

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

ŞUBAT 2013 - SAYI 130

Makale:

ÜREME MERKEZLERİNİN YAPAY DÖLLENMELERDEN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUĞU*

*Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa Özdemir

I. GENEL OLARAK YAPAY DÖLLENME

Döllenme, erkek üreme hücresinin dişi üreme yollarına konması işlemini ifade etmektedir. Tohumlama ve ilhak “döllenme” ile eşanlamlıdır. Döllemek (tohumlamak, ilhak etmek) eylemine konu olmaya ise dölleme denir. Fizyolojik anlamıyla döllenme, eşeyli varlıkların üremesi sırasında, dişi gametle (yumurta) erkek gametin (sperm) döllenmiş bir yumurta oluşturmak üzere birleşip kaynaşmasıdır¹. Doğal bir şekilde gerçekleşmesi gereken üreme her zaman mümkün olamamaktadır. Doğal yolla ana baba olma, korumasız gerçekleşen ve bir yıl süren cinsel birliktelik sonucu kadının hamile kalamamasıdır. Bir yıllık süre ilerlemiş yaş durumlarında, altı aylık süre olarak hesaplanır². Doğal yollarla anne baba olamayan çiftlerin imdadına yapay üreme ve gen teknolojisi alanındaki hızlı gelişmeler

*Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*7-8 EKİM 2011 Diyarbakır Alman Türk Uluslararası Sağlık Hukuku Kurultayında sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

¹ Erkan, 3; Erol, 33; Ateş, 328.

² http://www.teb.org.tr/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113053423infertilite_genel_bakis.pdf
(ET. 27.09.2012).

yetişmektedir³. Kişilere çocuk hasretini bitirecek değişik alternatifler sunulmaktadır. Bunlar arasında sperm bankaları, In-Vitro uygulamalar başı çekmektedir⁴. İnsanların çocuk hasreti canlılığın tabii bir işlevi olan üreme, gelişen türleri ve neticeleri itibarıyla hem tıbbî hem de hukukî, sorunları beraberinde getirmiştir. Yardımcı üreme metotları, kişilere çocuk hasretini tattırmada en büyük desteklerdir. Yapay dölleme ise, bunlardan birisidir⁵. Yapay dölleme dar ve geniş anlamda iki farklı tanıma sahiptir. Bunlar;

Dar anlamda yapay dölleme, kadının normal ilişki ile gebe kalamaması durumunda, erkek üreme hücrelerinin mekanik yolla kadının rahmine şırınga edilmesi ve yumurtanın kadının vücudunda döllendirilmesi suretiyle gerçekleştirilen döllemedir⁶.

Geniş anlamda yapay dölleme ise, cinsel ilişki olmaksızın, erkekten alınan sperm ile kadına ait yumurtanın yapay yolla döllendirilmesini ifade eder⁷.

A.YAPAY DÖLLENME TEKNİKLERİ

Döllemenin gerçekleştiği yere göre Insemination⁸ ile yapay dölleme (In Vitro Fertilizasyon IVF)⁹ arasında bir ayrım yapılmaktadır. Yapay sperm transferinde sadece sperm yapay bir yolla kadının bedenine yumurta hücresine aktarılmaktadır. Beden içerisindeki dölleme ise doğal yollarla gerçekleşmektedir¹⁰. Yapay döllemede ise, dölleme yapay koşullarda gerçekleşmektedir. Kadından cerrahi yollarla alınan yumurta hücreleri spermle

³ Yapay dölleme konusundaki gelişmelerin tarihi 4. Yüzyılda hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen denemelere dayanmasına rağmen bu alandaki en önemli gelişmeler ve insan üzerinde deneme 18. Yüzyılın ortalarında gerçekleşmiştir. Bir efsaneye göre 14. Yüzyılda ilk kez Araplar atları yapay olarak döllendirmeyi başarmışlardır. Aygırlardan alınan spermeler kısrağa yerleştirilmek suretiyle yeni kısrağın aygır birleşmesini dünyaya getirmişlerdir. Yapay dölleme konusunda başarıya imza atan ilk hekim İngiliz John Hunter'dır. Hunter, steril olan yeğeninden aldığı spermeleri yeğenininin eşinin rahmine yerleştirmiştir ve kadın 1799 yılında hamile kalmıştır. Amerika'da da doktor J. M. Sims tarafından 1865 yılında altı atın üzerinde 55 den fazla yapay dölleme denemiştir. Ancak bunlardan sadece bir tanesi gerçekten hamile kalabilmiştir. Hamile kalan da düşük yapmıştır (**Schlegel**, 5-6).

⁴ **Kırkbeşoğlu**, 41.

⁵ **Özpınar**, 33.

⁶ **Akıntürk**, ; **Nomer**, 545; **Acabey**, 174; **Buchli-Schneider**, 30 vd; **Erol**, 34; **Özpınar**, 34; **Zevkliler**, 32-33; **Ateş**, 331; **Aytaç, AD**, 188 vd; **Yıldırım**, 2 vd; **Bafra**, 60; **Kırkbeşoğlu**, 42.

⁷ **Cihan**, 18; **Nomer**, 545; **Zevkliler**, 32-33; **Öztekin**, 107; **Erkan**, 4; **Er**, 114; **Ayan**, 41; **Bayraktar**, 199; **Cin**, 31; **Özpınar**, 35; **Acabey**, 173; **Kırkbeşoğlu**, 42.

⁸ Insemination (Aşılama) işlemine göre, erkekten alınan sperm örnekleri yıkanarak, iyi hareketli spermeler seçilerek kadının rahmine yerleştirilmektedir. Bu yöntemin tercih edilmesinin sebebi, normal yollarla spermelerin yumurtalarla birleşmemesidir. Bunun sebebi genellikle spermın sahip olduğu zararlı asit ortamıdır. Spermeler laboratuvar ortamında zararlı asitlerden arındırılıp kadın fallop tüplerine ulaşma şansı verilmesidir.

⁹ **Çavuşoğlu**, 17.

¹⁰ **Coester-Watjen**, I, 9.

deney tüpünde (In Vitro)¹¹ birleştirilmektedir. Bundan sonra oluşturulan embriyo kadının rahmine yerleştirilmektedir. Buradan denilebilir ki yapay dölleme denilince akla In-Vivo ve In Vitro dölleme yöntemleri anlaşılacaktır. Yapay dölleme terimi kadının hamile kalmasına kadar olan süreci içermektedir.

Embriyo dondurması da ÜYTE (Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği) merkezlerinde gerçekleşen tekniklerden birisidir. Kryokonserve uygulaması, gametlerin ve embriyoların kimyasal maddelerle (kriyoprotektan) dengelendikten sonra soğutulması ve -196 C sıvı nitrojen içinde depolanması, çözüldükten sonrada kriyoprotektan ortamından uzaklaştırılarak ileri gelişimi sağlamak için özel kültür ortamlarının içine alınmasıdır. Bu teknik sayesinde gametler “ üreme hücreleri bankalarında” uzun süreli saklanıp daha sonra olası bir yapay dölleme için kullanılabilir¹². Bu yöntemle HIV virüsü bulaşma riski ortadan kalkmış olmaktadır. Almanya’da bu yöntem rahim kanseri olan ve kemoterapi sonucu yumurtalıklarını kaybetme riski taşıyan kadınlar için uygulanmaktadır. Ancak gametlerin uzun saklanması onların fonksiyonlarını kaybetmelerine veya karıştırılmasına sebep olabilmektedir. Saklanan gametler kişinin ölümünden sonrada kullanılabilir.

Türk hukukunda ise üreme hücrelerinin dondurulması konusu, ÜYTE m. 18/12-13. maddede yer verilmiştir. Buna göre, “*Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen sürenin son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.*

Bu maddenin 11 ve 12 nci fıkralarında belirtilen numuneler merkezlerde en fazla beş yıl saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır. Zamanında müdürlüğe bildirim yapılmamış ve kayıt altına alınmamış numunelerin tespiti halinde denetim formundaki idarî müeyyide uygulanır” hükmü ile üreme hücrelerinin

¹¹ Bu işleme tüp bebek sistemi denilmektedir. Tüp bebek olayı, çocuğun sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü anda, hak ehliyetinden yararlanabileceği kuralını yeniden oynatmıştır. Çünkü tüp bebek tekniğinde dölleme, kadının rahminde değil fakat tüpün içinde “in vitro” gerçekleşmektedir, (Özsunay, 4, dpn. 1).

¹² Çavuşoğlu, 21.

dondurulmasında, tarafların tek tek üreme hücrelerine yer verilmeyip onların birleştirilmesi sonucu elde edilen embriyonun saklanması yer verilmiştir.

B.YAPAY DÖLLENMENİN TÜRLERİ

Yapay döllenmeler, evlilik içinde yapılıp yapılmamasına göre iki çeşittir.

1. Homolog Döllenme

Homolog döllenme, evlilik içinde yapılan yapay döllenmedir. Homolog döllenmede, birbiriyle evli olan kişilerin üreme hücrelerinin kullanılması, başka bir deyişle evli erkeğe ait spermle karısına ait yumurtaların yapay yolla döllenmesi durumudur¹³. Bu tip döllenme yolu, eşlerin her ikisinin üreme yeteneği olmakla birlikte, tabii döllenmenin imkânsız veya güç olduğu durumlarda, eşlerin mekân itibarıyla uzak buldukları durumlarda başvurulmaktadır. Bu tür döllenmede hukuk açısından, döllenme ister anne vücudunda isterse dış ortamda bir tüp içinde gerçekleştirilsin ortaya önemli bir hukuki sonuç çıkmaz¹⁴. Çünkü çocuğun oluşumunda kullanılan sperm ve yumurtalar anne ve babaya aittir. Kişiler çocuk yapmayı çeşitli sebeplerden dolayı istemediklerinde, kendi sperm ve yumurtaların dondurulması sayesinde ileride istedikleri zaman çocuk sahibi olabilirler¹⁵. Alman Yüksek Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararında¹⁶, erkek sağlık sebeplerinden dolayı spermelerini dondurmıştır. Ancak dondurma işlemini gerçekleştiren merkezin yetkilileri iletişim eksikliğinden dolayı dondurulmuş spermeleri yanlışlıkla yok etmişlerdir. Bu durum üzerine açılan dava sonucunda mahkeme davacı erkeği haklı bularak medeni hukuk anlamında vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevi tazminat talebini kabul etmiştir.

2. Heterolog Döllenme

Heterolog döllenme, yapay döllenmede, birbiriyle evli olmayan çiftlere ait üreme hücrelerinin kullanılması durumudur. Burada evli olmayan bir kadına, bir erkeğin ya da evli

¹³ Acabey, 176; Buchli-Schneider, 30-31; Deutsch, Befruchtung, 258-260; Giesen, 653; Kirkbeşoğlu, 43; Erol, 37; Rüsken, NJW, 1746; Erol, 37; Özpınar, 35; Nomer, 545; Ateş, 332; Erkan, 6; Schaumann, 17; Schwalm, 373; Schumacher, 314, dpn. 13; Frucht, 4; Çavuşoğlu, 19.

¹⁴ Coester-Waltjen, FamRZ, 235, Erol, 37.

¹⁵ Tag, 54.

¹⁶ Urteil 09.11.1993 BGH, NJW 94 127.

kadına eşi dışında bir erkeğin spermeleri cinsel ilişki dışında bir yöntemle aktarılmaktadır¹⁷. Kadının evli olup olmaması bu tür dölleme de gerekli değildir.

Heterolog dölleme, evli çiftlerdeki infertilitenin (kısırlığın) nedenine göre, ya kocaya ait sperm, ya kadına ait yumurta ya da her ikisinin de kullanılmaması durumunda üçüncü kişilere ait (donör) sperm, yumurta ve embriyo kullanılması durumu söz konusudur¹⁸. Heterolog dölleme, hukukumuzda göre ahlaka aykırı sayıldığından uygulama alanı bulamamaktadır¹⁹. Bu konuda özel bir kanun bulunmamakta ancak ÜYTE Yönetmeliği'nin m. 18/V fıkrasında değinilmiştir. Buna göre, “ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermeler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez” hükmüne göre, bizim hukukumuzda, sperm bağıışı, yumurta bağıışı, embriyo nakli ve taşıyıcı anneliğe kısacası heterolog dölleme şekilleri olan bütün haller yasaklanmıştır²⁰. Hatta heterolog döllemeyi bizzat gerçekleştirmeyip sadece bu konuda aracılık yapmak başka bu metodu uygulayan başka merkezlere yönlendirme durumları da yönetmelik m. 18/VI'da yasaklanmıştır. Buna göre, “Yurt içinde veya yurt dışındaki ÜYTE uygulaması yapan yerlere beşinci fıkradaki işlemler için Yönetmeliğe aykırı olarak hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay, tekrarında süresiz olarak merkezin faaliyetine valilikçe son verilir. Merkez personeli olmamakla birlikte bu hususlarda aracılık ettiği tespit edilen kişi ve kişilerin varsa sertifikaları Bakanlıkça iptal edilir” hükmü ile yasaklanmıştır.

II. ÜYTE MERKEZLERİNİN YAPAY DÖLLENMEDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

¹⁷ Özpınar, 35; Er, 115; Cihan, 20; Kirkbeşoğlu, 42; Çilingiroğlu, 15; Erkan, 6; Ayan, 40; Ateş, 332; Erol, 44; Acabey, 176; Deutsch, 260, 266, 268; Giesen, 653, 655; Buchli-Schneider, 31; Schaumann, 15; Schwalm, 66; Çavuşoğlu, 19.

¹⁸ Nomer, 545; Acabey, 176; Ateş, 333; Ayan, 41; Özsunay, 113; Ateş, 332,333.

¹⁹ Ayan, 42; Bayraktar, 199; Çilingiroğlu, 23; Lüttger, 146-147; Retornaz, 11.

²⁰ Altunkaya, 103; Aytaç, 12 vd; Özgül, 134.

Merkezlerin ve hekimlerin sorumluluğu çalışmamızda özel hukuk alanına hasredilmiştir. Sorumluluk açısından, sözleşme, haksız fiil, sebep sorumluluğu ve nihayet vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk halleri ÜYTE yönetmeliğinde yer alan merkezlerin ve hekimlerin yapay dölllenme sırasında gerçekleştirdikleri fiiller sorumluluk hukuku çerçevesinde incelenecektir.

Üremeye yardımcı merkezler hastalarına karşı vermiş oldukları zararı karşılamakla mükelleftirler. Bu yükümlülük, hekimin hastası üzerinde yaptığı tıbbi uygulamanın yanlış, eksik ya da uygun dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklanabilmektedir.

A. Tıbbî Müdahalenin Belli Alanlarda Gerçekleştirilmesi ve Taraflar Arasındaki Hukukî İlişki

Üremeye ilişkin tıbbî müdahaleler, ancak yönetmelikte adı geçen kurumlarda gerçekleştirilebilir. Yönetmeliğe göre merkezler, kamu, özel ve üniversite hastaneleri bünyesinde ünite olarak Bakanlıkça yapılacak planlama dâhilinde açılır (md. 7/I).

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre, üremeye yardımcı tedavi merkezleri, bünyesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık dalı ile erişkin ve yeni doğan yoğun bakım ünitesi bulunan hastanelerde bir ünite şeklinde açılır (md. 8/ I).

Özel hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle 27/3/2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği kapsamında proje üzerinde ön izin alınması ve ruhsata esas projeye işlenmesi gerekir. Proje ve planlama ile ilgili izin alınmasını müteakip işlemlere devam edilir (m. 8/II). Kamuya ait hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle kurumların ilgili mevzuatına uygun olarak gerekli izinler alınır (m. 8/III).

Merkezlerin faaliyete geçebilmesi için Bakanlıktan yazılı izin belgesi alınır. Özel hastanelerde ayrıca bu izin hastanenin faaliyet izin belgesine işlenir (md. 8/IV).

1. ÜYTE Merkezleri Ve Taraflar Arasındaki Hukukî İlişki

a. Kamu Hastanesi Bünyesinde Açılan ÜYTE Merkezlerinde, Merkezin ve Hekimin Sorumlulukları

İdare yapılan hizmetin kötü işlemeden sorumludur. Anayasa'nın 125/son hükmü uyarınca, idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekli ve şartlara uygun olarak, ancak İdare aleyhine açılabilir (Anayasa, m. 129/V).

Bu madde gereğince, kamu hastaneleri bünyesinde açılmış Merkezlerde verilen kamu hizmeti niteliğindeki tıbbi müdahale ve tedavi hizmetleri sırasında zarar gören hastaların muhatabı ve başvuru mercii, asli ve birinci derecede sorumlu tutulan Devlet'tir²¹. Kamu hastanelerinde yapılan üreme faaliyeti bir idari eylemdir²².

Hasta ile hekim arasındaki ilişki kamusal bir ilişkidir. Kamu hastanesi bünyesinde açılmış ÜYTE Merkezinde görev yapan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, çoğunlukla "kamusal hizmet kusuru" kurallarına bağlıdır. Hizmet kusuru, kamusal bir hizmetin, "**hiç işlememesi**", "**kötü işlemesi**" ya da "**yavaş işlemesi**" halleridir. Örneğin üremeye yardımcı tedavi merkezinde tecrübesiz hekimi istihdam etmek, merkezde eski tıbbi araç ve gereçleri yenilememek birer hizmet kusurudur. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlarda idare sorumludur.

Kişisel kusur, hekimin görevi dışında bir davranışta bulunması, burada sorumluluk haksız fiildir ve hekime doğrudan dava açılabilir. Örn. Hekimin hastaya tecavüzünde olduğu gibi.

b. Özel Hastane Bünyesinde Açılan ÜYTE Merkezleri ve Taraflar Arasındaki Hukukî İlişkiler

Hasta ile özel hastane bünyesinde açılan ÜYTE Merkezi arasında çok çeşitli sözleşme tipleri gerçekleştirilebilmektedir. Ancak uygulamada en çok kullanılan iki çeşit sözleşme tipine oldukça çok karşılaşılmaktadır. Bunlar, tam hastaneye kabul ve bölünmüş hastaneye

²¹ Türkmen, 112.

²² Ayan, 73.

kabul sözleşmesidir²³. Tam hastaneye kabul sözleşmesi, hasta veya kanuni temsilcisi ile özel hastane arasında gerçekleşir²⁴ (**der totale Krankenhausaufnahmevertrag**). Tam hastaneye kabul sözleşmesi, hasta veya kanunî temsilcisiyle özel hastane arasında gerçekleştirilir²⁵. Hastane işleticisi başta tıbbî edimler olmak üzere hastanın bakımı, barındırılması ve günlük iâşesini karşılamakla yükümlüdür.²⁶ Hastaya karşı üstlenilen edimler, hastane işleticisinin gerçek kişi ve hekim olması durumları bir yana bırakılırsa, hastanede BK. md. 116 anlamında ifa yardımcısı olarak çalışan hekim tarafından yerine getirilir²⁷. Tıbbî edimi yerine getiren hastane hekimi ile hasta arasında BK.m.116 doğrultusunda herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır²⁸. Hasta veya kanuni temsilcisi aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna gidemezse de haksız fiil hükümlerine (TBK. m. 49 vd.) göre hekime karşı dava açabilir.

Özel hastane ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında yapılan sözleşmenin ikinci türü olan bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane işleticisi sadece hastanın bakımı, iâşesi ve barındırılmasını içine alan hastane bakımını üstlenmiştir. Tıbbî edim hastanın teşhis ve tedavisini sürdürmekte olan hastane, personeli olmayan bir hekim tarafından gerçekleştirilir²⁹. Tıbbî edimi gerçekleştirecek olan hekim ile hasta arasında bir sözleşme yapılmıştır. Buna dayanarak tıbbî edimi hekim gerçekleştirir. Hasta ayrıca birde hastane işleticisi ile sözleşme yapmış bulunmaktadır. Bu durumda hasta iki sözleşmenin de tarafı durumundadır.³⁰ Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin ikinci tezahür şekli, serbest çalışan bir hekimin, o ana kadar teşhis ve tedavisini ayakta sürdürdüğü hastasını hastane işleticisi ile yaptığı bir sözleşmeye istinaden hastaneye yatırması ve tedaviye orada devam etmesidir. Bu tezahür şeklinde hasta, hastane işleticisi ile herhangi bir sözleşme yapmamıştır³¹.

²³ Uhlenbruck (Die Rechtlichen), 1400; Uhlenbruck (Typische Firmen), 431 vd; Daniels, 305 vd; Schlosshauer-Selbach, 1307.

²⁴ Uhlenbruck, (typische Formen), 432.

²⁵ Uhlenbruck, (Typische Formen), 432.

²⁶ Uhlenbruck, (Die Rechtlichen), 1400; Uhlenbruck (Typische Formen), 432; Schlosshauer-Selbach, 1307; Bunte, 280.

²⁷ Schlosshauer-Selbach, 1307; Daniels, 305; Bunte, 280.

²⁸ Schlosshauer-Selbach, 1307; Bunte, 280.

²⁹ Sarial, 47.

³⁰ Uhlenbruck, (Die rechtlichen), 1400.

³¹ Kleinewefers/Wilts, 333.

Taraflar arasında yapılan sözleşmenin bu türünde, hastanın tıbbî teşhisi ve tedavisini veya cerrahi müdahaleyi tamamıyla hekim yüklenmiştir³². Hastane işleticisi hekimle yaptığı sözleşme çerçevesinde hastanın bakımını, iâşesini ve kendisine ait ameliyathanelerin, laboratuvarların ve röntgen vb. teknik birimlerin kullanılmasını sağlar³³. Bu tür sözleşmede tarafların borçları birbirinden bağımsızdır. Zira hastane işleticisi tıbbî teşhis ve tedavi konusunda hiçbir sorumluluk yüklenmemektedir³⁴. Bir hekimin kendi özel muayenesinde ayakta tedavisini sürdürdüğü hastasını hastaneye yatırması bu türden sözleşmelere bir örnektir³⁵. Burada, eksik üçüncü kişi lehine bir sözleşme söz konusudur. Hastanın hastane işleticisi tarafından yapılan ifa teklifini kabul yetkisi vardır. İfayı kendi talep edemez. Onun yerine sözleşmeyi yapan hekim tarafından ifa talep edilir. Özel hastanelerde taraflar arasında yapılan sözleşmelerin genel sınırını TBK. md. 27 çizmektedir.

Yataklı teşhis ve tedavi sunan özel hastanelerin hastalarla yaptıkları sözleşmede, hastane işleticisi; tıbbî tedavi ve hastane bakımı vekâlet ve hizmet sözleşmesinin; barındırma, kira³⁶ yedirip içirme ise, satım sözleşmesinin³⁷ unsurlarını bünyesinde taşır. Bu nedenle günümüzde, gerek Alman Hukukunda³⁸, gerek İsviçre³⁹ ve Türk hukukunda⁴⁰, özel hastaneler ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında yapılan sözleşmenin "karma sözleşme"⁴¹ olduğu kabul edilmektedir. Çünkü kanunda düzenlenen sözleşmeler kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmişlerdir⁴². Ayrıca, sözleşmenin tarafı olan hastane işleticisi, tıbbî teşhis ve tedavinin yanında, barındırma, yedirip içirme vb. edimleri üstlenmiştir. Buna karşın hastanın tek bir edimi vardır; o da hastane işleticisinin edimlerine karşın ücret ödemektir. Teşhis ve tedavi sözleşmesi karma sözleşme olmasının yanında kombine bir sözleşmedir⁴³⁻⁴⁴.

³² Kleinewefers / Wilts, 333; Sarial, 47-48.

³³ Scbssbauer-Selbach, 1307; Bunte, 280; Daniels, 305; Uhlenbruck, (Typische Formen), 433; Sarial, 48.

³⁴ Ayan, 138; (Dolayısıyla hekim, hastanenin bir ifa yardımcısı olmayıp kendi borcunu ifa eden kişi durumundadır (Schwab/Kramer/Krieglstein, 77).

³⁵ Daniels, 305; Bunte, 280.

³⁶ Bunte, 279.

³⁷ (İâşe için eser sözleşmesi ifadesini kullanmıştır. Bunte, 279).

³⁸ Uhlenbruck (Krankenhaus),54-59.

³⁹ Schlupe, 938.

⁴⁰ Tandoğan, C. I, 6; Sarial, 44-49.

⁴¹ Karma sözleşme, "kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan sözleşmelerdir" Karma sözleşmeler; Çift mahiyetli sözleşmeler, kombine sözleşmeler ve Ekleşik sözleşmeler olarak üçe ayrılırlar. Tandoğan, C. II, 67; Zevkliler, 12).

⁴² Tandoğan, C.I. 69.

⁴³ Schlupe, 776; Tandoğan, C.I, 69-71; Aral, 53; Zevkliler/Gökyayla, 18; Yavuz, 22; Serozan, 65-66.

⁴⁴ Kombine sözleşmelerde birden çok aslı edim yükümlülüğü yüklenilmesi, ivazlı veya ivazsız olabilir, ivazlı olduğunda, bu genellikle bütün edim borçlarının karşılığı olarak bir miktar paradır.

III. ÜYTE Merkezleri İle Hasta Arasındaki Hukuki Sorumluluğun Dayanakları

A. Genel Olarak

Sözleşme sorumluluğu için, taraflar arasında gerçekleştirilmiş bir sözleşme, merkezlerde ve ya kamu hastanelerinde gerçekleştirilecek tıbbi bir fiil, bu fiilin taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olması, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir.

B. Taraflar Arasında Sözleşmenin Varlığı

Taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği hakkında değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlar; Hizmet, İstisna ve Vekâlet sözleşmeleridir.

Ancak bizim hukukumuz ve gerçekleştirilecek tıbbî müdahale için sözleşmeler açısından en uygunu vekâlet sözleşmesidir⁴⁵. Çünkü hekim hiçbir zaman sonucu üstlenmez sadece tıbbi müdahaleyi yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmenin kurulması genel hükümler ve vekâlet sözleşmesinde yer alan TBK. m. 503 gereği, sözleşme tarafların sıfatı ve işin görülmesi kişinin mesleği gereği ise, hemen reddedilmedikçe vekâlet sözleşmesi kurulur.

ÜYTE merkezlerinin taraflara ait sperm ve yumurtaların hatta embriyoların dondurulması durumunda üstlendikleri edim yükümlülüğü vedia sözleşmesinin hükümlerine tabidir. Çünkü merkezler dondurulan üreme hücrelerini belli bir süre belli bir miktar karşılığı saklamakla yükümlüdürler. Ancak burada ÜYTE merkezlerinin üstlendikleri edim tüm olarak ele alındığında vekâlet sözleşmesine ilişkin edimler ağır bastığından sözleşmeye de vekâlet sözleşmesine dair hükümler uygulanır⁴⁶.

C. Tarafların Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

1. Tıbbî Müdahalenin Gerçekleştirilmesi

ÜYTE merkezleri kendileriyle sözleşme yapan hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Yapay döllenmeyi gerçekleştirecek merkezlerin kurulma ve

⁴⁵ Aral, 395; Özgül, 59; Şenocak, 301; Zevkliler/Gökyayla/Acabey, 488; Başpınar, 193; Başpınar (Sorumluluk), 73; Tandoğan, 360; Ayan, 142; İpekyüz, 68.

⁴⁶ “Yargıtay özel hastanelerde yapılan müdahalelerde hastane ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığını belirtmektedir. (Y. 13. HD., T. 08.07. 2005, E. 2005/ 3645, K. 2005/11796, naklen Kazancı Otomasyon).

faaliyet gösterme şartları ilgili yönetmelikte açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Merkezler, kamu ve özel hastaneler bünyesinde ünite olarak Bakanlıkça yapılacak planlama dâhilinde açılır*” (ÜYTE m. 7), hükmü ile merkezlerin açılması için ise, “*Merkezler; bünyesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık dalı ile erişkin ve yeni doğan yoğun bakımı bulunan hastanelerde bir ünite şeklinde açılır. Bu ünite hastane hizmet binasının veya bina kompleksinin dışında ayrı bir yerde oluşturulamaz. Hastane bünyesinde birden fazla merkez açılmaz.*”

(2) *Özel hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle 27/3/2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği kapsamında proje üzerinde ön izin alınması ve ruhsata esas projeye işlenmesi gerekir. Proje ve planlama ile ilgili izin alınmasını müteakip işlemlere devam edilir.*

(3) *Kamuya ait hastaneler bünyesinde açılacak merkezler için öncelikle kurumların ilgili mevzuatına uygun olarak gerekli izinler alınır.*

(4) *Merkezlerin faaliyete geçebilmesi için Bakanlıktan yazılı izin belgesi alınır. Özel hastanelerde ayrıca bu izin hastanenin faaliyet izin belgesine işlenir*”(ÜYTE. m. 8) şeklinde düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuca göre, yapay dölleme merkezleri özel hastanelerin ve kamu hastanelerinin bünyesinde kurulabilmektedirler. Burada çalışan hekimler hastalara genelde ifa yardımcısı (TBK. m. 116) olarak görev aldıkları merkezlerde hizmet vermektedirler.

ÜYTE merkezleri hastalarına öncelikle gerekli teşhisi koymaları gerekir. Teşhisten sonra hastaya homolog döllemenin bir çeşidi olan tüp bebek yönteminin uygulanıp uygulanmayacağına ilgili hekim karar verir. Burada sadece homolog döllemenin bir türü olan ve evli eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılması yoluyla oluşturulan in vitro döllemenin yani tüp bebek yöntemine yer verilmiştir. Çünkü yönetmeliğin ilgili maddesinde bizim ülkemizde sadece yapay dölleme türlerinden evli eşlere ait üreme hücrelerinin kullanıldığı metod kabul edilmiştir. Buna göre, “*Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir*” (ÜYTE. m. 1). Buradan da anlaşılacağı üzere yapay dölleme sadece evli eşler arasında uygulanabilecektir. Hastanın tıbbî teşhis ve tedavisi, hastanın kesinlikle iyileştirilmesi anlamına gelmez. Burada ÜYTE merkezlerinin herhangi bir sonuç borcu yoktur. Hastanın iyileşmesi ve yapay döllemenin gerçekleştirilmesi için çaba sarf etmek en

temel amacı oluşturur. Yapay dölllenme edimini, özel merkezlerde ifa yardımcısı (TBK. m. 116) olan hekim, kamu hastanelerinde ise devletin memuru sıfatıyla hekim gerçekleştirir.

Hekim seçmiş olduğu tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür⁴⁷. Taraflar arasında vekâlet sözleşmesi geçerlidir. Kural olarak işi üstlenen hekimin yapay dölllenme işlemini bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Hastanın tedavisinin gerekli kıldığı işlemleri baştan sona hekim tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Üçüncü şahıslar hekime tedavi de yardımcı olurlar hatta tıbbî tedavinin ifasını da hekim başkalarına bırakabilir⁴⁸. Ancak hastanın rızası, örfün gereği ve zor durumda olunması hallerinde hekimin yerine bir başka hekim tıbbî müdahaleye devam edebilir (m. 506/I). Caiz olan İkame söz konusudur. Bu durumda asıl hekim diğer hekimi seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür (m. 507/II). Ancak anılan haller söz konusu değilse hekim, diğer hekimin vermiş olduğu zararlardan kendisi yapmış gibi sorumlu olur (m. 507/I).

Hekim, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü borcunu yerine getirirken, tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakılabilir⁴⁹. Bunlar hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesidir. Hekim bu fiilleri bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı için söz konusu fiiller, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (TBK. m. 83) işlemlerdendir⁵⁰. Dolayısıyla hekim ile birlikte yapay dölllenme işlemine katılan hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı gibi kimseler yardımcı kişi sayılırlar⁵¹. Asistan hekimler de, bağlı buldukları hekimler bakımından yardımcı kişi durumundadırlar⁵².

Hasta veya kanuni temsilci taleplerini doğrudan hekime karşı yöneltebilirler. Hekim yanında çalıştırdığı hemşire, hasta bakıcı, laborant gibi yardımcı şahsın fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulur⁵³. Ancak bunun için yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı şahsın eylemi arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Hekim istihdam edenin sorumluluğundan farklı olarak (TBK. m. 66), işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Burada, yardımcı kişi sorumlu değildir.

⁴⁷ Reisoğlu, 13.

⁴⁸ Sarıal, 54.

⁴⁹ Sarıal, 54.

⁵⁰ Ott, 67; Reisoğlu, 15; Sarıal, 54.

⁵¹ Ott, 66; Reisoğlu, 15.

⁵² Ott, 66.

⁵³ Ott, 66.

Borçlunun sorumluluğunun temeli, farazi kusura dayanır⁵⁴. Yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat borçlu bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak ise, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur. Hasta, ÜYTE merkezindeki personeli genel hükümler çerçevesinde (BK. 82 vd) sorumlu tutabilir; çünkü hasta ile personel arasında herhangi bir sözleşme yoktur.

Üyte merkezinde, hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini yüklenen hekim daha sonra, bazı hallerde yerine başkasını getirebilir; yani, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu yapay dölleme fiilini, denetimi söz konusu olmaksızın üçüncü bir şahsa aktarır. Bu duruma ikame adı verilmektedir⁵⁵.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iki değişik şekilde ortaya çıkabilir⁵⁶. Birincisinde, hekim, hastayı yapay dölleme fiilini kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka bir hekime bırakır ki, böyle bir durumda "alt vekâlet"ten söz edilir. Alt vekâlette hekim ile hasta arasındaki sözleşme devam eder. Bu arada, yapay dölleme fiilinin kendisine bırakılan hekimle hasta arasında, herhangi bir sözleşme yoktur. Sadece birinci hekimle, onun tevkil ettiği hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. İkincisinde ise, hekim hastası adına yapmış olduğu bir sözleşmeyle teşhis ve tedavi borcunu diğer bir hekime bırakır. Burada ikame vekâlet söz konusu olur. Hasta ile yeni hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadıkça birinci hekimin sorumluluğu devam eder⁵⁷.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu bunun caiz olup olmamasına göre değişir. Borçlar Kanununun 506/I'e göre, caiz ikame üç halde mümkündür. Bunlardan birincisi, hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesidir. Muvafakat açık veya örtülü olabilir. İkincisi örfün hekimi yetkili kılmasıdır. Örneğin, bir kadın doğum uzmanının cerrahi müdahale gerektiği halde operatöre başvurması⁵⁸; tatile giden bir hekimin yerine başka bir hekimi bırakması⁵⁹, gibi durumlarda örfün hekimi yetkili kıldığı kabul edilmektedir. Hekimin kendi yerine bir başkasını koyması halinin üçüncüsü ise, şartların onu zorlamasıdır. Mantıklı bir sebep, hekimin edimini şahsen ifa etmesini engellemekte ve tedavinin ertelenmesi ise hasta için önemli bir zarar tehlikesini

⁵⁴ Reisoğlu, 15.

⁵⁵ Ott, 68.

⁵⁶ Ayan, 69.

⁵⁷ Tandoğan, C. II, 462; Sarıal, 51.

⁵⁸ Tandoğan, C. II, 457; Sarıal, 52.

⁵⁹ Tandoğan, C. II, 458; Reisoğlu, 13.

taşımaktadır⁶⁰. Burada hekimin kendi yerine başkasını koymada bir zaruret hali bulunmaktadır. Örneğin, aniden rahatsızlaşan bir hekimin yerine geçen diğer bir meslektaşının müdahaleyi sürdürmesinde durum böyledir⁶¹. İkamenin caiz olduğu durumlarda hekim, sadece "*yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etme*" bakımından sorumludur (TBK. md.507 /II)⁶². Buna karşılık, yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmak ve denetlemekle yükümlü değildir⁶³.

Borçlar Kanununun, 507/I. düzenlenmiş olan ve yukarıda ele aldığımız şartlardan herhangi biri mevcut değilse, artık caiz olmayan ikame var demektir. Caiz olmayan ikamede ise, hekim yerine geçen kişinin eyleminden "*sanki kendisi yapmış gibi*" sorumlu olur (TBK. md. 507/I)⁶⁴. Gerek caiz gerekse caiz olmayan alt vekâlette, hasta, birinci hekime karşı sahip bulunduğu bütün hakları doğrudan doğruya ikincisine karşı ileri sürebilir (TBK. md. 507/III). İkame vekâlette ise, tevkil edilen hekim ile hasta arasında ayrı bir vekâlet ilişkisi kurulmuş olduğundan, Borçlar Kanununun 507. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına gerek yoktur⁶⁵.

2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Operasyon öncesi hem kadın, hem kocası olası sonuçlar ve yapılacak müdahale yönünden aydınlatılmalı ve rızaları alınmalıdır⁶⁶. Hekim veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ancak bu rızayı aldıktan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir. Aydınlatma yükümü serbest veya Borçlar Kanununun 116. maddesi gereği ifa yardımcısı olarak görev yapan hekim tarafından gerçekleştirilir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının işleticileri de bunu sağlamak ve gerekli ortamı yaratmakla hasta veya kanuni temsilcisine karşı sorumludurlar. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisine aydınlatması, tıbbî olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür.

⁶⁰ Sarıal, 53.

⁶¹ Reisoğlu, 13.

⁶² Ott, 69; Sarıal, 51.

⁶³ Tandoğan, 466; Sarıal, 51.

⁶⁴ Ott, 69.

⁶⁵ Tandoğan, C. II, 468-469.

⁶⁶ Ayan, dpn. 250;

ÜYTE merkezleri ile yapılan sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak⁶⁷ aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir⁶⁸. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî yapay dölleme müdahalesine muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır⁶⁹. Üyte yönetmelik m. 15/I'de “ ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli çift olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-2'deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak işlem yaptırmaları gerekir” hükmü ile aydınlatma kavramının önemine işaret edilmiştir. Aydınlatma formuna matbu olarak ÜYTE yönetmeliğinde EK-2 olarak yer verilmiştir⁷⁰.

3. Sadakat ve Özen Yükümü

ÜYTE merkezleri ile yapılan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin bir diğeri de, "Sadakat ve Özen Gösterme Yükümlülüğü"dür. ÜYTE merkezleri, hastaya teşhis ve tedavi

⁶⁷ Sarial, 55,56; Ott; 30-34.

⁶⁸ Bayraktar, 124-125.

⁶⁹ "... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan rızadır" (Y. 4HD. 7.3.77. T, E.6297/K. 2541).

⁷⁰ EK- 2

ÜYTE UYGULANACAK ÇİFTLERE AİT BİLGİLENDİRİLMİŞ MUVAFAKAT FORMU

Bu form, her merkez tarafından oluşturulur. Oluşturulan onay formunda hasta hakları mevzuatına uygun olarak;

1. Evli çiftlerin adı soyadı, doğum tarihleri, T.C. kimlik numaraları, başvuru tarihi, dosya numarası, ikametgâh adresi, telefon numarası,

2. Önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, dünya şartlarında başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri,

3. Türk Ceza Kanununun 90 ncı ve 231 inci maddeleri ile tüp bebek tedavileriyle ilgili yasal durum hakkında ayrıntılı bilgilendirme ve talep etmeleri halinde soy bağıni tespit amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri,

4. Gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesi, doğum yapması ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti sağlanmasından merkezin yükümlü olduğu, yer almalıdır.

5. Formun sonunda evli çiftin her ikisinin ve ünite sorumlusunun imzası olmalıdır. Okuryazar olmayan çiftler sol elin başparmağını basarak imzalamış sayılacaklardır.

6. Muvafakat formunun tedaviye başlamadan bir gün önce çiftlere verilerek okunması sağlanacaktır. İşlem yapılmadan önce form, merkez görevlisi tarafından sözlü olarak adaylara okunacak, adaylar el yazıları ile “sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim”, ifadesini yazarak muvafakat formunu imzalayacaklardır.

faaliyetinde bulunurken sadakat ve özenle hareket etmek mecburiyetindedir (TBK. m.506/II)⁷¹. Sadakat borcu, ÜYTE merkezinin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder.

Taahhüt edilen işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde görülmesi esasının bir sonucu olan sadakat borcu, aslında bir üst kavramdır. Özellikle TBK'nun 502. vd. maddeleri anlamındaki vekâlet sözleşmesi bakımından "*Sır saklama, müvekkilin yeni bir tutum izlemesini gerektirecek olayları kendisine bildirme, hesap verme ve alınan şeyleri iade*" gibi diğer bir kısım yükümlülükler sadakat yükümlülüğünden doğarlar⁷².

Sadakat yükümlülüğü borçlusunu olan ÜYTE merkezi ve bu yükümlülüğü her halükarda yerine getirecek olan hekim, sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Yapay dölleme faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de göz önünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir⁷³.

ÜYTE merkezi, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken, sadakat yükümlülüğü yanında özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TBK. m. 506/II); (TDN. m. 2, 14/I); (HHY. m. 14)⁷⁴.

Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin hukuki niteliğinin, özel sağlık kuruluşlarıyla yapıldığı durumlarda aradaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olması, özel sağlık kurumlarıyla sözleşmeye de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edildiğinden, vekâlet sözleşmesi bakımından özen borcu, "*vekilin, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınmasıdır*"⁷⁵. Özen borcu, ÜYTE merkezleri ile yapılan sözleşmelerden doğan diğer borçlar bakımından genel nitelik taşır. Yani, ÜYTE merkezleri öteki borçlarını da ifa ederken de hep özenli

⁷¹ Borçlar Kanununun 390 (TBK. m. 506/II). maddesinin ikinci fıkrası, "**vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir**" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Ancak, "**iyi bir surette ifa**" deyiminin, fıkranın almanca aslındaki gibi "sadakat ve özenle ifa" biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Tandoğan. C. II, sh. 407). Yeni Borçlar Kanununda bu eleştiri göz önünde tutularak, madde metni "**Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür**" (TBK. m. 506/II) şeklinde değiştirilmiştir.

⁷² Tandoğan, C. II, 408.

⁷³ Tandoğan, C. II, 408.

⁷⁴ Atabek, 632.

⁷⁵ Tandoğan, C. II, 410.

hareket etmek mecburiyetindedirler. Söz konusu merkezlerin göstermekle yükümlü oldukları ihtimamın derecesinin dayanağı TBK. m. 506/III'de belirtilmiştir. Buna göre, vekilin özen borcunun belirlenmesinde, “ *benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” kanun maddesinde de belirtildiği üzere, tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekimin hatta üreme merkezinin o alanda faaliyet gösteren hekim ve üreme merkezinin gösterdiği özeni göstermesi gerekir.

4. Sır Saklama Yükümü

Sır, genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlara sır denir. Herkesçe bilinen şeyler sırrın konusu olamaz⁷⁶. Bununla beraber belirli kişiler tarafından bilinen şeyler sırrın konusu olabilir⁷⁷. Hekim ve ÜYTE merkezlerinin işleticilerinin mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan, hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir⁷⁸.

Meslek sırrı, sır teşkil eden hususun bir meslek sahibi tarafından, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi olarak tanımlanabilir. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle belirli bir meslek icra ettiği kabul edilen tüm kişilere tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir⁷⁹.

Yapay dölleme faaliyeti sırasında hekimler, hastalarının bedeni ve ahlaki kusur ve sakatlıklarına zorunlu ve doğal olarak tanık olan kişilerdir. Yüklendikleri bağlılık borcu nedeniyle mesleklerini yerine getirirken hastalarına ait öğrendikleri sırları saklamak zorundadırlar. Sır sayılan bilgilerin ve gözlemlerin açıklanması hastanın hatta hasta yakınlarının kişilik hakkına saldırı olur ve hekimin sorumluluğunu gerektirir⁸⁰.

Sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri arasında açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak "Sadakat Yükümlülüğü"nden hareketle hekim

⁷⁶ Belgesay, (Doktor), 122.

⁷⁷ Donay, 4.

⁷⁸ Aşçıoğlu, 47.

⁷⁹ Donay, 7.

⁸⁰ Aşçıoğlu, 47.

için sır saklama yükümlülüğü varlığı kabul edilmektedir. Bu, aynı zamanda hastanın kişilik hakkını koruma amacına yönelik Anayasanın 17. ve Medeni Kanununun 24. maddesinin de bir neticesidir⁸¹.

Aynı zamanda hastalara ait bilgiler hassas kişisel veri niteliğindedir. Bu tür kişisel veriler belli kişiler tarafından belli sebepler dışında işlenemezler. Kişisel verilerin korunması konusunda An. m. 20'ye ek fıkra konulmuştur. Buna göre; *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir.”* hükmüyle anayasal bir düzenleme kişisel verilere ilişkin olarak düzenlenmelidir.

Kişisel veri niteliğindeki hastaya ait bilgilerin hekim veya üreme merkezi tarafından açıklanması halinde sözleşmeye aykırılığın yanında aynı zamanda TMK. m. 24 anlamında kişilik haklarının ihlaline de sebebiyet verir. Hasta hakları yönetmeliği m. 23/II'de de hekimin hastasının mahremiyetine aykırılık teşkil edecek her türlü fiilden kaçınması hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesine yer verilmiştir⁸². Sır saklama yükümlülüğünde bir diğer durum ise, hastaya kanundan veya diğer hallerden kaynaklanan zorunluluk bulunmadıkça, hastaya zarar verecek bilgilerin açıklanmasının yasaklanmasıdır. Bu yasağın yanı sıra, söz konusu bilgileri hastaya açıklayan sağlık personelinin de hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusudur (HHY. m. 23/III).

Hekimler mesleklerinin gereği olarak diğer hekimlerle bilgi alışverişinde bulunduğu tıp kongrelerinde ve diğer akademik araştırmalarında hastanın kimlik bilgileri kendisinin rızası olmadan açıklayamaz (HHY. M. 23/IV). Bu hükme aykırı davranma TMK. m. 24 ve TBK. m. 58 anlamında özel yaşamın ihlaline sebebiyet verir.

Hastaların kişisel bilgileri için sır saklama konusunda ÜYTE yönetmeliğinde de bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, *“ÜYTE Uygulamalarına ilişkin olarak merkezlerden toplanan bilgiler, AÇSAP Genel Müdürlüğü tarafından değerlendirilir, her yıl rapor haline*

⁸¹ Reisoğlu, 14.

⁸² “Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz” (HHY. m. 23/II).

getirilir ve yayınlanır. Yayınlanan rapor ÜYTE uygulamalarında bulunan ilgili tüm kuruluşlara gönderilir.

(2) İstatistiksel sonuç ve bilgiler merkezler tarafından bilimsel yayın organları haricinde Bakanlık izni olmadan yayınlanamaz. Abartılı sonuç ve başarı oranları bildirimini ile görsel veya yazılı basın kullanılarak hastaların ve kamuoyunun yanlış bilgilendirilmesine yol açan her türlü faaliyet Bakanlıkça izlenir ve uyarılır, tekrarı halinde merkezin faaliyeti Bakanlıkça durdurulur”(ÜYTE. m. 16) düzenlemesiyle merkezlerin hastalarına dair toplamış oldukları kişisel bilgiler ve dosya içerikleri Sağlık Bakanlığı bünyesinde AÇSAP⁸³ tarafından değerlendirilip yıllık istatistikler oluşturulmaktadır.

IV. Hekimin Dosya Tutma Yükümlülüğü

ÜYTE merkezlerinde, serbest veya ifa yardımcısı olarak çalışan hekimin tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri muntazam bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla birlikte sair belgeleri saklamak mecburiyetindedir⁸⁴. Bu yükümlülüğün kabulü, hekimin korunması düşüncesinden değil, bilakis sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak hastanın menfaatlerine hizmet etme düşüncesinden kaynaklanır⁸⁵. Türk Hukukunda söz konusu yükümlülük ve bu yükümlülüğün sınırları ayrıca incelenmiş değildir. TBK. m. 508/I vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bunun vekil durumunda olan hekimin yapmış olduğu önleyici ve koruyucu faaliyetleri hakkında hastaya veya kanuni temsilcisine açıklama yapması anlamına geldiğini söyleyebiliriz. Bunun içinde hekim, gerekli tıbbî dokümantasyonları, hazırlama yükümlülüğü altındadır. Tıbbî dokümantasyonlar; anemnezi (hastalık öyküsü, röntgen filmleri), hastanın rahatsızlıklarını içeren belgeleri, teşhis ve tedaviyi ve bunların sonuçlarını kapsar. Böylece bir tıbbî müdahaleye girişilmişse, anemnez, röntgen filmleri, ameliyat protokolü vs. hasta dosyasının içinde mevcut olmalıdır. Bu dosyaların düzenlenmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Esas itibariyle mühim notların alınması ve bu notların daha sonra genişletilmesi yeterlidir. İyi düzenlenmiş hasta dosyaları hekim açısından sağlam bir ispat vasıtasıdır⁸⁶. Dolayısıyla, hekim teşhis ve tedavi sonuçlarına ilişkin hususları özenle kaydetmek mecburiyetindedir. Buna ek olarak da tedavi faaliyeti süresince tuttuğu veya kendisine hasta tarafından tevdi edilen kayıt ve belgeleri özenle saklamak mecburiyetindedir. Danıştay vermiş olduğu kararında, “hastanelerdeki hasta

⁸³ AÇSAP: Ana Çocuk Sağlığı ve Planlaması.

⁸⁴ Ayan, 95.

⁸⁵ Ott, 43.

⁸⁶ Şenocak, 64.

kayıtlarının gerektiği şekilde saklanmaması ve talep eden mahkemelere verilmemesi durumunda, kayıtları vermeyen kurumun, kusurlu hareketi sebebiyle manevi tazminata mahkûm edilmesi gerektiği” hüküm altına alınmıştır⁸⁷

ÜYTE yönetmeliğinde dosya tutma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buna göre; “Yönetmeliğe göre, hastanın merkeze başvurusu, yapılan tüm işlemler, saklanması gereken numuneler ve yapılan uygulamalara ilişkin bilgiler kayıt altına alınır. Eşlerin fotoğrafları, kimlik fotokopileri ve evlilik cüzdanı fotokopisi dosyalanır (md. 15/I)”.

Merkeze müracaat eden her hasta için bir hasta dosyası hazırlanır. Hasta dosyasında;

- Hastanın merkeze müracaatı için sevk eden/rapor düzenleyen yetkili kurum ve kuruluş ile rapor düzenleyen ve/veya sevk eden hekim bilgileri, daha önce uygulanan tedaviler, merkezde yapılan tanı ve tedavi amaçlı tüm işlemlere ilişkin belgeler ve ayrıntılı anamnez kronolojik sıraya göre,

Müracaat eden çiftlerden erkeklerle ilgili spermiyogram veya spermiyogramın negatif olması durumunda testis doku biyopsisi sonucu ve bazal hormon değerleri gibi erkeğin üreme durumunu gösteren bilgiler yer alır (md. 15/ II).

ÜYTE merkezlerinde, embriyoların dondurularak saklanması işlemlerinde de Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-3, çözme işlemlerinde EK-4 ve imha işlemlerinde Ek-5’deki form; gonad dokusal hücreleri saklama işlemlerinde EK-6, çözme işlemlerinde EK-7 ve imha işlemlerinde EK -8’deki form doldurularak hasta dosyasında muhafaza edilir (md. 15/ III).

Elektronik kayıt sistemlerinin kullanılmasında yeterli ve güvenli yedekleme yapılır. Elektronik imza uygulamasında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır” (ÜYTE. m. 15/IV) hükmüne yer verilmiştir.

V. Hekim, üreme hücresi saklanmasında (tıbbi zorunluluk durumunda) yönetmeliğin saklama ve kullanma düzenlemelerine uymak zorundadır.

Yönetmelik uyarınca evli çiftlere ait alınan yumurta ve spermelerin dondurularak saklanması kural olarak yasaktır. Ancak bazı önemli durumların varlığında sperm ve yumurtalıklar saklanabilir. Bu durumlar yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

⁸⁷ Danıştay 10. D. T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, naklen Savaş, 13.

“ a) Erkeklerde;

- 1) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde,
- 2) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,
- 3) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması vb.) öncesinde,
- 4) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda.

b) Kadınlarda;

- 1) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,
- 2) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, üreme hücreleri ve gonad dokuları, bu materyallerin güvenliği açısından verici adaya ait DNA analizi ile birlikte saklanır.

Erkek ve kadından alınan sperm ve yumurtaların birleşmesi sonucu oluşan embriyonun saklanması tarafların rızasına bağlıdır. Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir.

Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen sürenin son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.

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

ÜYTE yönetmeliğine tabi üreme merkezleri, söz konusu yönetmelikte yer alan, ÜYTE uygulamaları ve Yönetmelik dışı uygulamalar konusunda bilgilendirme amacıyla da olsa tüm basın ve iletişim araçları ile reklam yapılması yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında ilgili mevzuata göre işlem yapılır (m. 14).

D. SÖZLEŞMENİN İHLALİ

Sözleşmenin ihlali; kusurlu ifa imkânsızlığı, temerrüt ve gereği gibi ifa etmemedir. Hekimin üstlenmiş olduğu üremeyi kusurlu olarak ifa etmemesine ilişkin tıbbî müdahale fiilinde bulunmaması ender rastlanır. Örneğin, hekimin sperm hücresine sahip olmayan hastanın eşine başka hastaların spermini veya kendi spermini hastanın eşinden başka kişilerin yumurta hücreleri ile birleştirerek embriyo elde edilmesinde olduğu gibi.

Türk hukukunda ÜTE yönetmeliği m. 18/V’de öngörüldüğü üzere “*ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez*” kuralına aykırı davranması da sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde ÜYTE yönetmeliği m. 18/VIII/a’da “*ÜYTE yöntemlerinden biri olan klasik ovulasyon indikasyonu ile 2 (iki) den fazla folikül gelişmemesi hedeflenmelidir. Çoğul gebeliklerin önlenmesi için üç veya daha fazla folikül gelişmesi halinde artifisyonel inseminasyon işlemi yapılması yasaktır.*

Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir” hükmüne aykırı olarak birden fazla embriyonun yaş sınırı gözetilmeden transfer edilmesi sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil eder. Yargıtay bu alanda vermiş olduğu bir kararında, “Hekimin, hastasına yasak olmasına rağmen birden fazla embriyo enjekte etmesi ve çoğul gebelik durumunun söz konusu olması çocukların üçüz olarak prematüre doğmaları ve çoğul gebeliğin sonucu, çocukların gözlerinin görmemesi durumunda

da hekimin sözleşmeye aykırı davranışı söz konusu olur (Y. 4.HD. 12.10.2006, T., 2006/11206, E. 2006/10776)”.

Türk hukukunda yapay dölleme alanında geçerli olan sistem evli eşlerin üreme hücrelerin kullanımını içeren homolog döllemedir. Bunun yanında heterelog dölleme dini ve ahlaki sebeplerden kabul edilmemektedir. Bu yasakları delmek amacıyla kişiler heterelog döllemenin geçerli olduğu ülkelere gidip anne baba olma yollarını denemektedirler. Merkezler tarafların haberi olmaksızın sırf onlardan ücret almak maksadıyla heterelog dölleme gerçekleştirmeleri veya bu döllemeye aracılık etmeleri sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Ayrıca aynı şekilde, ÜYTE Yönetmeliği m. 18/ VI’da “ *Yurt içinde veya yurt dışındaki ÜYTE uygulaması yapan yerlere beşinci fıkradaki işlemler için Yönetmeliğe aykırı olarak hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay, tekrarında süresiz olarak merkezin faaliyetine valilikçe son verilir. Merkez personeli olmamakla birlikte bu hususlarda aracılık ettiği tespit edilen kişi ve kişilerin varsa sertifikaları Bakanlıkça iptal edilir*” hükmü getirilerek merkezlerin tarafların anne baba olma arzularının kötüye kullanılması ihtimalini düşünülerek yasaklanmıştır.

Taraflar henüz anne baba olmak istememeleri durumunda kendilerine ait üreme hücrelerinin dondurulmasını talep edebilirler. Söz konusu hücreler tarafların rızaları veya ölüm ve boşanma durumunda yok edilmesi gerekir. İlgili merkezler bu duruma riayet etmeyip dondurulan embriyoların tarafların boşanmaları veya birinin ölümü sonrasında dilekçeye rağmen üreme merkezinin veya hekimin söz konusu embriyoları yok etmeyip başka hastalarda ve boşanan eşlerde diğer eşin rızası alınmadan diğer eşe embriyonun yerleştirilmesi durumlarında da sözleşmeye aykırılık söz konusudur.

Ancak sözleşmenin ihlali daha çok gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa ve yan yükümlerin ihlali şeklinde ortaya çıkar. Kötü ifa, edimin üstlenildiği gibi yerine getirilmemesidir. Malpraktis buraya girer. Temelde hep özen yükümüne aykırılık söz konusudur⁸⁸. Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre, gerekli olan özenden yoksun olan her türlü tıbbi müdahale, esas itibarıyla yükümlülük ihlali olarak değerlendirilmelidir. Mahkeme, özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp davranılmadığını bilirkişi yardımıyla takdir

⁸⁸ Özınar, 47.

edecektir⁸⁹, Yargıtay kararı ile de tıbbi özen yükümlülüğünün ihlalini yükümlülük ihlali olarak değerlendirilmektedir⁹⁰. Üreme müdahalesini gerçekleştirecek hekimin sperm ve yumurtaların birleştirilmesinde gerekli özeni göstermemeleri sonucu meydana gelen embriyonun hasar görmesi sonucu çocuğun sakat doğması, yanlışlıkla başka bir hastanın spermi ile diğer hastanın yumurta hücrelerinin döllenmesi sonucu çocuğun biyolojik babadan olmaması, elde edilen sperm veya yumurtaların gerekli temizleme işlemi yapılmadan embriyo oluşturulması, eşlere söz konusu tedavinin uygulanmadan evvel gerekli kan testlerinin yapılmaması sonucu doğan çocuğun sakat olması durumlarında oluşan zarardan sorumludurlar.

Üreme hücreleri ve gonad dokuların saklanması yasaktır. Buna rağmen merkezlerde tıbbî zorunluluk durumlarında bunlar saklanabilir. Saklanan bu üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamaz, dondurulan üreme hücrelerinin ve gonad dokularının kişinin isteğine göre imha edilmesi gerekir⁹¹

Yan yükümler; ifaya yardımcı ve koruyucu yan yükümler olarak ikiye ayrılırlar. Sır saklama, aydınlatma gibi yükümlülükler bu gruba girer. Bunlara aykırı davranıldığında da hekim hastasına karşı sorumludur. Hekim hastasına elde edilen spermelerin kaliteli olmadığını ve döllenme sonucu embriyonun sağlıklı olma ihtimalinin düşük olabileceği ihtimalleri konusunda aydınlatma yapmalı, kadının rahmindeki problem dolayısıyla oluşan embriyonun rahimde gelişme ihtimalinin zayıf olduğu hekim tarafından eşlere anlatılmalıdır. Eşlerin uygulanacak tedavi öncesi kullanmak zorunda oldukları hormon ilaçlarının yan etkileri bizzat taraflara anlatılmalıdır. Hekim kendine düşen edimini yerine getirirken özenli davranmalıdır⁹². Hekimin hastasına uyguladığı yapay döllenme yönteminin gereklerine uymaması gerçekleştirdiği edimini kasıtlı olarak gereği gibi yerine getirmemesi durumlarında, sözleşme ihlal edilmiştir⁹³.

Hekimin tıbbî müdahale sonucu öğrendiği kişisel bilgileri üçüncü kişilere açıklaması ifaya yardımcı yan edim yükümünün ihlaline örnek gösterilebilir. Ayrıca yine tıbbî müdahale sırasında, hekimin hastanın beden bütünlüğü ve kişilik haklarını ihlal etmemelidir⁹⁴. Hekimin

⁸⁹ Y. 13. HD. E. 1999/384, K. 1999/1128.

⁹⁰ "...Özel Hastane yönetimi, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurludur" (Y. 13. HD. T. 08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796).

⁹¹ Doğan, 54.

⁹² Başpınar, 162.

⁹³ Büyükkay, 143.

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, 157.

hastaya ilişkin öğrenmiş olduğu bilgiler ekseriyetle hastanın kimseye anlatmadığı veya istemediği bilgilerdir. Bundan dolayıdır ki, bu bilgiler hastanın sır alanına ilişkin bilgilerdir. Bundan dolayıdır ki hekimin veya merkezin hastalarına ilişkin öğrendikleri bilgileri sakalmalı üçüncü kişilere açıklamamalıdır⁹⁵. Aksi durum sözleşmenin ihlali, aynı zamanda kişilik haklarının ihlaline sebebiyet verir⁹⁶. Örn. Hekim meşhur hastasının aslında kısır olduğu konusunda hastanın izni olmadan gazetelere veya üçüncü şahıslara açıklama yapması durumunda olduğu gibi.

Hekimler kendilerine ÜYTE uygulanan hastaları doğum gerçekleşene kadar takip etmekle gerekirse, erişkin ve yeni doğan hizmeti vermekle yükümlüdürler (m. 19/I/a). Yargıtay bir kararında, “Hastalar, merkezlerin dışında başka bir yere gittiklerinde dahi merkezler vasıtasıyla doğum öncesi takip doğum ve yeni doğan hizmeti verilmelidir. Hekimin, hamilelik sırasında gerekli teşhisleri yapmadan çocuğun sağlıklı olduğunu söylemesi daha sonrada çocuğun sakat doğması durumlarında da hekimin sorumluluğu söz konusudur (Y. 13. HD. T. 07.07.2006, E. 2006/6143, K. 2006/ 11224)” içerikli kararı ile merkezlerin bu yöndeki sorumluluklarına değinmiştir.

E. KUSUR

Hekim ve ÜYTE merkezlerinin sorumluluklarının doğabilmesi için taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmeye dayalı olarak sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşmenin ihlali yanında hekimin ve merkezin kusurlu olması da şarttır⁹⁷. Zira bu alanda objektif sorumluluk değil, esas itibariyle bir kusur sorumluluğu geçerlidir⁹⁸. Tıbbi müdahaleyi uygulayan hekimlerin bu uygulama sırasında kusurlu davranışları sonucu meydana gelen zarardan ilgili hekim veya merkez sorumludur⁹⁹.

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, *"benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi"* kusur adını alır.

⁹⁵ BGE 119 II 222.

⁹⁶ Honsell/Vogt/Geiser, Art. 28, PN. 25.

⁹⁷ Ott, 103-104.

⁹⁸ Ayan, 100.

⁹⁹ “ Erken doğmuş bebeklerin takibinde 5-7 haftalar arasında retina tabakasında oluşabilecek arazın tespiti yönünden kontrol muayenesi gerektiği o dönemde hastanede olan Yarennur’a bu muayenenin yaptırılmadığı ve çıkışta aileye bu yönde bilgi verilmediği cihetle hastanın takibini yapan Doktor S.G’nin çalıştığı kurum olan İÜ Rektörlüğü 2/8 oranında kusurludur. ...” (Y. 4.HD. T. 12.10.2006, E. 2006/11206, K. 2006/10776).

Meslek kusuru ise, *tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini*” ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir.

F. ZARAR

Zarar, hekim ve ÜYTE merkezlerinin hukuki sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir¹⁰⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun gerek 49. maddesinde gerekse 112. maddede "zarar"dan söz etmiş olmakla beraber bu kavramı tanımlamamıştır. Böylece zarar kavramının tanımının yapılması doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır¹⁰¹. Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin bir olan “maddî zarar” ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan "manevi zarar" ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık "dar anlamda zarar" kavramı sadece maddi zararı kapsamaktadır¹⁰².

Maddi zarar kavramı, diğer açıdan fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr şeklinde tasnif edilir¹⁰³. Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiilî zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek zararın kapsamı içinde bulunabilir.

Hekim ve ÜYTE merkezinin kusurlu davranışından dolayı oluşturulan embriyonun yanlışlıkla imha edilmesi durumunda hastanın maddi ve manevi zararları ÜYTE merkezi ve hekim tarafından karşılanmalıdır. Burada hastanın ikinci kez masraf ederek hormon ilaçları kullanması tekrar embriyo oluşumu için ilaç tedavisi gerçekleştirmesi durumlarında ödemek zorunda olduğu masraflar fiili zarara; ikinci kez yapay dölleme için uygulana işlemler

¹⁰⁰ Eren, 520.

¹⁰¹ Eren, 521; Tandoğan (Mesuliyet), sh.63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 547.

¹⁰² Eren, 521.

¹⁰³ Eren, 526.

dolayısıyla işinden kalan hastanın çalışamamasından dolayı elde edemediği kar için mahrum kalınan kâra örnek olarak gösterilebilir.

G. UYGUN İLLİYET BAĞI

Hekimin ve ÜYTE merkezlerinin akdi sorumluluğu için gerekli son şart, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, tıbbî edimi sunan tarafın teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklere aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır¹⁰⁴. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin ve merkezlerin sorumlulukları söz konusu olmaz. Bu durumda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı söz konusu değildir. Örneğin, yapay döllende gerekli bütün tıbbi metodlara uyularak döllendirilen yumurta ve spermin kadının rahmine yerleştirildikten sonra rahmin embriyoyu taşıyamamasından dolayı kadının düşük yapmasından yapay döllenmeyi uygulayan hekimin ve merkezin sorumluluğu söz konusu olmaz.

Öte yandan, illiyet bağının kesilmesi halinde de hekimin ve ÜYTE merkezlerinin sorumlulukları ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir¹⁰⁵. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen olay hekim ve ÜYTE merkezlerinin davranışının zarar ile arasındaki illiyet bağını kesmekte ve zarara tek başına sebep olmaktadır. Örneğin, hastanın rahmine embriyonun yerleştirilmesi sırasında deprem sonucu ameliyathanenin çökmesi durumunda hastanın ölmesinden dolayı hekimin ve merkezlerin sorumluluğuna gidilemez. Üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zarar sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir. Örneğin, yapay döllende hastanın kocasının alınması gerekli hormon ilaçlarını almaması dolayısıyla kaliteli spermlerin elde edilememesi dolayısıyla da döllenenin gerçekleştirilememesi sonucunda hekimin ve merkezlerin sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi fiili sebep olmuştur. Bu durumda da tıbbî edimi sunan tarafın sorumluluğu doğmaz. Örneğin, kendisine yapay döllene sonucu embriyo yerleştirilen kadının rahminde gerçekleşen kanamaları hekime zamanında haber vermemesi sonucu bebeğini kaybetmesi durumunda hekimin ve ÜYTE merkezlerinin sorumluluğuna gidilemez.

¹⁰⁴ Ott, 106.

¹⁰⁵ Eren, (illiyet), 174.

ÜYTE merkezi ile hasta arasında yapılan sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı da hastaya aittir¹⁰⁶. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir¹⁰⁷.

Zarar, tıbbî edimi sunan tarafın teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır. Örneğin, hekiminin eşlere ait sperm ve yumurta hücrelerini aldıktan sonra herhangi bir DNA testine tabi tutmadan döllendirmesi ve kadına enjekte etmesi sonucu oluşan zararın tazminini hekim dolayısıyla üreme merkezi karşılayacaktır. Örneğin, merkezde tedavi gören kadına gebeliğin devamı sırasında çocuğun gayet sağlıklı olduğu söylenmiş, ancak çocuk sakat olarak dünyaya gelmiştir. Burada hekimin kendinden beklenen özeni göstermemesi sonucu ortaya bir zarar yani anomali halinde bir çocuk dünyaya gelmiştir. Burada hekimler tıp ilminin ve sözleşme hükümlerinin gerekli kıldığı özeni göstermediklerinden dolayı sorumludurlar (**HGK. E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, T. 11.12.2002**).

Alman mahkeme kararında da, hamilelik sırasında hekimin 11 kez ultrasonografi yapmasına rağmen çocuk için her defasında sağlık ifadesinde bulunmuştur. Çocuk ağır bir şekilde özürlü doğmuştur. Burada hekimin hatası sebebiyle özrün geç fark edilmesi ve kürtaj için kanunen müsaade edilen sürenin de geçmiş olması dolayısıyla çocuğun dünyaya gelmesinden dolayı hekim maddi ve manevi tazminat ödemekle yükümlüdür (**BGH 18.06.2002-VI ZR 136/01, JZ 2003, 152**).

V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

A. Merkezlerin Kendi Kusurlarına İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekim, özel sağlık kurum ve kuruluşlarının kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı tereddütsüzdür¹⁰⁸. Çünkü, Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, " *borçlunun ağır kusurundan*

¹⁰⁶ Ott, 107; Öz, 717.

¹⁰⁷ Ott, 108.

¹⁰⁸ Belgesay, (Mesuliyet), 69; Ott, 64.

sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” düzenlemesine yer verilmiştir.

Taraflar arasında yapılan sözleşmede de diğer sözleşmelerde olduğu gibi sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. Ancak diğer sözleşmelerde geçerli sayılan borçlunun hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağı yolundaki bir anlaşmanın ÜYTE merkezleri ve hastalar arasındaki sözleşmede geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak, ÜYTE merkezlerinin kurulup çalıştırılması TBK. m. 115/III gereği “ *uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun yada yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”* hükmü gereği taraflar arasında herhangi bir sorumsuzluk anlaşması yapılsa dahi hakim bunu geçersiz kılar. Çünkü ÜYTE merkezleri kanun tarafından verilen izinle kurulabilir

Bütün bunlara karşın, özel sağlık kurum ve kuruluşları tip sözleşmeler kullanacakları için, somut olayda genel işlem şartı niteliğini haiz bir sorumsuzluk şartı bulunacak ve büyük bir ihtimalle zayıf tarafı oluşturan pazarlık gücü dahi olmayan hasta veya kanuni temsilcisi tek taraflı olarak kabul edecektir. Bu tip sorumsuzluk kayıtları TBK. m. 25 anlamında temelini TMK. m. 2’den alan dürüstlük kuralı çerçevesinde geçersiz sayılabilir¹⁰⁹.

B. Yardımcı Şahsın Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yolunda anlaşma yapılabilir¹¹⁰. Fakat gerçekleştirilen faaliyetler *uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*. Üreme tıbbı da bu anlamda uzmanlığı gerektiren bir meslek ve uğraş olduğundan yanında çalışan kişilerin sorumlu olamayacağına ilişkin yapılacak anlaşmalar kesin olarak geçersizdir. Çünkü ÜYTE merkezlerinin kuruluşları kanunda belirtilen şartlarda gerçekleşmelidir. Burada yardımcı şahıstan anlaşılması gereken, merkezde görev yapan hekim, laboratuvar görevlisi, hemşire, hasta bakıcı vb. kişilerdir. Sayılan bu kişilerin gerçekleştirecekleri fiillerden dolayı

¹⁰⁹ **TBK. m. 25** “ Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”.

¹¹⁰ **Deutsch, (Deneysel Tıp)**, 177.

sorumlu olunamayacağına ilişkin şartlar geçersizdir. Aynı şekilde bu tür şartlar TBK. m. 25 gereği de geçersizdiler.

VI. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

Bir kimse başkasının yararına bir işi veya hizmeti yerine getirmesi vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu kişinin başkası adına iş yapması hep biri lehine iş yapılanın iznini gerektirir. Bu durum bazı durumlarda olmaya bilir. İşte, bir kimse başkasının hukuk alanına kendi yararına müdahale edebileceği gibi iş sahibi lehine de müdahale edebilir. Birincisi, gerçek olmayan ikincisi ise, gerçek vekâletsiz iş görmedir.

Vekâletsiz iş görme, üreme tıbbında hekimin operasyon sırasında operasyonu genişletmesi veya hastanın sağlığına iyi gelebilecek müdahalelerin yapılmasında görülür. Örneğin, hekim eşlerden aldığı sperm ve yumurtaların döllenmesi sonucu birden fazla oluşan embriyoların en sağlıklıısını anneye enjekte ettikten sonra diğerlerini henüz tarafların rızalarını almadan saklanmak amacıyla dondurulmasında taraflar lehine bir vekâletsiz iş görme söz konusudur.

VII. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Burada üreme merkezi veya hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Üreme merkezinin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri sonucu oluşan zararın tazmini için hastaya belli bir miktar zararı ödemekle yükümlüdür.

Haksız fiilin koşulları sözleşmeye aykırılığın koşullarıyla paralellik arz eder. Burada sadece sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer koşullar aynıdır. Hukuka aykırılık sözleşmeye aykırılığa tekabül eder. Bundan dolayı burada tekrarlanmayacaktır. Bunların yanı sıra, TBK. m. 114/II gereğince, “*haksız fiillere ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*” hükmü gereğince de Borçlar Kanununda düzenlenen kurumlar arasında bağ kurulmuştur.

VIII. SEBEP SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Asıl sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, sebep sorumluluğunda failin kusur aranmayıp sadece yapılan fiille zarar arasında illiyet bağının varlığı aranır. Kanunumuzda tıbbî anlamda önem arz eden iki sebepsiz zenginleşme hali mevcuttur. Bunlar, adam çalıştıranın sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğudur.

B. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğu gereği TBK. m. 66'da belirtilen durumlarda, üreme merkezi bünyesinde çalışan hekim ve diğer sağlık personelinin gerekeni yapmaması yapması gerekeni ise yapmaması sonucu merkezle sözleşme ilişkisi olmayan başkalarına verdiği zarardan sorumludur¹¹¹.

Adam çalıştıranın sorumluluğu için pozitif ve negatif şartlar söz konusudur. Pozitif olması gereken şartlar şunlardır: Yardımcı kişinin fiili hukuka aykırı olmalıdır, söz konusu hukuka aykırı fiilden maddi veya manevi zarar ortaya çıkmalıdır, zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında bir uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yardımcı kişi zararı, üreme faaliyetlerine has işleri gerçekleştirirken vermelidir. Yardımcı kişi, merkeze karşı talimatlara uymakla yükümlü birisi olmalıdır, buna ek olarak yardımcı kişiyi merkezin gözetleme yetkisi de bulunmalıdır.

Adam çalıştıranın sorumluluğu için olmaması gereken şartlar ise, genel hukuka uygunluk halleri (Mücbir sebep, mağdurum kusuru ve üçüncü kişinin kusuru) bulunmamalıdır. Ayrıca, söz konusu olayda özel kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır. TBK. m. 66'da düzenlenen, adam çalıştıranın çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz, hükmü gereği, adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulmasına yönelik özel kurtuluş kanıtı getirilmiştir. 818 sayılı Kanunda yer alan “*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz*” hükmüne yeni Kanunda nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu ve zaten daha evvel kanunda yer verildiği gerekçesi ile yer verilmemiştir.

Üreme merkezleri, bünyelerinde çalışan sağlık personelinin, üreme merkezi ile herhangi bir sözleşmesel bağı olmayan üçüncü kişilere verilen zarardan dolayı doğrudan sorumludurlar. Eğer yukarıda anılan kurtuluş kanıtlarını getirebilirlerse sorumluluktan

¹¹¹ Reisoğlu, 180.

kurtulabilirler. Örneğin, üreme merkezinde çalışan hekimin radyasyon tehlikesi konusunda gerekli uyarıları yapmaması sonucu hastanın annesinin ağır radyasyona maruz kalması durumunda adam çalıştıran sıfatındaki üreme merkezi sorumludur. Ayrıca, üreme merkezinde çalışan hasta bakıcının hastanın yakınının cüzdanını çalması durumunda da durum aynıdır.

IX. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Özel sağlık kurum ve kuruluşunun tıbbî teşhis ve tedavi ediminden doğan sorumluluğu, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen özel sağlık kurum ve kuruluşu, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir¹¹². Tazminat miktarının hesaplanması bakımından, davanın akdi veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önemli bir farklılık yaratmaz. Zira, Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uygulanırlar.

B. Maddi Tazminat

ÜYTE merkezlerinin büyük çoğunluğu hastaya maddi tazminat ödemek zorunda kalır. Maddi tazminatın kapsamına, her şeyden önce yeni bir ameliyat ve ilave tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girer. Hastanın kusurlu tedavi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma yeteneğinin kaybindan doğan zararları, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları karşılamak zorundadır¹¹³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, “Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımızda, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşlı ve kilosuz 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. Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata

¹¹² Reisoğlu, 15.

¹¹³ Ayan, 121.

karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir”¹¹⁴. Malvarlığının pasifinde ortaya çıkabilecek artmayı da buraya dâhil etmek mümkündür.

ÜYTE merkezleri, sadece yapay dölleme tıbbi müdahalesi sonucu doğrudan doğruya zarar gören kişilere tazminat öder¹¹⁵. Ancak, hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da "destekten yoksun kalma tazminatı" isteyebilirler (TBK. md. 53/III)¹¹⁶.

Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. md. 50/I). Ne var ki, zararın gerçek miktarını tam olarak ispatlamak çoğu zaman imkânsızdır. İşte, uğranılan zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı hallerde, hâkim, somut olayın özelliklerini de göz önünde tutmak suretiyle hastaya ödenecek tazminatı belirler (TBK. md. 112 /II, md. 50 /II). Hastanın özel sağlık kurum ve kuruluşuna yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da nazara alınarak tazminat miktarı indirilebilir (BK.md.52)¹¹⁷.

C. Manevî Tazminat

Özel sağlık kurum ve kuruluşları, hastaya, uğramış olduğu manevi zararlar için de tazminat ödemek zorundadır. Bu açıdan Alman Hukukundan farklı olarak, Türk ve İsviçre Hukuklarında akdi sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasında fark yoktur. Yani teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali sonucunda da uğranılan manevi zararlar için tazminat istenebilir (BK.md.114/II, 56, 58; TMK. md.24)¹¹⁸.

Kusurlu tıbbî teşhis ve tedavi neticesinde hastanın beden bütünlüğü zarar görmüşse, özel sağlık kurum ve kuruluşu, kural olarak hastanın kendisine manevi tazminat ödemek zorundadır¹¹⁹. Buna karşılık, söz konusu tıbbî teşhis ve tedavi edimi hastanın ölümüne yol açmışsa, artık hastanın geri de kalanlarına manevi tazminat ödenmesi gerekir (TBK. md. 56).

¹¹⁴ Y. 13. HD., T. 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728 (Yayınlanmamıştır).

¹¹⁵ Ayan, 121.

¹¹⁶ Atabek /Sezen, 156; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 77.

¹¹⁷ Belgesay, (Mesuliyet), 120; Atabek /Sezen, 154; Öz, 716; Reisoğlu, 17.

¹¹⁸ Ott, 99; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 125-126.

¹¹⁹ “Uzman bir tıp kurulu olan hastahanenin akıl hastası ve ihtihar fikri saplantısı içinde bulunan hastaya bilgili ve mesleğin gerektirdiği şekilde bir hemşire tayin etmeyerek yakınlarından birinin refakatçi kalmasını yeterli

Bedeni zarara uğrama ve ölüm halleri dışında, hastanın hekime karşı yöneltilebileceği manevi tazminat taleplerine genelde Borçlar Kanunu'nun 49 (TBK. m. 58). maddesi uygulanır. 4.5.1988 Tarih ve 3444 sayılı "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin bazı maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesinin değiştirilmesine dair Kanun"un¹²⁰ 8. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, söz konusu hükme dayalı olarak manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkının ihlali yanında, failin kusurunun ve uğranılan zararın özel bir ağırlık taşıması aranırdı¹²¹. 3444 sayılı Kanun, kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını haklı olarak kaldırmıştır¹²². Maddenin yeni şekline göre, "*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir*" (BK. md.49 /I/TBK. md. 58/I).

SONUÇ

Üreme merkezleri, normal yollardan çocuk sahibi olamayan eşlerin çocuk hasretlerini gidermeye çalışan kurumlardır. Günümüzde genetik ve mikrobiyoloji alanında yaşanan gelişmeler sonucunda eşler çocuk sahibi olabilmektedir. Çocuk özlemini gidermek amacıyla birden fazla yöntem denemektedir. Ülkemizde sadece bu yollardan homolog döllenme kabul edilmektedir. Diğer kullanılan yöntemler hukuka aykırı sayılmaktadır. Üreme yöntemlerini uygulayacak olan kamu hastanelerine ve özel hastanelerin uymakla görevli olacakları ÜYTE yönetmeliğinde embriyonun ve annenin yaşamının korunması için gerekli önlemler de alınmıştır. En önemli değişiklik tüp bebek tedavisini gerçekleştirecek olan mekânların, kamu hastaneleri ve özel hastanelerle sınırlanmış olmasıdır.

Tedaviyi gerçekleştirecek hastanelerin kamuda olması durumunda idare hukuku uygulanırken, özel hastanede gerçekleştirilecek müdahaleler için özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır. Özel hukukun bütün sorumluluk halleri uygulama alanı bulabilir. Bu konuda da Yargıtay son dönemlerde duyarsız kalmadığını verdiği kararları ile dile getirmektedir.

görmesi ağır bir kusurdur. Bu nedenle ölenin yakınları için manevi tazminata karar verilmelidir." (YHGK. T. 07.10.1987, E. 1986/13-640, K. 1987/701).

¹²⁰ 19812 sayılı, 1.5.1988 tarihli R.G' de yayınlanmıştır.

¹²¹ Ott, 99; Ünal, 414 vd.

¹²² Değişiklikten önce öğretilde, kişilik hakkının tam olarak korunmasını sağlamak amacıyla, ağır kusur niteliği taşımayan ve fakat manevi zarara yol açan hafif ihmal hallerinde de manevi tazminat istenebilmesi önerilmişti (Ünal, 420-422).

Spermlerin veya embriyonun saklanması için merkezlere teslim edilmesi durumunda, merkez ile saklananlar arasındaki hukuki ilişkinin ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde ardiye depo sözleşmesinin var olduğu ileri sürülmüştür¹²³. Bunlara karşın hakim görüş, spermin malvarlığı değeri olmadığı bundan dolayı da alım satım ardiye sözleşmelerine konu olamayacağı belirtilmiştir¹²⁴.

Bunlara karşı kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre, sperm malvarlığı değeri olarak kabul edilmemekle beraber bunları saklayacak merkezlerle saklanan arasında saklama sözleşmelerinden olan vedia sözleşmesi söz konusu olur. Çünkü vedia sözleşmesini düzenleyen TBK. m. 561'e göre, “*Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir. Açıkça veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde saklayan ücret isteyebilir*” hükmü gereği merkezlerle sperm veya embriyoyu saklatan arasında kurulan sözleşmenin niteliği vedia sözleşmesine uygun bulunmaktadır.

Bu durumdan zarar görenler, spermleri saklayan kuruluşlara sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı dava açarak maddi ve manevi tazminat talep edebilirler. Bunun yanı sıra spermleri hukuka aykırı olarak elde eden kadına karşı da spermlerin ve oluşan embriyonun vücut bütünlüğüne dâhil olmasından hareketle manevi tazminat davası açılabilir.

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002.

¹²³ Erol, 39.

¹²⁴ Atabek, 618.

Akıntürk Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 11. Bası II. Cilt, Ankara 2008.

Altunkaya, Mehmet: Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Antalya 2007, 99-118.

Aral Fahrettin: Borçlar Hukuku Ankara 2010.

Aşçıoğlu Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982.

Atabek Reşat: Yapay Dölllenme, İBD, 1985, C. 59, S. 7-8-9, 616-622.

Atabek. R/ Sezen M: Hekimin Mes'uliyeti, İBD. 1954. C. XXVIII, S. 2.

Ateş, Mustafa: Nesep Hukuku Yönünden Sun'î Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu, YD, C. 20, Temmuz 1994, S. 3, 325-344.

Ayan Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.

Aytaç İsmail: Yardımcı Üreme Tekniklerinin Hukuk ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2002 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

.....: Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi, AD, 2002, S. 11, 183-199 (Aytaç, AD).

Başpınar Veysel: Hasta Hakkı Açısından Hekimin Özen Borcu, sağlık Hakkı, S. 3 Kasım 2007.

.....: Vekilin (Avukatın, hekimin, Mimarın Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004 (**Sorumluluk**).

Bayraktar Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Belgesay, Mustafa R: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954 (Mesuliyet).

.....: Doktorun Hukukî Borçları İÜHFM, 1945, C.11, S. 3-4, sh. 108 (**Doktor**).

Buchli-Schneider, Franziska: Künstliche Fortplanzung aus zivilrechtlicher Sicht, Bern 1997.

Bunte H.J: Gedanken zum Krankenhausvertrag de lege la ta lege ferenda, JZ 1982.

Büyükkay, Yusuf: Hekimlerin Embriyon Nakillerinden Hukukî Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara.

Cihan Erol: Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'î İlkah, İstanbul 1971.

Coester-Waltjen Dagmar: Die Künstliche Befruchtung beim Menschen –Zulaessigkeit und zivilrechtliche Folgen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Band I, Gutachten, München 1986.

.....: Befruchtungs Gentechnologie bei Menschen –rechtliche probleme von Morgen ?, Fam RZ, 1984, 230-236, (**FamRZ**).

Çavuşoğlu, Uyanık Ayfer: Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2006, Ocak-Şubat, S. 17-18, (7-63).

Çilingiroğlu, Cüneyt: Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

Daniels, Jürgen: Probleme des Haftungssystems bei stationaerer, NJW 1978.

Deutsch, Erwin: Des Menschen Vater und Mutter, die künstliche Befruchtung beim Menschen –Zulaessigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1971-1975. (Befruchtung).

.....: Özellikle Deneysel Tıp Açısından hekimin Sorumluluğu, AÜHFD 1979, C. 36, S. 1-4 (Çev. İrfan Yazman), (Deneysel Tıp).

Doğan, Cahid: Yapay Döllenme, Hastane ve Yaşam, Akademik ve Aktüel Tıp Dergisi, Mart 2008, 54.

Donay, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978.

Er Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008.

Eren Fikret: Borçlar Hukuku Ankara 2012.

.....: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1985 (illiyet).

Erkan Mehmet Akif: Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları, Ankara 2002 (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi).

Frucht Sybylle: Ersatzmutterschaft im US-amerikanischen und deutschen Recht unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Aspekte, Regensburg 1996.

Giesen, Dieter: “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Doktorların Hukuki Sorumluluğu” Çev. Salim Özdemir YD, III, 3-4 (1977), 217-228.

Honsell, P/Vogt, N.P/Geiser, T: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel/Genf/München, 2006.

İpekyüz Yavuz Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan:** Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.
- Lüttger Hans:** Die künstliche Samenübertragung beim Menschen als Kriminalpolitisches und legistorisches Problem AÜHFD, 1978, S. 1-4, 131-163.
- Nomer, Haluk:** Sun'î Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, M: Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- Oğuzman, M. K/Seliçi, Ö/Özdemir-Oktay, S:** Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010.
- Ott, W. E:** Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.
- Öz, Pınar:** Vücuda Tıbbî Girişim ve Doktorun Sorumluluğu, ABD 1984, S. 5.
- Özgül, Mehmet Emin:** Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010.
- Özpinar Berna:** Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu, II, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, 33-35.
- Özsunay, Ergun:** “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar” Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 1-58.
- Reisoğlu, Seza:** Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, Anakra 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1vd.
- Retornaz, Aksoy /E. Eylem:** Üremeye Yardımcı Tedavi yoluyla Çocuk Sahibi Olma Hakkı, Güncel Hukuk 4 Mart 2012, (10-11).
- Rüsken, Reinhart:** Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung, Zur steuermindernden Berücksichtigung von Kosten homo und heterologer Befruchtung, NJW 1998, 1745-1750.
- Sarial, Enes:** Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Savaş, Halide:** Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara 2011.
- Schaumann, Claudia** : Die Heterologe Künstliche Insemination, Freiburg 1991.
- Schluep, Walter** : Innominatverträge, SPR VII/2 Basel/Stuttgart 1979.
- Schlosshauer, /Selbach:** Staatshaftung und Arzthaftung, NJW 1982, s. 1305-1310.
- Schwab/Kramer/Kriegstein:** Rechtliche Grundlagen der aertzlichen Aufklaerungspflicht, Heidelberg1983.
- Schwalm, Georg:** Juristische Bemerkungen zur humanen artifiziellen Insemination in der Bundesrepublik Deutschland, in: Rippmann Ernst T. (Hrsg), Die ehfremde künstliche Befruchtung der Frau, Bern, Stuttgart, Wien, 1974.
- Schlegel, Thomas:** Die künstliche Befruchtung mit spendersamen im Lichte des Kindschaftsreformgesetzes- Rechtsvergleich zwischen US-amerikanischen und deutschen Recht, Göttingen 2000.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002.

Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

Tag, Brigitte: Organe, Gewebe, Zellen: Gewinnung und Weiterverarbeitung, Strafrechtliche und Strafrechtsethische Grenzen, Uluslar arası Bilim ve Uygulamada İlaç ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2008, 53-62.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Bası İstanbul 1985; C. I/2, Ankara 1985; C. II, Ankara 1987.

.....: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mes'uliyet).

Tekinay, S.S/Akman, S /Burcuoğlu, H/Altop, A:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tosun, Öztekin: “Ceza Hukuku Bakımından Sun’i İlkah” İHFM XXV, 1-4, 107-115.

Türkmen, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, Samsun 2009.

Uhlenbruck, W: Typische Formen des Krankenhausaufnahme Vertrages, NJW 1964, s. 431-434 (**Typische Formen**).

.....: Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegesatzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, NJW 1973, s. 1399-1402 (**Die rechtlichen**).

Ünal, Mehmet: Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD 1978, C. 35, S. 1-4, sh. 397-437.

Yıldırım, Hülya Günel: Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 1996 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Zevkliler A/Acabey M. B/Gökyayla, E: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. B. Ankara 1999.

Zevkliler, Aydın: Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, DÜHFD, I, 1, (1983), 1-37.