹⁸ Aşçıoğlu, s.128.

temerrüt ve gereği gibi ifa etmemeden dolayı hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilecektir³¹⁹.

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuklar bakımından hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğu, sözleşme hükümlerine aykırılık, uygun illiyet bağı, kusur ve zarar olup; haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğun bulunduğu hallerde ise, sözleşmeye hükümlerine aykırılık yerine hukuka aykırılıktan söz edilebilecektir.

2.2.2.1. Hukuka ve Borca Aykırı Eylem

Hekim ile hasta arasında, haksız fiile ya da sözleşmeye dayanan bir tazminat sorumluluğu bulunan, ifa yükümlüsü hekim tarafından yapılan hukuka aykırı aktif ya da pasif bir eylemin var olması gerekir³²⁰. Hekimin fiili, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yapılan sözleşmelerde kürtajın yapılamaması ya da gereği gibi yapılamaması hallerinde aktif ya da pasif biçimde ortaya çıkabilecektir. Nitekim, tarafların gebeliği önleyici sterilizasyon işlemlerinde, hekim, operasyon sonrası hastanın dikkat etmesi gereken hususlar konusunda aydınlatmaması ya da kontrole davet gibi gereken özeni göstermemesi hallerinde pasif fiili hareketle zararın çıkmasından sorumlu olabilecektir³²¹. Herhalde, hekimin hukuka ve borca aykırılığı, hekimin sorumluluğunun objektif unsuru olarak nitelendirilecek; hukuka uygunluk hallerinin olduğu hallerde ise hekimin kusurlu fiilinden bahsedilemeyecektir³²². Yargıtay ilgili bir kararında, hekimin tıp biliminin verilerine uygun hareket etmesi halinde hukuka aykırı fiilden bahsedilemeyeceği bu sebeple de hekimin sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirtmiştir³²³.

Hekimin hukuka ve borca aykırı fiillerinin, tıp biliminin getirdiği gelişmelerle kendisinden beklenen derecede özen ve dikkatli olmaması halinde, hekimin sözleşmeye

³¹⁹ Eren, s.994.

³²⁰ Oğuzman/Öz, s.13; Olumsuz davranışın (hareketsiz kalmanın) bir fiil oluşturması ve sorumluluğa yol açabilmesi için failin zarara uğrayan kişiye kaçınılan davranışta bulunması gereklidir. ; Yücel, Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, s.366-367.; Ayan, s. 71; Helvacı, s. 107; Arpacı, s. 107; Oğuzman / Seliçi /Oktay, s. 119; Hakeri, s. 103; İpekyüz, s. 88-90.

³²¹ Temel,s.63 Vazetomi/sterilizasyon işleminin en güvenli doğum kontrol yöntemi olduğu bilinmekle birlikte, ameliyatı takip eden ilk üç ay içinde ilave doğum kontrol yöntemlerine başvurulması gerekir.Ameliyattan sonraki 6-8 hafta içinde hekim tarafından, kanallarda sperm hücresinin bulunup bulunmadığı mikroskopik yöntemle kontrol edilmelidir.

³²² Büyükcay,s.68-74 ; Hancı Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimleri Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, S. 150; Şenocak, s.34-35.

³²³ Büyükcay'dan naklen s.69, Y4HD E. 2175, K. 4735 , 10.04.1980 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

üstlendiği borcu yerine getirmediğinden bahsedilebilecektir³²⁴. Korunan en temel değer olan, sağlık hakkı, herkesin ihlal etmemekle yükümlü olduğu mutlak bir hak niteliğini taşır. Bir kimsenin gerçekleştirdiği fiili, karşısındaki kişinin mutlak hakkının ihlaline yönelik olmasa dahi, hukuka uygunluk sebepleri var olmadıkça, hukuka aykırı eylem niteliğini taşır. Hekimin, hastasına karşı borçları geniş anlamda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak sayılabilir³²⁵. Hekimin tıbbi özen borcu, mensubu olduğu tıp alanında bir başka hekim tarafından aynı olay ve koşullarda göstereceği özen ve dikkat esas alınarak değerlendirilir³²⁶. Örneğin, acil servise göğüs ağrısı şikayeti ile gelen hastayı acil servisin çok yoğun olması sebebiyle, başka hastaneye gönderilmesini sağlayan ve bu sırada kalp krizi geçirerek vefat eden hastaya karşı hekimin, tedavi uygulamayarak gösterdiği pasif fiili, hukuka aykırı niteliktedir.

İstenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından, kadının engelli çocuk sahibi olmamak adına hekim ile yaptığı sözleşmede, hekimin tanı yükümlülüğünü yerine getirememesi sebebiyle engelli çocuğun doğumu hukuka aykırı fiil kabul edilecektir. Öte yandan, doğum sürecine en başından itibaren takip eden hekimin, doğum sırasında, çocukta önceden fark edilebilecek ters duruşun tespit edilememesi sebebiyle gebe kadının beklenmeksizin sezeryan operasyonuna alınması, hekimin hukuka aykırı fiili kabul edilecektir. Bu durumda, hekimin prenatal tanıdaki kusuru ile değil, gebelik takibindeki süreci iyi takip etmemesi sebebiyle kusurlu hareketinden söz edilebilecek ve hekim, herhalde doğrudan meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilecektir.

Hekimin sözleşmeye dayalı borca aykırılığından söz edebilmek için sözleşme sınırlarının belirli olması, diğer bir ifadeyle, hasta ile hekimin aralarında belirledikleri şartlar konusunda anlaşmış olmaları gerekir³²⁷. Hekimin, hukuka ve borca aykırı fiilinin değerlendirilmesinde, daha çok hekimin özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususu belirlenmelidir. Yargıtay bir kararında, doğum esnasında yaşanan

³²⁴Oğuzman/Öz ; Hukuka aykırılık fiil açısından objektif, kusur açısından subjektif bir değerlendirmedir. ; İpekyüz, s.174-175

³²⁵ Bkz. s.45-s.55.

³²⁶Demir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s.242-245:Hekimin tıbbi özen yükümünün ölçüsü, somut ve objektiftir.; Yılmaz, s.50 ; Yalçın-tepe Neylan, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, İzmir 2011, s.7 vd.

³²⁷ Büyüksağış Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.54, S. 4, s.117.

somut vakada öncelikle gebe kadının sezeryan operasyonuna alınması kararında hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, yerel mahkeme tarafından alınan görüşün, hekimin eyleminde tıp verilerine göre uygun tıbbi eylem ve hareketi değerlendirilmeksizin yerel mahkeme tarafından hükme esas alınması hukuka aykırı kabul edilmiştir³²⁸.

2.2.2.2. Zarar

Hekimin tazminat sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle hastada, tıbbi işlem neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekir. Hekimin tıbbi işlem ile doğrudan ilgili olsa bile, doğmamış ya da ileride meydana gelme ihtimali bulunan zararlardan sorumluluğundan söz edilemez³²⁹. Hasta meydana gelen zarar sebebiyle, başkaca tedavi masraflarına girmekte, çalışma gücünden doğan ekonomik kayba uğramakta ya da ölüm halinde mirasçılar bakımından ölenin desteğinden yoksun kalmaları söz konusu olmaktadır. Hastanın maddi malvarlığına etki eden bu ekonomik kayıplar maddi zarar olarak; uğranılan zararın hastada ve yakınlarında yarattığı üzüntü ve keder ise manevi zarar olarak meydana çıkar³³⁰. Hekimin kusuru ile verdiği zarar doğrudan tıbbi işleme bağlı olabileceği gibi, tıbbi işlemi sebebiyle bir başka zararın doğmasına da yol açabilecektir. Herhalde, hekim kusuru ile bağlantılı olan tüm zararlarından sorumludur³³¹.

İstenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından, hekimin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle bir çocuk dünyaya getiren ana-babanın tazminini talep ettikleri maddi zarar, çocuğun doğumundan itibaren talep ettikleri olağan bakım yükümlülükleridir. Bu durum, istenmeden dünyaya gelen engelli çocuklar bakımından ise, anne-babanın katlanmak zorunda kaldığı bakım ve özel eğitim masraflarını da

³²⁸ Y13HD, 2016/18168 E. 2019/11331 K. 14.11.2019 " daha önceki raporu düzenleyen bilirkişilerin görevli olduğu üniversiteden başka bir üniversitede görevli 5 kişilik bilirkişi kurulundan, davalıların gerekli özen ve dikkate gösterip göstermediği, yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığı hususlarını gösteren, davacıların itirazlarını karşılayan, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekmektedir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³²⁹ Eren, s. 520; Reisoğlu, s. 168; Ayan, s. 109.; İpekyüz, s.35; Demir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s.247; Hancı, s.30-31; Yördem, s.147-148.

³³⁰ Oğuzman/Öz s.512; Öztürkler, s.103; Büyüksağış, Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı, s.131-132; Abik Yıldız, "Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı", AÜHFD., C. 54, S.3, 2005, s.280-284 ; Gökcan Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara,2008, s.539-540. ; Kılıçoğlu, Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 1984, s.1-15.

³³¹ Hekimin doğrudan ve dolaylı zararları için bkz. Narter, Sami, Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara,2017, s.72-73.

kapsayacaktır. Nitekim, TMK m.327 hükmü gereğince, doğan çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama görevini ana-babaya yüklenmektedir. Bu halde, ana-babanın beklenmeksizin karşılaştığı sağlıklı yeni doğanın bakım ve eğitim yükümlülüğü hekimin kusuru ile meydana gelen bir ekonomik külfet olarak belirlenir³³². Yargı kararlarında da, çocuğun bizzati kendisinin değil, ortaya çıkan masrafların ekonomik zarar olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Yargıtay bir kararında, hekimin kusuru ile gebeliği önleyemediği bu sebeple, tarafların beklenmeksizin sağlıklı bir çocuk sahibi olduğu bu nedenle de, doğum sebebiyle hastane masraflarını, daha sonra yeni doğanın on sekiz yaşına kadar olan tüm bakım ve eğitim giderlerinin ödenmesini, ilaveten beklenmeden hayat planlarını değiştirilmesine sebebiyet verilen bu olayın neticesinde manevi zararlarının olduğu yönünde karar vermiştir³³³.

Hekimin, çocuğun anomalili doğmasından doğrudan sorumlu tutulabilmesinin gerekçesi ise, annenin gebelik sürecinde hekim tarafından teşhis edilebilen bir genetik anomali teşhisinde kürtaja başvurarak, engelli çocuğun doğumunu önleyeceği ihtimalinde, gebeliğin sonlandırılma ihtimalinin ortadan kaldırılmış olmasıdır³³⁴. İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuğun doğumu ile öncelikle anomaliliğin kontrol altına alınabilmesi ve çocuğun gelişiminin seyrinde görmesi gereken tedavi giderleri, iyileşmesi ya da hastalığın seyrinin daha kötü gitmemesi, iyileşmesi mümkün olmayan bir sakatlık veya hastalığın artmasını önlemek için yapılması zorunlu giderler, maddi zarar kalemi olarak hesaplanacaktır³³⁵. Yargıtay bir kararında, doğum öncesi anomaliyi tespit edemeyerek, bebeğin 2 bacak ve sol kolunun tamamen noksan olarak %90 fiziksel engelli olarak doğmasına sebep olan hekimi bebeğin yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları, özel bakım ve özel ulaşım giderlerinin, ömür boyu çalışmayacak olması sebebiyle gerçekleşecek gelir kaybı ve engelli doğan küçüğün

³³²Şenocak,İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.55-62 ; Büyükay, s.130-132.

³³³ Y13HD, 2018/50 E. 2019/10422 K. 23.10.2019 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³³⁴Büyükay, s.115-117; Aydın Ünver, s.136; Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.142-143: Yazar'a göre, hekim sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirseydi çocuk doğmayacak olması ve özürlü çocuğun bakım masrafları tümüyle ortaya çıkmayacağından, hekim kusuru bakım masraflarının tümü için uygun sebep teşkil etmektedir.

³³⁵Oğuzman/Öz, s.93-94; Kurt, s.195 ; Özcan Büyüktanır,s.290;Keskin;s.767-768; Eren, s.327-328 ;Kılıçoğlu, s.400-410.

çalışamayacak olmasından dolayı ileride destekten yoksun kalacak anne ve babası adına tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir³³⁶.

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocukların bakım, tedavi giderleri zarar kalemleri tespit edilebilirken, yakınları için belirlenecek destekten yoksun kalınan zararı ise, zarar görenin zarar verici fiil olmasaydı gelecekte elde etmesi muhtemel kazanç ile zarar verici fiilden sonraki bedeni durumu nedeniyle elde edeceği kazanç arasındaki fark esas alınarak belirlenmektedir³³⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, tespiti mümkün olmayan müstakbel zararların değerlendirilmesinde hakimın takdir yetkisini kullanması gerektiği belirtilmiştir³³⁸.

2.2.2.3. Uygun Nedensellik Bağı

Hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi ancak, tıbbi işlem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunmasına bağlıdır. Hekimin hukuka aykırı fiili hastada söz konusu zararı meydana getirmeye uygun değil ise, aralarında illiyet bağı kurulamadığından hekimin tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Hekim fiili ile hastada oluşan zarar arasına mücbir sebep veya üçüncü kişinin yahut hastanın kendisi dahil olmuş ise, illiyet bağı kesileceğinden hekim sorumluluğundan söz edilemez³³⁹. Yargıtay, yerel mahkemece kusur tespitinin yapılması amacıyla Adli Tıp Kurumundan aldırılan raporlarda, fiil ile hastada meydana gelen mevcut zarar arasında illiyet bağının tespitinin yapılmamasını, bozma sebebi yapmıştır³⁴⁰.

Sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunduğunu iddia eden davacı bu hususu ispatla mükelleftir. Her somut vakada, hekimin içinde bulunduğu şartların değerlendirilerek, genel deneyimlenen zararlı sonuç doğma

³³⁶ Y13HD, 2015/38727 E. 2017/3509 K. 22.03.2017 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³³⁷ Oğuzman/Öz, s.98, Özcan Büyüktanır, s.294-296.

³³⁸ YHGK, 2017/2008 E. 2019/172 K. 19.02.2019 T. : " Tazminat davalarında öncelikle zararın hesaplanması yapılacaktır. Zararın hesaplanmasından sonra olayın özellikleri ve uygulanacak indirim sebepleri hâkim tarafından göz önünde bulundurularak tazminata hükmedilecektir. Sağ kolu kesilen kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması sebebiyle uğrayacağı zarar müstakbel zarara örnektir. Müstakbel zararın miktarının ispatı imkânsızdır. Bunu hâkim takdir edecektir." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³³⁹ İpekyüz, s.37. ; Demir, s.248. ; Uygur, s.374. ; Yörem, s.148. Uygun neden ve uygun nedensellik bağı kavramları için bkz. Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara,1975,s. 52-53. ; Oğuzman/Öz, s. 44 vd; Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul,2015,s. 205.

³⁴⁰ Y13HD, 2016/173 E. 2018/8140 K. 19.09.2018 T. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

ihtimalinin tespit edilmesi gerekir. Her ne kadar hasta, hekimin hukuka aykırı fiili ile zarara uğradığını ispatla yükümlü ise de, genel, belirlenebilir, gözlemlenebilir tespitlerle, hastanın ispat külfetini yerine getirdiği kabul edilmelidir³⁴¹.

Hekimin tedavi sözleşmesi ile anlaştığı hususların özen yükümlülüğüne aykırı olarak yerine getirilmediği hallerde, öngörülemeyen durumların varlığı halinde hekimin kusuruyla bir zarar ortaya çıkmamış ise tazminat sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, bir sezaryan doğum esnasında ameliyat bölgesinde gazlı bezin unutulması olayında, kadının daha sonradan bir kazada ölmesi halinde hekimin fiili ile ölüm olayı arasında illiyet bağı kesildiğinden, hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir³⁴².

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuklar bakımından hekim kusuruna yol açan haller, gebelik takibi ya da prenatal tanı sürecinde çocuktaki anomalinin tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır. Özen yükümlülüğünün ihlali ile hekim, tarafların kürtaj imkanından yararlanmasına engel olmaktadır. Bu haliyle, hekimin pasif fiili ile engelli çocuğun doğumu ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı kurulmuş olur.

Gebe kadının gebelik takibi sürecinde birden fazla hekime kontrol ve muayene olması halinde, engelli çocuğun doğumunda ilk takip sürecini yürüten hekimin kusuru, diğer hekimler tarafından yapılan muayeneler ve takip sebebiyle kesilmiş kabul edilecek ve ilk hekim yönünden tazminat sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁴³.

Hekimin fiili ile istenmeyen gebeliğin ortaya çıkması arasında kurulan illiyet bağının kesilmesi durumunda hekimin tazminat sorumluluğundan bahsedilemez. Örneğin, ilaç ya da iğne ile gebeliği önleyici tedavinin uygulandığı durumda hekim reçeteye doğru ilacı yazmakla yükümlü ise de öngörülen ilaç ve iğnelerin aralıklı süre takiplerini yapmakla yükümlü değildir. Bu halde, gebeliği istemeyen kadının önleyici araçları kendisine önerilen ve beklenen zamanda uygulanması sağlaması gerekir. Aksi halde gebeliğin oluştuğu durumlarda hekim ile gebeliğin meydana gelmesi arasında illiyet bağının kesildiği kabul edilir ve hekimin sorumluluğundan söz edilemez.

³⁴¹ Demir, s.249 ; Aşçıoğlu, s.108; Ergün Ömer, Borçlar Kanunu Kapsamında Haksız Fiile Maruz Kalan Hekim Ve Hekim Yardımcılarının Tazminat Hakkı, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Bodrum 2015, s.196.

³⁴² Yalçıntepe, s.29.

³⁴³ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.130-131.

Doktrinde, ‘‘Eczacının çocuğu’’ olarak geçen, Limburg Eyalet Mahkemesi’nin 18.06.1969 tarihli kararında, hekimin reçete ettiği ‘‘Eugynon’’ adlı gebelik onleyici ilacı yanlış anlayarak, hastaya ‘‘Enzynorm’’ adlı mide ilacını veren eczane işletmecine karşı açılan davada, Eyalet Mahkemesi, eczacının kusuru ile sağlıklı çocuğun doğumuna sebebiyet verilmesi halinde mahkeme eczanenin doğrudan sorumluluğunu kabul etmiřtir³⁴⁴. Nitekim bu halde, hekim ile gebeliğin oluşması arasında illiyet bağının kesilmesi sebebiyle, hekimin kusuru söz konusu değildir.

2.2.2.4. Kusur

Hekimin hukuka aykırı fiili sebebiyle tazminat sorumluluğunun söz konusu olması bakımından diğer bir unsur, hekimin kusurlu hareketidir. Kusurlu eylem, tıbbın getirdiği genel olarak kabul gören mesleki kurallara dikkat ve zen gösterilmeksizin uygulanan hukuka aykırı eylem olarak karşımıza ıkar³⁴⁵. Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek ya da bu sonuçtan kaçınmak için gerekli çaba ve özeni göstermemek olarak tanımlanmıřtır³⁴⁶. Hekimin mesleki kusuru, kasti bir davranışı ile ortaya çıkabileceği gibi ihmali bir davranışı ile de çıkabilir. Örneğin, gebeliğin onlenmesi için sterilizasyon operasyonun yapılmasından sonra belirli bir süre tıbbi işlemin başarılı olup olmadığını kontrol etmek, hekimin yükümlülüğüdür. Buna göre, gerekli eylem ve kontrol sürecini özenli yürütmeyen hekim, kadının gebe kalmasına pasif hukuka aykırı eylemi ile sebebiyet vermiřtir³⁴⁷.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi Meslek Kurallarına Uyuma başlıklı 4.maddesinde, hekimin mesleki yükümlülükleri kapsamına tıp biliminin getirdiği standartlara uygunluk dzenlenmiřtir³⁴⁸. İ hukukumuz haline gelen bu sözleşme gereğince de, hekim mesleki standartların dışında uyguladığı ya da pasif eylemi ile uygulamadığı her fiilden kusuru ile sorumludur. Yargıtay ilgili bir kararında, davacıların tüp bebek yolu ile ocuk sahibi olmak için başvurduğu Tıp Merkezinde, yapılan tetkikler sonucu davacının tetkik ve tedavisinin yapılmasının akabinde tüp bebek uygulama işlemine geçilmesi gerekirken, gerekli araştırmayı ve tedaviyi yapmaksızın, tüp bebek uygulamasına girişen hekimin

³⁴⁴ Büyükay’dan naklen s.25-26.

³⁴⁵ ztrkler, s.168-174; Kılıçoğlu, s.217 ;Eren, s.551 ; şenocak, Hekimin Sorumluluğu,s.82 ; Yılmaz, s.101.

³⁴⁶ Eren, s.110 ; Oğuzman/z, s.53; Ayan, s. 107; İpekyüz, s. 135.

³⁴⁷ Demir,s.245 ;Yalntepe, s.25.

³⁴⁸ Avrupa Biyotıp Sözleşmesi m.4: ‘‘ Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.’’

hatası sebebiyle sağlıklı bir gebelik geçirmeyen ve bebeğin erken doğum ile ölümüne yol açılmasına sebebiyet verilen olayda, hekimin tıp biliminin standartlarına uygunluğun araştırılması gerektiğini belirtmiştir³⁴⁹.

Hekim, meslek örgütlerinin belirlediği kurallar çerçevesinde, tüm mesleki bilgi ve tecrübesini kullanarak, hastasını tedavi etmekle yükümlüdür. Mesleki özen içeren, insan haklarının en önemli niteliğine sahip, yaşam hakkının söz konusu olduğu hekimlik mesleğinde hekim, faaliyet alanı içindeki tüm kusurlardan hafifte olsa sorumlu tutulmaktadır³⁵⁰. Nitekim, Yargıtay bir kararında, gebe kalmak için başvuru alan hekimin, kontrol ve gebelik takibi içerisinde dış gebelik geçirerek, kürtaj olan kadının ağrıları geçmemesi üzerine başvurduğu hastanede iltihaba bağlı, yumurtalıklarının alınmasına sebebiyet verildiği bir somut olayda, hekimin meslek alanı içindeki hafif de olsa tüm kusurlarından sorumlu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵¹.

Hekimin meslek kusurundan kural olarak sorumlu tutulması esas iken, hekim ameliyatın olası risklerinin getirdiği sonuçlardan sorumlu tutulamaz³⁵². Tıp literatüründe komplikasyon olarak adlandırılan, hekimin tıbbi işleminden kaynaklanmayan ve gerekli dikkat ve özen gösterilse dahi kaçınılmaz olan olumsuz etkilerden sorumlu olur³⁵³. Hekim öngörülemez komplikasyonlardan sorumlu olmasa da, komplikasyonun meydana gelmemesi için gösterdiği özen ve dikkatten herhalde sorumludur³⁵⁴. Bu halde, hekim tıbbın gerektirdiği tüm özen ve dikkat ile tıbbi eylemi gerçekleştirmiştir. Nitekim,

³⁴⁹ Y13HD, 2013/ 29582 E. 2014/30846 K. 13.10.2014 T. " "Tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...hatalı hüküm kurulması sebebiyle.." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁵⁰ İpekyüz, s.33-34.

³⁵¹ Y13HD, 2014/26029 E. , 2015/28819 K. , 07.10.2015 T. " vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır..." <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁵² Yalçıntepe, s.27 ; Aşçıoğlu, s.33; Polat, s.32-33.

³⁵³ Yavuz Fatih, " Malpraktis – Komplikasyon Ayırımı, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları", İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.97-101.

³⁵⁴ Öztürkler, s.197-198; Aydın Öztürk,"Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler", Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.1, Ocak 2013, s. 35-62.

aydınlatılmış onam ile hastalığın tedavisinde ortaya çıkması muhtemel sonuçları önceden bilen hasta her halde bu riskleri gözeterek, tıbbi işleme onay vermiştir. Hekimin sözleşmeye bağlı yükümlülükleri ihlal etmediği bu hallerde, hekimin kusurlu fiilinden söz edilemeyecektir.

2.2.3. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşmaları

Sorumsuzluk anlaşmaları, tarafların aralarında yapmış olduğu tasarrufi bir işlem niteliğine sahiptir. Taraflar, hizmet icrasından önce kendi aralarında yapmış oldukları bu sözleşme ile zararın doğması ihtimaline bağlı olarak bir anlaşma yapmaktadırlar. Buna göre, sorumsuzluk kaydı lehine düzenlenen taraf, sözleşmeye bağlı ortaya çıkacak herhangi bir zarardan sorumlu tutulmayacaktır³⁵⁵. Bu durum, TBK m.115 ve ifa yardımcılarının fiillerin bakımından m.116 ile hüküm altına alınmış; sorumsuzluk kaydının düzenlenme koşulları belirtilmiştir. Ancak, bazı hallerde sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olmayacağı açıkça düzenlenmiştir³⁵⁶. Sorumsuzluk anlaşmaları, çoğunlukla asıl sözleşmeye ek olarak belirlenen yan anlaşma mahiyetinde olup, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır³⁵⁷.

Hekimin hastası ile yaptığı tedavi sözleşmesinde, tıbbi işlemin sonuçlarından sorumlu tutulmayacağına ilişkin kayıtlar geçerli kabul edilemez. TBK m.115/III hükmü uyarınca, uzmanlık gerektiren bir mesleğin icrası sırasında ya da yetkili kanunlarla verilen izine bağlı yürütülen işlerde hafif kusurdan sorumsuzluk kaydı düzenlenememektedir. Niteliği itibariyle, hasta hekim arasındaki ilişki güvene dayalıdır. Bu halde, taraflar arasındaki hekimlik tedavi sözleşmesi, özel bir mesleğin icrai faaliyetinden oluşması ve taraflara arası güvene dayalı olması sebebiyle sorumsuzluk kaydını içeren bir hükmün geçersizliğini sonucunu doğurur³⁵⁸.

³⁵⁵ Başalp Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, 2011, s.121-125; Eren, s.1040-1043.

³⁵⁶ TBK m.115 :(1) Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (2) Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (3)Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

³⁵⁷ Eren, s. 1043-1044.

³⁵⁸ Hatırnaz Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara, 2007, s.28-33; Hekim-hasta arasındaki sözleşmenin güven ilişkisi temeline dayandığı noktasında bkz. 37-38. ; Ayan, s.119-120.

Hekimlerin yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluğu bakımından, TBK m.116/II hükmü, sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceğini düzenlenmiş ise de, ilgili maddenin üçüncü fıkrası ile uzmanlığı gerektiren mesleki bir faaliyetin icrası halinde sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağı hükme bağlamıştır. Bu halde, hekim, yardımcı şahıslarının hastaya vermiş olduğu zarardan sorumlu kabul edilir³⁵⁹.

İstenmeyen engelli çocukların tespit edilmesi için hekim ile yapılan sözleşmelerde, hekim tıp biliminin getirdiği verileri kullanarak gerekli tarama ve tetkikleri yaparak çocuğun engelli doğumunu risk analizi ile belirleyecektir. Hekimin, engelli çocuğun doğumu ile meydana gelen zarardan sorumsuzluk kaydı ile kurtulması mümkün değildir; ancak hekim herhalde gereği kadar özen ve dikkate rağmen sonucun öngörülebilmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.

Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olması, anlaşmanın kalan kısımlarını etkilememektedir. Bu haliyle, ancak sorumsuzluk kaydı geçerli olmayacağından, kısmi hükümsüzlüğün varlığından söz edilebilir. Tbk m.27/II hükmü ile sözleşmenin içeriği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, hekim sorumsuzluk anlaşması olmasaydı anlaşmayı yapmaktan kaçınacağını ileri sürerek anlaşılan diğer hususlar için ifadan kaçınmayacağı gibi sorumluluktan kurtulamaz³⁶⁰. (TBK m.27/II)

2.3. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk Nedeniyle Doğan Tazminat Hakkı Sahibi ve Yükümlülere

İstenmeden dünyaya gelen çocukların ailelerinin malvarlıkları üzerinde beklenmeyen bir zararın oluşmasına sebebiyet verenler bakımından, tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Öncelikle, istenmeyen çocuklar bakımından kimin malvarlığında eksilme olduğu hususu tespit edilebilir. Malvarlığında eksilme meydana gelen ilgili herkes, tazminat hakkı sahibi olarak nitelendirilebilir. Örneğin, hekimin kusuru sebebiyle engelli dünyaya gelen çocuğun doğum sırasında annesinin ölmesi halinde, çocuğa bakmakla yükümlü olan anneanne ve dede de bu tazminat hakkı sahibi olarak değerlendirilebilecektir.

³⁵⁹ Özdemir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s.67-68.

³⁶⁰ Serozan Rona, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 4.Basım,İstanbul,2006,s.270-278.

Çocuğun dünyaya gelmesine sebebiyet verenlerin tespiti ise, tazminat sorumluluğunun yüklenmesinde önem arz etmektedir. Buna göre, sözleşmeye dayalı ifa yükümlüsü hekim, hekim yardımcıları ve hizmet akdi ile bağlı çalışan hekimler bakımından hastane, tazminat yükümlüleri olarak belirlenmektedir. Herhalde, hekim, kendi gözetim ve denetim altında bulundurduğu yardımcılarının fiillerinden sorumlu kabul edileceğinden bu halde de hekim bizzat sorumlu olmasa da yardımcılarının kusurları ile meydana gelen zarardan sorumludur.

2.3.1. Tazminat Hakkı Sahibinin Belirlenmesi

Bir tıbbi hizmetin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle oluşan maddi/manevi zararın giderilmesini talep hakkı, hastanın kendisine aittir. Taraflar arasında kurulan bir sözleşme ilişkisinde, üçüncü kişinin zarar görmesi hallerinde, borçlu üçüncü kişilere karşı doğrudan sorumlu tutulamayacaktır. Bu kural, borç ilişkilerinin nispiliği ilkesi gereğince, hukuki sonuçların yalnızca sözleşmenin asıl tarafları arasında gerçekleştiği gerekçesine dayanmaktadır³⁶¹.

Bazı durumlarda, taraflar haricinde üçüncü kişilerin de sözleşmeye katılması söz konusu olabilmektedir³⁶². Hekim, gebelik süreci yahut gebeliği önleyici koruyucu yöntemlerin uygulanması sırasında, gebe kadın ile giriştiği tedavi sözleşmesi bakımından ifa etmekle yükümlü olduğu hususlarda kusuru ile verdiği zararlardan dolayı; talep hakkı sahibi doğrudan gebe kadındır. Ancak, aile planlamasına aykırı olarak dünyaya gelen çocuklar bakımından, çocuğa bakmakla yükümlü olan herkes zararının giderilmesini talep edebilecektir. Diğer bir deyişle, istenmeyen gebelik ya da doğuma ilişkin yapılan anlaşmalar gebe kadın ile hekim arasında yapılmış olsa da, baba adayının da menfaatine yapılan bir sözleşme söz konusu olduğundan, üçüncü kişi lehine sözleşme hükümlerine göre baba adayı da tazminat hakkı sahibi kabul edilecektir³⁶³.

³⁶¹ Oğuzman/Öz, s.23 ; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu / Atilla, Altop,Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Filiz Yayınevi, 6.Bası, İstanbul,1998, s. 1148; Looschelders Dirk, Borç İlişkilerinin Nispiliği ve Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Hukuk Köprüsü, C:3, S:4 , Haziran,2013, s.223-240; Nomer Haluk , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10.Bası, İstanbul , 2011, s.297.

³⁶² Looschelders, s.225.; Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3,2016, s.1759-1771.

³⁶³ Büyükkay, s.11-113. Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, s.139-142.

Hekim ile girişilen sözleşmenin üçüncü kişileri etkileyici özelliğinin cenini kapsayıp kapsamadığı bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁶⁴. Ceninin kişilik sıfatının olmaması sebebiyle bu sözleşmenin koruyucu etkisinin cenin bakımından değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmuş; öte yandan istenmeyen gebeliğin önlenmesi bakımından ceninin kendi aleyhine olan sözleşmenin lehtarı olamayacağı yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, ceninin tazminat hakkının, üçüncü kişi lehine sözleşme kapsamında değerlendirilmesi konusunda görüş birliği oluşmamıştır.

Tazminat hakkı sahibinin belirlendiği ve zarar görenin maddi-manevi zararının giderilmesi amacıyla mahkemeye başvurduğu hallerde, TBK m.76 ‘‘Geçici Ödemeler’’ kurumunun kullanılabilmesi hususunun değerlendirilmesi gerekir. Özellikle, engelli malul doğan çocuklar bakımından mahkemeden talep edilebilecek olan, ön ödeme kurumu acilen parasal desteğe ihtiyaç duyan, hatta yaşam destek ünitesine bağlı yeni doğanların mahkemelerce hükmü kesinleşene kadar korunmasını sağlayabilecektir. Nitekim, hakimın geçici ödemeye karar verebilmesi için ileri sürülen zarar engelli yeni doğanın bakım, tedavi bir kısım maddi ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte olabileceğinden, mahkemelerden talep edilmesi, TBK m.76 düzenlemesi amacına uygundur. Herhalde, davacı davasının neticelenmesi halinde elde edeceği maddi-manevi tazminattan, hakimın takdir ettiği ön ödeme niteliğindeki bedel mahsup edilebileceği gibi; davalının lehine kararın kesinleşmesi hallerinde ise yapılan geçici ödeme davacı tarafından iade edilebilecektir³⁶⁵.

2.3.2. Gebe Kadın ve Doğrudan Korunan Eş

Gebelik takibi, prenatal tanı süreci yahut gebeliği önleyici araçların uygulanması hususunda, sözleşmenin alacaklısının anne adayının olduğu kabul edilir. Hekimlik sözleşmesi gereği hizmetin ifası sırasında kusur ile sebebiyet verilen zarardan etkilenecek olan baba adayının, sözleşmenin koruyucu kapsamından yararlanacağına şüphe yoktur. Sözleşme ilişkisine dayanarak doğrudan taraf olan gebe kadın, istenmeyen gebelik sebebiyle kendi vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine dayanarak zararının giderilmesini isteyebilecektir. Öte yandan, gebelik takibinde ihmal ve kusur ile istenmeden dünyaya gelen çocuk, ailenin ortak malvarlığında eksilme yaratacağı ve bu zararın, diğer eş olan

³⁶⁴ Bkz.99-100.

³⁶⁵ Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, ‘‘Geçici Ödemeler’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:110, 2014, s.111-114; Topuz Murat: ‘‘Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler’’, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2011, s.259-261.

baba tarafından da katlanılması gereken bir durum olduğu ve anne adayını ile hekim arasındaki sözleşmenin diğer eşi koruyucu nitelikte olduğu ve bunun bir aile planlaması hakkı olduğu doktrinde kabul edilmiştir³⁶⁶.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, ‘‘tam üçüncü kişi yararına sözleşme’’ ve ‘‘eksik üçüncü kişi yararına sözleşme’’ olarak nitelendirilmiştir³⁶⁷. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerin aksine, üçüncü kişi de borçludan doğrudan ifa ve oluşan zararı talep hakkına sahiptir³⁶⁸. Bu halde, gebe kadının ceninin var olmamasına ya da tedavisi amacıyla hekim ile yapmış olduğu sözleşmeler, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilir³⁶⁹. Hekimlik sözleşmesinin üçüncü kişi konumunda olan baba adayını bakımından, gebeliğin ortaya çıkması sebebiyle onun zararın tazmin edilmesini isteyebilmesi mümkündür³⁷⁰.

Babanın tazminat hakkı sahibi olduğu ve gebe kadının eşi olarak, hekimlik sözleşmesinin koruma kapsamında değerlendirilmesinde menfaati açık olduğu gibi; hekim, sözleşmenin tarafı olarak babanın da menfaatlerinin ihlal edilebileceğini bilebilecek durumda kabul edilir³⁷¹. Nitekim, Türk Medeni Kanunu’nun 327/I hükmü uyarınca, çocuğun eğitim, bakım, gözetim masrafları ana ve baba tarafından karşılanır. Dolayısıyla, çocuğun masrafları, ana babanın ortak yükümlülüğü kabul edilmektedir. Velayetin kaldırıldığı hallerde de, velayeti elinde bulundurmeyen taraf çocuğun bakım yükümlülüğü altında kabul edilmektedir³⁷². Bu halde, istenmeden dünyaya gelen çocuğun masraflarından, baba adayının da doğrudan sorumluluğu söz konusudur.

³⁶⁶ Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Doğan Çocuk Nedeniyle Tazminat, s.140-141 : Kanımızca da gebelik takibi ve prenatal tanıya yönelik sözleşmelerin koruma sahasına, sözleşmenin tarafı olmayan diğer eş de dahil olup, bu eş de istenmeden dünyaya gelen çocuğun bakım masrafları nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahiptir; Büyükay, s.113 : Hekim ile yapılan sözleşmeden dolayı, ananın yanında, aynı anda bakım yükümlülüğünü üstlenen baba da bir tazminat talep etme hakkına sahiptir. Babanın tazminat talep edebilmesi, esas itibarıyla çocuğun insanlık onuruna yakışan bir yaşam sürebilmesi açısından da büyük önem arz etmektedir.

³⁶⁷ Eren,s.1098.

³⁶⁸ Çilenti Konuralp Aysen, ‘‘Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.146,2020,s.155-181

³⁶⁹ Kırca Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk, Ankara,2004,s.70-72 ; Karabağ Nil, ‘‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Sözleşme’’, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2007,s.13-17.

Eren,s.1106-1108 ; Öte yandan, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin dayanakları bakımından bkz. Kırca;s.84

³⁷¹Serozan,Çocuk,s.400; Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2,İstanbul,2008,s.400

³⁷² TMK m.327/I : Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır.

TMK m.350/I: Velayetin kaldırılması hâlinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim

2.3.3. Cenin

İstenmeden dünyaya gelen çocuklara ilişkin yapılan hekimlik sözleşmesi kapsamında hekim, anne karnındaki cenine kusuru ile zarar vermiş olabileceği gibi ceninde var olan ve tedaviye elverişli hastalığı teşhis edemeyerek onun engelli doğumuna neden olabilir. Bu iki halde de, ana-babanın, hekimin mesleki kusuru ile katlanmak zorunda bulundukları zararları, tedavi sözleşmesine dayalı olarak hekimden talep edebileceklerine şüphe yoktur³⁷³. Bir diğer husus olarak, anne karnındaki cenine karşı hekimin fiilinin haksız fiil niteliğinde olduğu ortadadır. Üçüncü kişiyi etkileyici sözleşmeler bakımından ceninin bu tedavi sözleşmesinin koruyucu kapsamında olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Cenin, herhalde hekimin kusurlu fiil sebebiyle kendisinde meydana gelen zararları, haksız fiil hükümlerine dayalı olarak hekimden talep edebilecekse de, sözleşme kapsamında haklara nazaran, daha az korunacaktır³⁷⁴.

Cenin, üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi öncelikle, tedavi sözleşmesinin zamanına ve amacına bağlı olarak değişecektir. Her ne kadar sözleşme ilişkisi ana-baba ve hekim arasında kurulmuş ise de, tedavi sözleşmesinin konusu ceninin sağlıklı doğumuna ilişkin olması sebebiyle cenini sözleşmenin koruyucu etkisinden bağımsız düşünmek mümkün değildir³⁷⁵. Tedavi sözleşmesinin kapsamı, gebelik sürecince ceninin gelişiminin takibi ve bir aksilik durumunda, hekimin tıbbi müdahalesini kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, ceninin oluşabilecek her türlü zarardan korunması amacıyla akdedilen sözleşme, ana-baba ve ceninin çıkarının bulunduğu bir tedavi hizmeti niteliğindedir. Hekimin, sözleşmenin gereklerini ilgi ve özensizliği sebebiyle gereği gibi ifa edememesinden, en çok ceninin kendisinin etkilendiği kabul edilmelidir. Buna göre ceninin, sözleşmenin asıl konusu olarak, tedavi sözleşmesinin üçüncü tarafı kapsamında, sözleşmeye dayalı tazminat hakkından bahsedilir.

Cenin, hekimin tedavi sözleşmesinin tarafı olmaması ve hekimin aslında doğrudan ceninin kendisine müdahale etmemesi sebebiyle, sözleşmenin koruma kapsamında olmayacağı yönünde görüş ileri sürülmüştür³⁷⁶. İleri sürülen bu görüşe göre

giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder.

³⁷³ Bkz.s.65 vd.

³⁷⁴ Sorumluluk hallerindeki ayrımın incelenmesi için bkz. Atamer Yeşim M., “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S: 1-2, s.101 vd.

³⁷⁵ Aydın,s.108-110.

³⁷⁶ Büyüksağış, “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellememek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?” Parg. 15 Yazar, ana rahmindeki ceninin

cenin, ananın bir parçası kabul edilmesine bağlanmışsa da öğretide, bu görüşe doğum ile ceninin hak ehliyetine sahip olması sebebiyle, bizce de haklı olarak karşı çıkılmıştır³⁷⁷. Yargıtay bir kararında, üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme kapsamında sınırları belirlerken, edime bağlı tehlikelerin içerisinde bulunan üçüncü kişinin de, davacı olarak meydana gelen zararları sözleşmeye dayalı tazmin edilmesini talep edeceğine hükmetmiştir³⁷⁸. Buna göre, kararın üçüncü kişi lehine etkili olabilmesi için, sözleşmenin meydana getirdiği yükümlülüklerden etkilenme alanı içerisinde olması koşulu aranmıştır. Bu haliyle, cenin, ana-baba ve hekim arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğrudan etkilenen üçüncü kişi konumunda tazminat talep edebilir.

İstenmeden dünyaya gelen engelli çocuk bakımından, hekim ile ana-baba arasında akdedilen sözleşmenin koruma alanı içerisinde bulunduğu; buna göre meydana gelen zararların sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazmini talep edilebilecektir. Sözleşmeye dayalı olarak zarar gören üçüncü kişinin uğradığı zararlardan ötürü tazminat talebi TBK m.125 kapsamında, kural olarak, 10 yıllık zamanaşıma tabi olacaktır³⁷⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen ilgili kararda, hekimin özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı davranışları sebebiyle engelli dünyaya gelmesine sebebiyle, yeni doğanın hastane ile anne arasında yapılan sözleşmenin bir tarafı olarak kabul ederek, zararların tazmin talebinin vekalet sözleşmesine dayalı talep edilebileceğini belirtmiştir³⁸⁰.

Hekim ile girişilen tıbbi hizmet sözleşmesinin de çocuğu doğrudan etkilemesi sebebiyle, cenin lehine üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirilmesinde herhangi bir hukuki engel yoktur³⁸¹. Bununla birlikte, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden yararlanması için, kişinin fiil ehliyetine sahip olması aranmamaktadır.

anneni bir parçası sayılması nedeniyle ilerde doğacak çocuğun ana ve baba ile hekim arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisine dahil kabul edilmesini engellediği ifade etmektedir.

³⁷⁷ Ünver, s.112.

³⁷⁸ YHGK 1992/13213 E., 1992/315 K. 06.05.1992 T. Yargıtay, tüp gaz satımında alıcı tarafın yardım talebi üzerine onun evine yardıma gelen ve hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu patlayan tüp nedeniyle yaralanan davacının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve satıcı tüp gaz bayiinden sözleşme hükümlerine göre tazminat talep edeceğini kabul etmiştir.” <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁷⁹ Atamer, s.125-126.

³⁸⁰ YHGK 2002/ 13-1011 E., 2002/1047 K. 12.12.2002 T. İlgili kararda, gerek ebeveynler gerekse özürlü olarak doğan çocuk ile hekimler ve hastane arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edildikten sonra, tazminat talebinin hukuki dayanağı olarak da hekimlerin akdedilen vekâlet sözleşmesini ifada özen borcuna aykırı davranışları gösterilmiştir. Kararın detaylı incelenmesi yönünden bkz. Aydın Tülay, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi”, İÜHFM, C: LXIV, S: 2, 2006, s. 333

³⁸¹ Büyüyükay, s.118.

Lehtar, yani lehine sözleşme düzenlenen kişi, henüz doğmamış, hatta ana rahmine henüz düşmemiş bir çocuk olabilecektir³⁸².

Sözleşmenin kurulduğu sırada, henüz doğmamış olan ceninin, bu hakkı nasıl kazanacağı ise, ‘’beklenen hak teorisi’’ ile açıklanmıştır. Buna göre, sözleşme kurulduğu sırada henüz doğmamış olsa da ceninin yararına kurulan bu sözleşmede, cenin doğana kadar henüz bir bekleme durumu olduğu kabul edilir³⁸³. TMK m.28 hükmü uyarınca, kişilik hakkı, tam ve sağ doğum şartına bağlanmış olsa da, istisna haller olarak değerlendirilen miras hukuku bakımından, kişilik hakkının bazı durumlarda ana rahmine düştüğü andan itibaren başladığı görülmektedir. Öte yandan, Yargıtay, henüz anne karnındayken, baba desteğini kaybeden ceninin, kişilik hakkının anne karnındayken başladığını kabul etmiş ve ceninin maddi/manevi tazminat hakkını kabul etmiştir³⁸⁴.

Bu haliyle engelli çocuğun doğumuna ilişkin verilen kararda da Yargıtay, ceninin kişilik hakkını anne karnındayken kabul ederek miras hükümleri bakımından yorumlamanın dışına çıkmıştır. Bu değerlendirme bakımından, çocuğun, kusuru ile engelli doğmasına sebebiyet veren hekime karşı dava hakkının olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır. Doğum sırasında, tıbbi müdahaledeki gecikmesi ile çocuğun oksijensiz kalarak, asfiksi olması halinde engelli doğan çocuğun, sorumlulara karşı dava hakkı olduğu kabul edilebilecektir. Keza, ceninin beden bütünlüğünün korunması, sağlıklı doğum ile hayatına devam etmesi bir nevi yaşam hakkının varlığı söz konusudur. Dolayısıyla, hukuken ceninin sağlıklı bir yaşam hakkının korunması gerekecektir³⁸⁵.

2.3.4. Tazminat Yükümlülerinin Belirlenmesi

Hekimin kusuru ile sebep olduğu zarardan sorumluluğuna ilişkin herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Öte yandan, tazminat yükümlülerinin belirlenmesinde, hekimin kendi kusurunun yanında tıbbi müdahalenin bir ekip işi olması ve hekimin hizmet sözleşmesine dayalı ifa yükümlüsü olduğu hallerde tazminat yükümlüleri

³⁸² Çilenti Konuralp, s.168-169; Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008, s.99-100; Oğuzman/Seçili/Oktay s.19; Ünver, s.75; Eren, s.1096-1097.

³⁸³ Akyol, s.100-110; Ünver, s.76-77.

³⁸⁴ Y4HD, 1983/6447 E. 1984/2849 K. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁸⁵ Büyüktanır Özcan, s. 275-300.

genişlemektedir. Hekimin hukuki sorumluluğu ve niteliği bakımından çalışmamızda ayrıntılı açıklama yaptık³⁸⁶.

Özellikle, gebe kadının ceninin sağlıklı gelişimi ve doğuma kadar ilerleyen sürecini özel hastane ile giriştiği sözleşmeler bakımından, özel hastanenin ifa yükümlüsü hekim sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumluluğu söz konusu olabilecektir³⁸⁷. Gebelik sürecine ilişkin özel hastane ile yapılan sözleşmeler, serbest hekim ile yapılan tedavi sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Nitekim, özel hastane bünyesinde talep edilen tedavi hizmeti sebebiyle özel hastane işleticisi ve hasta arasında gerçekleşen sözleşmeye ‘‘hastaneye kabul sözleşmesi’’ olarak adlandırılmaktadır³⁸⁸.

Tedavi hizmeti talep eden hasta ile hastane arasında doğrudan kurulan tedavi hizmetini kapsayan sözleşmelerde, hastanın hekimi seçme imkanı bulunmamaktadır. Bu hallerde, sözleşme yalnızca özel hastane işletici ve hasta arasında kurulmaktadır. Dolayısıyla, hekimin ifa yükümlüsü olarak hastaya vermiş olduğu zararlardan sözleşmeye dayalı sorumluluğu bulunmamakta; hekimin ancak şartlar mevcut ise, haksız fiil hükümlerince tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır³⁸⁹.

Hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi gereğince, özel hastane işletmesi, bünyesinde hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalıştırdığı hekimin hastaya vermiş olduğu zararlardan dolayı, TBK m.116 hükümlerince sorumlu olacaktır. Hekimin ayrıca haksız fiiline dayalı tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde ise, TBK m.66 hükümlerince tazminat sorumluluğuna gidilebilir³⁹⁰. Hekimin, hizmeti sırasında vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu, özel hastanenin ifa yükümlüsü olarak hekimin seçilmesinde gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde söz konusu olur.(TBK m.66/II)

³⁸⁶ Bkz.77 vd.

³⁸⁷ Arslan,s.413.

³⁸⁸ Akkanat Halil, ‘‘Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni’’, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s.28.

³⁸⁹ Doğan Murat, ‘‘Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu’’, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, 2014, s. 25

³⁹⁰ TBK. m.116 :Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

TBK m.66 : Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hekim ile hasta arasında kurulan hasta kabul sözleşmesi'nin niteliğinin, vekalet ilişkisi olduğu yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır³⁹¹. Hekim-hastane arasında kurulan sözleşmenin niteliğinin, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak Yargıtay'ın yerleşik kararları da mevcuttur³⁹².

Başkasının eylemine dayanan sorumluluğu düzenleyen iki hüküm arasında, dayandıkları hukuki sorumluluk anlamında ve buna bağlı olarak, eylemin kusura dayanıp dayanmadığı, kurtuluş kanıtının varlığının etkisi ve dava zamanaşımı olmak üzere temel farklar bulunmaktadır. TBK m.66 hükmü gereği, çalışanın eyleminden sorumluluğunda, geniş anlamda haksız fiil ve taraflar arasında altlık-üstlük ilişkisi aranırken, TBK m.116 hükmünde, ifa yardımcısının eyleminden dolayı borçlunun sorumluluğunda, sözleşme hükümlerine dayanarak, taraflar arasında altlık-üstlük ilişkisi aranmaz. Objektif özen yükümlülüğü bakımından da, TBK m.66 uyarınca, çalışanın eyleminin kusurlu olması aranmazken, TBK m.116 hükmü gereği, borçlunun eyleminin kusurlu olması gerekir. Her iki halde de, kendi nam ve hesabına çalışan hekimin hastaya verdiği zararlardan, hekimi istihdam eden özel sağlık kuruluşunun tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁹³.

Dolayısıyla gebe kadının, prenatal tanı döneminde ya da gebelik önleyici/sonlandırıcı tıbbi işlemlerin uygulanması amacıyla, özel sağlık hizmeti veren kuruluşa başvurması ile sözleşme, gebe kadın ve hastane yönetimi arasında kurulmuş olur. Bu durumda da, istenmeden dünyaya gelen çocuk sebebiyle doğan zarardan, hekim ile aralarında hizmet bağı bulunan özel sağlık kuruluşu, koşulların varlığına göre, TBK m.66 ve TBK m.116 hükümleri gereği müteselsilen sorumlu olur.

³⁹¹ Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 26; Aşçıoğlu, s. 16.; Hatırnaz Erol, s.50-55; Hakeri Hakan, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", V.Sağlık Hukuku Kurultay, Ankara Barosu Yayınları, 2.Baskı, 2009, s.163 ; Özel Hastanelerin Hukuki Niteliği için bkz. Gözpınar Karan Gülşah, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 119, Temmuz 2016, s.138-155.

³⁹² YHGK 2017/2244 E. , 2021/961 K. 07.07.2021 T.: Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (oda, yiyecek, bakım vb otelcilik hizmetleri) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmektedir. <http://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:1.10.2021)

³⁹³ Canbolat Ferhat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2009, S.80, s.160; Hatırnaz Erol, s.25 ; Er, s.65-70 ; Özsunay Ergun, "Hekim ve Hastanenin Sorumluluğu", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.93 ; Demir Mehmet, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı, Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.276 ; Akkanat, s.25-26.

SONUÇ

Kişiliğin başlangıcının tespit edilmesi birçok hukuk alanında sonuç doğurduğu gibi, tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde de büyük önem arz etmektedir. Buna göre, kanunda kişilik en temelinde, haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneği olarak tanımlanmıştır. Türk Hukuku düzenlemelerinde, ceninin hak ehliyetine sahip olabilmesi anne karnında var olması anından başlamış; sağ ve tam doğum ile de kişilik hakkının varlığı kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şartların sağlanması ile cenin, tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeye alınmıştır. Ceninin anne karnında dış müdahale olmaksızın, doğal ölümü halinde, istenmeden dünyaya gelen çocuk nedeniyle tazminat hakkından bahsedilemez.

Kişilerin, Aile Planlaması Hakkı, devletler tarafından özünde korunması gereken bir Anayasal hak olarak karşımıza çıkar. Kişilerin kendi rızaları ile çocuk sahibi olmak istememeleri de, aile planlamasının bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Bu halde, devletlerin gebeliği önleyici tıbbi uygulamalara ilişkin yasal düzenlemelerle birlikte bireylerin gebelik önleyici araçlara ulaşmasını sağlaması ve kolaylaştırması gerekir. Buna göre, bireylerin, çocuk sahibi olmama amacıyla, tıbbi operasyon gerektiren sterilizasyon ve kastrasyon işlemlerin uygulanmasına başvurmaları mümkündür. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, çerçevesinde gerekli koşul ve şartların sağlanması halinde, alanında uzman hekimlerce kişilerin çocuk sahibi olmalarını engelleyici tıbbi işlemler yapılması mümkündür.

Gebeliğin istenilmediği hallerde mevcut gebeliklerin sonlandırılması işlemi olarak kürtaja imkan veren yasal düzenleme, NPHK 5 ve 6. maddelerinde yer almaktadır. Kadının kürtaj hakkı, ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı noktasında, dini, ahlaki ve etik açıdan günümüzde mevzuatta halen tartışmalara konu olmaktadır. Mevzuatta kadının kürtaj hakkı, belirli yasal sürelerin geçirilmemiş olması koşuluna tabi tutulmuştur. Ağır maluliyet ya da gebe kadının yaşamını tehdit eden durumlarda ise, kürtaj herhangi bir süre koşuluna bağlanmamıştır. Bu konuda bir tartışma konusu husus ise, yasal düzenlemelerde evli kadınlar bakımından aranan eş rızasının varlığıdır. Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerle de koruma altına alınmış olan, kişilere eşit muamele hakkının, yalnızca evli gebe kadınlarda aranan eş rızası koşulu ile zedelenmektedir. NPHK'da öngörülen bu düzenleme ile evli olmayan gebe kadın sadece yasal süreye tabi olarak kürtaj imkanına sahip iken, evli gebe kadınlar eşlerinden izin

almak durumunda kalmaktadır. Ülkemizde kadına şiddetin önlenemez boyutlara ulaştığı göz önüne alındığında, evli erkekler tarafından kürtaja rıza göstermemenin de bir şiddet unsuru olduğu göz ardı edilmiştir.

Kürtajın yasal koşullarında aranan, bir diğer izin usulü ise sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından öngörülmüştür. Bu haliyle, gebeliğin sonlandırılması bakımından, kısıtlılarda aranan yasal temsilci ve bazı haller vesayet makamı denetimi söz konusudur. Ancak, sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilcinin iradelerinin uyuşmadığı hallerde ne olacağı sorunu önem taşıyacaktır. Sınırlı ehliyetsizin kürtaja rıza göstermediği hallerde, yasal temsilcinin rızası HHY'e göre tamamlayıcı nitelikte kabul edildiğinden, tıbbi işlemin uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Diğer ihtimalde, tıbbi işlemi talep eden sınırlı ehliyetsiz küçüğün yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde ise; küçük vesayet altında ise vesayet makamına, velayet altında ise Aile Mahkemesine başvurularak, tıbbi müdahalenin onamı aranacaktır. Bu haliyle tezin Birinci Bölümünde, ceninin kişilik hakkı, kadının gebeliği önleyici uygulama hakkı ve gebeliğin sonlandırılmasında, kürtajın yasal koşulları ve aranan izin unsurunun uygulamada yaratabileceği sorunlara dikkat çekmek amaçlanmıştır.

Anne ve babanın gebeliği istememesine rağmen, planlamadığı zamanda hekimin ihmal veya başarısızlığı sebebiyle dünyaya gelen çocuklara hukuk literatüründe istenmeyen çocuk kavramı kullanılmış ve hekimin kusuru ile yaşam hakkı bulan çocuk sebebiyle ortaya çıkan zarar ve masrafların ilgililerden talep edilebileceği belirtilmiştir. Gelişen yargı kararlarında da hekimin kusuru veya ihmali sebebiyle dünyaya gelen çocuğun engelli ya da sağlıklı olması farkı gözetilmeksizin, ilgililere bazı koşulların varlığı halinde tazminat sorumluluğuna gidilebildiği görülmektedir.

Hekimin, tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi kusuruyla orantılı olduğu gibi, aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediği, özen borcuna aykırılık hallerinin tespiti gibi bir takım özel inceleme ve araştırma gerektiren şartlara bağlı kılınmıştır. Bu haliyle, gebeliğin önlenmesi, gebeliğin sonlandırılması yahut engelli çocuk sahibi olmamaya yönelik taraflar arasında yapılan tedavi sözleşmesine aykırı hekimin fiili sebebiyle istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesi hallerinde, ailenin katlanmakla yükümlü olduğu tüm zararların talep edilebileceği belirtilmiştir.

Hekimin, sözleşmeye dayalı sorumluluğu ise her şeyden önce, hastası ile girişmiş olduğu tedavi sözleşmesinde belirlenen ifa borcunu gereği gibi yerine getirilmemesi hallerinde söz konusu olacaktır. Hekimin taraflar arasında gerçekleştirdiği tedavi sözleşmesine dayalı olarak kusuru ile vermiş olduğu zararlardan sorumluluğuna ilişkin mevzuatta doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Türk Ceza Kanunu'nu ve Borçlar Kanunu'nun belirli düzenlemeleri ile hekimlerin şahsi ve cezai sorumluluklarına gidilebilmektedir. Hekimler, ifa borcu ile yükümlülük altına girdikleri tedavi hizmetinde hata, ihmal ve kusurları ile hastaya vermiş oldukları zararlardan dolayı Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre tüm malvarlıkları ile sorumlu; suç niteliğine sahip olaylar bakımından da Ceza Kanunu hükümlerine göre şahsen sorumludurlar. İstenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından hekim ile taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı halinde, sözleşme hükümlerine aykırılık, uygun illiyet bağı, kusur ve zarar unsurlarının varlığı gerekir. Hekimin taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde ise, TBK haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilme yapılarak, haksız fiil, kusur, illiyet bağı ve zarar unsurları aranır.

İstenmeden dünyaya gelen çocuklar bakımından, tazminata konu olan zararın kapsamı, çalışmamız içerisinde yargı kararlarıyla desteklenerek incelenmiştir. Gebeliği planlamayan ailelerin malvarlıkları üzerinde beklenmeyen bir külfet olarak ortaya çıkan çocuğun masrafları, tazminat miktarını belirlemektedir. Hekimin kusuruyla sebep olduğu maddi-manevi zarardan tazminle yükümlülüğü kabul edilmiştir. İstenmeden dünyaya gelen engelli çocukların maddi zararı, doğumlarından itibaren mecburi görülen tüm tedavi, bakım ve özel eğitim masrafları; sağlıklı istenmeyenlerin ise on sekiz yaşına kadar geçirecekleri tüm bakım, gözetim ve eğitim masrafları olarak belirlenmiştir.

Hekimden tazminat talep hakkı sahibinin tespitinde, hekim ile sözleşmenin asıl tarafı gebe kadın arasında kurulan tedavi sözleşmesinin koruyuculuk kapsamı çalışmamızın son kısmında değerlendirilmiştir. Aile planlamasına aykırı olarak dünyaya gelen çocuklar bakımından, çocuğa bakmakla yükümlü olan ilgili herkes zararının giderilmesini talep edebilecektir. İstenmeyen gebelik ya da doğuma ilişkin yapılan anlaşmalar, gebe kadın ile hekim arasında yapılmış olsa da, baba adayının da menfaatine yapılan bir sözleşme söz konusu olduğundan, üçüncü kişi lehine sözleşme hükümlerine göre baba adayı da tazminat hakkı sahibi kabul edileceği kabul edilmiştir. Sözleşme her ne kadar ana-baba ve hekim arasında kurulmuş olsa da, tedavi sözleşmesinin konusu ceninin kendisidir. Bu doğrultuda, cenini sözleşmeden bağımsız düşünmek mümkün olmayacağı için, hekimin

hukuka aykırı yahut haksız fiiline dayalı olarak ceninin de tazminat hakkı sahibi olduğu kabul edilmiştir.



KAYNAKÇA

- Abik, Y. (2005). *Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.241-287.
- Acıduman, A.(2013-Kasım). *Tıp Etiği Açısından Kürtaj*. V.Sağlık Hukuku Kurultayı.359-395.
- Adıgüzel, S. (2014). *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 736-764.
- Akbaba, Z.B. (2009-Mart). *Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu–I*.Türkiye Barolar Birliği Dergisi.297-322.
- Akbaş, Y.(2014-Haziran). *Hekimin Özen Yükümlülüğü*. Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.109-125.
- Akçan, R. (2011). *Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. Ulusal Cerrahi Dergisi.191-197.
- Akıntürk, T./Ateş, D. (2005). *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, (28.Baskı b.) İstanbul:Beta Yayıncılık
- Akıntürk, T./Ateş, D. (2008). *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*,(23.Baskı b.) İstanbul:Beta Yayıncılık
- Akkanat, H. (2006). *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni*.Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Başaran,N./Akşit,M.A.(2019).*Genetik Danışmanlık*. Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yenidoğan Dergisi.94-171.
- Akyıldız, S. (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi*, Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Akyol, Ş. (2008). *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*.İstanbul: Seçkin Yayınevi.
- Alkanat, M.B. (2002). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*.Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi.177-180.
- Altunkaş, A. (2014). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları*.II Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu.
- Antalya, O.G. (2015). *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. İstanbul:Seçkin Yayınevi
- Arifoğlu, B. (2020). *Türkiye 'de Kürtajın Etik Açısından İncelenmesi*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi.124-135.
- Arpacı, A. (2009). *Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı*, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.5-14.
- Arpacı, A. (2000).*Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler*, (2. Baskı b). İstanbul:Beta Yayınevi.

- Arslan Öncü, G.(2019).*Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*. Ankara:Epamat Basım.
- Arslan, F.(2020-Haziran). *Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti*.Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.400-422.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). *Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk-Doktorların Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî)*. Ankara.
- Ataay, A. (1980). *Medeni Hukukun Genel Teorisi*.(3.Baskı b.) İstanbul:Fakülteler Matbaası.
- Ataç, A. (2010).*Tıp Etiği Açısından Kastrasyon*. III. Sağlık Hukuku Kurultayı. Ankara: Ankara Barosu Yayınları. 169-182.
- Atay, H. (2017).*Kürtaj Yasasının Arkeolojisi: Türkiye’de Kürtaj Düzenlemeleri*, Edimleri Kısıtları ve Mücadele Alanları.Ankara:Fe Dergi.1-16.
- Ateş Karaman, D.(2012). *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*.(9.Baskı) İstanbul: Beta Yayınevi
- Ateş, T.(2007).*Hekimlerin Cezaî ve Hukuki Sorumluluklar*,(3.Baskı b.) İstanbul:Nobel Tıp Kitabevi.
- Avcı, Y.(2006).*Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.579-568.
- Ayan, M.(1991).*Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*.Ankara: Kazancı Yayınları
- Ayan, N./Ayan,M.(2020).*Kişiler Hukuku*.(9.Baskı b.) Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, Ö.(2013-Ocak).*Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler*.Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.35-62.
- Aydın, T.(2006).*Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası,327-342.
- Ayrancı, H./Aral,F.(2015).*Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*.Ankara: Yetkin Yayınları.
- Badur, E.(2020-Ekim).*Gebeliğin Sona Erdirilmemesi Nedeniyle Suç Mağduru Çocuğun Kişilik Hakkının İhlali*. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.4075-4107.
- Badur, E.(2017).*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- B. Ekinci, S.(2018). *Üreme Hakkı Kapsamında Üremeye Yardımcı Teknikler*. İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü-Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı.(Yüksek Lisans Tezi)
- Barış, E.(2003).*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*.(1.Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayınevi

- Başalp, N.(2011).*Sorumsuzluk Anlaşmaları*. (1.Baskı b.)İstanbul:XII Levha Yayınları.
- Boran, B.(2007).*Aydınlatılmış Rıza*. V.Sağlık Hukuku Kurultayı.85-104.
- Büyükkay, Y. (2006).*İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu*.İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Büyüksağış, E.(2006-Şubat). *Ebeveynleri tarafından dünyaya gelmesi arzu edilmemiş çocuğun doğumunu engellemek hekimin sorumluluğunu gerektirir mi?*. Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi.
- Büyüksağış, E.(2005).*Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*.Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.119-148.
- Canbolat, F.(2009-Şubat).*Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 156-181.
- Cevizci, A.(2013).*Uygulamalı Etik*.(2.Baskı b.)İstanbul: Say Yayınları.
- Ç. Konuralp, A.(2020).*Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi.154-185.
- Y. Çakmut, Ö. (2003).*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (1.Baskı b.) İstanbul:Legal Yayınevi.
- Çağlayan, R.(2010-Mayıs) *İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası*. III. Sağlık Hukuku Kurultayı. Ankara Barosu Yayınları.92-144.
- R. Çakmak,U.(2017).*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı*. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.163-184.
- Çavdar, P(2016).*Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi.763-765.
- Çilingiroğlu, R.C.(1993).*Tıbbi Müdahaleye Rıza*.İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Çoban, F.(2015).*Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim*. Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi.79-112.
- Çobanoğlu, N.(2009).*Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam*. (Sağlık Hukuku Digestası) Ankara Barosu Yayınları.
- Çokar, M.(2008) *Kürtaj*.(1.Baskı b.) İstanbul:Babil Yayınları.
- Çokar, M.(2010).*Tıp Tarihi Işığında Bir Tıp Etiği Sorunsalı: İskat-ı Cenin*. Türkiye Biyoetik Derneği VI: Tıp Etiği Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı. İstanbul:Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları.

- Dericiler Yücel, Ö.(2014).*AIHM İctihatlari Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması*.VI. Sosyal İnsan Hakları
- Ulusal Sempozyumu. (Petrol-İş Sendikası). İstanbul.367-383.
- Demir, M.(2020). *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*.(2.Baskı b.).Ankara:Yetkin Yayınevi.
- Demir, M. (2007-Kasım).*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*.Sağlık Hukuku Kurultayı.153-160.
- Demir, M.(2008).*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.225-252.
- Dinç, A.(2018).*40 Yaş Üzeri Evli Kadınların Kontraseptif Tercihlerinin İncelenmesi*. Zeynep Kamil Tıp Bülteni.252-255.
- Doğan, M.(2009-Ocak). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Mersin Barosu Tıbbi MüdahaledenKaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Bildirileri.
- Doğan, M.(2014)*Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu*.Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu(Türkiye Barolar Birliği)
- Dönmez, B.(2007)*Tck'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AIHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.99-102.
- Er, Ü.(2019).*Sağlık Hukuku*.(2.Baskı b.)Ankara: Savaş Yayınları.
- Eren, F.(2014).*Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9.Baskı b.) Ankara:Yetkin Yayınevi.
- Ergün, Ö.(2015).*Borçlar Kanunu Kapsamında Haksız Fiile Maruz Kalan Hekim Ve Hekim Yardımcılarının Tazminat Hakkı*. I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi. 196-210.
- Ergün,Ö./Zeytin,Z.(2020)*Türk Medeni Hukuku*,(5.Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Erlüle, F./Helvacı,S.(2020)*Medeni Hukuk: Kişiler Hukuku* (7.Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayınevi
- Erman, B.(2003) *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Fidan, N.(2010) *Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.349-362.
- G. Karan, G.(2016-Temmuz) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*. Terazi Hukuk Dergisi. 138-155.
- G. Kurt, M.(2020) *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi.188-218.
- G.Tunalı, I. (2016-Temmuz) *Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*.Terazi Hukuk Dergisi.



- Gökcan, H.T.(2008) *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Gökyayla, K.E./Acabey,M.B./Zevkliler,A. (2000) *Medeni Hukuk: Kişiler Hukuku* (6 Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Grassinger, G.E.(2009)*Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık .
- Gülşen, R.(2008-Mart)*Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi*. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (2.Baskı b.)
- Gümüş, M.A.(2014)Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt II (1.Baskı b.) İstanbul: Yetkin Yayınevi.
- Günday, R.(2012) Tıbbi müdahale ve tedavide malpraktisten doğan hukuki sorumluluk. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Ankara. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gürbüz, N.(2014) *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*. İstanbul:XII Levha Yayıncılık.
- Hakeri, H.(2009) *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*.V.Sağlık Hukuku Kurultayı(2.Baskı b.) Ankara Barosu Yayınları.161-171.
- Hakeri, H.(2015) Tıp Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları(10.Baskı b) Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Hancı, İ.H. (2006) *Malpraktis Tıbbi Girişimleri Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*.Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Hatemi,H. (2020) *Kişiler Hukuku* (7.Baskı b.) İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- H. Erol, G.(2007) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları* (5.Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayınevi
- Helvacı, S.(2011) *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyan Davalar*. İstanbul
- K. Bozkurt, Ö.(2011) *Uluslar arası Nüfus ve Kalınma Konferansı (ICPD, 1994) Eylem Programı'nın Türkiye'de Uygulanan Sağlık Politikalarının Toplumsal CinsiyetPerspektifinden İncelenmesi*. Ankara: Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları.
- K. Karadağ, A.(2016) *Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2047-2057.
- K. Keskin, S. (2007) *Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi*. Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu
- K. Öztürk, Y./Sayar,T. (2018) *Türkiye'de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek:Planned Parenthood Of*

Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı . Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 321-348.

Kahraman, Z. (2016) *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.1269-1302.

Kalkan, O./Hatemi,H. (2014) *KişilerHukuku* (5.Baskı b.) İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Karabağ Bulut, N. (2007) *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Sözleşme* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi)

Karakaş, F.T.(2015) *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar* (1. Baskı b.) Ankara: Turhan Kitabevi

Kaya, M.(2012) *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 46-82.

Keskin, D. (2013) *Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi* .Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi . 743-773.

Keyman, S. (1978)*Hekimin Cezai Sorumluluğu*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi57-59.

Kıcalıoğlu, M.(2011) *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Kılıçoğlu, A.(1984) *Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği*. Ankara Barosu Dergisi.15-22.

Kılıçoğlu Yılmaz, K.(2015) *Evlilik Birliğinin Korunması*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi424-464.

Kılıçoğlu Yılmaz, K.(2014) *Geçici Ödemeler*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi.110-128.

Kılıçoğlu,A.(2015) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24.Baskı b.)Ankara:Turhan Yayınevi

Kırca, Ç.(2004) *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*. (1.Baskı b.)Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

Kırımlıoğlu, N.(1998)*Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar*. Türk Klinikleri Tıp Etiği Hukuku-Tarihi Dergisi.24-62.

Kirkit, E.(2016) *Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (1.Baskı b.) Adana:Adalet Yayınevi.

Koca, M.(2010)*Kısırlaştırma Suçu* III.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.37-51.

Komut, S.(2011)*Türkiye'de kadın, cinsellik ve kürtaj* Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi87-95.

Koru, O.(2021) *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

- Kurt, Leyla M.(2016)*Ceninin Malvarlığı Hakları*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi177-209.
- Küçük, Tefik S.(2015)*Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.297-321.
- Looschelders, D.(2013-Haziran) *Borç İlişkilerinin Nispiliği ve Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu*Hukuk Köprüsü Dergisi
- İnal, H. T.(2015)*Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları* (5.Baskı b.) Ankara, 2015.
- Makas, R.(2012) *Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları*.Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.149-180.
- Meran, N.(2005) *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Nart, S.(2020) *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu*.(2. Baskı b.) Ankara: Adalet Yayınevi.
- Narter, S. (2017) *Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (5.Baskı b.) Ankara: Adalet Yayınevi.
- Nomer, H. N.(2011) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10 Baskı b.) İstanbul: Beta Yayınevi
- O.Özdemir, S.(2010) *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği* (1. Baskı b.) İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, M.K./Oktay Ö. S./Seliçi, Ö. (2021) *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler* (20 Baskı b.) İstanbul:Filiz Kitabevi.
- Ozanoğlu, H.S. (2003) *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü* .Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi .56-77.
- Öğüz, T./Dural,M.(2020) *Kişiler Hukuku-Cilt II*, İstanbul: Filiz Yayınevi.
- Ömeroğlu, Ö.(2009)*Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon*. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi.281-290.
- Önok, M/Tezcan,D./Erdem,M.R.(2008) *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (6. Baskı b.)Ankara:Seçkin Yayıncılık
- Özalp, F./Özalp, T.(2014) *Hekimin Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özbilen, A.B.(2013)*Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller*. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi.99-124.

- Özçelik, F.(2010)*Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları*. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Eskişehir(Yüksek Lisans Tezi)
- Özdemir, D./Albayrak,G . (2012) *Fetüs ve Kadın Hakları-İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu*. Güncel Hukuk Dergisi.44-46.
- Özdemir, H.(2018)*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.347-379.
- Özdemir, H.(2010-Mayıs) *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*. III. Sağlık Hukuku Kurultayı.Ankara Barosu Yayınları.183-218.
- Özdemir, H. (2014) *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* Ankara:Yetkin Yayınevi
- Özdemir, H. (2016) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.33-81.
- Özen, B./Acar,F./Yavuz (2019) *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (17.Baskı b) İstanbul: Beta Yayınları.
- Özgül, M.E.(2010) *Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* .İstanbul:XII Levha Yayınevi.
- Özkan, H./Akyıldız, S.(2008) *Açıklamalı-İçtihatlı Hasta - Hekim Hakları ve Davaları* Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Özpınar, B.(2007)*Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları* Ankara:Ankara Barosu Yayınları.
- Özsoy, S./Dündar,T.(2019) *Gönüllü Sterilizasyonda Eş Onayı: Bir Üreme Hakkı İhlali mi?*Sürekli Tıp Eğitim Dergisi.222-227.
- Özsunay, E. (2007) *Hekim ve Hastanenin Sorumluluğu*. A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları.
- Özsunay, E.(2008)*Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'inHukuksal Durumu ve Korunması*. Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu.
- Özsunay, E.(1983)*Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları- Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. İstanbul: Fakülteler Matbaası
- Öztañ, B.(2021) *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*.(11 Baskı b.)Ankara: Yetkin Kitabevi
- Öztürk, E.(2018) *Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar*. İstanbul Medipol Üniversitesi. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi)
- Öztürkler, C.(2006) *Hukukun Uygulanmasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis ve Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. (2.Baskı b.)Ankara: Seçkin Yayınevi

- Petek, H.(2016) *Sağlık Hukuku*. Ankara: Anadolu Üniversitesi Yayınları
- Polat, O.(2005) *Tıbbi Uygulama Hataları* (2.Baskı b.) Ankara:Seçkin Yayınevi
- Polat, T.(2018) *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*(3.Baskı b.)Ankara: Adalet Yayınevi
- Reisoğlu, S.(1983-Mart)*Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu-Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler*. İstanbul: V. Sempozyum.
- Sarıtaş, H.(2005) *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*.Ankara: Bilge Yayınevi
- Savaş, H.(2007)*Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*. Ankara:Seçkin Yayınevi
- Seçer, Ö.(2013) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*.Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.107-148.
- Serozan, R. (2005) *Çocuk Hukuku* (2.Baskı b.) İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Serozan, R.(2006)*Borçlar Hukuku Genel Hükümler-İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*
(4.Baskı b.) İstanbul:XII Levha Yayıncılık
- Serozan, R.(2018) *Medeni Hukuk-Genel Bölüm: Kişiler Hukuku*.(8.Baskı b.) İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Serozan, R.(1968).*Culpa in Contrahendo,Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme'' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkileri*. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.108-129.
- Serozan, R.(2006) *Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi
- Sert, G.(2018)*Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*. Edt: Gürkan Sert ,ÖzgeYücel. *Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu*. Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Sert, G.(2012)*Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları*. İnsan Varlığını Geliştirme Vakfı.Ankara: Turap Tanıtım Yayınları
- Sert, G.(2019) *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları* (2. Baskı b.)İstanbul:Seçkin Yayınevi
- Sert, G. (2013) *Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları Etik ve Yasal Değerlendirmeler*.İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı: İstanbul
- Söğüt, İ.S.(2017)*Özelliği Olan Bazı Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. II. Ulusal Sağlık Hukuku. Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Yansımalar Sempozyumu.

- Şahin, M.F.(2019)*Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.135-168.
- Şatır, N.(2009)*Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı*. Sağlık Hukuku Digestası.Ankara Barosu Yayınları. 380-388.
- Şenocak, Z.(2008)*Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*.Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı.
- Şenocak, Z.(2008) *Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*.Ankara Barosu – II. Sağlık Hukuku Kurultayı
- Şenocak, Z.(2001) *Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*.Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 48-79.
- Şenocak, Z.(2009)*İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*. Ankara:Turhan Kitapevi.
- Şimşek, U.(2014)*Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.3535-3556.
- Tacir, H.(2011) *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*. İstanbul:XII Levha Yayıncılık
- Tek, G.S. (2012)*Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler*. Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları.103-130.
- Temel, E.(2010)*Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar*. Sağlık Hukuku Kurultayı. Ankara Barosu Yayınları.62-85.
- Tezel, C.(2014)*Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukukî Sorumluluklarının Nedenleri*.Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi)
- Topuz M.(2011)*Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler*. Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. MÜHFHADİstanbul.257.295
- Tiftik, M.(1993)*Medeni Kanunumuzda 3444 Sayılı Kanunla Değişik M.24 F.II Hükmü Karşısında Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 385-401.
- G.Tunalı, I.(2019)*Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*. İstanbul Kültür Üniversitesi (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi)
- Turgut, C.(2017-Aralık)*Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.181-190.
- Türe, M.G/Türe, O.(2017)*Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı*.Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 296-345.

- U.Çavuşoğlu, A.(2003)*Genom Analiz Sonuçlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi*.Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Uçar,A. Muharrem(2010-Mayıs)Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, III. Sağlık HukukuKurultayı.Ankara Barosu Yayınları. 152-160.
- Uygur, A.(2016)*Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi*.Türkiye Barolar Birliği Dergisi.356-381.
- Uz, A.(2021)*Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Merci Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Uzun, F.B.(2016) *Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti*. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi. 11-48.
- Ülman, Y.I.(2008) *Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları*. Güncel Hukuk Dergisi 110-113.
- Ümit, C.(2017) *Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.197-246.
- Ünver, T.(2011)*Cenin Hukuki Konumu* (1.Baskı b.) İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Ürem, M.(2012)*Kadın Vücudu ve Etik, Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. İstanbul Barosu Yayınları79-103.
- Üye, M.(2014) *Cenin (Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması* Ankara. V. Sağlık Hukuku Kurultayı. 41-59.
- Y.İpekyüz, F.(2015)*Hekimin Tazminat Sorumluluğu*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.19-61.
- Y.Çeltek/Delibas/Çakmak/Özsoy/K.İşgüder/Oktay/Y.Doğru.(2016) *Yaş gruplarına göre kadınların aile planlamasına bakışları ve seçtikleri yöntemlerin değerlendirilmesi: Tersiye Tek Merkez Deneyimi*. Dicle Tıp Dergisi. 413-418.
- Y.İpekyüz, F.(2006) *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmeleri* (1.Baskı b.) İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Y.Kılıçoğlu, K.(2016)*Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.1759-1771.
- Y.Reyhani, S.(2015)*Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.793-804.
- Yalçın, T.(2019) *Türk Ceza Hukukunda Kadın* (2.Baskı b.)Ankara:Savaş Yayınevi
- Yalçıntepe, N.(2011) *Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası*. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi)
- Işıktas,Y.(2015) *Hukuk Felsefesi* (4. Baskı b.) İstanbul:Filiz Kitabevi

- Yenidünya, C./Yaşar, Y.(2013-Temmuz) *Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.1-13.
- Yıldırım, M.F./Memiş,T. *Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 283-306.
- Yılmaz, B.(2007) *Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (3.Baskı b.) Ankara:Yetkin Yayınevi.
- Yılmaz, C.(2019)*Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme*. Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi.3311-3324.
- Yördem, Y.(2019-Temmuz)*Hekimin Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.129-156.
- Yurtcan, E.(1990) *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*. (2.Baskı b.) İstanbul:Kazancı Matbaacılık
- Yücel, Ö. (2018) *Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*. (1.Baskı b.) Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yücel, Ö.(2021)*Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar*. İstanbulHukuk Mecmuası.441-483.
- Zengin, N.(2010) *Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu*. Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi.44-52.
- Zevkliler, A.(1987) *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.1-37.
- Zeytin, Z.(2007) *Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.165-190.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı: Gözde YAŞIN

Eğitim Durumu

Yüksek Lisans Öğrenimi : Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı-Özel Hukuk Programı

Lisans Öğrenimi : Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi - %30 İngilizce Program

Tarih: 12.02.2022