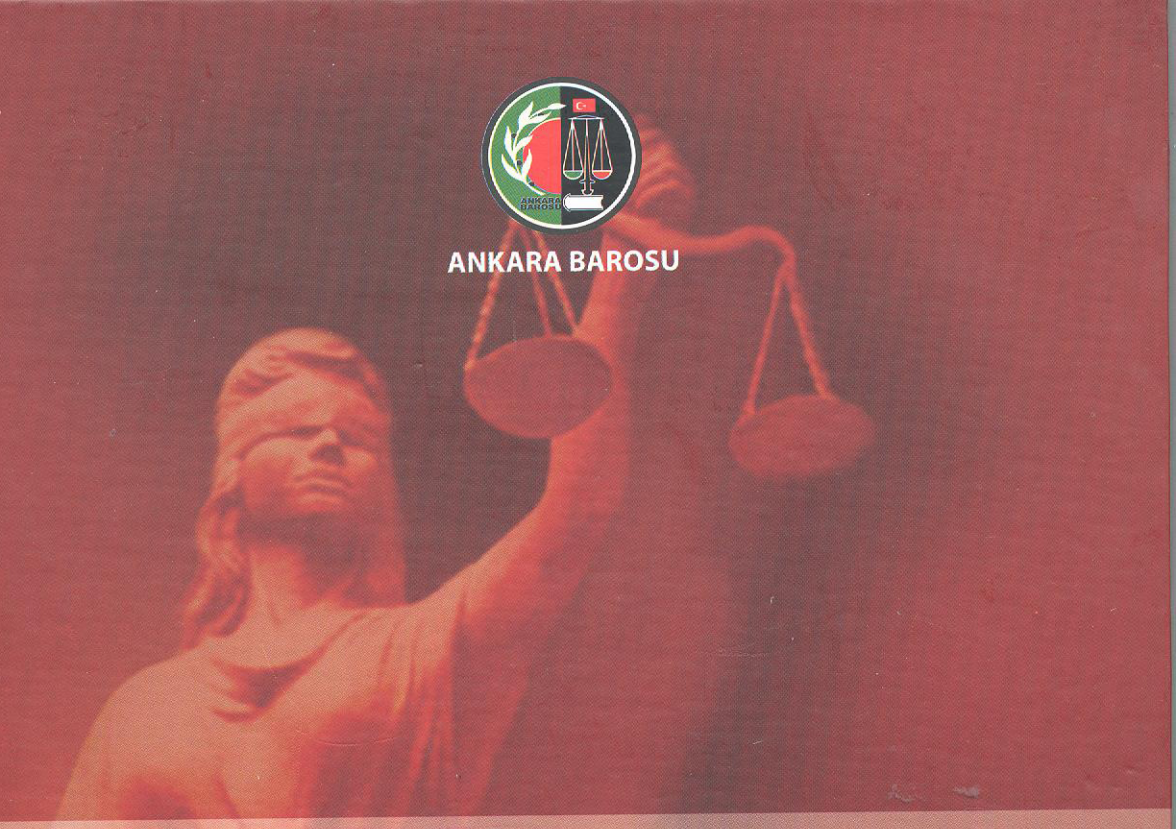


ANKARA BAROSU

II. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

7-8 Kasım 2008
Ankara

- *Yapay Döllenme (Sun'i İlkah)*
- *Embriyon Nakilleri*
- *Gebeliğin Sona Erdirilmesi (Kürtaj)*
- *Estetik Cerrahi Hukuku*
- *İlaç Hukuku*
- *Ötenazi*

ANKARA BAROSU

II. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

7-8 KASIM 2008
ANKARA

ANKARA BAROSU

Ankara - 2009

Ankara Barosu Yayınları 2009

II. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

1.Baskı 2500 adet basılmıştır. Ankara, 2009
ISBN 978-9944-234-89-4

Telif Hakkı © Ankara Barosu, 2008 Bu eserin telif hakları Ankara Barosu'na aittir.

Bu yayınla ilgili olarak 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Ankara Barosu'nun yazılı izni alınmadan çoğaltılamaz. Bu kitapta belirtilen görüşler yazarına ait olup, Ankara Barosu bunlardan dolayı herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

Ankara Barosu Bilgi ve Belge Merkezi tarafından kataloglanmıştır.
(bilgibelgemerkezi@ankarabarosu.org.tr)

İletişim Adresi:
Ankara Barosu Başkanlığı
Adlîye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye Ankara
Tel: + 90 (312) 416 72 00 (Pbx)
Fax: + 90 (312) 309 22 37
http://www.ankarabarosu.org.tr
e-Posta: ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr

Tasarım, Ofset Hazırlık ve Baskı:
Güngör Basım Yayın Tic.
Tel/Faks: 0(312) 229 64 81-82

İÇİNDEKİLER

Önsöz *(V. Ahsen COŞAR)* VII

7 Kasım 2008 - Cuma
AÇILIŞ KONUŞMALARI

Av. V. Ahsen COŞAR 1
Ankara Barosu Başkanı

Av. Özdemir ÖZOK 3
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Abdulkadir ATALIK 9
Sağlık Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı

I. OTURUM
YAPAY DÖLLENME (Sun'i İlkah)

Oturum Başkanı: Av. Hakan EFENDİOĞLU 17
Ankara Barosu

İngiliz Hukukunda Tıbbî Döllenme 19
Prof. Dr. Penney LEWIS
İngiltere London King's College Hukuk Fakültesi, Tıp Hukuku ve Tıp Etiği Merkezi

Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukukî Sorumluluğu 33
Av. Berna ÖZPINAR
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

Yapay Döllenmeye İlişkin Hukukî Sorunlar 57
Prof. Dr. Ergün ÖZSUNAY
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Avrupa Konseyi CDBI Türk Delegesi

Soru-Cevap 83

II. OTURUM
EMBRİYON NAKİLLERİ

Oturum Başkanı: Av. Funda BACINOĞLU 91
Ankara Barosu Adlî Yardım Merkezi Başkanı

Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları 93
Mahmut KAMACI
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Hukukî Sorumluluğu 111
Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezaî Sorumluluğu 151
Yrd. Doç. Dr. Onursal CİN
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı 159
Doç. Dr. Murat DOĞAN
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tartışma 172

III. OTURUM
GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Afsun Ezel ESATOĞLU 181
Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi

Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Cezaî Sorumluluğu 183
Doç. Dr. Recep GÜLŞEN
Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Hukukî Sorumluluğu 201
Ömer Uğur GENÇKAN
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi, Kamu Hukuku Bilim Uzmanı

Soru-Cevap 212

IV. OTURUM
ESTETİK CERRAHİ HUKUKU

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR 219
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alman Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişki 223
Doç. Dr. Erhan TEMEL
Augsburg Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı - Öğretim Üyesi

Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişki 241
Doç. Dr. Çağlar ÖZEL
Hacettepe Üniversitesi İktisadî ve İdari Bilimler Fakültesi

Estetik Cerrahi Hekiminin Hukukî Sorumluluğu 253
Av. Bedia BORAN

Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu 261
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı

Soru-Cevap 270

8 KASIM 2008 - Cumartesi
I. OTURUM
İLAÇ HUKUKU - 1

Oturum Başkanı: Av. Berna ÖZPINAR 277
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı) 281
Prof. Dr. Erdem BÜYÜKBİNGÖL
Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi

Deneysel ve Klinik Araştırmalarda Cezaî Sorumluluk **299**
Prof. Dr. Hakan HAKERİ
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usül Hukuku ABD Başkanı
TBB İnsan Hakları Bilim Kurulu Üyesi, Tıp Hukuku Derneği Kurucu Başkanı

İlaç Kullanımından Oluşan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu **329**
Doç. Dr. Mehmet DEMİR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

II. OTURUM
İLAÇ HUKUKU -2

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM **361**
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türk Hukukunda İlaç Araştırmalarında Etik Kurulların Niteliği **363**
Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, YÖK 1. Hukuk Müşaviri

Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukukî Sorumluluk ... **379**
Doç. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sahte, Taklit İlaç ile Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullandırılması **387**
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Cezaî Sorumluluk **411**
Av. Cahid DOĞAN
T.C. Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi
Soru-Cevap **455**

III. OTURUM
ÖTANAZİ

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Selma ÇETİNER **463**
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Aktif Ötanazi **465**
Av. Sunay AKYILDIZ
İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

Ötanazi ve Kişilik Hakları **485**
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Türkiye'de Ötanazi Uygulaması ve Ötanaziye Yaklaşım **493**
Doç. Dr. Erdem ÖZKARA
Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adlî Tıp ABD Üyesi

Soru-Cevap **505**

Hukukun ve hukukçuların sağlık alanına yönelik bu ilgisine bağlı olarak ortaya çıkan ve giderek gelişen Sağlık Hukuku konusunda; gerek yargıç, savcı ve avukatlar ile akademisyenlerin, gerekse her an sağlık hukukunun öznesi olabilecek olan hekimler ile sağlık alanında görevli diğer kişilerin, bu hususta bilgi ve deneyimlerini artırmalarına katkı yapmak amacıyla Baromuz tarafından İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı düzenlenmiş ve Birinci Sağlık Hukuku Kurultayı sonrasında olduğu gibi, bu kurultayda sunulan her biri birbirinden değerli tebliğler elinizdeki bu kitapta toplanarak ilgi duyan veya konuyla ilgisi olan herkesin yararlanmasına sunulmuştur.

Başta Baromuzun Sağlık Kurulu Başkanı Sayın Berna Özpınar ve Kurul Üyesi değerli meslektaşlarım olmak üzere, gerek İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı'nın düzenlenmesinde, gerekse bu kitabın basılmasında emeği geçen herkese Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma teşekkür eder, hem ulusal ve hem de uluslararası Sağlık Hukuku literatürünü zenginleştirecek olan bu kitabın hukuk ve tıp camiasına yararlı olmasını dilerim.

Saygılarımla,

Av. V. Ahsen COŞAR
Ankara Barosu Başkanı

ANKARA BAROSU

II. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

07 KASIM 2008

DÜZENLEME KOMİTESİ

AV. V. AHSEN COŞAR - *Ankara Barosu Başkanı*
AV. HAVA ORHON - *Ankara Barosu Genel Sekreteri*
AV. CAHİD DOĞAN - *Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri*
AV. BERNA ÖZPINAR - *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı*

YER - ANKARA BAROSU EĞİTİM MERKEZİ (ABEM)

SUNUCU -

Sayın Müsteşarım,

Sayın Barolar Birliği Başkanım,

Sayın Ankara Barosu Başkanım,

Türkiye'nin Dört Bir Yanından Gelen Saygıdeğer Öğretim Elemanları,

Baromuzun Değerli Üyeleri ve Sevgili Katılımcılar,

Ankara Barosu'nun bu yıl ikincisini düzenlediği Sağlık Hukuku Kurultayı'na hoş geldiniz.

Öncelikle açılış konuşmalarını yapmak üzere Ankara Barosu Başkanı Sayın V. Ahsen Coşar'ı kürsüye davet ediyorum.

AV. V. AHSEN COŞAR

ANKARA BAROSU BAŞKANI

Değerli Konuklar,
Sevgili Meslektaşlarım,
Sevgili Özsunay Hocam,

Sayın Ergun Özsunay, benim İstanbul Hukuk Fakültesi'nde hocamdı, yıllar sonra kendisini bugün burada ilk kez gördüm. Bu benim için çok büyük bir mutluluk oldu. Hoş geldiniz Sayın Hocam.

Sizleri Ankara Barosu adına, yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma sevgi ve saygıyla selamlıyor, hepinize sağlık ve esenlikler diliyorum.

İnsan dünyaya yalnız gelir, dünyadan tek başına, yani yalnız gider. Adına yaşam dediğimiz dünyaya geliş ile dünyadan gidiş arasındaki sürede de insan aslında yalnızdır. Çevresindekiler ise sadece bir kalabalıktan ibarettir. Onun için Mevlana "yanımda kimse olmadığından değil yalnızlığım, yalnız olduğumu söyleyebileceğim kimsem olmadığından yalnızım" demiştir.

Demem şu ki, hasta olduğunda da insan yalnızdır, tek başınadır. Öyle olduğu için insan, kişisel olan yaşamını nasıl bir başkasına aktaramaz ise, hastalığını da bir başkasına aktaramaz ve tek başına yaşar.

Bedensel, ruhsal ve toplumsal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, yani sağlık hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25.maddesi ve yine 03 Ocak 1976 kabul ve yürürlük

tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesi hükümleriyle temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesinin nedeni kanımca budur. Yani hasta olan insanı tek başına, yalnız başına bırakmamaktır.

Diğer insani haklar gibi sağlık hakkının tanınması, korunması ve geliştirilmesi insan yapımı olan, insana hizmet için var olan devletin en temel görevlerindendir. Bu konuda devlete pozitif yükümlülükler verilmiş olmasının nedeni de budur. Yani hasta olan insanı yalnız başına bırakmamaktır.

Sağlık kavramı her şeyden önce, bireyin kendi biyolojik durumunu ve yakın çevresinin koşullarını denetleyebileceği özerk bir alanı ifade eder. Bu açıdan bakıldığında sağlık, sahip olunan ve yaşanan özgürlük düzeyiyle eş değerdedir. Onun için sağlık hizmetinin özgürlükler gibi iyi örgütlenmesi, iyi düzenlenmesi, adaletli biçimde dağılımının, yani sağlık hizmetinden eşit olarak yararlanmanın yasalarla güvence altına alınması gerekir. Hem sosyal devlet olmanın ve hem de doğru dürüst bir adalet politikası yürütebilmenin temel koşulu budur.

Daha önce düzenlediğimiz Birinci Sağlık Hukuku Kurultayı'nda olduğu gibi, hukukta tartışmalı olan ötanazi hakkı, tıp teknolojisinin en harika buluşlarından olan yapay döllenmenin ve embriyon nakillerinin hukuki boyutlarının tartışılması gibi önemli konuları içeren bu kurultayın ve bu kurultayda sunulacak diğer tebliğlerin ve yapılacak tartışmaların sağlık hukukuna önemli katkılar yapacağına inanıyoruz.

Bu vesileyle tüm konuşmacılara başarılar diliyor, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu başta olmak üzere kurultayın gerçekleştirilmesinde emeği olan, katkısı olan herkese en içten teşekkürlerimizi ve saygımızı sunuyoruz

SUNUCU - *Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'u konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyoruz.*

AV. ÖZDEMIR ÖZOK
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI

Değerli Konuklar,

Sevgili Meslektaşlarım,

Gerçekten Ankara Barosu'nun bu ve benzeri etkinliklerinin bir yenisini birlikte yaşıyoruz. Biraz önce değerli başkanımızın da ifade ettiği gibi birincisi daha önce yapılan ve bugün çok değerli ulusal ve uluslararası uzmanların katılımıyla kuşkusuz çok önemli bilgileri bize aktaracaklar. Bunu gerçekleştireceğiz.

Sevgili meslektaşlarım hukuk ve tıp; iki ayrı bilim dalı olsa da ortak konularını insan oluşturduğu için birbirleriyle daima iletişim içinde olmuşlardır. Bilindiği gibi hukuk, insanların sahip olduğu hak ve yetkileri düzenlerken, tıp da bu hakların en iyi şekilde kullanılabilmesi için insanların sağlıklı olmasını ve onların sağlıklı kalmasını amaçlar. Bu kadar iç içe ve birbirini etkileyen başka iki bilim dalı hemen hemen yoktur. Kişi toplumda yaşayan bir değer olarak, başka bir anlatımla haklardan yararlanan ve hak sahibi bir varlık olarak yaşamını sürdürebilmesi için tıp biliminin koruyuculuğuna ve mutlak desteğine gereksinimi vardır. Sosyal ve canlı bir varlık olan insan için hukuk ve tıp bilimleri ilkçağlardan itibaren son derece önemli ve yaşamsal kavramlar olarak hep güncelliğini ve etkinliğini korumuştur. Her iki bilim dalı da insan varlığı ile birlikte doğmuş, gelişmiş ve bugünkü çağdaş yapısına kavuşmuşlardır. Ayrıca tıp, pek çok konuda hukuka yol göstermekte ve yardımcı olmaktadır. Özellikle birçok konunun aydınlanmasında tıp, hukukun bir anlamda rehberi olmuştur.

Günümüzde hasta-hekim ilişkilerinde toplumsal ve bilimsel alanda insan hakları bağlamında öne çıkmasıyla beraber bu ilişkileri düzenlemek amacıyla tıp hukuku, sağlık hukuku gibi yeni kurum ve kavramlar ortaya atılmaya başlanmıştır. Tarihsel bir süreç içinde yaşanan bu gelişmeler hasta hekim ilişkilerini sözleşme boyutu yanında teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi müdahalelerin haksız fiil ve ceza hukuku boyutu "Tıp Hukuku" adı altında anılan yeni bir hukuk dalını ortaya çıkartmıştır. Teşhis ve tedavi amaçlı hasta-hekim ilişkilerinde ortaya çıkan tazminat ve cezai sorumluluğa esas olarak konu edinen tıp hukuk yanında tıp hukukunu içine alan sağlık hizmeti sektöründe sorunları ve çözüm yollarını konu edinen hukuk dalı ise Sağlık Hukukunu oluşturmaktadır.

Tıp hukuku, hasta-hekim ilişkilerini düzenlediği halde sağlık hukuku devletin genel sağlık politikaları başta olmak üzere tıp eğitimi, hekimlerin mecburi hizmeti, sağlık hizmetlerinin yaygın ve kaliteli olarak sunulması, vergilendirme ve benzeri hukuk politikası konularını içeren geniş bir kapsamı içerir.

Kuşkusuz etkinliğin en önemli konusu beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkının korunması konusunda olacaktır kanısındayım. Çünkü kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içinde bedensel bütünlüğüne yönelik olarak bir başkasının hatta kendisinin bile gerçekleştireceği saldırılardan korunmasını esas alan beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı ulusal ve uluslararası yasa ve belgelerle koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde koruma altına alınan beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı gelişen teknoloji ve tıp karşısında daha özel koruma kurallarına ihtiyaç duymuştur. Bunun sonucu olarak 1997 yılında biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından insan hakları ve insan haysiyetinin korunması sözleşmesi kısaca İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi imzalanmıştır. Uluslararası belgeler yanında Anayasamız ve ulusal yasalarımızda da beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı koruma altına alınmış ve bir anlamda sağlık hukukunun konusunu oluşturmuştur.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinde herkes yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz denilmektedir. Ayrıca yine bu anlamda, bu içerikte 12, 13, 15, 20, 27, 40, 41, 56 ve 58.

maddelerde de sağlık ve tıpla ilgili değişik hükümlere yer verilmektedir. Anayasadaki bu temel düzenleme yanında çeşitli yasalarda da konuya ilişkin çok önemli ve ciddi düzenlemeler vardır. Örneğin Medeni Kanun'un 23, 24 maddeleri, Borçlar Kanunu'nun 41, 45, 47. maddelerinin yanında Türk Ceza Kanunu'nda da vücut dokunulmazlığı hakkını korumaya yönelik hükümler içermektedir.

Özellikle 26.09.2004 günü kabul edilen ve 01.06.2005 günü yürürlüğe giren 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu tıpla hekimlikle ilgili çok önemli hükümler getirmiştir. Hekimlik ve tıpla ilgili olan ve ilk kez yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kavram ve kurumlarla ilgili maddeler, 76. maddede soykırım, 77. maddede insanlığa karşı işlenen suçlar, 83. maddede kasten öldürmenin ihmali davranışlarla işlenmesi, 84. maddede intihara yönlendirme, 88. maddede kasten yaralanmanın ihmali davranışla işlenmesi, 90. maddede insan üzerinde deney, 91. maddede organ ve doku ticareti, 122. maddede ayrımcılık, 172. maddede radyasyon yayma, 259. maddede kamu görevlisinin ticareti, 287. maddede genital muayene ile ilgili çok ciddi düzenlemeler ve hükümler getirilmiştir.

Eski Türk Ceza Kanunu'nda bulunan ve yeni Türk Ceza Kanunu'nda da korunan hükümler ise; 85. maddede taksirli öldürme, 89. maddede taksirle yaralama, 99. maddede çocuk düşürtme, 101. maddede kısırlaştırma, 136 ve 137. maddelerde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 195. maddede bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, 204. maddede resmi belgede sahtecilik, 210. maddede sağlık mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenlemesi, 250, 252, 257. maddelerde irtikap, rüşvet, görevi kötüye kullanma ve ihmal suçları, 280. maddede sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi düzenlenmektedir. Bütün bunların tamamı sağlık hukukunu doğrudan doğruya ilgilendiren ve onu çerçeveleyen hükümler ve kurallardır.

Tüm bu düzenlemeler kişinin bedenine sahip olma hakkının hukuki metinlere yansımasıdır. Böylece kişi, sahip olduğu bu yasal haklarla kendi bedeni üzerindeki hakların korunmasını isteyebilmektedir. Ancak sahip olunan ve yasalarla korunan bu haklar üzerinde bazı istisnai durumlar da tasarrufta bulunmak söz konusu olabilir. Kişinin yaşamı üzerinde doğrudan tasarrufta bulunmasını temel olarak izin verilmezken, belli koşulların varlığı halinde beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığına yönelik olarak yapılan bazı müdahaleler kişilik haklarına aykırı kabul

edilmez ve bunun sonucu olarak ceza hukuku tarafından da yaptırımla karşılanmaz.

Beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkında istisnasını oluşturan tıbbi müdahalelerde hasta hakları kavramı ile sınırlandırılmakta ve disipline edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda hasta hakları, sağlık hizmetlerinin olması gereken çağdaş standartlarda ve bilimsel ilkeler ve deneyimler doğrultusunda sunulmasından ibarettir. Bir başka tanımlamayla hastalıkların belirlenmesinde tanı ve tespit ve teşhis edilen hastalığa en uygun tedavinin uygulanmasıdır ve onu yaşayan hastanın sağlığına kavuşturulması da tıp biliminin ortaya koyduğu normların uygulanması ve gerekli titizliğin gösterilmesidir.

İşte II. Sağlık Kurultayı'nın sanıyorum temel konularını bu ilkeler oluşturacaktır. Dalının uzmanı, biraz önce de söylediğim gibi çok saygıdeğer bilim insanlarının, uygulamacılarının bu çok önemli ve yaşamsal konuda bizleri yeterli ölçüde aydınlatacaklarına olan inancımla kendilerine bir kez daha teşekkür eder, saygılarımı sunarım.

Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım, bu ve benzeri düzenlemelerin ne kadar güç olduğunu bilen birisi olarak bu organizasyonu düzenleyen Ankara Barosu'nun değerli yönetim kurulu üyelerini ve onların çok saygıdeğer başkanı, Sayın Vedat Ahsen Coşar arkadaşımı sonsuz sevgi ve saygılarımla kutluyorum. Ayrıca şunu ifade etmek istiyorum, çok güzel bir gelenek başlattık biz ve Ankara Barosu. Bu ve benzeri toplantıların tamamını banta alıyoruz, çözüyoruz ve onları kitap haline getiriyoruz. Çünkü ne kadar iletişim, ne kadar duyuru, ne kadar ilan yaparsak yapalım maalesef salonlardaki topluluğu sizler gibi iyi niyetli ve son derece saygın dinleyiciler bulmak çok güç oluyor. O nedenle bu denli önemli organizasyonlarda söylenen bu güzel sözler, ortaya konulan bu güzel görüşler uçup gitmesin diye kitap haline getiriliyor. Sanıyorum Ankara Barosu da bunu yapacaktır. Bu son derece önemli. İlerde başvurulacak bir araştırma kitabı haline geliyor. O nedenle Ankara Barosu'nu bir kez daha kutluyorum. Bu güzel cuma gününde bize katılan sizlere ayrıca teşekkür ediyorum. Beni sabırla dinlediğiniz için değerli konuklara ve sevgili meslektaşlarıma tekrar teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum. Başarılar diliyorum.

SUNUCU - Size teşekkür ediyor ve biraz bekletiyorum. Başkanımızı bırakmıyoruz, Teşekkür Plaketini kendisine sunmak üzere Ankara Barosu Başkanı Sayın Vedat Ahsen Coşar'ı kürsüye davet ediyoruz.

AV. ÖZDEMİR ÖZOK - Bana plaket? Çok teşekkür ediyorum. Çok çok teşekkürler. Değerli konuklar, gerçekten ben seve seve geldim, bütün içtenliğimle geldim. Çok fazla emek sarf etmedim ama çok kadir bilir bir baro yönetimimiz var. Sonsuz teşekkür ediyorum. Sağ olsunlar. Tekrar tekrar teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum. Başarılar diliyorum. Ahsenciğim çok teşekkürler.

SUNUCU - *Sağlık Bakanlığı adına konuşmalarını yapmak üzere Sağlık Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Sayın Abdülkadir Atalık'ı kürsüye davet ediyoruz.*

ABDÜLKADIR ATALIK

SAĞLIK BAKANLIĞI MÜSTEŞAR YARDIMCISI

Sayın Başkanlarım,
Barolar Birliği Başkanım,
Ankara Baro Birliği Başkanım,
Çok Kıymetli Hocalarım,
Saygıdeğer Katılımcılar,

Ben Sağlık Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Abdülkadir Atalık. Ankara Hukuk 1982 mezunuyum. Esasen kaymakam iken daha sonra İçişleri Bakanlığı merkez teşkilatı, DPT derken Sağlık Bakanlığı'nda genel olarak mevzuat işleri, Avrupa Birliği uyum gibi görevleri yürütüyorum. Bugün Sayın Bakanım katılmak istediler ancak Ankara dışında bir görevi çıktığı için, işi çıktığı için O'nu temsilen aranızda bulunuyorum. Öncelikle kendilerinin selamlarını, başarı dileklerini ve böyle bir organizasyondan dolayı teşekkürlerini, tebriklerini iletmek isterim.

Hepimiz biliyoruz ki sağlık sadece bir hasta olmama durumu değil, bedeni, ruhi, sosyal yönden tam bir iyilik halinde olmaktır. Bu anlamda sağlık hakkı en temel insan haklarından birisidir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ve daha birçok uluslararası metinde, bu arada bizim pozitif hukukumuzda da temel insan hakkı olarak yer almaktadır. Bu yönüyle de temelinde daha hukukçuları çok yakından ilgilendirmektedir. Ancak bu ilginin son yıllarda giderek arttığını biz müşahede ediyoruz. Daha önce belki bu kadar yakın bir ilgi bulunmamaktaydı. Bu kurultay da sağlık hukukuna verilen önemin, ilginin bir göstergesi olarak değerlendiriyoruz. Geçen yıl birincisi yapılan

ve son derece başarılı olduğunu gördüğümüz kurultayın tekrarlanmasını ve yararlı sonuçlar doğurmasını bekliyoruz, ümit ediyoruz. Bu başarılı organizasyonda bizleri de Bakanlık olarak tabii fevkalade memnun etmektedir.

Sağlık, insan için bir temel hak olunca bunun karşısında tabii yükümlülükler de var, görevler de var ve bunlar da temel olarak devletin görevi olarak tanımlanıyor. Bizde de Türk hukukunda da bu Sağlık Bakanlığı'na verilmiş temel görev olarak. Bu görevi de yerine getirebilmek için, vatandaşa layık olduğu hizmeti verebilmek için, sağlık hakkını en üst düzeyde yansıtabilmek için Bakanlık olarak yoğun gayret sarf ediyoruz. Bu amaçla son beş yıldır sağlıkta dönüşüm programı uygulanıyor. Bu sağlıkta dönüşüm programı birkaç başlığından bahsedeceğim, bundan kastım bir dönemi yüceltmek başka bir dönemi alçaltmak değildir tabii ki. Çünkü geldiğimiz nokta cumhuriyetin 80 yıldır çeşitli bakanların, hükümetlerin reformlarıyla ulaşılan bir seviyedir. Tuğla üstüne tuğla koymaktır. Ancak yapılanların sonuçlarını kurultayın konusu ile bağlamak istiyorum.

Bu dönemde, sağlıkta dönüşüm programı kapsamında vatandaş odaklı hizmeti esas alan bir zihniyet değişimini yansıtmak istedik. 1980'li yıllardan sonra yeni kamu yönetimi anlayışı, bütün dünyada getirdiği anlayışlardan birisi bunları tamamen yeni kamu yönetimi anlayışının ilkelerine ne tamamen karşı durabiliriz ne de tamamen kabul edebiliriz ama vatandaş odaklı yönetim anlayışı bakanlıklar üzerinde önemli durduğumuz bir ilke. Kamu hastaneleri tek çatı altında toplanarak bütün vatandaşların eşit şartlarda sağlığa erişimi sağlandı, ki bu planlı döneme geçişte 1960'lı yıllardaki ilk planda yer alan bir cümleydi. Ama on yıllardır yapılamıyordu, sosyalizasyon kanunda olan bir hükümdü ancak uygulanamamıştı. Tüm vatandaşları kapsayan genel sağlık sigortası biliyorsunuz yürürlüğe konuldu. Vatandaşlarımız özel sektörden de sağlık hizmeti alabilme imkanı açıldı. Daha önce sınırlı olarak sevk edilen vatandaşlarımız artık gidebiliyorlar.

Koruyucu temel sağlık hizmetlerine de özel önem verildi. Örneğin birinci basamakta hekim hizmet oda sayısı 2002'de 6308 iken 2008'de 16.055'e çıkartıldı. Aynı dönemde ambulans sayısı 618'den 1780'e çıkartıldı. Hava ve deniz ambulansları da hizmete kademeli olarak sokuluyor şu anda.

Kronik ve bulaşıcı hastalıklarla mücadeleye önem verildi. Mesela

sıtmada vaka sayısı 2002'de 10.224 iken 2007'de 313. bu sene hedefimiz 200'ün altına indirmek. Anne ve çocuk sağlığı özel önem gösterilen, bütün dünyada temel bir kriter olarak göstergelerde kullanılan bir alan. Bunda da mesela yeni doğan yoğun bakım sayısı güncel bir konu olduğu için, çok tartışıldığı için bebekler ölüyor diye söylüyorum, 665'ten 1765'e çıkartıldı. Aşılama programları tabii 2002 bütçesi 14 milyon YTL iken 2008 bütçesi 161 milyon YTL ile alanı çok genişletildi bu aşılama programlarının. Ve bunun sonucu olarak bir örnek vermek gerekirse kızamık vaka sayısı beş yıl içinde 7.804'ten 3'e düşürüldü, 2007 vakamız sadece 3 kızamıkta. Aile hekimliği, duymuşsunuzdur bütün ülke çapında kademe olarak geçiyoruz. Hastane hizmetlerinde gene MR, bilgisayarlı tomografi gibi sayılarda çok ciddi artışlar sağlandı ve artık bekleme süreleri genelde, bazı istisnalar hariç, birkaç güne indirildi. Performansa göre ek ödeme sağlanarak çalışana karşılığını vermeye çalıştık ancak sadece çalışanın çalışmanın karşı ünitesinde kurumsal kalite göstergelerini de geliştiriyoruz. Artık performansın içinde kademeli olarak kalite konuları da yani hastane enfeksiyonlarının önlenmesi gibi konuları, hasta memnuniyeti gibi konuları da ölçülmeye başlanıyor. Vatandaşların ilaca erişim konusunda şartlar eşitlendi. Yani daha önce SSK'lılar ilaca çok zor erişiyordu, Yeşil Kartlılara ayaktan tedavide ilaç vermiyorduk. Bunlar aşıldı. Ve 1984 tarihli ilaç tebliği değiştirilerek bizim hesaplamamıza göre yılda 1 milyar YTL, eski para ile 1 katrilyon indirim sağladık. Avrupa'da ilacı en ucuz veren ülkelerden birisiyiz, hatta Avrupa'nın değerlendirmesine en sondan ikinci durumdayız en ucuz ilaç veren ikinci ülkeyiz.

Sağlık personeli ülkemizde son derece yetersiz. Söylenenin aksine uzun yıllar çok sayıda hekimimizin olduğu fakat bunun dağılımının dengesiz olduğu söyleniyordu. Ancak geldiğimiz, Avrupa ile kendimizi kıyaslayınca sonuncu sırada olduğumuzu gördük hekim sıralamasında, nüfusa göre düşen hekim sıralamasında sonuncuyduk. Şimdi bir tek Arnavutluk'u geçebildik. Hemşire sayısında gene sonuncu sıradayız nüfusa göre. Buna rağmen dengeli dağılıma çok önem verdik personel politikalarıyla ve bir iki örnek vermek gerekirse, nüfusa oranla hekim sayısında en iyi ille en kötü il arasında uzman hekimde beş yıl önce 1/14 iken oran, yani 500 bin nüfuslu iki tane il düşünün, birinde kadın doğum uzmanı bir tane iken öbüründe 14 taneydi. Biz bu sayıyı şu anda 1/3.5'a düşürdük. Hemşire de 1/8'den 3.8'e indirdik. Bu sorun Avrupa'nın,

Amerika'nın, zengin ülkelerin, fakir ülkelerin, Finlandiya'nın, Yunanistan'ın, Mısır'ın hepsinin sorunu dengeli dağılım konusu ama biz şu anda oldukça iyi bir noktadayız.

Bütün bunları yürütürken de sistemin mali açıdan sürdürülebilir olması tabii çok önem arz ediyordu. Sağlık harcamalarının gayri safi yurt içi hasılaya oranıyla bunu ancak mukayese edebiliriz. O konuda önemli bir artış olmadı. Aşağı yukarı GSM'ye oranla aşağı yukarı aynı gidiyor bizde, 5.7 oranında. 2002'de bu 5.9'du, daha önce 4'lü rakamlara indi, 6'ya çıktığı olmuştu. OECD ortalaması 8.9, ABD'ninki 15.3. Buna göre şu haliyle sürdürülebilir bir harcama olduğunu biz düşünüyoruz ve Sağlık Bakanlığı'ndan tabii ki payımızın arttırılmasını da istiyoruz.

Bunlar tabii sağlık alanında ülkenin çehresinin süratle değiştiğini vurgulamak için verdiğim bir takım veriler, rakamlar. Ancak bu dönüşüm tartışmaları sona erdirmemekte, tam aksine yönünü değiştirmekte sadece sağlık alanında, sağlık hukukunda. Sosyal hayatın doğası gereği değişen olgu ve ihtiyaçlar, vatandaşların beklentileri değişiyor, yenileniyor. Bu kapsamda sağlık alanında hukuk ülkemizde giderek daha fazla gündeme geleceğini ben düşünüyorum. Bir örnekle hemen deminki bir örneğe bağlayayım. Anne ve çocuk, bebek ölümleri. Dünyada anne ölüm oranı normalde 100 binde ortalaması, OECD raporlarına göre 100 binde 400. Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa bölgesinde 24, ülkemizde bu konuda çok ciddi çalışma eskiden yoktu. 1997-1998'de bir araştırma yapıldı üniversitelerle birlikte. O zaman 70 çıkmıştı bu rakam. 2005-2006 döneminde bir araştırma daha yapıldı, 28.5'a düştü ve o araştırmadan sonra otomatiğe bağlandı veriler.

Şu anda 2008 hedefimiz 18. Yani Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa bölgesinin altında bir rakam. Bebek ölümünde ama daha kötüyüz. 1998'de 1000 canlı önünde 42,7 iken 2007 yılında 21.7 bizde bebek ölüm hızı. Avrupa Birliği ortalaması 0.08 şeklinde. Burada oldukça geriyiz. Fakat burada şunu vurgulamak istiyorum; rakamsal olarak beş yılda bu yarı yarıya bir düşüş var, ondan önce düşüş vardı yani bu sadece son beş yılda olan bir şey değil. Ancak bu, bu konudaki tartışmaları kesmiyor tam aksine belki on yıl önce, on beş yıl önce hastanede bebek ölümü o kadar dikkat çekmezken, sıradan bir vaka gibi karşılanırken bugünlerde, bu aylarda olan bebek ölümleri basına hemen yansıyor, günlerce haber konusu oluyor. Biz bundan aslında haklı olarak yansıyor, ben bunu eleştirmek için söylemiyorum. Yani eskisi gibi tabii karşılansın

demiyorum. Her bir bebek ölümü bizim için ciddi bir sorundur, bir hatamızdır. Ancak bununla birlikte çok sayıda davalar da açılıyor, hekimlerimize yönelik tazminat davaları hatta ceza davaları.

Demek ki rakamsal olarak birçok başarımıza rağmen açılan dava sayıları kamuoyunun bu konuya hassasiyeti, yaklaşımı da değişmekte. Bu da tabii arkasından malpraktis tartışmalarını, tazminat davaları tartışmalarını, bununla birlikte hekimlerin sigorta konusunu, belki giderek ilerde kusursuz sorumluluk konusunu sağlık alanında gündeme getirecek. Bu konuda ülke olarak henüz iyi bir noktadayız diye düşünüyorum.

Şu şekilde açıklayayım demek istediğimi; Amerika Birleşik Devletleri'nde arkadaşlarımızın tespiti bir ilde çok sayıda kadın doğum uzmanı olmasına rağmen sadece bir tanesi doğum yaptırıyor dediler, tespit ettikleri, gezdikleri bir ilde. Diğerleri tazminattan çekindikleri için doğum safhasına hiçbirisi karışmıyor çünkü yıllar sonra bile doğumdan kaynaklı hatadan dolayı çok ciddi tazminatlar ödemek zorunda kalıyorlar. O bir tek doğum yaptıran hekim de yıllık sigorta priminin 100 bin doların üzerinde olduğu söyleniyordu.

Amerika Birleşik Devletleri'nde gene kişi başı sağlık harcaması 6.500 dolar, bizde 550 dolar civarı bu son dalgalanmadan önce tabii bu rakam. Yani bizden on kattan fazla para harcıyorlar sağlığa ve sağlık hizmetinin bu kadar parayı hak edecek derecede bizden iyi olduğunu biz kesinlikle düşünmüyoruz, yani Amerika Birleşik Devletleri'nde küçük bir zümre hariç uzman hekime ulaşmak oldukça zor. Belki küçük bir zümre çok iyi hizmet alıyor ama 300 milyonu aşan nüfusta 50 milyon kadar sigortasız kişi var. Bu tazminatların da bu kadar büyük harcamayı teşvik ettiğini düşünüyoruz, haliyle sigorta şirketleri bunu kendiliğinden karşılamayıp bir şekilde kamuya, devlete veya vatandaşlara yansıtıyorlar sağlık harcaması olarak. Bunu da bir yanda mağdur olan vatandaşımızın hakkının korunması lazım, mağduriyetinin giderilmesi lazım.

Diğer taraftan da hekimlerin inisiyatif kullanmaktan kaçınacağı, eline gelen hastaya en ufak bir risk almamak için sevk edeceği bir durumu da düşünmeden bu konunun önümüzdeki yıllarda sağlık hukuku alanında ciddi olarak tartışılacağını bekliyoruz. Keza hasta hakları konusu da böyle. Ülkemizde kavramsal olarak çok uzun zamandır var yönetmeliği, on yıl oldu ama uygulamada vatandaşa yansıması konusunda biz bir Bakanlık olarak katkı sağlamaya çalıştık, hastanelerde hasta hakları birimleri

kurduk fakat bunun yerleşmesi hem sağlık çalışanları hem vatandaş açısından uygulaması daha uzun yıllar sürecek gibi görünüyor.

Sağlık hukukunda tabii sadece bunlar insan haklarının bir yönü, hasta hakları, malpraktis gibi konular ve birçok önemli yeni güncel konular da var. Tıp biliminin Genel Sağlık Sigortası teknolojinin gelişmesi yeni hukuki problemleri, tartışmaları da beraberinde getirdi. Gelinen bu noktada hukukun çözmesi gereken birçok problem ortaya çıktı. Evvelce hiç gündemde olmayan suni döllenme, embriyo transferi, onlardan doğan nesep sorunları, plastik cerrahinin ilerlemesi, buna olan talebin artmasının doğurduğu hukuki sorunlar, tıbbi ve genetik araştırmalar, kök hücre ve klonlama teknolojisi ve bunların ortaya koyduğu problemler yeni sorunlar olarak ülkemizin, bizlerin önünde duruyor. Bilim ve teknoloji gelişirken insanlığın istifadesine sunulurken insan onurunun ve hukukun korunmasının da gerekliliği ortada. O amaçlı birçok milletler arası sözleşme yapılmakta, iç hukuk düzenlemelerine gidilmekte, gidilecek mecburen ilerde. Ancak bu konulardan birçoğunun da hukuk tarafından henüz herkesin kabul edeceği tarzda bir çözüme kavuşturulmadığı biliniyor. Zaten geçmişte daha az ilgi gören sağlık hukukuna ilginin artmasını belki de bunlara da bağlamak lazım. Bu teknolojideki gelişmelerin de buna katkısı olduğunu düşünüyoruz.

Dünyada ve ülkemizde kamu yönetimi ve sağlık alanında yaşanan bu gelişmeler bizi Bakanlık olarak da değişime zorluyor. Üzerimizdeki birçok rutin görevi artık taşra teşkilatımıza veya yerele terk ederek biz de rutinin içinden sıyrılarak daha ziyade politika oluşturarak standartları, kaliteyi geliştiren, denetleme yapan ve bu arada da sağlık hukuku dahil Bakanlıkta uzmanlaşmaya ağırlık veren bir yapıya geçmeye çalışıyoruz. Bunun da çalışmalarını yürütüyoruz.

Kurultay programına baktığımızda çok önemli konuların ele alınacağını görüyoruz ve bundan Bakanlık olaraktan memnuniyet duyduk. Sunulacak tebliğlerin ve yapılacak bilimsel tartışmaların sağlık hukukunun gelişmesine önemli katkılar ve dolayısıyla halkımıza büyük faydalar sağlayacağına inanıyoruz. Bu değerli organizasyonu yapan Ankara Barosu Başkanımıza, yönetim kurulu üyelerine, tüm emeği geçenlere, sunacakları tebliğlerle katkıda bulunan değerli bilim adamlarımıza tebriklerimizi, teşekkürlerimizi sunuyoruz. Ve Bakanlığımız adına da şükranlarımızı sunuyorum. Hepinize başarılar diliyorum, saygılar sunuyorum.

SUNUCU - Biz Bakanlık Müsteşarına teşekkürlerini sunmak üzere Ankara Barosu Başkanı V. Ahsen Coşar'ı tekrar kürsüye davet ediyoruz.

PLAKET TÖRENİ

SUNUCU - *İki gün sürecek olan Sağlık Hukuku Kurultayı'nda bugün dört ayrı konu dört ayrı oturumda incelenecek. İlk oturumu başlatmadan önce izninizle bazı hususları hatırlatmak isteriz. Oturumların süreleri bildiğiniz gibi sınırlı, her konuşmacının süresi 20 dakika. Özellikle saygıdeğer oturum başkanlarının ve konuşmacıların süreler konusunda hassas davranmalarını ve değerli katılımcılarımızın da eğer varsa sorularını salon görevlilerine yazılı olarak iletmelerini rica ediyoruz ve anlayışlarından dolayı da teşekkür ediyoruz.*

Yapay Döllenme (Sun'i İlkah) konulu birinci oturumun konuşmacılarını takdim etmek isterim. İngiltere London King's College Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku ve Tıp Etiği Merkezi Öğretim Üyesi Sayın Profesör Doktor Penney Lewis ve konuşmalarını tercüme etmek üzere konferans tercümanı Sayın Aytaç Ünal Demircan. Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi Sayın Avukat Berna Özpınar ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Avrupa Konseyi CDBI Türk Delegesi Sayın Profesör Doktor Ergun Özsunay. Buyursunlar. Birinci oturumun Başkanı Ankara Barosu Avukatlarından Sayın Hakan Aliefendioğlu. Hakan Bey buyursunlar.

I.
OTURUM

YAPAY DÖLLENME (SUN'İ İLKAH)

OTURUM BAŞKANI
AV. HAKAN ALİEFENDİOĞLU
ANKARA BAROSU

Evet, değerli konuklar hepiniz hoş geldiniz diyorum. Kurultayımızın ilk oturumunun konusu yapay döllenme. Programımız gereği ilk sözü İngiliz hukukunda tıbbi döllenme konusuyla ilgili olarak Profesör Doktor Penney Lewis, İngiltere London King's College Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku ve Tıp Etiği Merkezi Öğretim Üyesi kendisi, sözü kendisine bırakıyorum.

İNGİLİZ HUKUKUNDA TIBBÎ DÖLLENME

PROF. DR. PENNEY LEWIS

İNGİLTERE LONDON KING'S COLLEGE HUKUK FAKÜLTESİ
TIP HUKUKU VE TIP ETİĞİ MERKEZİ ÖĞRETİM ÜYESİ
(Ardıl çeviri: Aytaç Ünal DEMİRCAN)

Öncelikle hepinize günaydın. Burada bulunmaktan dolayı son derece memnunum ve buraya davet edildiğim için teşekkür etmek istiyorum. İngiliz hukuku Türk hukukunun aksine biraz fazla karmaşık. İngiliz hukukunda yasalar yok aslında, mesela bir cezai yasağı olmadığını söyleyebiliriz. Kaynaklarımıza baktığımızda çeşitli davalar, içtihat hukuku kaynaklarımızı teşkil ediyor. Sizlere bugün destekli yardımcı üreme teknikleriyle yapılan üreme konusunda iki çeşit sorumluluktan bahsedeceğim. Bunlardan bir tanesi hukuki sorumluluk diğeri ise cezai sorumluluk. Bu çerçevede hukuki sorumluluklardan ve haksız fiilden doğan sorumluluklardan bahsetmek mümkün. Bunlar çocuklar tarafından gelebiliyor ya da ebeveynler tarafından gelebiliyor. Çocukların bulunduğu talepler ya da açtığı davalara baktığımızda bunlar doğuştan gelen sakatlıklar yasası CDA şeklinde bir kısaltma ki bu sunumda sık sık CDA diye bahsedeceğiz.

1976 yılında hazırlanmış olan bir yasa. Ebeveynlerin açtığı davalar ya da bulunduğu talepler ise ihmale dair içtihat hukukunda ele alınmakta. Bunun için özel yasalar yok. Bu yasaya baktığımızda, CDA yasasına, bunun içtihat hukukunun yerini aldığını görüyoruz. Bu tarz çocukların doğuştan sahip oldukları engellilik durumlarıyla ilgili olarak bulundukları dava haklarında. Ve bu CDA yasasına göre çocuğun talebinin iki temel kriteri karşılaması gerekiyor. Bu iki kriterden bir

tanesi engelliliğin, sakatlık durumunun doğum öncesi bir olaydan kaynaklanıyor olması zorunluluğu. Bu iki şekilde olabilir: sakatlıkların çocuğun ebeveynlerinden herhangi birinin normal ve sağlıklı çocuk sahibi olabilmesini etkileyen doğum öncesi bir olayın sonucu olması gerekir. Ya da ikinci bir nokta da şöyle olabilir; sakatlıklar gebelik sırasında anneyi etkileyen, doğum esnasında anneyi veya çocuğu etkileyen ve gerçekleşmeseydi çocuğun sakat doğmayacağı bir doğum öncesi olayın sonucu olmak zorundadır. Ve bu kriterlerden ikincisi de şu şekilde; davalı, yani bu bağlamda doktor oluyor, eğer anne-babadan herhangi bir tanesine karşı olan yasal yükümlülüğünde bir ihmal işlemişse ebeveynin kendisi anne ya da baba herhangi bir şekilde yaralanmamış olsa bile çocuğa karşı sorumluluğu olmak zorunda.

Yasaya eklenen bir de özel bir bölüm var, rahim dışı durumlar diye anılabilecek, *exuteru* diye anılabilecek durumlar. Bu anne vücudunun dışında gerçekleşen bir takım durumlar. Mesela, örnek olarak kusurlu bir embriyonun seçimi olabilir ya da anneye yerleştirilmeden önce seçilen embriyoya verilen hasar buna örnek olarak verilebilir. Bu kapsamda söz konusu olan durum da şöyle; bir çocuk genetik materyal halindeyken vücudunun seçilmesi, saklanması ya da korumasıyla ilgili olarak herhangi bir eylem ya da herhangi bir atlama durumundan kaynaklanan bir yardımcı üreme teknikleri tedavisi esnasında bir ihmal gerçekleştiğinde bu engelli çocuk bundan dolayı bir talepte bulanabilir. Ve yine doktorun ebeveynlere karşı bir ihmalinin bulunması, görevini ihmal etmiş olması durumu söz konusu burada. İster bir yaralanma söz konusu olsun ebeveynlerde ister olmasın. Bir de eğer anne-babalardan herhangi bir tanesi ya da her ikisi birden eğer olay sırasında çocuklarının özürlü doğma riskini biliyorlarsa bu durumda çocuğa karşı herhangi bir sorumluluk bulunmuyor.

Benim bu noktada bir eleştirim olacak. Aslında parlamentonun başlangıçta yapmak istediği bu kapsama her tür suni üreme yöntemini eklemek, bütün formasyonel tedavi şekillerini eklemekti. Bunlar suni döllenme donör tarafından, GIFT dediğimiz gametlerin follop tüplerine transferi ya da innitro, tüp bebek döllenmesi. Buna rağmen parlamento bütün bunları içermeye çalışmış olsa da aslında kullanılan sözcüklere, ifadelere baktığımızda vücut dışında embriyo kavramının dahil edilmesi gerekiyor, oysa suni döllenmede vücut dışında embriyo diye bir şey yok. Bu tarz durumlarda genellikle çocukların karşı karşıya oldukları duruma

verilen isim, doğmaktan dolayı şans kaybı, İngilizce'deki "wrongful life" ifadesi. Çünkü özel olarak bu çocuktan bahsettiğinizde aslında bu çocuk sağlıklı bir şekilde doğamazdı. Ve içtihat hukukuna baktığımızda ki burada Mckay'un bir vakasını görüyoruz, bir örneğini görüyoruz.

İçtihat hukuku bu tarz doğmaktan dolayı şans kaybı taleplerini ret ediyor. Yasalar her tür doğmaktan dolayı şans kaybı taleplerini ret eder diyorlar burada hakimler. Bu yasanın 1A bölümüne baktığımızda bu davadan sonra oluşturulduğunu görüyoruz, biraz önce bahsini ettiğim davadan. Ve bu noktada içtihat hukuku ile yasanın karşı karşıya geldiğinden bahsetmemiz mümkün. Ve bu çerçevede böyle bir tutarsızlık olduğunu söylemek mümkün içtihat hukuku ile yasaklar arasında ama bu tutarsızlık çok da önem taşımıyor görünüyor. Çünkü sonuçta hakimler ebeveynlerin böyle bir durumdan dolayı tazminat almalarını sağlıyorlar. O yüzden çocuğun da almasına gerek kalmıyor bir nebze. Ebeveynlerin taleplerine baktığımızda da burada ismi geçen İngilizce'deki ifadesi, sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansının kaybı. Bizim çalıştığımız bu kapsamda iki noktadan bahsetmek mümkün, sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansının kaybı konusundaki dava hakkı ile ilgili olarak. Bunlardan bir tanesi; gebe kalma öncesi gerçekleşen bir ihmal. Buna örnek olarak herhangi bir donörün sperm vermeden önce genetik hastalığının biliniyor olması. Bir diğeri de embriyonun vücut dışındayken herhangi bir ihmale maruz kalması. Buna örnek olarak da kusurlu bir embriyonun seçimi verilebilir ya da anneye yerleştirilme öncesi seçilen embriyoya gelen herhangi bir hasar buna örnek verilebilir. Bu noktada anne-babaların, doktorun görevini ihmal ettiğini, bir hata yaptığını ispat edebiliyor olmaları gerekir. Normal bir doktorun yapması gereken görevi doğru şekilde göstermemiş olduğunu ispat etmeleri gerekir. Ve bu noktada elbette neden-sonuç ilişkisini de beraberinde getiren bir nokta ve herhangi bir şekilde kürtaj zorunluluğu burada karşımıza çıkmıyor.

Yardımcı üreme teknikleriyle üremeyle ilgili olarak cezayı gerektiren suçlardan bahsetmek istiyorum sizlere. Bu kapsamda içtihat hukuku yok ama çok sayıda yasalardan bahsetmemiz mümkün. Bu noktada bahsetmemiz gereken en önemli yasa, insan döllenmesi ve embriyoloji yasası. 1990 yılında hazırlanmış olan bir yasa ve bu sunumda sizlere HFEA kısaltmasıyla bundan bahsedeceğiz. Ve bu yasa çerçevesinde bir düzenleyici kurum belirlenmiş durumda. HFEA otoritesi diye anılıyor

bu. Yani İnsan Döllenmesi Embriyolojisi Kurumu. Bu kurum yardımcı üreme teknikleriyle tedavi, araştırma ve depolama, saklama konularında lisans veren kurum pozisyonunda. Ve kliniklere ve laboratuarlara baktığımızda hem araştırma hem tedavi yapmak mümkün değil. Ya araştırmanın lisansını almaları gerekiyor ya da tedavi lisansı almaları gerekiyor. Ve İngiltere'de bu konu şu anda epeyce heyecan verici bir konuyu teşkil ediyor.

1990 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyolojisi Yasası parlamentoda yasa teklifi ile değişmek üzere son defa da 22 Ekim 2008 yılında üçüncü kez ele alındı. Ve cezai suçlara baktığımızda tüm kovuşturmalar normal şartlarda başsavcının rızasını gerektiren durumlar. Değişik ciddiyet düzeyleri konusunda sıralı bir yaklaşım olduğunu görüyoruz. Bu sıralı yaklaşımdan kast ettiğimiz üç tane sıradan bahsedeceğiz burada. Birinci sırada yer alan şey; yüksek düzeyde ahlaki infial. Buna İngilizce'de "yuck factor" deniyor, iğrençlik faktörü diye Türkçeleştirilebilir. Bu suçlar epeyce ağır suçlar ve maksimum on yıl hapis cezası gerektiriyor. Ve bu ağır suçlara örnek olarak birkaç tane de noktadan bahsetmek gerekirse bunlardan bir tanesi; embriyonun 14 günlük olmadan önce kullanılması zorunluluğuna uyulmaması durumu. Bu ağır suç gerektiren bir örnek çünkü o süre, post-primitive streak dediğimiz kavram embriyonun içerisindeki çizgi şeklinde bebek omurgasının oluşmasıyla ilgili bir dönem bu. 14 günü geçip de embriyo üzerinde çalışma yapılırsa bu ağır suç gerektiriyor. Diğer bir ağır suç gerektiren örnek; tedavi esnasında fetal yumurtaların kullanılması. Bir başka örnek embriyo nükleer reflasmanı, bir tür klonlama. Bir başka ağır suç gerektiren durum da hayvan ve insan karışımlarıyla alakalı, şunlar olabilir; hayvan materyali içeren bir embriyonun ya da gametin bir kadına yerleştirilmesi olabilir buna örnek. Hayvan ve insan gametlerinin birbirleriyle karıştırılması olabilir. Sperm testi konusunda lisans alma durumları hariç bu ağır suç teşkil eder.

Ve son olarak da bir insan embriyosunun bir hayvana yerleştirilmesi ağır suç teşkil eden bir başka nokta. Ve bütün bunlar ışığında parlamentonun 2001 yılında insan üremesine dair klonlama yasası geçirdiğini görüyoruz. Burada hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın bütün üreme klonlamasının yasaklandığını görüyoruz. Ve burada geçen ifade şöyle; bir kadına döllenme dışında herhangi bir yöntemle oluşturulmuş bir embriyoyu yerleştiren kişi bir cürüm işlemiştir. Ve

bunun da karşılığı on yıllık hapis cezasıdır maksimum. Ve ekstra bir yasaklama da söz konusu. embriyo nükleer replasman dışında yöntemlerle üreme klonlamasının önlenmesi şeklinde. Hücre nükleer replasmanı özellikle, Dolly koyununu hatırlarsınız klonlamaya örnek olarak. Ve bu yasa değişikliği son haline vardığı zaman bu noktaların da dahil edildiğini görmeyi bekliyoruz. Bazen hidrit melez embriyolar şeklinde de anılan insan karışımlı embriyolar da şu anda bu yasanın yeni bir bölümünü teşkil etmekte. Bilim adamları insan yumurtalarının eksik olmasından dolayı böyle yöntemlerin kullanılabileceğine dair bazı savlarda bulunuyorlar. Ve parlamentonun kararı bu insan karışımlı embriyoların sadece araştırma amaçlı kullanılabileceği yönünde. Ve şu söyleyeceğim üç faaliyet konusunda yeni yasada ağır cezalar öngörülmekte. Bir kadına insan karışımlı embriyonun ya da insana ait olmayan bir embriyonun, gametin yerleştirilmesi. Bir hayvana insan karışımlı embriyonun yerleştirilmesi. Bir üçüncüsü de 14 günlük post-primitive insan karışımlı embriyonun araştırma amaçlı kullanılması.

Biraz önce birinci sıra diye bahsetmiştik bu cezai suçlarda. Şimdi ikinci sıraya geçiyoruz HFEA altında. Bunlar da genellikle izin verilen fakat özel bazı durumlarda ya da davalarda izin verilmeyen faaliyetler. Bunlar hibrit melez suçlar aslında, savcının kararına kalmış. Eğer ağırsa maksimum iki yıl eğer hafif suç olarak değerlendirilirse maksimum üç ile altı ay şeklinde öngörülmekte. Bu ikinci sırayı teşkil eden suçlara örnek olarak iki noktadan bahsedebiliriz. Bunlardan bir tanesi lisans gereken bir faaliyet için, lisansa sahip olmadan o faaliyeti yürütmek. İkincisi de lisans olmadan, lisansa sahip olmadan herhangi bir faaliyeti yürütmek. Vücut dışarısında, lisans yokken bir embriyonun yürütülmesi, embriyonun yaratılması, oluşturulması yine lisans şartları dışında ya da lisansın olmadığı durumlara bir örnek. Lisansın olmadığı bir duruma örnek olarak mesela inplantasyon öncesi genetik teşhis verilebilir. Embriyo veya gametlerin saklanması sırasında lisans sahibi olmadan bunlar yapılabilir ya da lisansın öngördüğü sınırların ötesinde yapılmaya çalışılabilir. Bu durumları sayabiliriz. Buna iki örnek vermek mümkün. Bir tanesi donörün rızası olmadan spermin saklanması. Bir ikincisi de, lisansı olmaksızın embriyo saklamayla ilgili bir kavuşturma bunlara örnek teşkil edebilir. Gametlerin kullanımı ya da embriyo araştırması lisans sahibi olmaksızın yapılırsa ya da lisansın sınırlarının ötesinde gerçekleştirilirse yine bunlar da buna örnek olarak verilebilecek

durumlar. İki noktadan bahsettik, üçüncü sırayı teşkil edenler daha hafif durumlar. Mesela izin verilen faaliyetlerin izin verilen ölçüsünü geçmek. Bunları hafif suçlar olarak anabiliriz ve maksimum altı ay hapis cezası gerektiren durumlardır. Aslında buna verilebilecek tek bir tane örnek buldum, o da şu; gamet ya da embriyo vermesi karşılığında normalin, makul olanın dışında bir para ödemek ya da makul bir yararın dışında bir yarar sunmak karşı tarafa. Tabii bu konuda da ücretlerin makul düzeyde olması gerekiyor. Günlük maksimum 55 pounds ya da 80 EURO diyebiliriz. Ve bir başka sınır da her bir sperm donasyonu için ya da her bir yumurta donasyonu döngüsü için genel olarak 250 pounds ya da 400 EURO'luk bir sınır. Bir de yumurta paylaşımı denilen şey, yani yumurtasını aldığınız kadına karşılığında tüp bebek tedavisi sunamıyorsunuz, böyle de bir sınırlama var. Dördüncü noktaya geliyoruz, üç sıradan bahsettik. Dördüncüsü biraz daha alt düzeyde bir şey, cezai bir suç değil. İnsan Döllenmesi Embriyolojisi Kurumu'nun ortaya koyduğu bir çalışma kuralları, prensipleri var. Eğer Kurum tarafından lisansta bir şart olarak eklenmemişse bu çalışma kurallarının ya da çalışma prensiplerinin ihlal edilmesi durumu herhangi bir cezai sonuçla karşılaşmıyor. Yine klinikler için epeyce önem taşıyan bir konu çünkü lisanlarının geri alınması söz konusu olabiliyor. Mesela buna örnek olarak şunu verebiliriz; çalışma prensiplerinde izin verilenden daha fazla sayıda embriyonun bir kadına yerleştirilmesi olabilir ki şu anda bizde izin verilen sayı sadece iki embriyo yerleştirilebiliyor bir kadına.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkün; yapay döllenmede hem hukuki hem de cezai sorumluluk var ama bunlara uygulamada nadiren başvurulmakta. Hukuki davaları ebeveynler kazanabilmekte ama bu CDA Yasası'nın s.1A çerçevesinde çocuk adına mahkemeye başvurulan dava olmamıştır. İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası çerçevesinde cezai davalarda rapor edilen başarılı olmuş bir ceza davası da yoktur. Teşekkür ederim.

CRIMINAL AND TORTIOUS LIABILITY FOR ASSISTED REPRODUCTION IN ENGLAND AND WALES

PROF. DR. PENNEY LEWIS

LONDON KING'S COLLEGE CENTRE OF MEDICAL LAW AND ETHICS

INTRODUCTION

Assisted reproduction treatment in England and Wales is governed by the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, which imposes a licensing system on all clinics and hospitals (whether within the National Health Service or private) providing assisted reproduction treatment which falls under the 1990 Act. This includes any treatment which involves the creation of an embryo *ex utero*, such as *in vitro* fertilisation (IVF) or the storage of gametes or embryos, whether from donors or the persons seeking treatment themselves. Some treatments are not covered by the 1990 Act, for example artificial insemination using the male partner's sperm (where that sperm is not stored prior to its use) or gamete intra-fallopian transfer (GIFT) (where the gametes are not stored prior to use).

LIABILITY IN TORT

Claims by children for harm caused by assisted reproduction treatment would be brought under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (CDA), while claims by parents would be brought under the common law of negligence. The CDA replaces the common law governing claims by children for disabilities with which they are born (s.4(5)). Under the CDA, the child's claim must meet two main criteria. First, the disabilities must be the result of a pre-natal occurrence which

affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child, or affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present. Second, the defendant is liable to the child only if he breached a legal duty owed to the parent, even if the parent himself or herself did not suffer injury.

The Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 was amended by the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 to deal with types of negligence which might occur in the assisted reproduction context. Section 1A of the 1976 Act covers occurrences *ex utero*, for example, the selection of a defective embryo or damage to a selected embryo prior to insertion. A disabled child will have a claim when the negligence during assisted reproduction treatment arises from an act or omission related to selection, keeping or use outside the body of the genetic material. The doctor must have breached duty owed to parents (ie have been negligent). Actual injury to the parents is not required. There is no liability to child if either or both of the parents knew the risk of their child being born disabled at the time of the occurrence.

Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (UK)

s.1A(1) In any case where—

(a) a child carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination is born disabled,

(b) the disability results from an act or omission in the course of the selection, or the keeping or use outside the body, of the embryo carried by her or of the gametes used to bring about the creation of the embryo, and

(c) a person is under this section answerable to the child in respect of the act or omission,

the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) Subject to subsection (3) below and the applied provisions of section 1 of this Act, a person (here referred to as "the defendant") is answerable to the child if he was liable in tort to one or both of the parents (here referred to as "the parent or parents concerned") or would, if sued in due time, have been so; and it is no answer that there could not have

been such liability because the parent or parents concerned suffered no actionable injury, if there was a breach of legal duty which, accompanied by injury, would have given rise to the liability.

(3) The defendant is not under this section answerable to the child if at the time the embryo, or the sperm and eggs, are placed in the woman or the time of her insemination (as the case may be) either or both of the parents knew the risk of their child being born disabled (that is to say, the particular risk created by the act or omission).

Section 1A has been criticised for a drafting error, which unfortunately has not been corrected by the recent Human Fertilisation and Embryology Act 2008:

On its face, [section 1A] was intended to cover all the conventional forms of treatment, ie IVF, GIFT and artificial insemination. Arguably, however, it fails to achieve this comprehensive coverage. It appears that it may be limited to IVF procedures. Notwithstanding the generality of s.1A(1)(a), s.1A(1)(b) is limited to acts or omission in respect of embryos or gametes that result in the creation of an embryo *ex utero* which is placed in the patient. If, therefore, the neglgience concerns 'selection', 'keeping' or 'use' of the gametes with which the woman is artificially inseminated, the section will not apply. This apparent oversight is curious; it is probably not intended and is certainly not justified. Unfortunately, short of amending legislation the section is so clear that a court could not avoid the conclusion we have advanced here.[1]

Wrongful life

Negligence in the selection of genetic material appears to be a type of wrongful life claim as the child could not have been born healthy.[2] At common law, wrongful life claims (for post-conception negligence) have been rejected.[3] Although the construction of s.1A has not been the subject of judicial discussion, the Court of Appeal did assert prior to the insertion of s.1A into the 1976 Act that that Act prevents *all* wrongful life claims.[4] Although courts are reluctant to hold that there is no

1 Ian Kennedy and Andrew Grubb, *Medical Law* (3rd edition) (London: Butterworths, 2000) 1530.

2 See Penney Lewis, 'The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France' (2005) 12(2) *European Journal of Health Law* 135-152.

3 *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166 (C.A.). The child was infected with rubella during the mother's pregnancy and was born severely disabled. The mother had told her doctor during the pregnancy that she suspected rubella, but the doctor had not injected the mother with globulins nor advised her of the possibility of terminating the pregnancy.

4 *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166, 1187 (C.A.). See also, Jane Fortin, 'Is The 'Wrongful Life' Action Really Dead?' [1987] *Journal of Social Welfare Law* 306-13.

remedy available for a wrong, in this type of case the parental claim (for wrongful birth) is, in effect, a substitute for the child's claim

Claims by parents: disabled child[5]

The parents of a disabled child may bring a wrongful birth claim for pre-conception negligence (for example, if the sperm donor had a known genetic disease) or for *ex utero* negligence (for example, for selection of a defective embryo or damage to a selected embryo prior to insertion). The claim is governed by the common law. The claimants (parents) must prove negligence (breach of duty) and causation.

CRIMINAL OFFENCES

There are multiple statutory sources for criminal offences in assisted reproduction, but the main source is the Human Fertilisation and Embryology Act 1990,[6] which will be amended (on a date to be announced) by the Human Fertilisation and Embryology Act 2008. The 1990 Act established a regulator, the Human Fertilisation and Embryology Authority, which grants licences for assisted reproduction treatment, research and storage. Licences for research and treatment cannot be combined.

All prosecutions under the 1990 Act require the consent of the Director of Public Prosecutions. There is a tiered approach with varying levels of seriousness:

Human Fertilisation and Embryology Act 1990: first tier

These offences are characterised by a high level of moral outrage, which is sometimes referred to as the "yuck factor". They are indictable (serious) offences, for which the maximum penalty is ten years imprisonment (s.41(1)). They include: using an embryo after the primitive streak has appeared (14 days after fertilisation) (s.3(3)(a)); using fetal eggs in treatment (s.3A); and embryo nuclear replacement (a type of cloning) (s.3(3)(d)). Various types of animal/human mixing also fall into this category, including the placing of animal embryo/gametes into a woman (s.3(2)); mixing human/animal gametes (except if licensed for sperm testing) (s.4(1)(c)); and placing a human embryo in an animal (s.3(3)(b)).

5 For more detail, see Adrian Whitfield, 'Actions Arising From Birth' in Andrew Grubb, ed., *Principles of Medical Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2004) [12.80]-[12.117]; Nicky Priaulx, 'Health, disability and parental interests: adopting a contextual approach in the reproductive torts' (2005) 12(3) *European Journal of Health Law* 213.

6 See www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/pdf/ukpga_19900037_en.pdf (note that this is an unamended version of the 1990 Act). For an updated version, see www.statutelaw.gov.uk/documents/1990/37/ukpga (although this does not contain any amendments which will be made by the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 when it comes into force on a date to be announced.

Human Reproductive Cloning Act 2001[7]

This Act was passed in response to developments in the science of cloning which involved a method (cell nuclear replacement) other than the one which had been foreseen at the time of the passage of the 1990 Act (embryo nuclear replacement).[8] Section 1(1) of the 2001 Act states: "A person who places in a woman a human embryo which has been created otherwise than by fertilisation is guilty of an offence." This is an indictable (serious) offence for which the maximum penalty is ten years imprisonment (s.1(2)). Once the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 comes into force, the Human Reproductive Cloning Act 2001 will be repealed and a new provision inserted into the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 to replace it.[9]

Human Admixed Embryos

Under the 2008 Act, human admixed embryos will be allowed for research only. Human admixed embryos are defined as follows:

For the purposes of this Act a human admixed embryo is—

(a) an embryo created by replacing the nucleus of an animal egg or of an animal cell, or two animal pronuclei, with—

(i) two human pronuclei,

(ii) one nucleus of a human gamete or of any other human cell, or

(iii) one human gamete or other human cell,

(b) any other embryo created by using—

(i) human gametes and animal gametes, or

(ii) one human pronucleus and one animal pronucleus,

(c) a human embryo that has been altered by the introduction of any sequence of nuclear or mitochondrial DNA of an animal into one or more cells of the embryo,

(d) a human embryo that has been altered by the introduction of one or more animal cells, or

(e) any embryo not falling within paragraphs (a) to (d) which contains both nuclear or mitochondrial DNA of a human and nuclear or mitochondrial DNA of an animal ("animal DNA") but in which the animal DNA is not predominant.[10]

7 See Andrew Grubb, 'Human Reproductive Cloning Act 2001' (2002) 10(3) *Medical Law Review* 327-9.

8 For the legal challenge which led to the passage of the 2001 Act, see *R, on the application of Quintavalle v. Dept of Health* [2003] 2 A.C. 687 (H.L.).

9 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.3.

10 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.4(2), inserting s.4A(6) into the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

There are indictable offences for: placing a human admixed embryo, or non-human embryo/gametes in a woman (s.4A(1)); placing a human admixed embryo in an animal (s.4A(4)); and using a human admixed embryo for research post-primitive streak (s.4A(3)).

Human Fertilisation and Embryology Act 1990: second tier

The second tier of offences involves activities which are generally permissible but are not authorised in a particular case, because the defendant does not have a licence for an activity which requires a licence, or because the particular activity was not authorised by the defendant's licence. They are 'hybrid' offences which means that the prosecutor has a choice whether to proceed on indictment or summarily. If prosecuted as an indictable offence, the maximum term of imprisonment is two years. If prosecuted as a summary offence, the maximum term is either three or six months.

Examples of offences where there is an absence of a licence or activity outside the licence conditions include the creation of an embryo *ex utero*, including pre-implantation genetic diagnosis; the use of gametes; embryo research; and the storage of embryos or gametes. An example of the latter involving the storage of sperm without the donor's consent was *R v. HFEA, ex parte Blood*, although no prosecution took place in this case.[11] There has been an unsuccessful prosecution for keeping an embryo except in pursuance of a licence.[12]

Human Fertilisation and Embryology Act 1990: third tier

This category involves exceeding the permissible bounds of permissible activities. The offences are summary offences carrying a maximum of six months imprisonment. One example is the giving or receiving of unauthorised money or benefit for the supply of gametes or embryos. The relevant Directions currently authorise reasonable expenses and a daily maximum of £55 with an overall limit of £250 for each course of sperm donation or each cycle of egg donation. Donors may also receive

11 [1999] Fam. 151. For more on this case, see Derek Morgan and Robert Lee, 'In the Name of the Father? *Ex parte Blood*' (1997) 60 *Modern Law Review* 840.

12 *Attorney General's Reference (No. 2 of 2003)* [2004] 1 W.L.R. 2062. The primary wrongdoer in this case was successfully prosecuted although not under the 1990 Act: "The defendant was the 'person responsible' for the supervision of the activities authorised by licences granted to and carried out at the clinics. At the relevant time, the sole embryologist at both clinics was a man of apparently high reputation and skill. Unfortunately he was dishonest. He was convicted of making false claims for the cost of thawing frozen embryos, procedures which, contrary to the instructions of the patients, he had not carried out. In effect, he had kept these embryos when he should not have done so. He was further convicted of assaulting and occasioning actual bodily harm to female patients who, contrary to their expectations, did not have their own embryos implanted." [2004] 1 W.L.R. 2062, [3].

treatment services, for example via egg sharing schemes.[13]

Human Fertilisation and Embryology Act 1990 Code of Practice violations: fourth-tier

The Code of Practice is issued under the authority of Human Fertilisation and Embryology Act 1990 by the Human Fertilisation and Embryology Authority.[14] Unless specifically added by the Authority as a licence condition, breach of the Code of Practice has no criminal consequences, although the licence may be revoked.[15] An example would be placing more embryos in woman than is permitted by the Code of Practice (currently only two are usually allowed).[16]

Surrogacy offences

Contracts for surrogacy are governed by the Surrogacy Arrangements Act 1985. These contracts are not enforceable.[17] The 1985 Act contains a number of criminal offences relating to the commercial practice of surrogacy. It is an offence to negotiate or arrange surrogacy on a commercial basis. This does not apply to the gestational mother or commissioning couple. Payment to the surrogate does not render the agreement commercial. While an offer that constitutes reward or profit to gestational mother is prohibited, the payment of expenses is permissible. There are also offences for advertising regarding surrogacy. Once the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 comes into force, some non-profit organisations which facilitate surrogacy arrangements will be permitted to charge for some of their services.[18]

The Adoption & Children Act 2002, s.95 contains a summary (minor) offence with maximum penalty of six months imprisonment or a

13 Directions given under The Human Fertilisation and Embryology Act 1990, s. 12(e), Giving and receiving money or other benefits in respect of any supply of gametes or embryos, Ref. D.2006/1, 30 Jan. 2006 (came into force 1 April 2006), www.hfea.gov.uk/cps/rde/xbcr/SID-3F57D79B-7545EB38/hfea/D2006_1_Directions_on_giving_and_receiving_money.pdf.

14 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, s.25.

15 Emily Jackson, *Medical Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 808.

16 Human Fertilisation and Embryology Authority, *Code of Practice* (7th edition) (2007, revised 2008), [G.8.5], http://cop.hfea.gov.uk/cop/pdf/CodeOfPracticeVR_4.pdf.

17 For more detail on the regulation of surrogacy in the United Kingdom, see Brazier, Campbell & Golombok, *Surrogacy: Review of Current Arrangements For Payments & Regulation* (1998), www.dh.gov.uk/assetRoot/04/01/43/73/04014373.pdf; Department of Health Consultation Paper, 'Surrogacy – Review of current arrangements for payments & regulations' (Oct 1997), http://humupd.oxfordjournals.org/cgi/reprint/3/6/623.pdf; Michael Freeman, 'Does surrogacy have a future after Brazier?' (1999) 7 *Medical Law Review* 1; Joanne Ramsay, 'Fit for the 21st century? A review of surrogacy provisions within the Human Fertilisation and Embryology Act 1990' (2006) 7(4) *Medical Law International* 281-307; Joanne Ramsay, 'Paying for reproduction: the case against paid surrogacy' (2006) 4 *Juridical Review* 325; Julie Wallbank, 'Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship & the Welfare of the Child' (2002) 10 *Medical Law Review* 271.

18 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.59.

£10,000 fine or both for any payment made for the adoption of child or giving consent to adoption. This means that in the context of a surrogacy arrangment, the commissioning couple cannot pay the gestational mother to consent to adoption or give up the child. Under the predecessor of this section (Adoption Act 1976, s.57), payments have been retrospectively authorised by a court if adoption is in the best interests of the child.[19]

CONCLUSION

Both civil and criminal liability exists in assisted reproduction cases but are rarely invoked in practice. Iin civil cases, parents may recover but no cases have reached the appellate courts under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, s.1A on behalf of a child. In criminal cases, there have been no successful prosecutions reported under the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

OTURUM BAŞKANI - *Biz de çok teşekkür ederiz Sayın Lewis'a. İkinci konu başlığımız; Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu başlığını taşıyor. Avukat Berna Özpınar, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı kendisi. Buyurun efendim.*

19 *Re an Adoption Application (Surrogacy)* [1987] Fam. 81; *Re MW (Adoption: Surrogacy)* [1995] 2 F.L.R. 789.

HEKİMLERİN YAPAY DÖLLENMELERDE HUKUKİ SORUMLULUĞU

AV. BERNA ÖZPINAR

ANKARA BAROSU SAĞLIK HUKUKU KURULU BAŞKANI

Değerli konuklar, hepinizi saygı ve sevgilerimle selamlıyorum. Hacettepe Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Yüksek Okulu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu bir avukat olarak kendimi hem bir sağlık çalışanı hem de hukukçu olarak Sağlık Hukukunun tüm taraflarına aynı mesafede olduğumu belirterek tebliğimi bu yakınlığın samimiyetiyle sunmak istiyorum.

GİRİŞ:

Çocuk sahibi olmak, insanların hayallerini süslemektedir. Bilim insan ihtiyaçlarının tatmini yönünde çok yönlü olarak ilerlemektedir Bu yönde, çocuk sahibi olmanın tıbbi ve hukuki seçenekleri belirmiştir. Canlılığın tabii bir işlevi olan üreme, gelişen türleri ve neticeleri itibarıyla hem tıbbı hem de hukuki sorunlarını beraberinde getirmiştir. "Yapay döllenme" bunlardan birisidir. Diğer yandan yapay döllenmenin tıbbi yönden bir çok türleri vardır, nitekim tüp bebek olarak anılan yöntemde bunlardan birisidir.

Bu tebliğde öncelikle yapay döllenmenin tanımını yaparak, türlerini tanıtmak ardından hukuka uygun yapay döllenmenin esaslarını belirterek, yapay döllenmeden hekimler yönünden doğabilecek hukuki sorumluluğu arz etmek istiyorum.

Terim olarak : -yapay döllenme
-sun'i ilkah
-yapay dölleme

isimlerinden Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğindeki[1] tercih sebebi ile "yapay döllenme" terimini benimsiyorum.

Farklı sağlık sorunları yüzünden çocuk sahibi olamayan kadın ve erkek sayısı sanıldığından çok fazla. Çocuk sahibi olamayan anne babaların başvurduğu yöntemlerden birisi de tüp bebek uygulaması, bu uygulamanın Türkiye'de 14 yıllık bir geçmişi bulunmakta, bu sektörün baş aktörleri ise embriyologlar. Bugün Türkiye'de 101 merkezde, 300 civarında embiryolog çalışmakta ve bu mesleğe üniversitelerin Tıp Fakültesi, Veteriner Hekimlik Fakültesi veya Biyoloji bölümlerinden mezun olanlar girebilmektedir[2].

Bilimsel gelişmeler çözülmesi gereken hukuki sorunlar yaratmıştır. Nitekim doğum kontrolü, kürtaj, embriyonun korunması, yapay döllenmenin çeşitli görünümleri ve tüp bebek, sperm bankaları, taşıyıcı annelik, klonlama gibi bilimsel gelişmeler hukukçuları çok boyutlu sorunlarla karşı karşıya getirmiştir. Yapay döllenme de çocuk sahibi olmanın bir seçeneği olmakla birlikte hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Konumuzu bu hukuki sorunlar içerisinden hekim sorumluluğu ile sınırlandırıyoruz.

YAPAY DÖLLENME(SUNÎ İLKAH):

Yapay döllenmenin oldukça geniş bir uygulama alanı vardır. Ve yapay döllenmenin gerçekleştirilmesi, erkek sperminin elde edilmesi ve bu spermin naklinde için tıbbi olarak farklı usuller denenmiştir.

Bugün üremeye yardımcı tedavi yönetmeleri arasında, genellikle, erkekteki bir sorun, örneğin sperm sayısının düşük ya da sperm hareketliliğinin kötü olması durumlarında çocuk sahibi olamayan çiftlerde uygulanmaktadır.

Ancak eşler üreme yeteneğine sahip oldukları halde tabii döllenmenin imkansız veya fevkalade güç olduğu durumlarda , eşlerin mekansal olarak farklı yerde bulundukları durumlarda da yapay döllenme uygulanmaktadır.

1 19.11.1996 tarihinde 22822 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin, "Tanımlar" başlıklı Madde 4 de, "Üremeye Yardımcı Tedavi Yönetmeleri" tanımında açıkça DÖLLENME olarak yer almaktadır.

2 ERDEM,Umut ; Türkiye'nin İlk Embriyologlarından Dr. Kerem DİRİCAN, 3 Ağustos 2008 Hürriyet Gazetesi, s.12

Mekan itibarıyla uzaklıktan kaynaklanan bu tip döllenmeye, İkinci Dünya Savaşı ve Kore Savaşlarında çok sık başvurulduğu için "savaş döllenmesi" adı da verilmektedir[3]

En kısa ve yaygın tanımıyla, "yapay döllenme"; erkek spermlerinin cinsel ilişki dışındaki bir yöntemle kadının rahmine yerleştirilmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahaledir[4].

Sunî ilkahın tanımı bir başka anlatımla, Erol tarafından "Sunî ilkah, erkek tohumunun kadın yumurtası ile cinsi birleşme olmaksızın birleştirilmesini sağlayan, sonraki tabii gelişimini, tenasülü gerçekleştirecek olan tıbbi bir müdahaledir".[5]

Yapay döllenmenin evlilik ilişkisi içerisinde yapılmış olup olmadığına göre iki türünden bahsedilmektedir.

-Homolog Döllenme

-Heterolog Döllenme .

Homolog döllenme, evlilik ilişkisi içersinde yapılan yapay döllenmedir.

Tıp ve hukuk alanında homolog döllenmeye olumlu bakılmaktadır.

Hukuki bakımdan olumlu bakılma sebebi, şüphesiz bu tip döllenmede bizzat evli eşlerin üreme hücrelerinin kullanılması, nesep ve mirasçılık yönünden en az sorunu getirmesidir.

Bu tip döllenme yolu eşlerin her ikisinin de üreme yeteneği olmakla birlikte tabii döllenmenin imkansız veya güç olduğu durumlarda eşlerin mekan itibarıyla uzak bulundukları durumlarda başvurulmaktadır

Heterolog Döllenme, evlilik ilişkisi dışında gerçekleştirilen yapay döllenmedir.Burada evli olmayan bir kadına, bir erkeğin ya da evli kadına eşi dışında bir erkeğin spermleri cinsel ilişki dışında bir yöntemle aktarılmaktadır.

Heterolog döllenmenin de değişik sebepleri olabilir; kadının cinsel ilişki kurmadan çocuk sahibi olma arzusu, erkeğin kısırlığı ya da uygulama bulan eşcinsel evlilikler gibi sebepleri örneklememiz mümkündür. Bu aşamada konunun hukuki boyutundan bahsederken tıbbi, etik, sosyal ve dini boyutlarının da bulunduğunu hatırlatıyoruz.Gerek siyasi,

3 AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.41

4 AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.40, BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Hukuki Sorumluluğu, İstanbul,, 1972, s.199, ER; Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara, 2008, s.115, EROL,Cihan; Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sunî İlkah, İstanbul Barosu Dergisi, 1971 yılı Temmuz-Ağustos sayısı eki, s.18., CİN,Onursal; Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması, HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı, 5, 2005, s.31.

5 CİHAN, Erol; Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sunî İlkah, İstanbul Barosu Dergisi, 1971 yılı Temmuz-Ağustos sayısı eki, s.18.

dini, sosyal yönü olduğu kadar tıbbi yönünden anatomik, psikolojik, genetik, etik; hukuk yönünden de kişilik hakları, aile hukuku ve miras hukuku konularındaki sorunları beraberinde getiren heterolog döllenme konusunda tam bir fikir birliği oluşmamıştır.

Ülkemizde yapay döllenme "**Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği** " ile düzenlenmiştir. En son şeklini 2005 yılındaki değişiklikle almış olan yönetmelik, 1996 da düzenlenmiştir.

Esasen söz konusu yönetmelikte yardımcı üreme teknikleri ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Zira düzenlenen temel konular, merkezlerin özellikleri, düzenleyeceği formlar, bu merkezlerin denetimine ilişkindir. Bununla birlikte;

Yönetmeliğin 1. maddesi

Evli çiftlerden,

Tıbben uygun görülenlerin,

Üremeye yardımcı tedavi metodları vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanmasının amaç olduğunu düzenlemiştir.

Bu düzenlemeden, yukarıdaki tanımlardan, homolog döllenmenin kabul edildiği, bekarlar, eşcinseller arasında yapılacak, heterolog döllenmenin legal olmadığı sonucunu çıkartmak mümkündür.

Mevcut ulusal mevzuat karşısında, heterolog döllenmeye izin verilmediğini söyleyebilmekle birlikte; buna izin verilmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışılmalıdır.

Bununla birlikte, kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Türkiye'de homolog Döllenme, tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale olarak kabul edilmekte, hukuka ve ahlaka uygun bir nitelik taşımaktadır. Ancak bu sonucun ortaya çıkması, müdahalenin şartlarına uyulmasına sıkı surette bağlıdır[6].

Nitekim, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda tedavi amacıyla organ ve dokuların alınmasına ve nakline izin vermemektedir. Bu kapsamda yapay döllenmede tedavi amaçlı olarak görülmekte ve nakli içeren bir tıbbi müdahaledir.

YAPAY DÖLLENMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI:

Yapay Döllenme, psikolojik ve üreme yönünden bir tedavi yöntemi olarak kabul gören hukuka uygun bir tıbbi müdahale türüdür.

6 CİN, Onursal; Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması, HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı, 5, 2005, s.32.

Tıbbi müdahaleyi şöyle tanımlayabiliriz;Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi gibi hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içerisinde kalan fiziki ve ruhi girişime denir[7].

Tanımı, biraz daha genişletmemiz halinde ise; "Tıbbi müdahale; Kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal(psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde, hastalığını hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet olarak tanımlanabilir[8] .

Bu aşamada yapay döllenme bir tıbbi müdahale olarak kabul edildiği için tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk genel şartlarını öncelikle aramamız gereklidir.

Tanımından da anlaşılacağı gibi tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilmesi için, bir takım unsurları ihtiva etmesi gerekir. Her şeyden önce müdahalenin, ehil kişi tarafından gerçekleştirilmesi, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi , güzelleştirme gibi hukuken kabul edilebilir amaca yönelik olması, hastanın rızasının alınması ve fiilin tıp ilminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalması gerekir.

Tüm bu hususları bir arada değerlendirdiğimizde;

1-Yetkili Hekim tarafından yapılmalıdır.

2-Operasyon öncesi hem kadın, hem kocası olası sonuçlar ve yapılacak müdahale yönünden aydınlatılmalı/rızaları alınmalıdır.

3-Sadece eşlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmalıdır.

4-Hekim eşler ve doğması muhtemel çocuk için gerekli koruyucu tedbirleri almakla da yükümlüdür.

Yapay Döllenme Müdahalesinde; Hekimin, Sağlık Görevlisinin,

Sağlık Kuruluşunun hastaya karşı borçları;

1-Aydınlatma,

2-Rıza alma,

7 ÖZPINAR, Berna; Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Barosu Yayınları, 2007

8 Yenerer Ç., ö., Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.24, İstanbul, 2003, naklen Kıcaıoğlu, M., Yargı Kararları Işığında Doktorun(hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, S:4 Aralık 2006, s.17

3-Hekimliğin gerektirdiği dikkat ve özeni gösterme,

4-Sır saklama

5-Dosya ve belge saklama

6-Üreme hücresi saklanmasında(tıbbi zorunluluk durumunda) yönetmeliğin saklama ve kullanma düzenlemelerine uyma sorumluluğu vardır.

Nitekim, Yönetmeliğin 4. maddesi amacı belirterek yapay döllenmenin kapsamını sınırlamıştır: Buna göre

Anne adayının yumurtası ile

Kocanın spermini(homolog dölleme/döllenme),

Çeşitli yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirerek,

Gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp,

Gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalardır. Bunlara uyulmaması neticesi bir zarar doğmuşsa hukuki sorumluluk vardır. Yapay Döllenmede Müdahaleden beklenen menfaatin gerçekleşmesi için;

Hem kadının hem de kocanın aydınlatmaya dayanan rızası alınmalıdır. Sadece eşlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmalıdır. Eşler ve doğması muhtemel çocuk için gerekli koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Diğer yandan tüp bebek yönteminin başarısını etkileyen faktörler; kısırlığın nedeni, kadının yaşı, yumurta sayısı ve işlemi yapan merkezin niteliğidir[9].

Şüphesiz çocuk sahibi olmak isteyen her çift için yapay döllenme uygulanmasının önündeki tıbbi engeller de ayrıca dikkate alınacaktır.

-Gebeliğin kadın yönünden hayati tehlike taşıdığı durumlarda,

-Kocanın ırsî hastalığı,

-Kan uyuşmazlığı,

-Kısırlık oranı çok yüksek eşlerde,

Bunların dışındaki tıbbi zorunluluk hallerinde yapılmamalıdır.

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğindeki düzenlemeye göre hukuka uygun olan "homolog döllenmedir". Şüphesiz, tıbbi olarak gelişmelerin hızı, uygulama çeşitliği karşısında aynı miktar hukuki boyuttan bahsedilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de konunun

9 ERDEM, Mehmet; Kısırlık Tarih Oldu, Yaşasın Tüp Bebek, Naneli Sağlık Nane Limon Dergisi Nisan 2004, s.37.

heterolog döllenme tanımı ve sorunlarının hukuki yönün tartışmaları çok önemlidir. Şahsi durum, aile ve miras hukuku yönünden sorunlar daha çok heterolog döllenmede karşımıza çıkar. Bu aşamada hemen belirtmek gerekir ki; ülkemizde konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Yardımcı üreme tekniklerinin sadece yönetmelikle hükümleri ile düzenlenmesi ve sadece evli çiftlere ve bu çiftlere ait sperm ve yumurta kullanılmasına izin verilmiş olması, şimdilik sorun yaratmasa da ileri de sorunların doğması muhtemeldir. Yönetmeliğe rağmen evli eşler dışında herhangi bir sebeple yapay döllenme yapılabilir. Yapay döllenme sürecinde kasten veya dikkatsizlik sonucu karışıklık olabilir. Bunlardan başka bu yola başvurmak isteyen çiftler yurt dışında yapay döllenmenin daha serbest yapıldığı bir ülkede bunu yapabilirler[10]. Nitekim basın yayın organlarında buna ilişkin haberlere de rastlamaktayız.

HEKİMLERİN YAPAY DÖLLENMELERDE HUKUKİ SORUMLULUĞU :

I-Genel Olarak Hukuki Sorumluluk :

"Sorumluluk" kavramından, çok geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılır. Kural olarak, bir kişi, başkasına verdiği zarardan hukuken sorumludur. Eğer o kişi, yasa kurallarına karşı gelir ve topluma bir zarar verir ya da zarar tehlikesi yaratırsa, cezai sorumluluk altına girer. Her iki halde de kişiden, davranışının hesabını vermesi istenir. Fakat sorumluluğun dayandığı temeller farklıdır. Hukuki sorumluluğun sonucu, zarara uğrayanın zararını gidermeye yöneliktir. [11]

Hukuk düzeninin, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiiliyle maddi ve/veya manevi bir zarar vermiş olan kişiyi, verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutmasına "hukuki sorumluluk" denir [12]

Prensip olarak her kişi, malının veya kişiliğinin uğradığı zarara katlanmak zorundadır. Bu ilke (casuna sentit dominus) insanlığın ve onun kaderinin doğal sonucudur. Ancak hukukun gelişim süreci bu ilkeyi hafifletmiş, yerini diğer esaslara terk etmiştir.[13],[14]

10 AYTAÇ, İsmail; Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi,

11 Deschenaux, H., Tercier, P., Sorumluluk Hukuku, s.2, Ankara, 1983

12 Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, s.76, İstanbul, 2005

13 Deschenaux, H., Tercier, P., Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983, s.4

14 Casum Sentit Dominus (umulmayan hallerden doğan zarara, zarar gören katlanır) ilkesi, kusursuz bir davranış ya da doğal olaylardan doğan zarara, zarar görenin katlanması gerekir. Burada asıl olan zarar görenin zarara katlanmasıdır, istisnai olarak tazmin yükümlülüğü söz konusudur. Bir zarara, bir kişi kendisi sebep olursa, zarara o kişi katlanır.

Sorumluluk hukukunun iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki mağdurun uğradığı zararı, üçüncü kişinin omuzlarına yıkarak zararı denkleştirmedir. İkinci derecede fonksiyonu ise zararı önlemedir. Daha ziyade kusur sorumluluğunda zararı önleme fonksiyonu ile, kişinin zarar vermeye yönelik davranışlarından kaçınması amacını yerine getirir.[15]

Geniş anlamda, kusur sorumluluğu, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sebep sorumluluğudur.

Objektif hukuk kurallarının bireylere uymasını emrettiği vazifelere aykırı fiillerden bir zarar doğmuş ise haksız fiilden söz edilir.[16]

Borçlar Kanunun kabul ettiği diğer sorumluluk sebebi ise sözleşmedir, sözleşme sorumluluğunda, çoğu kez zararı doğuran fiil sözleşmenin ihlalidir ve kişiye kusur olarak yükletilebilir, aynı fiilin haksız fiil teşkil etmesi de mümkündür.

Zarar verenin kusurunun olmadığı ve taraflar arasında sözleşmenin de bulunmadığı ancak kanunun tazmin yükümlülüğü getirdiği durumlarda, sorumluluk doğrudan kanundan doğmaktadır.

Borçlar Kanunu Md.51'de sorumluluk sebepleri; haksız fiil, sözleşme ve kanun (kusursuz sorumluluk) olarak belirtilmiştir.

Haksız fiil sorumluluğu; kusurun, mesuliyetin sebebi olduğu sorumluluk türüdür. Haksız fiil sorumluluğunda, fail, meşru olmayan ve kusura dayalı bir eylemde bulunduğu için sorumlu tutulmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın tazmini sorumluluğudur. Haksız fiil, hukuk düzeninin izin vermediği, hoş karşılamadığı zarar verici eylemdir.

Sözleşme sorumluluğu, Borçlar Kanunun 96 ve devamı Maddelerinde, "Borçların Ödenmemesinin Neticeleri" başlığı altında hükme bağlanmıştır.

Günlük hayatta, tek tip bir sözleşme yoktur; hukuk düzeninin kabul ettiği çeşitli sözleşme tipleri vardır. Sözleşme sorumluluğu, borçlunun taraf olduğu sözleşmeden doğan borç ilişkisinde, sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle sözleşmenin karşı tarafına verdiği zararı gidermekle yükümlü olmasıdır. Yapay döllenme müdahalesi taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanır, aşağıda bu sözleşmenin hukuki özelliği ve sorumluluk şartları üzerinde ayrıca durulacaktır.

15 KILIÇOĞLU, Mustafa; Sorumluluk Hukuku, s.3, Ankara, 2002

16 TANDOĞAN , Haluk, Türk Meuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s.7

Modern Hukuk sistemlerinde, kurak " haksız fiile "dayanan sorumluluktur. Ancak , bunun bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçları olacağı kaçınılmazdır. Eğer , zarar doğurucu fiilin işlenmesinde kusur yoksa zararın tazmini de mümkün olmayacaktır. Gelişen teknoloji, günlük hayatta, kusur olmaksızın da büyük zararların doğurabilmektedir.

Kusura dayanmayan objektif sorumlulukta, kusur, olmasa da sorumluluk, kanun veya kanun hükmünden dolayı vardır. Kusura dayanmayan sorumlulukta, sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararla söz konusu olduğunda illiyet bağının bulunması sorumluluğu doğurmak için yeterlidir.Sorumluluk sebebinin, bir kanun veya kanun hükmü olduğu hallere örnek olarak, sebep sorumluluğunu, tehlike sorumluluğunu, vekaleti olmadan başkası adına iş görme ve zorunlu sigorta halleri gösterilebilir.

II-Hukuki Sorumluluğun Sebepleri

Genel olarak tıbbi müdahale de ve özel olarak da konumuz olan yapay döllenme müdahalesinde ilişkisinde, sorumluluğun esaslarının belirlenmesi kaçınılmazdır. Çünkü, her uygulamada ve yeni bir denemede hekime sorumluluk yüklenmesi tıbbi ilerlemenin de önünde bir engel olacağı tıbbın gelinen aşamasında makul olmayan durumlarda hekimin her zaman kusursuz görülmesi de gereksiz girişimlere sevk edebilir.

Hekimin yapay döllenme tıbbi müdahale ilişkisinde hastanın tedavisi ile ilgili faaliyetleri çok kapsamlıdır. Genellikle , tehdit ve zorlamayla, reşit olmayanlara yapılan uygulama gibi özel durumlar ayrık olmak üzere, hekim hastayla anlaşarak, onu tedavi ettiğine göre ortada sözleşme ilişkisi mevcuttur.

Bu sözleşme ilişkisi, eylemin, şartları varsa haksız fiil niteliği taşımasını engellemez. Yapay döllenme müdahalesi acil durum arz edecek bir müdahale olarak karşımıza çıkmamakla birlikte başta sözleşmenin bulunduğu durumda gelişen olgu karşısında acil durumlarda vekaletsiz iş görme de söz konusu olur.

Sözleşme ilişkisinde sözleşmenin türü istisna, vekalet ya da hizmet sözleşmesi olabileceği tartışılmalıdır. Konu ayrıntılı hukuki sentez gerektirmektedir ve genel kabul gören görüş hasta ile hekim arasında yaptıkları sözleşmenin bir vekalet sözleşmesi olduğudur.

Haksız fiil sorumluluğu zarar ile fiil arasında illiyet bağının varlığını gerektirir. Ancak tıbbi olarak bu bağı kurmak her zaman kolay değildir. Sağlık çalışanın tedavi ve müdahalesindeki kusurlu tutumu ha-

yattaki genel davranışlara ve olayın tabii akışına göre hastadaki zararı meydana getirmeye elverişli ise illiyet bağı var kabul edilir.

Tüm bunların dışında, hekim sözleşme sorumluluğu yanında geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunun olduğunu, bir sözleşmenin kurulamadığı özel şartlarda, vekaletsiz iş görmeden dolayı sorumlu olabileceğini, borçlar kanunu 55 anlamında istihdam edilen yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumluluğu olabilecektir.

Kısaca belirtmemiz gerekirse; mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, tıbbi müdahale ilişkisinde hukuki sorumluluk sebepleri; haksız fiil, sözleşme ve kanundur(kusursuz sorumluluk) .

Buna karşılık, hekim ve hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanamadığı hallerde ise sorumluluk, genel haksız fiil hükümleri(Borçlar Kanunu md.41) çerçevesinde çözümlenir. Ancak hekimin, bir tedavi sözleşmesine dayalı olarak, tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda da akit dışı sorumluluğu ortaya çıkabilir. Zira hekim, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu için, sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı, aynı zamanda Borçlar Kanunun 41. ve devamı maddelerindeki anlamında haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla, böyle bir durumda akti sorumlulukla, akit dışı sorumluluk yarışır. Yani hasta hekime karşı açacağı davada akti veya akit dışı sorumluluk esaslarından herhangi birine dayanabilir.[17]

Kamu kurumu niteliğinde bir ÜYTE merkezinde Yapay döllenmenin Kamu görevlisi olan hekim tarafından yapılması durumunda, hekimin görevden ayrılan kişisel kusurlarından doğan sorumlulukta haksız fiil esaslarına tabidir. Şüphesiz kamu görevlisi olan hekimin görevini yaparken bir takım idari kuralarla bağlı olduğu düşünülebilir ve bundan ilk olarak idarenin sorumluluğu akla gelecektir.Bu hallerde hekim eylemi ile hastaya zarar vermişse Anayasa'nın 129/5 maddesi uygulanacak ve idarenin sorumluluğu esas olacaktır.Kamu çalışanı olan hekimin eyleminin görevinden ayrılabilir olduğu durumda ise bu kez husumet haksız fiil hükümleri çerçevesinde hekime yöneltilecektir. Haksız fiil sorumluluğunun şartları, fiil, hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağıdır.

Kamu hukuku alanında kusur, özel hukuk alanındaki kusurdan farklıdır, nesnel niteliktedir. Bu sebeple de İdare Hukukunda kusura dayanıldığında, kast, ihmal, ihmal ve dikkatsizlik gibi öznel öğeler aran-

17 AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.116

madan, iadarenin sorumluluğuna gidilmektedir. Bu sebeple de idarenin sağlık hizmetinden doğan sorumluluğu kusura ilişkin olabileceği gibi kusurasuz da olabilir.[18]

Hukuka aykırılık,doğrudan ya da dolaylı başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlalini ifade eder. Diğer bir söyleyişle, burada, kişilerin şahıs varlığı ve malvarlığı değerlerini koruma amacına yönelik hukuk kuralına aykırı hareket edilmesi, çiğnenmesi söz konusudur.[19]

Kusur ise hukuk düzenince hoş görülmeyen davranıştır. Başka bir anlatımla, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, o şekilde davranmayıp, sorumluğun söz konusu olduğu olaydaki gibi davranmış olmaktır"[20]. Başka bir anlatımla kusur, olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliğidir.Borçlar Kanunun 41/1. maddesinde kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir.Kusurun tanımı, kanun da yapılmamıştır. Ancak, kusurlu olan davranış, her zaman her zaman hukuka aykırı bir fiildir.

Kısaca, kusur, haksız fiil sorumluluğunda, zararın bir başkasın yöneltilmesini haklı gösteren temeldir. Hekim sorumluluğu yönünden, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden kaynaklansın, kusur, kurucu unsurdur, her iki durumdaki kusur arasında fark yoktur. Sadece akti sorumluluktan farklı olarak, akit dışı sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğunda, kusuru ispatlamak külfeti hastaya aittir. Kusurun ağırlığı belirlenecek tazminatın miktarı yönünden önem taşır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün 2, 6 ve 10. maddelerinde; hekime muayene hususunda dikkat ve özen göstermesi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfusa kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmesi öngörülmüş, tatbik edeceği tedaviyi seçmekte serbest bırakmıştır. 11. maddede klasik metotların fayda vermeyeceği durumda, kafi derece denenmiş metotların tatbiki şartları düzenlenmiştir.

Kısaca yasal düzenleme, genel geçer tıp şartlarının olamayacağını bizce öngörmüş, hekimin davranış normlarını bu öngörü ile düzenlemiştir. Bu halde somut olayda, tıbbi müdahalede kötü uygulamanın olup olmadığının değerlendirilmesi (standart uygulamayı yapmama, geç veya yanlış teşhis, geç veya yanlış tedavi, tedavi vermeme) ve bun-

18 YILMAZ; Mustafa; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2007, s.135.

19 Ayan, M., s.116

20 ÖZTÜRKLER, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s.131.

lardan birinin ihlali, zarara sebep olması halinde kusur olarak sağlık çalışanına yükletilebilecektir.

Mahkemelerce **kusurun** tespiti bilirkişi görüşüne başvurularak olmaktadır. Tıbbi müdahaleler yönünden; aniden ve umulmadık şekilde öngörülmeyen olumsuzluğun ortaya çıkmasına komlikasyon olarak isimlendirilir. Komplikasyonlar, sağlık çalışanın sorumsuzluk alanı olarak düşünülebilir. Çünkü burada gerekli özen gösterilmesine rağmen netice gerçekleşmiştir[21].

Sağlık çalışanın sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme bozulma ise manevi zararı oluşturur[22].

Sözleşme sorumluluğunda zarara ilişkin belirttiğimiz durumlar burada aynıdır. Hekimin akit dışı sorumluluğu için de gerekli son şart, hukuka aykırı, kusurlu eylem(tıbbi müdahalede kötü uygulama) ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, kusurlu davranışla meydana gelmiş olmalıdır. Buna karşılık, normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, artık sorumluluk olmaz.

"Uygun illiyet teorisinin iki fonksiyonu vardır. Bunlar, sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlama fonksiyonudur... Sorumluluğu kuran illiyet, haksız bir fiilin veya sorumluluğu doğuran diğer bir olayın, hukuki bir değerin ihlalinin ve bu ihlalden doğan zararın uygun sebebi sayılıp, sayılamayacağını..., buna karşılık sorumluluğun çerçevesini sınırlayan illiyette, zararlandırıcı sonuçla talep edilen zarar arasında uygun bir sebep-sonuç bağının mevcudiyeti aranır."[23]

Konusu tıbbi müdahale olan yapay döllenme müdahalesinde sözleşmenin hukuki niteliği hakkında değişik görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar konuyu sadece hekim yönünden alarak bunun Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan hizmet akti olduğunu[24], bir kısım yazarlar diş protezi ve estetik cerrahi müdahaleleri esas alarak durumun istisna sözleşmesi niteliğinde de olabildiğini[25], diğer bir kısım yazarlar ise hasta ile kurulan

21 KILIÇOĞLU; Mustafa, s.29

22 AŞÇIOĞU; Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.99.

23 EREN; Fikret; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun illiyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.54.

24 Gücün, Ç.A., Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, C.II, s.756, İstanbul, 1946, Donay, S., Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İkt. Tic. Der, Sayı .10, s.44-45, 1968(Şenocak, Z.,naklen s.18)

25 REİSOĞLU SEZAİ, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 12/13 Mart 1982, s.12, AŞÇIOĞLU; Çetin;

bu sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme olduğunu[26], hakim görüş ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.[27] Türk, İsviçre Hukukunda hakim görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğudur[28].

Kanımca burada tıbbi müdahale sözleşmesinin mevcut yasal düzenlemeler ışığında en fazla vekalet sözleşmesine benzediği söylenebilecektir. Gerçekten, hekim ve hasta arasındaki sözleşmeden hekim için doğan en önemli borç, sözleşmenin amacına uygun olarak hastalığın teşhis ve tedavisidir. Ancak, hekim için tedavi sözleşmesinden kaynaklanan yegane borç bu değildir. Hekimin , "hastayı aydınlatma", "sadakat ve özen gösterme", sır saklama", "kayda geçirme", gibi yükümlülükleri de vardır. Sözleşemeye uygun tedaviden söz edilebilmesi için hekimin bu yükümlülüklere de riayet etmesine bağlıdır. Aksi takdirde hekim bu yüzden zarar gören hastaya karşı tazminat ödemek mecburiyetinde kalır. Hatta hekimin, tıbbi müdahaleleri için sorumluluğu bu yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlal edildiğini ispat yükü hastanın üzerindedir.

III-Hekimin Yapay Döllenmeden Doğan Sorumluluğu :

Hekimin yapay döllenme müdahalesi ekip çalışmasını gerektirmektedir, bu manada hekim, istihdam eden kimse olarak yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğu, hususi hastane işletmecisinin kendi ile hizmet akti ilişkisi içinde olan sağlık personelinin eylemleri ile hastaya verdikleri zarardan sorumlulukları; kendilerinin kusuruna dayanmayan, kanundan doğan sorumluluklarıdır.

Tüm sorumluluk konularını tanıtır ve anlatırken genel esaslar çerçevesinde belirtik ancak tıbbi müdahale kendine özgü durumları olan ve kanımca özel düzenlemeye ihtiyaç gösteren bir sözleşme ilişkisidir. Bu ilişkinin bir kısmında netice de önem arz eder. Yapay döllenme müdahalesinde, hedef sağlıklı bir bebeğin dünyaya gelmesi olmakla birlikte; gelişen teknoloji, cinsiyeti, gen özellikleri ayıklanmış, somut halde sarışın mavi gözlü olarak örneklenebileceğimiz isteklere de cevap veren gelişmeleri içermektedir. Bu halde bu müdahalenin özelliğinden kaynaklı

26 Atabek/sezen(Şenocak, Z., naklens.18)

27 Reisoğlu, S., s.12, Köprülü, Ö., s.10, Aşçıoğlu, Ç., s.32, Ayan, M., s.54 , Şenocak, Z., s.33,

28 Bu görüşü savunanlar; Ayan s56, Aşçıoğlu , Tıbbi Yardım s.15, Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 416, Eren(Ayan, s.51) ; Yargıtayın yerleşik içtihat kararları, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet akti olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay 13 H.D. e. 2002/13959, K.2003/2380 sayılı 6.3.2003 tarihli kararında "...dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır(mk:qMST Store:C/Program KAZANCI).

talepleri vekalet sözleşmesiyle karşılamak mümkün olamayacaktır.

Bizce, tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk kendi kurallarıyla özel olarak düzenlenmelidir.

Sorumluluğun temel şartı Dünya Tabipler Birliğinin 44.Genel Kurulunda;

"*Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği ve ya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır.

Genel olarak bir tıbbi müdahale karşımıza çıkabilecek başlıca hatalar:

-İletişim eksiklikleri ve kayıt hataları,

-Yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyon,

-Aydınlatma ve onam,

-Tanı hataları,

-Hatalı karar,

-Girişim hataları ve teknik hatalar,

-Terk,

-Özen eksikliği.

Yapay döllenmenin standart uygulamasından bahsederken, öncelikle hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekecektir.

Yapay Döllenmenin Hukuka Uygunluk Şartları:

Tekrarla belirtmemiz gerekirse;

1-Yetkili Hekim tarafından yapılmalıdır.

2-Operasyon öncesi hem kadın, hem kocası olası sonuçlar ve yapılacak müdahale yönünden aydınlatılmalı/rızaları alınmalıdır.

3-Sadece eşlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmalıdır.

4-Eşler ve doğması muhtemel çocuk için gerekli koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür

Ülkemizde yapay döllenmede genelde uygulanan yöntem GIFT yöntemi ve bu yönetmede de anne adayının kanuni eşi verici olduğu için az sorun yaşanmakla birlikte, bu alanda sorun çıkmaması veya hukuksal ve etik tartışmaların önünü kesmek için eş dışındaki vericinin yasaklanmasıyla sorun çözülmüş olmamakta, kaçak illegal-gizli-yer altı alana kaydırılmaktadır ki, bu ise hem amaca aykırı hem sorunu büyütücü ve daha çetrefil hale getirici hem de bir çok riski doğuran ucuz ve tehlikeli davranış modellerini adeta öncelikli tercih hakkı olarak insanlara sun-

maktan başka bir şeyi ifade etmemektedir.[29]

Yapay Döllenme Müdahalesinde; Hekimin, Sağlık Görevlisinin, Sağlık Kuruluşunun hastaya karşı borçları;

1-Aydınlatma,

2-Rıza alma,

3-Hekimliğin gerektirdiği dikkat ve özeni gösterme,

4-Sır saklama

5-Dosya ve belge saklama

6-Üreme hücresi saklanmasında(tıbbi zorunluluk durumunda) yönetmeliğin saklama ve kullanma düzenlemelerine uyma sorumluluğu vardır.

Bunlara uyulmaması bir zarara sebebiyet verdiğinde hukuki sorumluluk vardır. Müdahaleden beklenen menfaatin gerçekleşmesi için;

Hem kadının hem de kocanın aydınlatmaya dayanan rızası alınmalıdır. Sadece eşlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmalıdır.

Eşler ve doğması muhtemel çocuk için gerekli koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.

Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak, tüm üçüncü kişilere karşı Mevcuttur. Hekim diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına dahi, tedavinin geleceği zorunlu kılmadıkça sır sayılan hususları açıklamamalıdır. Bilimsel tebliğlerde de hastanın anonimliği korunmalı, isim ve kimliğine ilişkin bilgiler verilmemelidir.[30]

Şüphesiz çocuk sahibi olmak isteyen her çift için yapay döllenme uygulanmasının önündeki tıbbi engeller de ayrıca dikkate alınacaktır.

-Gebeliğin kadın yönünden hayati tehlike taşıdığı durumlarda,

-Kocanın ırsî hastalığı,

-Kan uyuşmazlığı,

-Kısırlık oranı çok yüksek eşlerde,

Bunların dışındaki tıbbi zorunluluk hallerinde yapılması bir zarara sebebiyet vermesi durumunda sorumluluk sebebidir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde gebeli-

29 ÜNVER; Yener; Türkiye'de Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008, s.25.

30 YILDIRIM; Fadıl; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan , Ankara, 2007, s.60.

ğin sona erdirilmesini hukuka uygun kılmıştır. Böylece burada bir nevi özürlülük endikasyonu sevk edilmiş olmaktadır[31]. Yapay döllenme yönünden de bu husus değerlendirilmelidir.

Hekimin yapay döllenmeden doğan sorumluluğu da "Tıbbi Müdahalenin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluktur. Bu sebeple de kötü uygulama olarak kabul edilen durumlardan sorumlu olacaktır.

Yapay döllenme metodlarının çeşitli olması karşısında, bu metodlardan hangisinin tıbbi müdahale niteliğine sahip olduğu ve bu nedenle hukuka uygun sayılacağı konusunda çeşitli görüşler vardır. Tekrarla hem hukuk hem de tıp alanında fikir aykırılıkları homolog döllenme üzerinde uzlaşmıştır. Bu metodla güdülen amacın, kişilere ait fiziksel, anaotomik veya psikolojik bozuklukların tedavi edilmesi, bu sayede döllenmenin sağlanması ve ailenin çocuk özleminin giderilmesi olduğu; bu sebeple yapılan müdahalenin tıbbi bir nitelik taşımasından hareketle hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Homolog döllenme yukarıda izah ettiğimiz üzere tıbbi müdahale kabul edildiğinden, bu nitelikteki girişimin tüm unsurlarını taşımalıdır[32].

Çok kez tekrarladığımız üzere, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğe göre hukuka uygun olan "homolog döllenmedir".

Kimliği meçhul kimsenin sperminin kullanılmasında, hekim heterolog döllenme yaptığı bilgisini verdiği anne adayı yönünden kanımca hekimin sorumluğu ağırlaşmaktadır, bir anlamda sağlıklı bir çocuk dünyaya geleceğini garanti eden durumundadır.

Olası durumlardan anne ve çocuğa karşı sorumlu olacağı gibi spermin rızasız kullanılması durumda erkek ve miras sorunları yönünden erkeğin mirasçılarına karşı da hukuki sorumluluk mevcuttur.

Tıbbi sorumluluğun temelinde "özen eksikliği" söz konusudur. Hukuken benzer durumda ortalama bir hekim bu operasyonda nelere dikkat etmelidir. Mümkün olmakla birlikte özen eksikliği ile oluşabilecek durum Üreme hücrelerinin karıştırılması, özen eksikliği olarak nitelenebilir. Operasyonun başarısının bağlı olduğu en iyi şartların sağlanması gereklidir. Keza hücrelerin alınmasında insan haysiyetine ve vücut bütünlüğünün korunmasına yönelik tedbirler alınmalıdır.

Tabi yollardan bebek sahibi olan bir çiftte erkeğin ırsi hastalığıyla doğan bir bebek için hekimin sorumluluğunun illiyet bağı yoktur. An-

31 HAKERİ; Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s.455.

32 CİN; Onursal, Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması, HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı, 5, 2005, s.32.

cak yapay döllenme yoluyla doğan bebeğin sakat doğumunda şartları varsa hekimin sorumluluğu gündeme gelebilir. Anne baba yanında, sakat çocuğun da talep hakları olacaktır.

Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması da yasaktır. Ancak tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanabilir. Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamaz, dondurulan üreme hücrelerinin ve gonad dokularının kişinin isteğine göre imha dilmesi gerekir[33].

Yapay döllenmeden doğan hukuki sorumluluk kural olarak , bir sözleşme sorumluluğudur: çünkü genellikle karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşme ilişkisi içersinde yapay dölleme operasyonu gerçekleştirilir.

Konumuz yönünden, hekim yapay döllenme operasyonunda, çocuk sahibi olunmasında, doğacak çocuğun sarışın, mavi gözlü olmasını vs. borçlanmaz.Keza tüp bebek uygulamalarındaki karşılaşılan durum çoğul gebelik burada taahhüt konusu olmayacaktır.

Yardımcı üreme tekniklerinin uygulandığı merkezlerde üçten fazla embriyonun transfer edilmemesi esastır. Yaş faktörü, embriyo kalitesi ve benzeri zorunluluk hallerinde üçten fazla embriyo transfer edilmesi durumunda uygulamayı yapan hekimin gerekçesini belgelendirmek zorundadır[34].

Tüm tıbbi gerekleri yerine getiren hekimin, hastanın özel durumu sebebi ile neticeyi gerçekleştirememesi mümkündür. Burada da doktorun özenine bakılmalıdır. Netice, hekimin özensizliği, ihmal veya kastı zaten hekimin kusuru olarak sorumluluğunu doğurur. Hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesinin asıl sebebi, tıp biliminde bir sonucun garanti edilememesidir.

Hukuki sorumluluk, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar.

Maddi tazminat, tüm maddi zararları kapsar, bunları örnekleyecek olursak;

1-Teşhis ve tedavi masrafları,

2-Hastane,

3-Ulaşım giderleri,

4-Çalışma gücü sebebiyle ekonomik kayıplar,

33 DOĞAN, Cahid; Yapay Döllenme, Hastane ve Yaşam Akademik ve Aktüel Tıp Dergisi, Ankara, Mart 2008, s.54.

34 DOĞAN, Cahid; Yapay Döllenme, Hastane ve Yaşam Akademik ve Aktüel Tıp Dergisi, Ankara, Mart 2008, s.54.

5-Bunların geçici veya sürekli olması durumunda uğranan kayıplar,

6-Ölüm halinde maddi zararlar, hak sahiplerinin destekten yoksun kalma zararlarıdır.

Hekimin yapay döllenme operasyonu sırasında yaralamaya, ölüme, sebep olmaktan sorumludur.

Manevi tazminatın amacı, bu zararı gören kişinin, uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır.

Şüphesiz burada **üreme teknolojileri açısından etik temel noktalar ve ilkelere dikkat edilmesi gereklidir.**

Keza bilerek koca dışında bir kimsenin sperminin nakledilmesi durumunda hekimin bu fiili ahlaka aykırı bir fiil ile zarara sebebiyet vermekten sorumlu olacaktır.

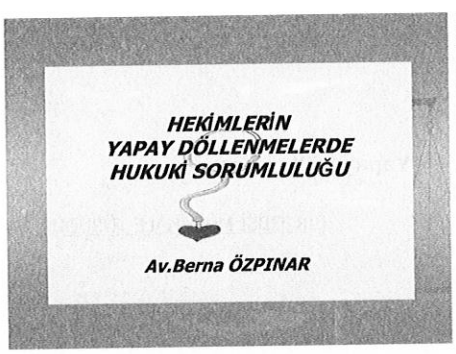
Yapay döllenmenin diğer operasyonlara göre özel yanı evlilik mahremiyetinin bozulmaması, cinsel bütünlük duygusunun ihlal edilmemesi gereklidir. Aksi durumda müdahale kişilik haklarının ihlali söz konusu olacaktır.

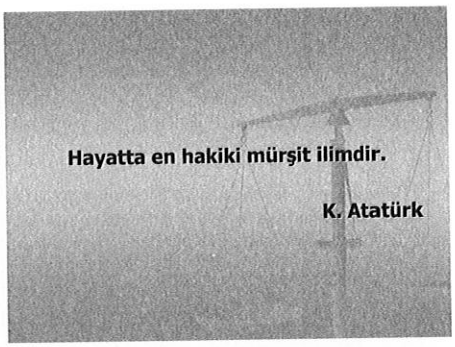
Olayın koşullarında sır saklama sınırları aynen aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi farklıdır. Yapay döllenme yoluyla baba olduğunun kişilerden ve çocuktan saklanmasını talep eden babanın bilgilerinin ifşa edilmesi sorumluluk sebebi olacaktır.

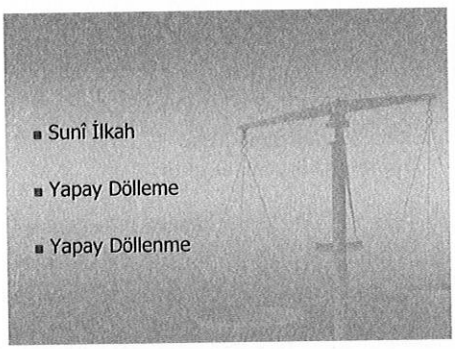
Kanımızca, yapay döllenme nesep vs. yönden sorunların da önüne geçilmesi için homolog döllenme olarak yapılmalı, etik ilkelere uyulmalıdır.

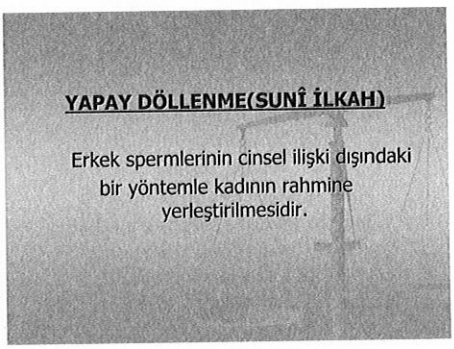
SONUÇ OLARAK :

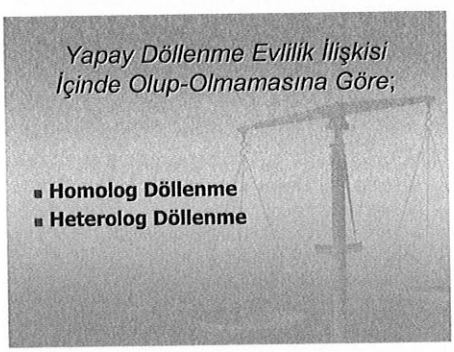
Yapay döllenme çocuk sahibi olmak isteyen eşler yönünden gerçekten önemli ve çeşitliliği artan bir tıbbi imkandır. Mevzuatımız konuyu yönetmelikle düzenlemiş olması, yönetmelikte de, daha çok işlemin yapılacağı merkezin özelliklerinin yer alması, olası sorunları cevaplamaktan uzak ve yetersizdir, konunun kanunla düzenlenmesi ihtiyacı mevcuttur. Sorunların en az olduğu homolog döllenme kabul görmekle birlikte, teknik olarak mümkün olan ve tıbbi açıdan gereklilik olarak da karşımıza çıkabilecek heterolog döllenmenin irdelenmesi ve yasal düzenlemede belirli ölçülerle yer alması da gerekliliktir. Hekim sorumluluğu yönünden yapay döllenmenin diğer tıbbi müdahalelerden belirgin farkı yasal koşullarına uyulması- homolog olması, çocuk ve anne açısından tedbirlerin alınması gerektirmektedir.

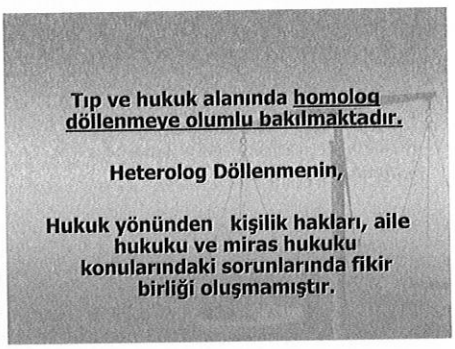

HEKİMLERİN
YAPAY DÖLLENMELERDE
HUKUKİ SORUMLULUĞU
Av.Berna ÖZPINAR

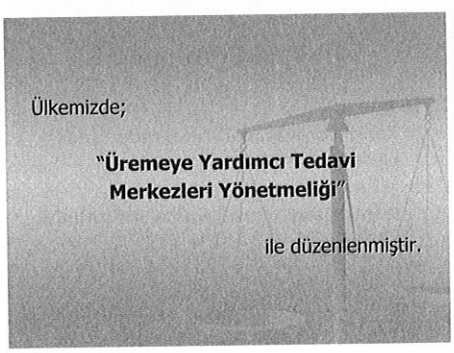

Hayatta en hakiki mürşit ilimdir.
K. Atatürk

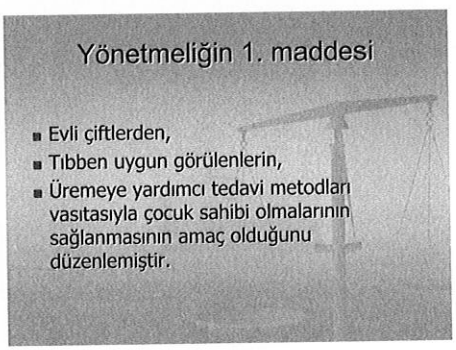

Sunî İlkah
Yapay Dölleme
Yapay Döllenme


YAPAY DÖLLENME(SUNÎ İLKAH)
Erkek spermlerinin cinsel ilişki dışındaki bir yöntemle kadının rahmine yerleştirilmesidir.


Yapay Döllenme Evlilik İlişkisi İçinde Olup-Olmamasına Göre;
Homolog Döllenme
Heterolog Döllenme


Tıp ve hukuk alanında homolog döllenmeye olumlu bakılmaktadır.
Heterolog Döllenmenin,
Hukuk yönünden kişilik hakları, aile hukuku ve miras hukuku konularındaki sorunlarında fikir birliği oluşmamıştır.


Ülkemizde;
"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"
ile düzenlenmiştir.


Yönetmeliğin 1. maddesi
Evli çiftlerden,
Tıbben uygun görülenlerin,
Üremeye yardımcı tedavi metodları vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanmasının amaç olduğunu düzenlemiştir.

4. Madde ise,
Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemini tanımlayarak, yöntemi ve kapsamı sınırlamıştır.

- Anne adayının yumurtası ile
- Kocanın spermini(homolog dölleme/döllenme),
- Çeşitli yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirerek,
- Gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp,
- Gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalardır.

"Yapay Döllenme",

BİR TIBBİ MÜDAHALE TÜRÜDÜR.

TIBBİ MÜDAHALE

Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi gibi hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içerisinde kalan fiziki ve ruhi girişime denir.

Karşı koyanı olmadıkça, Tanrı'nın bir yönü eksiktir.

Samsatlı Lukianas

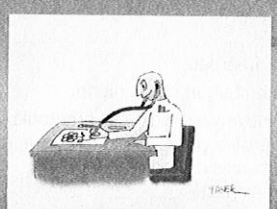
Hekimin Sorumluluğu

Tıbbi Müdahalenin doğurduğu sonuçlara, hizmeti veren kurum ve kuruluşa göre sorumluluk sebepleri;

- **İdare Hukuku**
- **Ceza Hukuku ve**
- **Özel Hukuka ilişkin olabilir.**

Hekimlik Mesleği Sorumluluğu İle İlgili Temel Kanunlar

- Anayasa
- 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun
- 1593 sayılı Umumi Hıfsızıha Kanunu
- 6023 sayılı Tabipler Birliği Kanunu
- Türk Ceza Kanunu
- Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu
- Hasta Hakları Yönetmeliği
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü



Hukuki Sorumluluk

- **Zarar görenin, zararının giderilmesi esasına dayanır.**
- **Kural olarak, kusur varsa sorumluluk vardır.**

- Tıbbi hata,
- Tıbbi uygulama hatası,
- Hekim hatası,
- Meslek hatası,
- Malpraktis,

Tüm bunlarla tıbbi müdahale sebebiyle kişinin zarar görmesi ve sorumluluğun hekime ait olduğu anlatılmak istenir.

Tıbbi Yanlış Uygulama

Dünya Tabipler Birliğinin 44.Genel Kurulunda;

"Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar" olarak tanımlanmıştır.

Hukuk ve Ceza Sorumluluğun;

- **Amaç**
- **Nitelik**
- **İspat vasıtaları farklıdır.**

Başlıca hatalar;

- İletişim eksiklikleri ve kayıt hataları,
- Yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyon,
- Aydınlatma ve onam,
- Tanı hataları,
- Hatalı karar,
- Girişim hataları ve teknik hatalar,
- Terk,
- Özen eksikliği.

"...Hekim, hastanın zarar görmemesi için Yalnız mesleki değil, genel hayat Tecrübelerine göre herkese yükletilebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır.....tıp biliminin kurallarını gözetip, uygulamak, her türlü ihtiyat tedbirlerini almak zorundadır..."

Yargıtay 13.HukukDairesi E.2002/13959,K.2003/2380

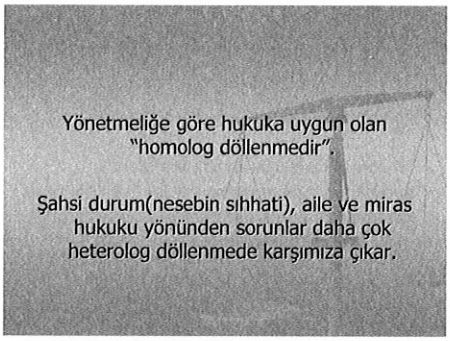
Yapay Döllenme Operasyonu

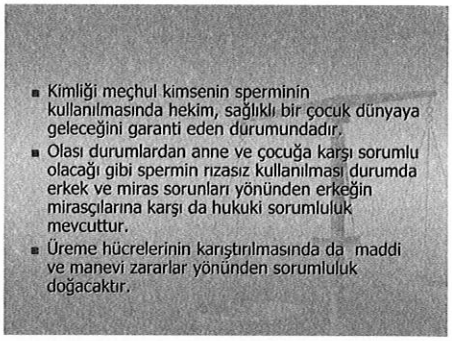
- Yetkili Hekim tarafından yapılmalıdır.
- Operasyon öncesi hem kadın, hem kocası olası sonuçlar ve yapılacak müdahale yönünden aydınlatılmalıdır.
- Hem kadının hem de kocanın aydınlatmaya dayanan rızası alınmalıdır.
- Sadece eşlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmalıdır.
- Hekim ve doğması muhtemel çocuk için gerekli koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.

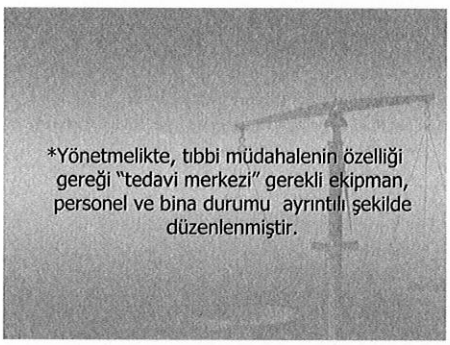
Yapay Döllenme Tıbbi Müdahalesinde; Hekimin, Sağlık Görevlisinin, Sağlık Kuruluşunun;

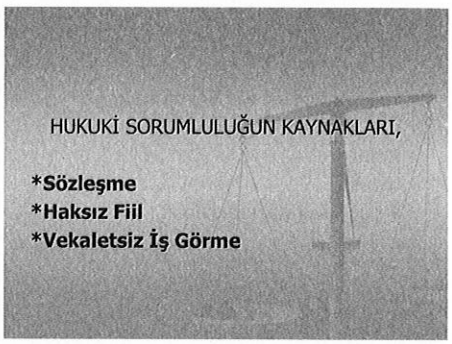
1-Aydınlatma,
2-Rıza alma,
3-Hekimliğin gerektirdiği dikkat ve özeni gösterme,
4-Sır saklama
5-Dosya ve belge saklama
6-Üreme hücresi saklanmasında(tıbbi zorunluluk durumunda) yönetmeliğin saklama ve kullanma düzenlemelerine uyma sorumluluğu vardır.

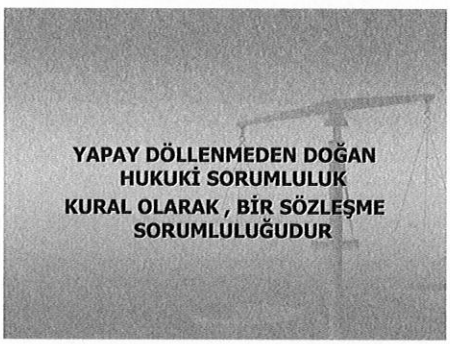
- Gebeliğin kadın yönünden hayati tehlike taşıdığı durumlarda,
- Kocanın ırsî hastalığı,
- Kan uyuşmazlığı,
- Kısırlık oranı çok yüksek eşlerde,
- Bunların dışındaki tıbbi zorunluluk hallerinde Yapılmamalıdır.

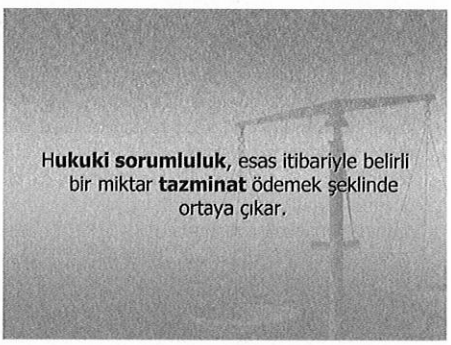

Yönetmeliğe göre hukuka uygun olan "homolog döllenmedir".
Şahsi durum(nesebin sıhhati), aile ve miras hukuku yönünden sorunlar daha çok heterolog döllenmede karşımıza çıkar.

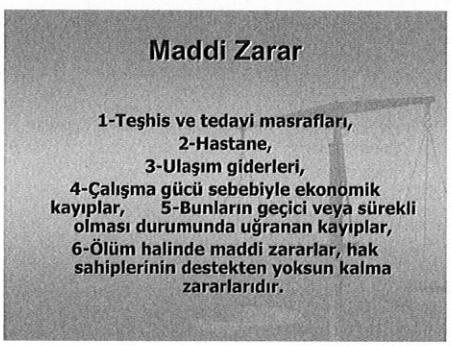

Kimliği meçhul kimsenin sperminin kullanılmasında hekim, sağlıklı bir çocuk dünyaya geleceğini garanti eden durumundadır.
Olası durumlardan anne ve çocuğa karşı sorumlu olacağı gibi spermin rızasız kullanılması durumda erkek ve miras sorunları yönünden erkeğin mirasçılarına karşı da hukuki sorumluluk mevcuttur.
Üreme hücrelerinin karıştırılmasında da maddi ve manevi zararlar yönünden sorumluluk doğacaktır.


*Yönetmelikte, tıbbi müdahalenin özelliği gereği "tedavi merkezi" gerekli ekipman, personel ve bina durumu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.


HUKUKİ SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI,
*Sözleşme
*Haksız Fiil
*Vekaletsiz İş Görme


YAPAY DÖLLENMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK
KURAL OLARAK , BİR SÖZLEŞME SORUMLULUĞUDUR


Hukuki sorumluluk, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar.


Maddi Zarar
1-Teşhis ve tedavi masrafları,
2-Hastane,
3-Ulaşım giderleri,
4-Çalışma gücü sebebiyle ekonomik kayıplar, 5-Bunların geçici veya sürekli olması durumunda uğranan kayıplar,
6-Ölüm halinde maddi zararlar, hak sahiplerinin destekten yoksun kalma zararlarıdır.


Manevi Tazminat
Manevi tazminatın amacı, bu zararı gören kişinin, uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Avukat Berna Özpınar'a çok teşekkür ediyoruz. Evet üçüncü konumuz "Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar" başlığını taşıyor. Konuşmacımız sayın Profesör Doktor Ergün Özsunay. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Avrupa Konseyi Biotek Yürütme Komitesi Türk Delegesi aynı zamanda. Buyurun efendim.

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ TEKNİKLERİNE İLİŞKİN HUKUKİ SORUNLAR

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
AVRUPA KONSEYİ CDBI TÜRK DELEGESİ

A. GİRİŞ VE BAZI KAVRAMLARIN BELİRLENMESİ

I. Kavramlar

Üremeye yardımcı tedavi teknikleri, genel olarak, *"kısırlık tedavisi"*ne yönelik olan ve *"çocuk özlemini giderme"*yi amaçlayan yöntemler ve uygulamalardır.

Bu konu, tıp literatüründe, çok kez *"tüpte dölleme"* (in vitro fertilization), *"yapay dölleme"* (artifical fertilization), *"tıbben yardım edilen üreme"* (medically assisted procreation, assisted reproduction; procréation médicalement assistée) gibi terimlerle ifade edilmektedir.

Türk mevzuatında, *"yapay dölleme"*ye ilişkin sorunlar, *Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliğ*inde düzenlenmiştir[1].

Bu bakımdan, bu araştırmada, *"tıbben yardım edilen üreme teknikleri"* (medically assisted procreation (MAP) ya da assisted reproduction; procréation médicalement assistée) karşılığı olarak *"ÜYTE"* sözcüğü kullanılmıştır.

1 RG 21.08.1987; Sayı: 19551. *ÜYTE Yönetmeliğ*inde, 1996, 1998 ve 2005 yıllarında çeşitli değişiklikler yapılmış; "yapay dölleme"ye ilişkin sorunlar bakımından *"üremeye yardımcı tedavi"* (ÜYTE) terimi benimsenmiştir.

II. ÜYTE tekniklerine ilişkin çalışmalar

ÜYTE teknikleri ve bu alanda ortaya çıkan sorunlar çeşitli çevrelerde sürekli olarak tartışılmıştır. Bu konu, şu anda da, *"tıp hukuku"*nun en güncel konularından biridir.

1. "Dünya Tıp Hukuku Derneği"nin çalışmaları

Bu alanda ilk olarak, *"Dünya Tıp Hukuku Derneği"*nin (World Association of Medical Law, WAML) çalışmalarının belirtilmesi gerekir.

WAML'ın 2002 *Maastricht*, 2004 *Sydney*, 2006 *Toulouse* ve 2008 *Beijing Kongreleri*nde, ÜYTE tekniklerine ilişkin tıbbi ve hukuksal sorunlar çeşitli bakımlardan incelenmiştir.

2002 yılında *Maastricht*'de düzenlenen *Dünya Tıp Hukuku Kongresi*ne (World Congress on Medical Law) tarafımdan *"Türkiye'de Tıbben Yardım Edilmiş Üreme"* (Medically Assisted Procreation in Turkey) başlıklı bir rapor sunulmuş ve konu, Türkiye'nin taraf olduğu *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Onurunun Korunması Hakkında Antlaşma: İnsan Hakları ve Biyotıp Antlaşması"*nın ışığında Türk mevzuatı bakımından incelenmiştir[2].

2. Avrupa Konseyi'nin çalışmaları

a) "Tıbben Yardım Edilmiş Üreme ve İnsan Embriyosunun Korunması"hakkında 3. Biyoetik Sempozyumu

Avrupa Konseyi de, 15-18 Aralık 1996 tarihlerinde Strasbourg'da gerçekleştirilen "3. Biyoetik Sempozyu"munu *"Tıbben Yardım Edilmiş Üreme ve İnsan Embriyosunun Korunması"* (Medically assisted procreation and the protection of human embryo) konusuna özgülemiştir[3].

b) "39 ülkede ÜYTE ve İnsan Embriyosunun Korunması Hakkında Karşılaştırmalı bir Çalışma"

Avrupa Konseyi, ayrıca, *"39 ülkede ÜYTE ve İnsan Embriyosunun Korunması Hakkında Karşılaştırmalı bir Çalışma"* gerçekleştirmiştir. Bu

2 Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan ve 4.Nisan. 1997 tarihinde kabul edilen *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"* (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Being with regard to Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine", 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla onaylanmıştır. RG 09.12.2003, Sayı: 25311.

3 Bu Sempozyuma sunulan bildirilerde, *ÜYTE teknikleri bakımından "çoçuk edinme isteği"nin ve "kısırlık tedavisi"nin sorunları* üzerinde durulmuş (Meropi Michaleli ve Israel Nisand tarafından sunulan bildiriler); *ÜYTE tekniklerine ilişkin uygulamaların etik sorunları* incelenmiş (André van Steirteghem, Ilya T. Vatev, Hans-Bernard Wuermeling, Pedro N. Barbi Rague ve Bruno Brambati tarafından sunulan bildiriler ve *"ÜYTE tekniklerinin uygulanması sonucunda dünyaya gelen çocukların durumu"* (Olivier Guillod ve A.M.L. Broekhuysen-Molenaar tarafından sunulan bildiriler) ele alınmıştır Bkz. *Council of Europe*, Third Symposium on Bioethics, CDBI/SPK (96).

çalışmada, yapay dölleme (artificial insemination), "tüpte dölleme" (in vitro fertilization) ve ÜYTE tekniklerine ilişkin hukuksal düzenlemeler; üreme hücrelerinin (gametes) yumurta ve sperm bağışlarına (ovum and sperm donations); ÜYTE tekniklerinin uygulanması sonucunda çocuğa geçecek hastalık risklerine; ÜYTE tekniklerini uygulayacak ekiplerin ve tedavi merkezlerinin donanımına; ÜYTE tekniklerinin uygulanacağı kişilerin rızalarına (consent); embryo ve ceninin korunmasına ve ÜYTE teknikleri sonucunda dünyaya gelen çocukların hukuksal durumuna (ana bakımından soybağı; baba bakımından soybağı) ilişkin sorunlar incelenmiştir[4].

3. "Uluslararası Mukayeseli Hukuk Akademisi"nin çalışmaları

Uluslararası Mukayeseli Hukuk Akademisi de (International Academy of Comparative Law, Academié Internationale de Droit Comparé) 14-20 Temmuz 2002 tarihlerinde Brisbane'de (Avustralya) düzenlenen *XVI. Uluslararası Mukayeseli Hukuk Kongresi*nde *embriyo ve ceninin hukuksal durumu*nu incelemiştir[5].

III. İrdelenecek sorunlar

Bu araştırmada, *ÜYTE teknikleri* bakımından ele alacağımız başlıca sorunlar şunlardır:

- *ÜYTE tekniklerinden yararlanabilecek kişiler*: *"evli eşler"* arasında ÜYTE uygulamaları ile *"üçüncü kişilerin yumurta, sperm veya embriyo bağışıyla gerçekleştirilen ÜYTE uygulamaları"*;

- ÜYTE tekniklerinin uygulanabilmesi için ilgilerden alınacak *"rıza"*yla (onam) ilgili sorunlar;

- *Embriyonun dondurulması, saklanması, nakli ve yok (imha) edilmesine ilişkin sorunlar*;

- *ÜYTE teknikleri sonucunda dünyaya gelen çocuğun hukuksal durumuna ilişkin sorunlar.*

4 Bkz. *Council of Europe*, Medically Assisted Procreation and the Protection of Human Embryo-Comparative Study on the Sitaution in 39 States, CDBI-CO-GT3 (96) 7 Rev. 2, 2 July 1997.

5 Bu Kongreye, genel raportör olarak tarafımdan bir "Genel Rapor" sunulmuştur. Bkz. *Ergun Özsunay*, Rights of Embryo and Foetus in Private Law, IACL/AIDC, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002, Bruylant, Brxelles, 2006, s.1275-1413.

B. ÜYTE TEKNİKLERİNİN KULLANILMASINA VE BU TEKNİKLERDEN YARARLANABİLMEYE İLİŞKİN SORUNLAR

I. Avrupa Konseyinin çalışmaları ve "Biyotıp ve İnsan Hakları Antlaşması"

1. Tavsiye kararları

Avrupa Konseyi, Oviedo Antlaşmasından (4 Nisan 1997) önce, 1980'li yıllarda, embriyo ve ceninle ilgili olarak bazı önemli *"tavsiye kararları"* (recommendation) alınmasını başarmıştır.

Avrupa Konseyi'nin, embriyo ve ceninle ilgili "tavsiye kararları" içinde aşağıdaki karar lar belirtilmelidir:

- *İnsan embriyosu ve ceninin teşhis, tedavi, bilimsel, sınai ve ticari amaçlarla kullanımı hakkında 1046 sayılı Tavsiye Kararı (1986)*[6]

- *İnsan embriyoları ve ceninin bilimsel araştırmalarda kullanılması hakkında 1100 sayılı Tavsiye Kararı (1989)*[7]

2. CAHBI tarafından gerçekleştirilen çalışmalar

Avrupa Konseyi'nde, 4 Nisan 1997 tarihli Oviedo Antlaşmasını hazırlayan *"Biyoetik Yürütme Komitesi"*nden (CDBI, Steering Committee on Bioethics) önce biyoetik alanında çalışmalar yapmakla görevli *CAHBI*, 1989 yılında "ÜYTE teknikleri hakkında bir çalışma gerçekleştirmiştir. *"İnsanlarda Yapay Dölleme Hakkında Rapor"* başlıklı bu çalışmada, "insan embriyosuna her durumda, insan onuruna gösterilen saygının gösterilmesi" gereği vurgulanmıştır[8].

3. Oviedo Antlaşması: "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Antlaşması: İnsan Hakları ve Biyotıp Antlaşması"

a) *Avrupa Konseyi*'nde CDBI tarafından hazırlanan ve 4 Nisan 1997 tarihinde Oviedo'da (İspanya) kabul edilmiş bulunan *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Antlaşması: İnsan Hakları ve Biyotıp Antlaşması"*'nın 14. maddesi, ÜYTE sorununa ilişkindir.

Antlaşmanın 14. maddesine göre, "cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek

6 Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes.

7 Recommendation 1100 (1989) on the use of human embryos and foetuses in scientific research.

8 "Human embryos must be treated in all circumstances with respect due to human dignity". *Bkz. CAHBI*, Study Paper on Human Artificial Procreation, Council of Europe, 1989.

amacıyla tıbben yardım edilmiş üreme tekniklerinin kullanılması" yasaklanmıştır. Antlaşmanın 18. maddesi ise, embriyonun korunmasına ilişkindir. Bu madde, aşağıdaki hükümleri içermektedir:

"Madde 18- (1) Hukukun embriyolar üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde embriyo için uygun koruma sağlanacaktır.

(2) Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyosunun yaratılması yasaktır."[9]

b) Oviedo Antlaşmasının bütünleyici parçalarından birini oluşturan *"Biyomedikal Araştırmalarla İlgili Olarak İnsan Hakları ve Biyotıp Antlaşmasına Ek Protokol"*de de "embriyolar"la ilgili bazı hükümler yer almaktadır.

Ek Protokole göre, bu Protokol hükümleri, sadece *"cenin ve canlı embriyolar"* (in vivo) üzerindeki araştırmalarda uygulanacaktır. *"Tüpte embriyolar"* (in vitro) üzerinde araştırmalar, Protokol dışında bırakılmıştır (m. 2.2)[10].

II. Çeşitli ulusal hukuklarda ÜYTE tekniklerinin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler

ÜYTE tekniklerinin kullanılmasına ilişkin ulusal düzenlemeleri başlıca iki kategoriye ayırt edebilmek amaca uygun olur:

1. ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını sadece "evli eşler"e tanıyan; yumurta ve sperm bağışlarını yasaklayan düzenlemeler

Bu kategoride ise, ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağı sadece *"evli eşler"*e tanınmakta; *"üreme hücreleri bağışı"*na (yumurta ve sperm bağışları) izin verilmediği gibi; *"embriyo nakilleri"* de kabul edilmemektedir.

Türk ÜYTE düzenlemesi, bu kategorinin tipik örneklerinden biridir.

2. ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını, hem "evli eşler"e; hem de "evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşayan çiftler"e tanıyan ve "üreme hücreleri" bağışına izin veren düzenlemeler

Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda ulusal düzenlemeler, ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını, hem *"evli*

9 Bu Antlaşma Türkiye tarafından 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla onaylanmıştır: *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"*. Bkz. RG 09.12.2003, Sayı: 25311.

10 Bkz. *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomeedical Research*, Council of Europe Treaty Series, No. 195. Türkiye, bu Antlaşmayı henüz onaylamamıştır.

*eşler"*e; hem de *"evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşayan çiftler"*e tanımakta; ayrıca "yumurta ve sperm bağışları"yla, "embriyo bağışları"nda izin vermektedir.

Aşağıda, C başlığı altında birinci kategori düzenlemelere örnek olarak özellikle Türk ÜYTE düzenlemesi; D başlığı altında ise, ikinci kategoride yer alan düzenlemeler ele alınacaktır.

C. ÜYTE TEKNİKLERİNDEN YARARLANABİLME OLANAĞINI SADECE "EVLİ EŞLER"E TANIYAN; "YUMURTA VE SPERM BAĞIŞI"NI YASAKLAYAN DÜZENLEMELER: TÜRK ÜYTE UYGULAMASI

I. Genel olarak

Türkiye'de ÜYTE teknikleri, *Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliğ*iyle düzenlenmiştir[11].

Yönetmeliğe göre, Yönetmeliğin amacı, *çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden uygun görülenler*in üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olmalarının sağlanmasıdır (m. 1).

Yönetmelik bu amaçla, *ÜYTE merkezlerinin açılması, çalışması ve denetlenmesine ilişkin kuralları* düzenlemiştir (m. 1).

Yönetmelik ekinde, *ÜYTE yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin ayrıntıları düzenleyen 4 EK* bulunmaktadır.

II. ÜYTE yönetminden yararlanabilme hakkı

Yönetmeliğe göre, ÜYTE tekniklerinden ancak *"evli çiftler"* yararlanabilir (m. 19/I).

ÜYTE'de, sadece "evli çiftler"e ait "üreme hücreleri" kullanılabilir .

ÜYTE yöntemlerinden yararlanabilmek için, *"ÜYTE Yönetmeliğinde öngörülen tedavi yöntemleri dışındaki mevcut tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olamadıklarının belgelenmiş olması"* gerekir[12].

ÜYTE yöntemlerinden yararlanabilmek için, *"evli çiftler"*in *"izin belgesi"*ni (rıza, onam koşulu) doldurmaları gerekir[13].

11 Bu Yönetmelik 3359 sayılı *Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu*'nun 3. ve 9. maddeleri ile 181 sayılı sayılı *Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK*'nin 43. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (m. 2). 21. 08. 1987 tarihli ve 19551 sayılı RG'de yayımlanan ilk Yönetmelik, sonradan 1996, 1998, 2001 ve 2005 yıllarında çeşitli değişikliklere uğramıştır.

12 Bkz. Yönetmelik EK 2: "Hasta Seçim Kriterleri". Türk hukukunda, *"taşıyıcı annelik sözleşmeleri"* (surrogate motherhood), "kamu düzen"ine ve "genel ahlaka" aykırılık nedenleriyle geçersizdir (BK m. 20).

13 Bkz. Yönetmelik EK 4: *"ÜYTE uygulanacak Çiftlere Ait İzin Belgesi" ve Rıza Beyanı.*

III. ÜYTE Yönteminde transfer edilecek embriyo sayısı

ÜYTE'de *üçten fazla embriyo transfer edilmemesi* esastır. İstisna olarak, *yaş faktörü, embriyo kalitesi ve benzeri tıbbi zorunluluk hallerinde* üçten fazla embriyo transfer edilmesi durumunda, uygulamayı yapan hekimin *"gerekçesini belgelemesi"* öngörülmüştür[14].

IV. Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasına ilişkin kurallar

Yönetmeliğe göre, *üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasak*tır. Ancak, tıbbi zorunluluk hallerinde, üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanabilir. Saklanan gonad dokularının, evlilik dışında ve başka kişiler için kullanılması yasaklanmıştır[15].

V. Dondurulmuş embriyoların kullanılması

Yönetmeliğe göre, adaylardan fazla embriyo alınması durumunda, eşlerden her ikisinin rızası alınarak, *embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir* [16].

Dondurulmuş embriyolar, *beş yılı geçmemek koşuluyla*, merkez (ÜYTE merkezi) tarafından belirlenecek süre içinde, her iki eşin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir[17].

VI. Dondurulmuş üreme hücreleri ve embriyoların yok edilmesi

Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin isteğine göre imha edilebilir[18].

Yönetmeliğe göre, saklanan embriyoların *beş yıllık sürenin geçmesinden sonra* derhal yok edilmesi öngörülmüştür.

Ancak, saklanan embriyoların,

- *eşlerden birinin ölümü* ya da
- *eşlerin birlikte istemi* veya
- *boşanmanın kesinleşmesi* hallerinde,

beş yıllık süreden önce de, derhal yok edilmeleri gerekir[19].

VII. Başkasına yumurta, sperm ve embriyo transferi yasağı

Yönetmeliğe göre, kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermlerle elde edilen embriyoların *"bir başka maksat-*

14 Bkz. Yönetmelik m. 17/II
15 Bkz. Yönetmelik, m. 17/III ve EK 3: *"Embriyo Saklama Bilgi Fişi"*.
16 Bkz. Yönetmelik, m. 17/IV.
17 Bkz. Yönetmelik, m. 17/V.
18 Bkz. Yönetmelik, m. 17/III ve EK 3: *"Embriyo İmha Fişi"*.
19 Bkz. Yönetmelik, m. 17/V ve EK 3: *"Embriyo İmha Bilgi Fişi"*

la kullanılması, nakledilmesi veya satılması" yasak olduğu gibi; *"başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması, nakledilmesi veya satılması"* kesinlikle yasaklanmıştır (m. 17/I).

Böylece, Türk hukukunda, *"yumurta, sperm ve embriyo bağışları"*nın yasaklanmış olduğu belirtilmelidir.

VIII. ÜYTE tekniklerine göre dünyaya gelen çocuğun hukuksal durumu

Yönetmeliğe göre, ÜYTE teknikleri sadece *"evli eşler"*e uygulanacağından, bu tekniklerin uygulanması sonucunda dünyaya gelen çocuklar, *soybağı* bakımından, *"evlilik içinde doğan çocuk"* durumundadır (TMK m. 282 vd.;285 vd.).

D. "ÜYTE TEKNİKLERİ"NDEN YARARLANABİLME OLANAĞINI HEM "EVLİ EŞLER"E; HEM DE "EVLİLİK BENZERİ İLİŞKİDE BİRLİKTE YAŞAYAN ÇİFTLER"E TANIYAN VE "ÜREME HÜCRELERİ BAĞIŞI"NA İZİN VEREN DÜZENLEMELER

ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını, hem "evli eşler"e; hem de "evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşayan çiftler"e tanıyan ve "üreme hücreleri" (yumurta ve sperm) bağışına izin veren düzenlemeler bakımından özellikle *Kara Avrupası'nın belli başlı hukuk düzenleri* ele alınacak; ayrıca, *A.B.D.,İngiltere* ve *Kanada*'daki düzenlemeler gözden geçirilecektir[20].

I. Almanya

Almanya'da ÜYTE tekniklerine ilişkin sorunlar, 1990 tarihli *Embriyonun Korunması Hakkında Kanun*'la (Embryonenschutzgesetz, ESchG) düzenlenmiştir[21].

Bu kanuna göre, bir kadının yumurtası ile erkeğin sperminin yapay olarak döllendirilmesi ancak *her iki tarafın rızası*yla mümkündür.

20 Söz konusu düzenlemelerde *sorunların belirlenmesi bakımından* kaynak olarak, Avrupa Konseyi'nin *"Tıbben Yardım Edilmiş Üreme ve İnsan Embriyosunun Korunması"*yla ilgili çalışmasından yararlanabilmek mümkündür. Ancak, 1997 yılında gerçekleştirilmiş olan bu çalışmanın dikkatle kullanılması gerekir. Zira 1997 yılından 2008 yılına kadar geçen 11 yıl içinde ÜYTE teknikleri ile sperm, yumurta ve embriyo bağışları bakımından ulusal hukuklarda önemli değişiklikler meydana çıkmıştır. Bkz. *Council of Europe*, Medically Assisted Procreation and the Protection of Human Embryo-Comparative Study on the Situation in 39 States, CDBI-CO-GT3 (96) 7 Rev. 2, 2 July 1997. Aynı şekilde, çeşitli ulusal hukukların açıklanması bakımından, *Beverly J. Wunderlin*'in doktora tezinin de yararlı bir kaynak olduğu belirtilmelidir. Genel olarak Avrupa Konseyi'nin 1997 tarihli çalışmasını esas alan bu tezin de, ulusal hukuklarda sonradan gerçekleştirilen yenilemeler nedeniyle, dikkatle kullanılması gerekmektedir. Bkz. *Beverly J. Wunderlin*, The Regulation of Medically Assisted Procreation in Europe and Related Nations and the Influence of National Identity, Social, Cultural and Demographic Differences, University of North Texas, August 2002.

21 Bkz. *Wunderlin*, s. 94-96.

Rızası olmadıkça, bir kadına *"embriyo transferi"* yasaklanmıştır.

Ayrıca, *erkeğin ölümünden sonra*, onun spermleriyle kadının yumurtasının döllendirilmesine de izin verilmemektedir[22].

Alman hukukuna göre, ÜYTE tekniklerinin uygulanması, ancak *ayrı cinsten evli eşler* veya *evlilik benzeri beraberlikteki çiftler* bakımından mümkündür[23].

Almanya'da *"sperm bağışı"*na izin verilmiş; ancak *"yumurta veya embriyo bağışı"* (oocyte) yasaklanmıştır. Bununla beraber, istisna olarak, *"artık embriyolar"*ın başka bir kadına nakledilebilmesi mümkündür.

Böyle bir durumda, *kendisine embriyo nakledilen kadın*, doğacak çocuğun anası olarak kabul edilir.

ÜYTE sonucunda dünyaya gelen çocuklara da, evlat edinilen çocuklar gibi, *biyolojik ana ve babalarını öğrenebilme hakkı* tanınır. Bu nedenle, bağışlayıcının kimliği ve özellklerinin kaydedilmesi öngörülmüştür. Bağışçı hakkında, ancak çocuk ergin (reşit) olduktan sonra bilgi verilebilir[24].

II. Avusturya

Avusturya'da ÜYTE uygulamalarına ilişkin sorunlar, 1992 tarihli *"Transplantasyon Tıbbı Hakkında Kanun"*la (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) düzenlenmiştir[25].

FMedG'ye göre, *ÜYTE* ile, gebeliğin, cinsel birleşmeden başka bir şekilde ortaya çıktığı yöntemler anlaşılır (§ 1(1)). ÜYTE yöntemleri içinde, özellikle aşağıdaki durumlar sayılabilir:

- bir kadının cinsiyet organına spermlerin nakledilmesi;

- bir kadının bedeni dışında yumurta hücreleri ile sperm hücrelerinin birleştirilmesi;

22 Söz konusu yasaklara aykırılık halinde üç yıla kadar hapis veya para cezası verilir. Bkz. ESchG § 4. Alman kanunu, *klonlama*yı (§ 6) ve *insan gametleriyle hayvan yumurta veya spermlerinin döllendirilmesi*ni de yasaklamaktadır (§ 7). *Klonlama*yla, başka bir embriyo veya cenin ya da yaşayan veya ölmüş bir bireyle özdeş genetik yapısı olan bir embriyonun vücuda getirilmesi ifade edilmektedir. ESchG'ye göre, ayrıca, cinsiyetle ilgili kalıtsal bir hastalıktan kaçınma hali dışında, *"cinsiyet seçimi"*ne de izin verilmemiştir.

23 Almanya'da *"evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşama"* konusunda 16 Şubat 2001 tarihli yasal bir düzenleme mevcuttur: *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*-Lebenspartnerschaftsgesetz, kısaca *"LPartG"*. Bu kanuna göre, aynı cinsiyetten olan iki kişi, karşılıklı olarak ve aynı anda bulunmak koşuluyla, birbirlerine karşı yaşam boyu bir birliktelik sürdürmek üzere beyanda bulunabilirler. Beyan, yetkili makama yapılır. Eşler arasında, malvarlıksal ilişkiler için de bir sözleşme yapılması gerekir (§ 7). Eşler, birbirlerine karşı nafaka yükümlüsü (§ 5) olduğu gibi; birbirlerinin mirasçısı da olurlar (§ 10).

24 Bkz. Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1591 vd.

25 Bkz. *Bundesgesetz, mit dem Regelung über die medizinisch unterstützte Fortplanzung getroffen. Fortplanzungsmedizingesetz, "FMedG"* sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geaendert werden. BGBl Jahrgang 1992, 4. Juni 1992, 105. Stück). Ayrıntı için bkz. *Michael Schwimann*, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, Das Standesamt, 46. Jahrgang Nr. 6, Juni 1993, s. 169-181.

- *gelişmeye elverişli hücrelerin bir kadının döl yatağına nakledilmesi;*
- *"yumurta hücreleri"nin veya "sperm ile yumurta hücreleri"nin bir kadının döl yatağına yerleştirilmesi* (§ 1(2))[26].

FMedG'ye göre, ÜYTE teknikleri, kural olarak, *"evlilik birliği"* veya *"evlilik benzeri yaşam birliği"* (eheaehnliche Lebensgemeinschaft) durumlarında uygulanır (§ 2(1)).

Ayrıca, *bilim ve deneyim durumuna göre mümkün olan tedavi yöntemlerinin uygulanmasına karşın cinsel birleşmeyle gebeliğin başarılı olmaması halinde de* ÜYTE tekniklerine başvurulabilir (§ 2(2)).

ÜYTE uygulamasında, kural olarak *"evli eşler"*in ya da *"yaşam beraberliği içinde bulunan çiftler"*in yumurta ve spermleri kullanılır (§ 3(1)). Bununla beraber, bunların "üreme yeteneği"nin bulunmaması durumunda, bir *"üçüncü kişinin spermi"*nin kullanılmasına da izin verilebilir ((§ 3(2)). Kadınlar bakımından, *"yumurta hücreleri"* ve *"gelişmeye elverişli hücreler"* ise, ancak bunların alındığı kadında kullanılabilir (§ 3(3)).

Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) eklenen § 156a hükümlerine göre, *"sperm bağışı"* mümkündür.

ÜYTE teknikleri sonucunda dünyaya gelen çocuğun hukuksal durumu ABGB §§" 137b, 163 hükümlerinde düzenlenmiştir[27].

III. İsviçre

İsviçre'de ÜYTE yöntemlerine ilişkin sorunlar 18 Aralık 1998 tarihli *Tıbben Yardım Edilmiş Üreme Hakkında Federal Kanun*'la (Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG])düzenlenmiştir[28].

İsviçre Anayasası'nın119. maddesi, *"insanlarda, üremeye yardımcı tıp ve gen teknolojis"*ine (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich) ilişkin hükümler öngörmektedir. 119 maddeye göre, ÜYTE uygulamalarından, ancak *"kısırlığın veya ağır bir hastalığınbaşkasına geçirilmesi tehlikesinin başka bir şekilde giderilemediği durumlar"*da yararlanılabilir (Art. 119, 2 c).

26 *"Gelişmeye elverişli hücreler"* ya da *"gelişme yeteneği olan hücreler"* deyimiyle, döllenmiş yumurta hücreleri veya ondan gelişmiş hücreler anlaşılır. Bkz. (§ 1(3)).

27 Bkz. aşağıda E Başlığı altındaki açıklamalar.

28 Bkz. 18. 12. 1998 tarihli *Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung* (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG), 01.01.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 03.10.2003 tarihinde, bu Kanunun 42. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapılmış, "artık (kullanılmayan) embriyolar"ın saklanması süresi uzatılmıştır. FMedG, ÜYTE uygulamaları ve gen teknolojisi sorunlarına yardımcı olmak, görüş bildirmek ve kılavuzlar hazırlamak amacıyla bir *Ulusal Etik Komisyonu* (Nationale Ethikkommission) kurulmasını öngörmektedir (Art. 28). Bkz. *Wunderlin, s. 116.*

Anayasa'da öngörülen koşullar, FMedG Art 5'e de aktarılmıştır. ÜYTE, ancak, *"kısırlığın üstesinden gelinemediği* veya *diğer tedavi yöntemlerinin başarı sağlayamadığı ya da bu gibi yöntemlere başvurmanın amaçsız olduğu"* durumlarda uygulanabilir. Aynı şekilde, *"ağır ve tedavi edilemeyen bir hastalığın altsoya geçirilmesi tehlikesinin bulunduğu ve bu tehlikenin giderilemediği haller"*de de, ÜYTE uygulamalarından yararlanılabilir (Art. 5 1.a ve b).

ÜYTE yöntemlerinden, çocuk doğurma yaşında olan, *"evli eşler"* ile *"aynı cinsiyetten olup da, evlilik benzeri ilişki içinde yaşayan çiftler"* yararlanabilir (18.06.2004 tarihli *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*, Partnerschaftsgesetz, PartG.Art. 28).

ÜYTE uygulamalarından yararlanabilmek için, *"eşlerin yazılı rızaları"* aranır (FMed. G, Art. 7). Eşlerin yazılı rızasının alınmasından önce, ÜYTE yöntemini uygulayacak hekimin, ÜYTE uygulanacak eşleri, kısırlığın çeşitli nedenleri; uygulanacak tıbbi yöntem ile bunun sonuç ve tehlikeleri; birden çok çocuğun dünyaya gelebileceği olasılığı; uygulamanın olası psikolojik ve fiziksel külfetleri ve hukuksal ve mali sorunları hakkında özenle aydınlatması gerekir (FMedG, Art. 6 1 a-e).

İsviçre hukukuna göre, *sperm bağışı* mümkündür. Ancak, bağışlanmış sperm, sadece *"evli çiftler"*de kullanılabilir (FMedG, Art. 3, No. 3). Sperm bağışının, parasal bir karşılık söz konusu olarak yapılması öngörülmüştür (FMed G, Art. 21). Sperm bağışlarında, hem *sperm bağışçısı*; hem de *bağışlanan spermin kullanıldığı evli kadın* ve *eşi*yle ilgili olarak *ayrıntılı bir belgelendirme düzeni* (*sperm bağışçısı* bakımından: adı ve soyadı, doğum yeri, doğum tarihi, yerleşim yeri, uyrukluk durumu, mesleği, sperm bağışının yapıldığı tarih; spermle ilgili tıbbi inceleme sonuçları vb.; *spermin kullanıldığı kadın ve eşi* bakımından: adları, doğum yerleri ve doğum tarihleri; yerleşim yerleri; uyrukluk durumları; spermin kullanıldığı tarih) öngörülmüştür (FMedG, Art. 24)

Ölen eşin sperminin kullanılması yasaklanmıştır (ölümden sonra gebelik, posthumous conception) (FMedG, Art. 3, No. 4). Ayrıca, *bağışlayanın ölümü*nden sonra, "semen hücreleri" veya "döllenmiş yumurta"nın da kullanılmasına da izin verilmemiştir (FMedG, Art. 3, No. 4).

*Sperm bağışı*na izin verilmesine karşın (FMedG, Art. 18 vd.), kanun, *"yumurta* ve *embriyo bağışı"* yasaklamıştır (FMedG, Art. 4) [29].

29 İsviçre'de *"taşıyıcı annelik"* de yasaklanmıştır. Bkz. İsviçre Anayasası Art. 119 2 d) ve FMedG, Art.4 ve 31. Ayrıca *"taşıyıcı annelik için aracılık"* da yasaktır (FMedG, Art. 31).Bkz. *Wunderlin*, s. 116-117.

Sperm bağışlanması durumunda, bağışçının kimliğiyle ilgili bir *kayıt* tutulması öngörülmüştür. Bu kayıtta, bağışlayanın adı, doğum tarihi ve yeri, geçerli ve sürekli adresi, tabiiyeti, mesleği, eğitimi ve fiziksel görünümüyle ilgili hususlar yer alır. Ayrıca, bağışın yapıldığı tarih ve yapılan testlerin sonuçları da belirtilir.

ÜYTE uygulaması sonucunda dünyaya gelen çocuğun kendi ana babası ve sperm bağışçısının kişisel bilgileriyle birlikte Federal Adalet Bakanlığına bildirilmesi gerekir.

Bu şekilde dünyaya gelen çocuk, 18 yaşına eriştikten sonra, bağışçının fiziksel görünümü ve şahsı hakkında bilgi isteyebilir. Böyle bir istemin yapılması halinde ilgili makamın önce bağışlayanla temas etmesi öngörülmüştür. Bağışlayan, kişisel temas kurulmasını ret ederse, bu durum çocuğa bildirilir. *"Bağışlayanın gizlilik (mahremiyet) ve ailesinin korunması hakkı"*nın üstün tutulacağı konusunda çocuğa da bilgi verilir (FMedG, Art. 27)[30].

IV. Fransa

Fransa'da *ÜYTE* (procréation médicalement assistée), *"tüpte döllendirme"* (in vitro), *embriyo transferi* ve *yapay döllendirme*yle ilgili klinik ve biyolojik süreçleri kapsayan bir terimdir. Doğal üreme dışında *"üremeye yardımcı olan teknikler"*, ÜYTE olarak nitelenir.

Fransa'da ÜYTE, 29 Temmuz 1994 tarihli ve 94-653 sayılı bir Kanunla düzenlenmiştir. Ayrıca, ÜYTE uygulamalarında 1 Temmuz 1994 tarihli ve 94-548 sayılı *"Sağlık Araştırmaları Amaçlarıyla Kişisel Verilerin İşlenmesi Hakkında Kanun"* da gözden uzak tutulmamalıdır[31].

Fransız biyoetik hukukuna göre, ÜYTE tekniklerinden ancak *"çocuk doğurabilecek yaşta bulunan" ve "ayrı cinsten olan eşler"* yararlanabilirler. Bunların dölleme ya da embriyo transferi sırasında *hayatta olmaları* ve *evli olmaları* aranır. Ayrıca, en az iki yıl *"evlilik benzeri bir yaşam birlikteliği içinde bulunanlar"*ın da ÜYTE tekniklerinden yararlanabilmeleri mümkündür.

30 İsviçre Anayasası (Art. 119.2) ve FMedG (Art. 36), *klonlanma*yı da yasaklamıştır. İsviçre'de "artıuk embriyolar"la "kök hücre araştırmalarına çok sıkı koşullar altında izin verilmektedir. "Hücre çekirdeği nakli", yasaktır. Klonlama bakımından da, *"tedavi amaçlı klonlama"* (therapeutisches Klonen) , *"üreme amaçlı klonlama"*dan (reproduktives Klonen) ayırt edilmektedir. Yasaklanan klonlama ikicisidir. Tedavi amaçlı klonlama yoluyla üretilen kök hücrelerden çeşitli hastalıkların tedavisinde yararlanılabileceği (örneğin insülin üreten hücrelerin şeker hastalarında; kalp kası üreten hücrelerin kalp krizi geçiren kimselerde kullanılması gibi) belirtilmektedir. Karş. *Wunderlin*, s. 116-117.

31 Söz konusu kanunlar, *Fransız Medeni Kanunu*'na (Code civil, m. 311-20), *Halk Sağlığı Kanunu*'na (Code de la santé publique) ve *Ceza Kanunu*'na eklenmişlerdir.

Eşlerden biri öldüğü takdirde, dondurulmuş gametler veya embriyolar, sağ kalan eşin istemi üzerine yok edilebilecekleri gibi; kısır bir çifte de bağışlanabilir.

Fransız hukukunda, ayrıca, ÜYTE amacıyla üçüncü kişilerin "*sperm* veya *yumurta bağışı*"nda bulunabilmeleri mümkündür.

Fransız hukukunda, *"taşıyıcı annelik sözleşmeleri"*, kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılır[32].

V. İtalya

İtalya'da ÜYTE uygulamalarına ilişkin sorunlar, 10 Şubat 2004 tarihli *"Yardım Edilmiş Üreme Teknolojisi Hakkında Kanun"*la düzenlenmiştir.

İtalyan hukukuna göre, ÜYTE uygulamalarından *"evli eşler"* yararlanabileceği gibi, *"ayrı cinsiyette olan ve birlikte yaşayan çiftler"* de yararlanabilirler (m. 5)[33].

VI. İspanya

İspanya'da ÜYTE uygulamaları, 35/1988 tarihli *"Yapay Dölleme Kanunu"*yla düzenlenmiştir. Bu konuda, ayrıca, 28 Araşıl 1988 tarihli ve 42 sayılı *"İnsan embriyolarının ve ceninin, bunların hücrelerinin, dokularının ve organlarının bağışlanması ve kullanılması hakkında Kanun"*un da önem taşıdığı belirtilmektedir[34].

İspanyol hukukuna göre, ÜYTE uygulamaları, kural olarak *"evlilik birliği içinde kısırlık tedavisi"*ne yöneliktir. ÜYTE bakımından 18 yaşını tamamlayan ve ayırtım gücü bulunan kadınlar yararlanabilir. Başka bir yaş sınırı mevcut değildir.

Ölmüş bir "evli erkek eş"in ya da "birlikte yaşama hallerinde erkek partner"in sperminden yararlanılarak yapay döllenme yapılabilmesi, bunların, ölüm tarihinden altı ay önce bir vasiyetname ya da benzeri bir belgeyle spermin kullanılmasına izin vermeleri halinde mümkündür.

İspanyol hukuku, *"sperm ve yumurta bağışı"*na izin vermekte ise de, *"embriyo bağışı"*nı yasaklamıştır[35].

---

32 Bkz. *Wunderlin*, s. 94.

33 Ayrıntı için bkz. *V. Fineschi/M. Neri/E. Turillazzi*, The New Italian Law on assisted reproduction technology (Law 40/2004), Law, Ethics, and Medicine, s. 536 vd. www.jmedethics.com. Ayrıca bkz. *Guido Alpa*, New Developments of Italian Law about the Use of Embryos in Assisted Procreation, www.revistapersona.com.ar/Persona41/41Alpa.htm

34 Her iki kanun da, İspanyol kamu sağlığı sistemini düzenleyen "Genel Sağlık Kanunu" kapsamında uygulanmakta ve yorumlanmaktadır. Bkz. *Wunderlin*, s. 114-115.

35 İspanya'da da, *klonlama* yasaklanmış olup, bir suç teşkil etmektedir. Mevzuat, bağışlayanın tıbbi geçmişinin ve önemli bilgilerin kaydının tutulmasını ve *Ulusal Bağışçılar Sicili*ne geçirilmesini öngörmektedir. Bkz. *Wunderlin*, s. 114-115.

VII. Nordik hukuklar: İsveç, Norveç ve Finlandiya hukukları

1. İsveç

İsveç'te ÜYTE ile ilgili sorunlar, 18 Mayıs 2006 tarihli ve 2006:351 sayılı *"Genetik Bütünlük Hakkında Kanun"*la (The Genetic Integrity Act) düzenlenmiştir.

Bu kanunun ilk beş Bölümü genetikle ilgili sorunlara özgülenmiştir. *"Dölleme"* yle

(insemination) ilgili sorunlar Altıncı Bölümde; *"kadının vücudu dışında dölleme"*ye (fertilisation outside the body) ilişkin sorunlar ise Yedinci Bölümde düzenlenmiştir.

İsveç'te ÜYTE uygulamaları, kural olarak *Sağlık ve Esenlik Ulusal Kurulu*'nun (National Board of Health and Welfare) gözetimi altında gerçekleştirilir (Bölüm 6, Paragraf 2 ve 7; Bölüm 7, Paragraf 4).

İsveç hukukuna göre, ÜYTE tekniklerinden, *"evli eşler"* veya *"ayrı ya da aynı cinsiyette olup da, evlilik benzeri bir ilişki içinde yaşayan çiftler"* (örneğin, lesbiyenler) yararlanabilirler (Bölüm 6, Paragraf 1 ve 1994:1117 sayılı *Registered Partnership Act*).

İsveç hukukunda, *"sperm ve yumurta bağışı"* izin verilir. Sperm ve yumurta bağışı, ancak ergin olanlar tarafından, yazılı rızaları alınmak suretiyle yapılabilir. Bağışçı, döllenme anına kadar, rızasını geri alabilir (Bölüm 6, Paragraf 2). Ölmüş bir bağışçının spermi dölleme amacıyla kullanılamaz (Bölüm 6, Paragraf 4). Sperm ve yumurta bağışlarında, bağışçıyla ilgili veriler özel bir sicile kaydedilir ve en az 70 yıl süre ile saklanır (Bölüm 6, Paragraf 4 ve Bölüm 7, Paragraf 6). Bu sicil, ÜYTE uygulaması sonucunda dünyaya gelen ve sperm ya da yumurta bağışçısının kimliğini öğrenmek isteyen çocuğun incelemesine açıktır[36].

*Döllenmiş yumurta*nın (fertilised egg) bir kadının dölyatağına ithali ancak diğer eşin (evli eş veya yaşam birliğindeki eş) izni ile mümkündür (Bölüm 7 Paragraf 3).

2006:351 sayılı Kanun, gerek *"dölleme"* (insemination); gerekse *"kadının vücudu dışında dölleme"* (fertilisation outside the body) bakımından ÜYTE uygulamalarına ancak *"doğacak çocuğun iyi koşullarda yetiştirilebileceği durumlar"*da izin vermektedir (Bölüm 6, Parag 3; Bölüm 7, Paragraf 5).

36 2006:351 sayılı Kanun, "bilgi edinme hakkı" bakımından belirli bir yaş sınırı öngörmemiş; sadece, ÜYTE uygulaması sonucunda dünyaya gelen çocuğun "yeterli bir olgunluğa ulaşması"nı aramıştır. Bkz. Bölüm 6, Paragraf 5.

2. Norveç

Norveç hukukunda ÜYTE uygulamalarına ilişkin sorunlar, 5 Aralık 2003 tarihli ve 100 sayılı *"İnsan Tıbbında Biyoteknolojinin Kullanılması Hakkında Kanun"*la (Act relating to the Application of Biotechnology in Human Medicine) düzenlenmiştir[37].

Norveç'te ÜYTE sorunun, 2003 tarihli Kanun'un İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Kanuna göre, *"tıbben yardım edilmiş üreme"* (medically assisted procreation), "döllendirme" (insemination) ve "in vitro döllendirme" (tüpte döllendirme, in vitro fertilization) kavramlarını kapsamaktadır. (§ 2-1).

"Döllendirme" (fertlization), bir kadının vücuduna, cinsel birleşme dışında, "spermin ithal edilmesi"dir. (§ 2-1).

"In vitro döllendirme" (in vitro fertilization) ise, yumurtanın, kadının bedebi dışında döllendirilmesidir (§ 2-1).

2003 tarihli Kanun'a göre, ÜYTE uygulamalarından, *"evli kadın"* ile *"bir erkekle evlilik benzeri sürekli bir yaşam birliği içinde bulunan kadın"* yararlanabilir (§ 2-2).

"Döllendirme" (insemination), *erkeğin kısır olması* ya da *kalıtsal ciddi bir hastalığın taşıyıcısı olması* halinde mümkündür. Bununla beraber, *kadının, cinsiyetle bağlantılı ciddi bir kalıtsal hastalığın taşıyıcısı olduğu durumlar*da da "döllendirme" (insemination) yoluna başvurulabilir (§ 2-3).

"In vitro döllendirme" (tüpte döllendirme, in vitro fertilization) ise, *kadın ya da erkeğin kısır olduğu* veya *kısırlığın nedeninin bilinmediği durumlar*da söz konusu olabilir (§ 2-4).

2003 sayılı Kanun'a göre, ÜYTE yönteminin uygulanabilmesi için, *çiftlerin, tedavinin tıbbi ve hukuksal sonuçları bakımından yazılı rızalarının alınması* gerekir (§ 2-5). ÜYTE'nin uygulanmasına hekim karar verir. Hekimin kararı, çiftlerin, tıbbi ve psiko-sosyal yönlerden hekim tarafından değerlendirilmesinden verilir (§ 2-6).

Norveç hukukuna göre, *"sperm bağışı"* yapılabilir. Bunun için, *sperm bağışlayanın, ergin (reşit) olması, sperminin, döllendirme amacıyla kullanılmasına* ve *kimliğinin, bağışçılar siciline kaydedilmesine yazılı olarak izin vermiş bulunması* gerekir (§ 2-9).

37 Bu kanun, 5 Ağustos 1994 tarihli ve 56 sayılı *"Tıpta Biyoteknolojinin Uygulanması Hakkında Kanun"*un yerini almıştır. Bu Kanun, önceki kanunda olduğu gibi, biyoteknolojiyle ilgili sorunların incelenmesi ve çözümü amacıyla bir *Norveç Biyoteknoloji Danışma Kurulu* oluşturulmuştur. Kurul, istem üzerine ya da kendiliğinden biyoteknolojiye ilişkin sorunlar hakkında görüş açıklamalarında bulunma yetkisine sahiptir (§ 7-3).

Sperm naklinde, *en uygun sperm*, ÜYTE tekniğini uygulayan hekim tarafından seçilir (§ 2-10)[38].

Kanun'a göre, ancak *özel olarak yetkilendirilmiş kurulmuşlar sperm saklama yetkisi*ne sahiptir. Söz konusu kuruluşlar, sperm bağışlayanın kimliğini *sicile bildirmek*le yükümlüdür (§ 2-11).

ÜYTE tekniği kullanılarak, *başkasının sperminin kullanılması sonucunda dünyaya gelen çocuk*, 18 yaşına geldiği zaman, *bağışçının kimliğini öğrenme hakkı*na sahiptir (§ 2-7).

Norveç hukukunda, *"çocuğun cinsiyetinin seçimi"*ne (sex selection), ancak, kadının, cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalığın taşıyıcısı olduğu durumlarda izin verilir (§ 2-13).

2003 tarihli Kanun'a göre, *embriyolar*, ancak, özel olarak ÜYTE teknikleri uygulamaya izin verilen kuruluşlar tarafından saklanabilir (§ 2-17).Embriyoların beş yıldan fazla saklanması yasaktır. Süre geçtikten sonra, dondurulmuş embriyoların yok edilmeleri gerekir (§ 2-16). *Döllendirilmemiş yumurtaları*n (unfertilized eggs), kadının ölümü halinde, yok edilmesi öngörülmüştür (§ 2-17).

Dondurulmuş embriyolar, ancak, *yumurtanın alındığı kadında* kullanılabilir (§ 2-15).

Norveç hukukuna göre, sperm bağışına izin verildiği halde, *bir kadının yumurtalarının ya da yumurta parçalarının bir başka kadına bağışlanması* yasaklanmıştır (§ 2-18).

Bunun gibi, kısırlığın tedavisi amacıyla, *gamet üreten organların ve dokuları*n bir kimseden bir başkasına nakledilmesi de yasaktır (§ 2-18).

3. Finlandiya

Finlandiya'da ÜYTE uygulamaları 1237/2006 sayılı *"Kısırlık Tedavileri Hakkında Kanun"*la (Act on Assisted Fertility Treatments) düzenlenmiştir[39].

1237 sayılı Kanun, Birinci Bölümünün 2. paragrafında (Section) bazı önemli kavramları tanımlamaktadır.

1237 sayılı Kanun'a göre, *"çift"* (couple), bir kadınla bir erkeğin "evlilik içinde" ya da "evliliğe benzer bir ilişki içinde yaşaması" halinde söz konusudur.

"Tedavi uygulanan kişi" (person receiving treatment) ise, "evlilik

38 2003 tarihli Kanun'la, *sperm bağışlayanların kimliklerinin kaydedileceği bir sicil*in tutulması öngörülmüştür (§ 2-8).

39 Bu Kanunun İngilizce metni için bkz. <www.finlex.fi>

içinde" ya da "evliliğe benzer bir ilişki içinde yaşamayan" bir "çift"i veya "kadın"ı ifade eder.

"Gametlerin bağışı" (donation of gametes), bir başkasının üreme tedavisinde kullanılmak üzere, bir kimsenin sperminin veya yumurtasının bağışlanması anlamına gelir.

"Bağışlayan" veya *"bağışçı"* (donor), "üreme hücreleri"ni (gametes) bağışlayan kişidir.

1237 sayılı Kanun, ÜYTE yöntemlerini uygulanması için *Ulusal Tıp Hukuku İşleri Kurumu*'ndan (National Authority for Medicolegal Affairs) lisans alınmasını öngörmektedir. Lisans, ancak, gerekli teknik donanıma sahip bulunan *"sağlık bakımı birimi"*ne (health care unit) ve *hekimler*e verilir (Section 24). Söz konusu lisanslara sahip bulunan "sağlık bakım birimi" ve hekim, *"hizmet sağlayıcı"* (service provider) olarak nitelenmiştir (Section 2, No. 5).

1237 sayılı Kanun, 3. maddesinde *"ÜYTE bakımından gametlerin ve embriyoların kullanılması"*nı düzenlemekte; dördüncü paragrafında, *"gametlerin ve embriyoların kullanımına ilişkin kısıtlamalar"*ı belirlemekte; altıncı paragrafında *"çocuğun karakteristiklerinin etkilenmesi"*ne ilişkin sorunları ele almakta; altıncı paragrafında *"gametlerin ve embriyolar üzerindeki işlemler"*i; yedinci paragrafında ise, *"gamet ve embriyoların ÜYTE dışında başka amaçlar için kullanımı"*nı düzenlemeketdir.

1237 sayılı Kanun'un İkinci Bölümü, *ÜYTE yöntemine ilişkin düzenlemeler*e özgülenmiştir (Section 8 vd.).

1237 sayılı Kanun'a göre, "genetik bakımdan manipüle edilmiş gamet ve embriyoların, klonlanmış embriyoların ve araştırmalarda kullanılmış gamet ve embriyolar"ın üremeye yardımcı tedavide kullanılmaları yasaklanmıştır (Section 4).

"Çocuğun cinsiyetinin seçimi" ancak, ciddi bir hastalığın söz konusu olduğu durumlarda söz konusu olabilir (Section 5).

Saklanan gametler ve embriyolarda ise, "hizmet sağlayıcı kuruluş", bunların alındığı kişinin ölümünü öğrendiği anda, dondurulmuş gametleri ve embriyoları yok etmekle yükümlüdür.

Ayrıca, ÜYTE amacıyla gamet ve embriyo alınması halinde, ilgili kişinin istemi üzerine gametlerin ve embriyoların yok edilmeleri gerekir (Section 6).

Gametlerin ve embriyoların yok edilmeleri yerine, bunların hukuka uygun *başka amaçlar için kullanılması*, ancak, gamet veren veya gamet-

lerinden embriyo vücuda getirilen kişinin rızası üzerine mümkündür (Section 7).

1237 sayılı Kanun'a göre, *ÜYTE yöntemlerinin uygulanabilmesi* için, *tedavi uygulanan kişinin yazılı rızasının* alınması gerekir. Kanun, yazılı rızanın içeriğini ayrıntılı olarak belirlemektedir: tedavi uygulanacak kişinin adı, soyadı ve kimlik numarası, rızanın verildiği tedavi yöntemi; rızanın geçerlik süresi; rızanın verildiği tarih ve rızasını verenin imzası vb. Section 10). 1237 sayılı Kanun, sadece *"evli eşler"*in değil, fakat *"aynı cinsiyette olan çiftler"*in de (lesbiyenler) ÜYTE tekniklerinden yararlanmalarına imkan tanımaktadır.

Bununla beraber, aşağıdaki durumlardan birinin varlığı halinde, *ÜYTE yöntemlerinin uygulanması yasaklanmış*tır:

- ÜYTE için yazılı rızanın sağlanamaması durumunda;

-tedavi uygulanan çiftlerden birinin bir üçüncü kişiyle evli olması halinde;

- kadının yaşı ya da sağlık durumu nedeniyle, gebeliğin, kadının ya da çocuğun sağlığı bakımından ciddi bir tehlike ortaya koyması durumunda;

- ÜYTE'ye rızasını veren kimsenin rızasını geri alması veya ölümü söz konusu olduğunda;

- çocuğun dengeli olarak gelişiminin garanti edilemediği hallerde (Section 8).

1237 sayılı Kanun, *"gamet ve embriyo bağışlarına ve nakilleri"ne* izin vermiştir. Ancak gamet bağışında bulunacak kimsenin, *18 yaşını doldurmuş olması ve gamet bağışının, bağışlayanın sağlığı bakımından bir tehlike doğurmaması* öngörülmüştür (Section 13).

1237 sayılı Kanun, gamet ve embriyo bağışlanması durumlarında, *Ulusal Tıp Hukuku İşleri Kurumu* tarafından bir *"Bağış Sicili"* (Donation Register) tutulmasını öngörmektedir (Section 22)[40].

1237 sayılı Kanun'a göre, ÜYTE yöntemi uygulaması sonucunda *kalan fazla embriyoların*, yine *ÜYTE uygulanacak bir başkasına bağışlanabilmesi* mümkündür. Bu gibi durumlarda, hem kadının, hem de erkeğin rızalarının alınması öngörülmüş ve her ikisi de *"bağışçı"* (bağışlayan, donor) olarak kabul edilmiştir (Section 20).

1237 sayılı Kanun, ayrıca, *"gametlerin kullanımı bakımından bağışçı-*

40 Bu sicilde, her bağışçıya bir *"bağışçı kodu"* (donor's code) verilir ve bağışçıyla ilgili kimlik verileri kaydedilir (Section 22).

*nın rızası"*nın alınmasını da düzenlemiştir (Sections 16 ve 17).

1237 sayılı Kanun, Dördüncü Bölümünde, *"gamet veya embriyo bağışlanması sonucunda dünyaya gelen çocuğun bilgi edinme hakkı"*nı (biyolojik ana-babasını öğrenme hakkı) düzenlemektedir. Çocuk, 18 yaşını tamamladıktan sonra, bağışçının kimliğini öğrenme hakkını kullanabilir (Section 23)[41].

VIII.A.B.D., İngiltere ve Kanada

1. A.B.D.

A.B.D.nde *tüpte dölleme* (in vitro fertilization) kısırlığın tedavi edilmesiyle ilgili yaygın bir tedavi biçimidir.

A.B.D.'nde ÜYTE teknikleri 1973 tarihli *Uniform Parentage Act*'le (UPA, Ana Babalık Durumu Hakkında Tekbiçim Kanun) düzenlenmiştir. Bu Kanun, 2000 yılında köklü bir değişikliğe uğramıştır. Yeni Kanun, bir hekimin denetiminde yapılmış olmasa bile, evli eşlerle ilgili tüm yapay döllenme durumlarını düzenlemektedir [42].

A.B.D. uygulamasında, ÜYTE yöntemlerinin çeşitli görünümleri ayırt edilir: Birinci yöntem, doğal yoldan döllenmenin gerçekleşmemesi nedeniyle, *bir kadının yumurtasının kocasının spermiyle tüpte döllendirilmesi*dir. İkinci yöntemde, *başkası tarafından bağışlanmış bir yumurtanın, kadının kocasının spermiyle tüpte döllendirilmesi* söz konusudur. Üçüncü yöntemde ise, bir *yumurta bağışçısının yumurtası, kocanın spermi ile yapay olarak döllendirilip, "döllenmiş embriyo", karı kocaya yabancı bir kimseye nakledilir*[43].

A.B.D.nde ÜYTE teknikleri bakımından ortaya çıkan güncel sorun, *dondurulmuş embriyo ya da spermlerin kullanılması*yla ilgilidir. Ülke çapında 400.000 dondurulmuş embriyo olduğu tahmin edilmektedir. Hukuksal bir çerçeve olmadığı için, bu gibi durumlarda yargı yerleri ciddi hukuksal sorunlarla karşı karşıya gelmektedir. Örneğin Kaliforniа'da vefat eden bir adamın çocukları, onun dondurulmuş spermlerinden 15'inin, adamın vasiyeti üzerine kız arkadaşına verilmesini önlemeye çalışmışlardır. Kalifornia mahkemesi, "spermler"in, ölenin terekesinde yer aldığını belirtmiş ve bir erkeğin ölümünden sonra onun kız arkada-

41 Finlandiya'da ÜYTE'yle ilgili sorunlar için bkz. *Lasse A. Lehtonen*, The Finnish Act on Infertility Treatments and Reproductive Liberty, WAML/China Health Law Society, 17th World Congress on Medical Law, 17-21 October 2008, Beijing, s. 105-106).

42 Harry D. *Krause*/David D. *Meyer*, Family Law in a Nutshell, 5th Edition, Thomson/West, 2007, s. 155. Bundan sonra "*Krause/Meyer*".

43 *Krause/Meyer*, s. 156.

şında gerçekleştirilecek yapay döllenmenin kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir[44].

Eşlerin ÜYTE teknikleri bakımından farklı görüşte olmaları halinde durum daha karışıktır. 1992 yılında *Tennessee Yüksek Mahkemesi* böyle bir sorunla karşılaşmıştır. Olayda, boşanan bir erkek, eşlerin daha önceden dondurulmuş embriyolarının boşanmış olduğu (eski) karısı tarafından kullanılmasını önlemek istemişti. Yüksek Mahkemeye göre, bu konuda, yargıcın, "çatışan menfaatler" arasında bir denge kurması gerekmektedir. Yüksek Mahkemeye göre taraflar araaında daha önce yapılmış bir anlaşma mevcut değilse, pre-embriyoların kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin menfaatlerin değerlendirilmelidir. Diğer tarafın, pre-embriyoların kullanılması dışında, başka yollarla çocuk sahibi olabileceği göz önüne alınarak, pre-embriyoların kullanılmasını istemeyen tarafın menfaatlerine üstünlük tanınmalıdır. Ancak, makul olarak, başka bir seçenek mevcut bulunmamakta ise, gebelik için pre-embriyoların kullanılmasına izin verilebilir. Bununla beraber, pre-embriyoların kontrolünü isteyen taraf, bunları başka bir çifte bağışlamayı düşünmekte ise, bunların kullanılmasına itiraz eden tarafın menfaatine üstünlük tanınmalıdır[45].

Tennessee mahkemesi, hiç değilse umutsuz durumlarda, bir embriyonun kullanılmasını isteyen tarafa bir imkan tanırken, diğer mahkemeler (örneğin Texas, Iowa, Massachusetts) dondurulmuş embriyoların yok edilmesine ilişkin sözleşmelerin aynen ifası yönünde karar vermişlerdir[46].

2002 tarihli *Uniform Parentage Act* (UPA, Ana Babalık Durumu Hakkında Tekbiçim Kanun) ise, farklı bir çözümü benimsemiştir. Bu kanunun § 706 hükmüne göre, "yumurtaların, spermin veya embriyoların naklinden önceki bir evlilik sona erecek olursa, önceki eş razı olmadıkça (kadın veya erkek), doğacak çocuğun *ana babası* (ebeveyn) sayılmaz"[47].

---

44 Bkz. *Hecht v. Superior*, 16 Cal.App. 4th 836, 20 Cal.Rptr.2d 275(1993). *Krause/Meyer*, s. 156'da zikredilmiştir.

45 Bkz. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn.1992) cert. denied, 507 U.S. 911 (1993). *Krause/Meyer*, s. 157 dn. 5'de zikredilmiştir.

46 ya da bu gibi koşullarda ana baba (ebeveyn) olmayı istemeyen eski eşin (ex-partner), böyle bir duruma zorlanmasının "kamu düzenine aykırı" olacağına hükmetmişlerdir. Bkz. *Roman v. Roman*, 193 S.W.31 40 (Tex. App.- Houston 2006); *In re Marriage of Whitten*, 672 N.W. 2d 768 (Iowa 2003); A.Z. v. B.Z. 437. Mass. 150, 725, N.E. 2d 1051 (2000). Bu kararlar *Krause/Meyer*, s. 157 dn. 6'da zikredilmişlerdir.

47 Yeni *Uniform Parentage Act*, ABA tarafından 1989 yılında onaylanmış bulunan "*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*" den (ÜYTE Sonucu Doğacak Çocukların Tekbiçim Statüleri Hakkında Kanun) üstün tutulur. Bkz. *Krause/Meyer*, s. 156.

2. İngiltere

İngiltere'de ÜYTE uygulamaları, *"İnsanlarda Döllenme ve Embriyolar Hakkında Kanun"*la (Human Fertilisation and Embryology Act, HFEA) düzenlenmiştir.

ÜYTE uygulamaları *"evlilik ilişkisi"* içinde söz konusu olabileceği gibi; *"evlilik ilişkisi dışında"* da ÜYTE tekniklerinden yararlanılabilir.

ÜYTE tekniklerinin kullanılabilmesi için, *"eşlerin rızası"* gerekir.

İngiliz hukukunda, *sperm bağışları*na izin verilmektedir. Ancak, uygulamada, sperm bağışları bakımından kıtlık olduğu görülmekte; kısırlık tedavisi bakımından, sperm bağışını özendirici çalışmalar yapılması istenmektedir[48].

İngiliz hukuku, *embriyoların dondurulmasına ve daha sonra kullanılması*na izin vermektedir[49].

3. Kanada

Kanada'da, ÜYTE uygulamaları, 29 Mart 2004 tarihli *Yardım Edilmiş İnsan Üremesi Hakkında Kanun*'la (Assisted Human Reproduction Act, AHR Act) düzenlenmiş ve Kanunun uygulanması, *Kanada Yardım Edilmiş İnsan Üremesi Kurumuna* (Assisted Human Reproduction Canada, AHRC) verilmiştir.

Kanada hukukuna göre, ÜYTE uygulamalarından yararlanabilmek için, "in vitro embriyo"nun bağışçısının aydınlanmış yazılı rızasının alınması gerekir[50].

---

48 Bkz. International Herald Tribune, 12 November 2008.

49 2003 yılında, İngilte'rede dondurulmuş embriyoların durumuyla ilgili bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. *Evans v. Amicus Healthcare Ltd.* ve *Hardley v. Midland Fertility Services Ltd.* olaylarında, evlilik dışı birlikteliklerde, spermleri dondurulan erkek partnerler, embriyoların kullanılmasına ilişkin rızalarını geri aldıklarını ileri sürerek, HFEA uyarınca, dondurulan embriyoların kullanılmasını önlemişlerdi. Bunun üzerine, iki İngiliz kadını, High Court'a başvurarak, kısırlık tedavisi sırasında birlikte yaşadıkları erkeklerin spermleriyle vücuda getirilen ve dondurularak saklanan embriyoların kullanılmasına izin verilmesini istemiş ve mahkemeden, embriyolardan yararlanma imkanını ret eden kliniklerin ret kararlarının kaldırılmasını talep etmişlerdir. Davacı kadınlara göre, HFEA'nın bu konudaki çözümü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 8. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Davacılara göre, erkeklerin rızalarını geri alabilmeleri imkanını tanıyan düzenleme, *"ayrımcı"* nitelikte olup, "kadınların özel yaşamı" ve "aile yaşamı"na devletin haklı olmayan bir müdahalesidir. Ancak, İngiliz mahkemesi, taraflardan her birine, embriyoların kullanılmasına ilişkin rızalarını geri alabilmeleri imkanını tanıyan düzenlemenin "eşitlik ilkesi"ne uygun olduğunu belirtmiş ve bu konuda devletin müdahalesinin "hukuka ve amaca uygun olduğu"nu açıklamıştır. Bkz. *S.J. Elliston*, Frozen in Time: Should Consent to use embryos be able to be removed ? WAML, Program and Abstract Book, The 15th World Congress on Medical Law, 1-5 August 2004, Sydney, s. 97.

50 *"Tüpte embriyo"* (in vitro embryo) üzerindeki araştırmalar da, bu Kanunla düzenlenmektedir. Kanada'da ÜYTE uygulamaları için: K. Daniels/V. Feyles/J. Nisker/M. Perez-y-Perez/C. Newton/J.A. Parker/F. Tekpetey/J. Haase, Sperm Donation: Implications of Canada's Assisted Human Reproduction Act 2004 for Recipients, Donors, Health Professionals, and Institutions. Bkz.<www.soge.org/jogc/abstracts/full/200607>

E. ÜYTE UYGULAMALARI SONUCUNDA DÜNYAYA GELEN ÇOCUKLARIN SOSYAL VE BİYOLOJİK ANA BABALARIYLA SOYBAĞI İLİŞKİLERİ

I. ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını sadece "evli eşler"e tanıyan; yumurta ve sperm bağışlarını yasaklayan düzenlemeler: Türk çözümü

Yukarıda C başlığı altında açıklandığı üzere, Türk ÜYTE uygulamaları sadece *"evli eşler"*e özgülendiği; üçüncü kişilerin sperm ve yumurta bağışlarına izin verilmediği için ÜYTE uygulamaları sonucunda dünyaya gelen çocuk *soybağı* bakımından *"evlilik içi çocuk"*un hukuksal durumuna sahiptir.

Türk hukukuna göre, çocuk ile anası arasındaki *soybağı* doğumla kurulacağından, ÜYTE uygulaması sonucunda doğan çocuğun *anası, çocuğu doğuran kadın*dır (MK m. 282). Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan *çocuğun babası* da *koca*dır (TMK m. 285/I). Bu bakımdan, evlilik birliğinin devamı sırasında, ÜYTE yöntemleriyle dünyaya gelen çocuğun babası, onu doğuran kadının kocasıdır.

Evlilik devam ederken, yasak olmasına karşın,sperm ya da yumurta bağışı yöntemleriyle çocuk dünyaya getirilmesi durumlarında ise, babanın, *"soybağının reddi davası"*nı açması gerekir (TMK m. 286)[51].

ÜYTE uygulamaları sonucunda dünyaya gelen çocuğun *mirasçılık durumu* da, "evlilik içi çocuk"un mirasçılık durumundan farklı değildir.

II. ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını, hem "evli eşler"e; hem de "evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşayan çiftler"e tanıyan ve "üreme hücreleri" bağışına izin veren düzenlemeler

ÜYTE tekniklerinden yararlanabilme olanağını, hem "evli eşler"e; hem de "evlilik benzeri ilişkide birlikte yaşayan çiftler"e tanıyan ve "üreme hücreleri" (sperm, yumurta ve embriyo) bağışına izin veren düzenlemelerle ilgili açıklamalar yukarıda D başlığı altında yapılmıştır

Bu kategori düzenlemelerde, ÜYTE uygulaması sonucunda *dünyaya gelen çocuğun soybağı bakımından hukuksal durumu*, aşağıda *Amerikan, Alman* ve *Avusturya hukukları* bakımından incelenecektir.

51 *Soybağının reddi davası*na ilişkin ayrıntılar için bkz. TMK m. 286 vd. *Diğer ilgililerin dava hakkı* için bkz. MK m. 291.

1. A.B.D. hukuku

A.B.D.'nde 1973 tarihli *Uniform Parentage Act*'e (UPA, Ana Babalık Durumu Hakkında Tekbiçim Kanun) göre, *yapay döllenme sonucunda, başka bir erkeğin spermiyle dünyaya gelen çocuğun babası, kadının kocasıdır*. Yeter ki, yapay döllenme, *karı kocanın yazılı rızaları* üzerine ve bu alanda *lisanslı bir hekim* tarafından gerçekleştirilmiş olsun.

1973 tarihli Tekbiçim Kanun'un çözümü, şimdi *eyaletlerin büyük çoğunluğu* tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. Kanun, başkaca bir çözüm öngörmediği takdirde, sperm bağışlayanın çocuğa *nafaka* vermesi, hatta *"babanın sorumluluğu"*nu yüklenmesi de söz konusu olabilir [52].

2000 yılında esaslı bir değişikliğe uğrayan 1973 tarihli *Uniform Parentage Act* (Ana Babalık Durumu Hakkında Tekbiçim Kanun), 2002 yılında bir kez daha değiştirilmiş ve soybağıyla ilgili olarak § 703 aşağıdaki çözümü benimsemiştir: "çocuğun babası (parent) olmak kastıyla bir kadına üremeye yardımcı olmak amacıyla sperm veren veya bu konuda rızasını açıklayan bir erkek, çiftler evli olsun olmasın, yapay döllenme sonucunda dünyaya gelen çocuğun babası sayılır" [53].

2. Alman hukuku

Alman hukukuna göre, *çocuğun anası, onu doğuran kadın*dır (§ 1591). *Çocuğun babası* ise, (i) *doğum anında, ana ile evli olan* veya (ii) *babalığını tanıyan* ya da (iii) Alman Hukuk Yargılama Usulü Kanunu'nun (ZPO) § 640/f. 2 hükmü uyarınca BGB § 1600d'ye göre *babalığına hükmedilen kimse*dir.

BGB § 1598a, *"soybağının belirlenmesi için "genetik araştırmaya izin verilmesi istemi"*ni düzenlemektedir. Bu paragraf hükümlerine göre, bir çocuğun soybağının aydınlanması için,

(i) *baba*, ana ve çocuktan;

(ii) *ana*, baba ve çocuktan;

(iii) *çocuk*, ana ve babasının her birinden

*genetik soybağının araştırılmasına rıza gösterilmesi*ni ve *araştırma için genetik örnek alınmasına katlanılması*nı talep edebilir[54].

Rızanın verilmemesi halinde, soybağının ortaya çıkarılması istemi üzerine, *verilmeyen rızanın yerine geçme ve örnek almaya katlanma*

52 *Krause/Meyer*, s. 155.
53 *Krause/Meyer*, s. 155.
54 Genetik örneğin, *bilimin bilinen ilkeleri uyarınca* alınması gerekir (§ 1598a (1)).

amacıyla aile mahkemesi karar verebilir (§ 1598a (2))[55].

Bir kimse, genetik kökeninin araştırılmasına rıza gösterdiği ve *genetik örnek verdiği takdirde*, soybağının aydınlatılmasını isteyen tarafından, *soybağının bulunması için araştırma yaptırılabilir*. Soybağının araştırılmasını isteyen kimse, verilen *rapor*u inceleyebilir ve suret alabilir (§ 1598a (4)).

BGB § 1600, *"babalığın feshi"* (Anfectung der Vaterschft) durumunu düzenlemektedir. Bu paragrafa göre, *"babalığın feshini istemeye yetkili olan kimseler* şunlardır:

(i) *babalığı varsayılan erkek* (§1592, Nr. 1 ve 2 ile § 1593);

(ii) *gebelik sırasında, çocuğun anasıyla cinsel ilişkide bulunan erkek*;

(iii) *ana*;

(iv) *çocuk* ve

(v) *fesih isteme hakkı olan yetkili makam.*

§ 1600'ün beşinci bendine göre, "bir çocuk, *babanın* ve *ananın rızasıyla, üçüncü kişiden alınan sperm bağışı* yoluyla yapay döllendirme sonucunda dünyaya gelmiş bulunmakta ise, *baba* veya *ana*, babalığın feshini isteyemezler.

Görüldüğü gibi, üreme hücrelerinin (sperm veya yumurta) bağışına izin verilen sistemlerde, ÜYTE uygulamaları sonucunda dünyaya gelen çocuğun babasıyla olan soybağı ilişkisinin, hem baba; hem de çocuk bakımından düzenlenmesi gerekmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun yukarıda açıkladığımız hükümleri bu sorunu çözümlemektedir.

3. Avusturya hukuku

Avusturya hukukunda da, 1992 tarihli *"Transplantasyon Tıbbı Kanunu"*yla (FMedG), Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) yapılan eklemeler, ÜYTE uygulamaları sonucunda dünyaya gelen çocuğun soybağını belirlemektedir.

Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) göre de, çocuğu doğuran kadın, onun anasıdır (§ 137b). ABGB'nin §§156a ve 163 hükümleri ise, *sperm bağışı* sonucunda dünyaya getirilen çocuğun hukuksal durumunu düzenlemektedir. §156a'ya göre, *ananın kocası* (Ehemann), *bir başkasının spermi ile ÜYTE'ye* mahkeme önünde düzenlenen bir protokol veya bir noter senediyle *izin vermiş* bulunmakta ise, *üçüncü kişinin spermiyle dünyaya gelen çocuğun soybağı tartışılamaz* (Karş. BGB §1600, Nr. 5).

55 Soybağının ortaya çıkarılmasının *çocuğun esenliğine önemli bir zarar* vermesinin söz konusu olduğu durumlarda, mahkeme, yargılamayı durdurur (§ 1598a (3)).

ABGB §163, *"evlilik dışı çocuk"*un babalığını düzenlemektedir. Bu paragraf hükümlerine göre, evlilik dışı bir çocuğun anasının eşi (yani koca), doğumdan 302 günden fazla 180 günden az olmamak koşuluyla, bu süre içinde anayla cinsel ilişkide bulunmuş ise, çocuğun ondan olduğu varsayılır. Ananın, bu süre içinde, ÜYTE 'den yararlanması halinde, *spermi kullanılan adam, çocuğun babası* sayılır.

Anaya, bir üçüncü kişinin spermiyle ÜYTE uygulanmış bulunuyorsa, ÜYTE'ye mahkeme önünde düzenlenen bir protokol ya da bir noter senediyle onam vermiş olan *koca, çocuğun babası* sayılır. Meğer ki, çocuğun, ÜYTE uygulaması sonucunda dünyaya gelmemiş olduğu kanıtlanmış olsun (§163 (3)).

§163 (4)'de ise, *spermi, ÜYTE uygulamasında kullanılan üçüncü kişi*nin, baba sayılamayacağı öngörülmüştür[56].

F. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

ÜYTE tekniklerine ilişkin çözümler bakımından yapmış olduğumuz karşılaştırmalı araştırmanın Türk hukuku bakımından bizi ulaştırdığı sonuçlar şunlardır:

1. İlk olarak, ÜYTE uygulamaları için öngörülen *"yazılı rıza"* koşulunun, *insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin* ancak *yazılı rıza* üzerine mümkün olabileceğine ilişkin MK m. 23/III hükümleriyle bağdaşmakta olduğu belirtilmelidir.

2. İkinci olarak, Türk hukukunda, ÜYTE uygulamalarına ilişkin düzenlemeler ve ÜYTE bakımından öngörülen koşullar şimdilik *"amaca uygun"* görünmektedir. ÜYTE yöntemlerinden *sadece "evli eşler"*in yararlanabilmesine ilişkin çözümün, *Türk aile yapısı*na ve geleneğine uygun olduğu söylenebilir. *"Üçüncü kişinin sperm bağışlaması"* ya da *"yumurta bağışı"* yoluyla ÜYTE tekniklerinin kullanılması sonucunda çocuk sahibi olmak, Türk aile anlayışıyla bağdaştırılması zor olan bir çözümdür.

3. Türkiye Cumhuriyeti, *Oviedo Antlaşması*na taraf olduğundan, Antlaşmanın 14. maddesi uyarınca, *cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma* hali hariç, ÜYTE uygulamalarının *"cinsiyet seçimi"* amacıyla kullanılabilmesi mümkün değildir.

Bu da, "amaca ve çağdaş gelişmeler"e uygun bir çözümdür.

56 *FMedG* ile Avusturya *"Evlenme Kanunu"*nda (Ehegesetz) yapılan değişiklikle, "eşlerden birinin ÜYTE'ye rıza göstermemesinin, diğer eşe boşanma hakkı vermeyeceği belirtilmiştir (§ 48 f. 2).

4. Dördüncü olarak, ÜYTE'nin sadece *"evli eşler"*e uygulanması nedeniyle, *ÜYTE yöntemleri sonucunda dünyaya gelen çocukların soybağı ve miras hukukuna ilişkin durumlarının*, "evlilik içi çocuklar"dan farklı olmamasının da "amaca uygun" bir çözüm olduğu belirtilmelidir.

KISALTMALAR

ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu); **BGB**: Bürgerlichesgesetzbuch (Alman Medeni Kanunu); **Bkz.** : Bakınız; **CDBI**: Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi (Steering Committee on Bioethics); **Code civil**: Fransız Medeni Kanunu; **ESchG**: Embryonenschutzgesetz (Embriyonun Korunması Hakkında Kanu) [Almanya]; **FMedG**: Fortpflanzungsmedizingesetz ("Tıbben Yardım Edilmiş Üreme Hakkında Kanun")[İsviçre] ve Fortpflanzungsmedizingesetz ("Transplantasyon Tıbbı Hakkında Kanun" [Avusturya]; **HFEA**: Human Fertilisation and Embroyology Act (İnsanlarda Döllenme ve Embriyolar Hakkında Kanun) [İngiltere]; **TMK**: Türk Medeni Kanunu; **UPA**: Uniform Parentage Act (Ana Babalık Durumu Hakkında Tekbiçim Kanun)[A.B.D.]; **ÜYTE**: Üremeye Yardımcı Tedavi.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederim. Verdiğiniz değerli bilgiler için. Şimdi soru alabiliriz. Yalnız soruları yazılı alabilirsek. Sayın Özpınar'a bir soru var şu şekilde. Tebliğinize hekim sağlıklı bir çocuk dünyaya geleceğine garanti eder dediniz. Tıbbi deontoloji nizamnamesi garanti verilmesini yasaklamaktadır. Hatta bu nedenle dolandırıcılıktan yargılanan hekimler bulunmaktadır. Bir eser sözleşmesi söz konusu değildir görüşünde de olduğunuza göre sağlıklı çocuk garantisini nasıl açıklamak gerekir? Hakan Hakeri sormuş bu soruyu. Sayın Özpınar'a soruyor.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Ben bu konuya değinmedim ama cevap verebilirim. Şimdi garanti,

OTURUM BAŞKANI - Berna Hanım'a sormuş ama.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Şimdi Berna Hanım'ın açıklamasını, Avukat Berna Hanım'ın açıklamasını ilgiyle dinledim. Bir iki noktaya daha aydınlatma isterim. O hekimle hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir dedi ama aslında onun tam bir adı, tam bir ad vermek gerekirse onun adı tıbbi tedavi sözleşmesidir. Yani *medicıl*

trıgmınt egrımınt veya Almanların kullandığı deyimle hekim sözleşmesi *artshipertrak.* O sözleşmenin hukuki niteliğine gelince o sözleşmenin hukuki niteliği bizim hukukumuza ve İsviçre Hukukuna göre vekalet sözleşmesi, bazı durumlarda da eser sözleşmesidir. Ama genel olarak vekalet sözleşmesidir. O iş gördürme sözleşmelerinin çatısı altında olan bir sözleşme türüdür. Şimdi orada vekalet sözleşmesi olduğu zaman vekil mesleğinin standartlarına göre ve gerekli özeni göstererek kendisine verilen görevi yerine getirmekle yükümlüdür. Yoksa bir sonucun garanti edilebilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki üremeye yardımcı tedavi merkezleri yönetmeliğinde o izinle ilgili maddeye göz atacak olursanız orada izinle ilgili maddede eşlerin şeyi garanti etmedikleri görünecektir. İzin verirken hekime bakın burada görevli tabi rıza beyanı, bakın uygulamadan önce görevli tabibin bütün açıklamalarını dinledik, ÜYTE işlemine rıza ve iznimiz olmadan girişilmeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bir; işlemin başarı garantisinin olmadığını, iki; Oesit alınması esnasında uygulanacak falan falan işlemlerin riskli olduğunu, şunları, bunları dinledik. Bu nedenle rızamızı beyan ettik. Yani garanti verme diye bir durum söz konusu değildir. Zaten burada da garanti olmadığını hekim de onlara beyan etmektedir. Benim söyleyeceğim bu kadar. Sizin ilaveniz.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederiz. Buyurun Berna Hanım.

AV. BERNA ÖZPINAR - Ben burada bir yanlış anlaşmanın önüne geçmek istiyorum. Bende temel durumda hocamla aynı görüşü paylaşıyorum. Soru için öncelikle hocama teşekkür ederim. Konuşmada yapay döllenme mevzuunda asıl belirlenmesi gereken hususun etik kurallara bağlılık olduğunu belirttim ben ve şahsi kanım da bu. Ancak basın yayın organlarında ve pek çok değişik dünyada da gördüğümüz örneklerde kendi spermini vermek suretiyle yapay döllenme gerçekleştiren hekimlerin duyulduğu durumda yada meçhul kimselerin spermleriyle hakkın kötüye kullanılması genel tanımı içerisinde bu soruyu cevaplamam gereklidir. O durum için bir hukuki mülahaza gündeme geldiğinde nesep sorununu çözemediğimiz, sağlık sorunlarının olduğu sakat bir doğumun gerçekleştiği durumda işte bunu gerçekleştiren hekim sadece yapay döllenmeyi gerçekleştirdim ve bu neticede bir çocuk dünyaya geldi diye sorumluluktan kurtulamaz.

Burada zaten temel olarak ahlaka aykırılıktan kaynaklı temel bir sorumluluk, onun altında da doğacak çocuğu yani ÜYTE'nin temel koşullarındaki o formlarında ayrıntılı olarak düzenlemelerde kabul edilen şeylerden çıkarak zaten hukuka aykırı bir eylemin sorumluluğunu gündeme getiriyoruz. Burada kanımca öyle. Çünkü anneye enjekte edilen sperm anneye bir garanti veriliyor burada deniliyor ki sağlıklı bir bebek getireceksin ve bu gerçekleşecek. Burada sorumluluk vekaletten biraz daha uzaklaşılıyor. Bir neticenin de borçlanılması özel durumu gündeme geliyor. Bu burada konuştuğumuz konunun legal boyutu dışında bir örnektir. O yönünden garanti verildiği düşüncesindeyim ve sorumluluk gündeme gelir. Ama temel hukuka uygun ve yasal düzenlemenin izin verdiği homolog döllenme çerçevesinde elbette garanti verilmesi mümkün değildir. Zaten yapay döllenme tüp bebekten gayrı bir dış döllenmeden ziyade tamamen üremeye yardımcı bir fiil ve bunun da uygulamasının sınırlandırıldığı bir müdahale türü. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Biraz süremizi aştık onun için başka soru almayalım isterseniz yeterince var. şimdi sırayla tekrar Sayın bir soru var. İngiliz hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmelerinde geçerlilik tanınıyor mu? Tanınıyor ise genital malzemeyi verenler taşıyıcı annenin sorumluluğu yoluna gidebiliyorlar mı? Sayın Mahmut Kamacı sormuş bunu. Çocuğu geri vermiyor mu onu mu kastediyorsunuz?

PROF. DR. PENNEY LEWIS - *(Ardıl Çeviri: Aytaç Ünal DEMİRCAN)*

Öncelikle sorunuzun birinci kısmı için evet bu tür sözleşmeler var. iki tane istisnayla bu sözleşmelerin olduğunu söyleyebiliri. İstisnalardan bir tanesini ticari hiç bir konunun bu durumun içerisine girmemesi olarak nitelendirebiliriz. Yani her hangi bir şirket bu tarz bir sözleşme nedeniyle bir para alamıyor. Sadece anneye, para söz konusu olduğunda sadece anneye verilen para var bu da annenin masraflarını gidermesi ve karşılaştığı zorlukların üstesinden gelmesi için verilen bir para. İkinci istisna da bu pek uygulanmıyor aslında. Anne çocuğu vermeyebiliyor fakat vermezken buradaki kriter çocuk için en iyi faydanın ne olduğu yönünde oluyor. Yani sözleşmede ne yazdığı değil, çocuğun lehine hangi durumun olacağı konusu. Annenin sorumluluğuna dair spesifik sorunuzla ilgili olarak da şunu söylemem mümkün. Bahsini etmiş olduğum doğuştan sakatlıklar yasası vardı. Bu yasaya göre her üreme

tekniğinde anne araba sürmek dışında yaptığı şeylerden sorumlu değil. Çocuğa karşı sorumlu değil. Çocuğa karşı sorumlu olduğu tek nokta gebe iken araba kullanıyor olması. Anne babaya karşı olan sorumluluk kısmına gelirsek taşıyıcı annenin yaptığı her hangi bir şeyden dolayı çocuğun zarar görüp anne babaya karşı sorumluluğu ile ilgili hiç böyle bir durum olmadı, dolayısıyla da bilmiyorum. Ama teorik olarak düşündüğümüzde mümkün böyle bir sorunun olması.

OTURUM BAŞKANI - Ben okuyayım isterseniz. Sayın Lewis'e bir soru, hatalı teşhis ve tedavi sonucunda istenmeden dünyaya gelen ya da sakat olarak dünyaya gelen çocuklarda tazminatın kapsamı nedir? Örneğin geleneksel zarar kalemleri dışında 18 yaşına kadar olan çocuğun bakım giderleri ya da eğitim öğretim giderleri istenebilir mi? Tülay Karakuş Hanım sormuş bu soruyu.

PROF. DR. PENNEY LEWIS - *(Ardıl Çeviri: Aytaç Ünal DEMİRCAN)*Hızlı bir şekilde bunun cevabını iki bölümde vermek istiyorum. İstenmeyen bebek genellikle gebeliğin önlenmesi konusunda yapılan bir başarısızlıktan kaynaklanır. Lordlar Kamarası İngiltere'de bu konudaki istenmeyen bebekler konusundaki onların yaklaşımı gayet sağlıklı bebeğiniz var hani mutlu olun, oturun yerinizde şeklinde. Yani çocuğun bakımı yada eğitimi gibi şeyler için para vermek mümkün değil derler. Çocuk engelli ise bu durumda ihmal ispat edildiğinde evet bakım masrafları 18 yaşına kadar eğitim masrafları karşılanabilir. Hatta çocuk 18 yaşını geçtikten sonra da ben sizin nedeninizle bu engele sahibim diyerek daha sonra da yaşamı ne şekilde etkilenmişse onun içinde tazminat alma hakkına sahiptir.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederiz. Sağ olun. Sayın Hocam bir şey söylemek istiyor galiba.

PROF.DR.ERGUN ÖZSUNAY - Efendim bu taşıyıcı annelikle ilgili bir iki şeyde ben söylemek istiyorum. Bir defa taşıyıcı annelik Kara Avrupa'sı hukuklarında yasaklanmış olan bir sözleşme tipidir. Bir çok kanunda üremeye yardımcı tedavi teknikleri ile ilgili bir çok kanunda taşıyıcı annelik yasaktır diye açık hükümler bulabilmeniz söz konusudur. Türk hukuku bakımından da taşıyıcı annelik ahlaka aykırı Borçlar Kanunu 20, ahlaka aykırılık dolayısıyla geçerli olmayan bir sözleşmedir. Ama taşıyıcı anneliğin kökü Amerika Birleşik Devletlerinden gelmektedir. Orada da eyaletlere baktığınız zaman Utah'ta, Arizona'da Kentaki'de taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçersizdir. Buna karşı Florida'da, Nevada'da, California'da

taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçerlidir. Şimdi taşıyıcı annelik sözleşmesi geçerli olunca bir tarafta ana baba, öbür tarafta taşıyıcı anne arasında bir hukuki ilişki kurulmakta o hukuki ilişkiden iki taraf için haklar ve borçlar söz konusu olmakta. İşte taşıyıcı annenin dönem dönem doktora gitmesi, sigara içmemesi, alkol kullanmaması falan filan. O anlamda o sözleşme çerçevesi içerisinde bu ilişkileri gözleyebilmek mümkündür. Amerikan hukukunu incelerseniz. Orada bir takım standart sözleşmeler yapıldığını ve o sözleşmede tarafların haklarının ve borçlarının neler olduğunun saptandığını kolayca görebilirsiniz. Taşıyıcı annelikte en önemli sorun çocuğu dünyaya getiren kadının çocuğu ana babaya vermemesidir. Nitekim Amerika'da baby M olayı diye bir olay cereyan etti 1980'li yıllarda. Kadın çocuğu ben doğurdum, benim rahmimde büyüdü bu çocuk ana babasına çocuğu teslim etmemiştir. Sonra New Jersey mahkemelerinde uzun yargılamalardan sonra New Jersey yargıcı çocuğun ana babasına verilmesine karar vermiş ama aynı zamanda da taşıyıcı anneye ziyaret hakkı tanımıştır. Birde başka bir olayda söz konusu oluyor. Bu defa da anası babası çocuğu almak istemiyor. Çünkü çocuk sakat doğuyor. Sakat doğunca bu da bir problem. Buyurun çocuğunuzu teslim edeceğim diyorsunuz, bu defa da tersine bir şey oluyor. Taşıyıcı annelik Kara Avrupa'sı hukuk düzenleri için geçerli olmayan bir hukuki ilişkidir. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Biz teşekkür ederiz. Size bir soru daha var Profesör Doktor Ergün Özsunay'a. Türk Hukukunda ÜYTE yönetmeliğinde eşlerin rızasıyla dondurulan embriyonun eşlerin ölümü veya boşanması halinde imha edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Buna rağmen eşler boşandıktan ve kararın kesinleşmesinden 300 gün geçtikten sonra kadının talebi üzerine erkeğin yani kocanın rızası alınmadan embriyo kadına nakledilirse doğacak çocuğun baba bakımından soy bağın nasıl belirlenebilir? Bunu Doçent Doktor Murat Doğan sormuş efendim.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Murat Doğan zor soru sormuş. Kural olarak rıza olmadan dondurulmuş embriyonun kadına emplante edilmesi mümkün değildir, hukuka aykırıdır ama buna rağmen bu embriyo kadına emplante edilmiş ve bir çocuk dünyaya gelmişse, kocayla boşanma durumu mu söz konusu, boşanmışlar mı bunlar? Şimdi sen evlenmenin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır hükmüne dayanarak, o zaman kocanın

bu çocuğu reddetmesi söz konusu, babalığın reddi evet nesebin reddi, soy bağının reddi davasının açılması söz konusu. Kural olarak bu teknik hukuk kuralını uygularsak çocuğun babası yine boşanmış olan kocadır. Ama rızası dışında bu emplantasyon işi yapıldığına göre ancak nesebi reddetmek suretiyle çocukla arasındaki soy bağını ortadan kaldırabilir. Mamafih bu konuyu da tekrar düşünmek söz konusu. Kural olarak bu ilişkilerde ...*child* falan deniyor, çocuğun menfaatinin diğer tarafların menfaatlerinden üstün tutulması hep öngörülmüştü, doğrudur. Belki bu yorum daha amaca uygun olabilir. Yani benim söylediğimden daha uygun olabilir. Çocuğun kural olarak evlilik içi çocuk olarak kabul edilmesi ama tabi onun arkasından bir takım şeyler geliyor. Mirasçılık var babasının mirasçısı oluyor. Evlilik içi çocuk olunca babasına soy bağıyla bağlanıyor ve mirasçı oluyor. Babanın merkeze karşı, ÜYTE merkezine karşı hukuki talepleri ayrı bir konu. Ama çocukla baba arasında ilişki Medeni Kanun'un ilgili maddesi uyarınca evlilik içi nesep olarak da kabul edilebilir muhtemelen. Rıza olmamasına rağmen önceki rızayı bu kadar şeye teşmil etmek de ne kadar uygun olur. Bir boşluk olduğu muhakkak.

KATILIMCI - Hocam 300 gün bittikten sonra,

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Tabii o zaman iş değişiyor. Ya tanıyacak adam. Ya tanıma yada babalık davası.

KATILIMCI - *(Mikrofonsuz)* Peki şu olabilir mi? Evli bir kişinin butlanla bağlı olan ikinci evliliği, yasal olmayan eşin yasal evlilikten nesebin istifade etmesi söz konusu. bu durumda bitmiş bir evliliğin ardından bahsedilen süre içerisinde de belki bu hükümler yani batıl olarak evliliğin nesep...

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Belki olabilir ama şimdi bu tür olayların meydana gelmemesi hem yabancı hukuklarda hem de bizim bu ÜYTE yönetmeliklerinde bazı çözümler öngörülmüş. Yani şimdi onu size söyleyeceğim. Bir defa eşlerden birinin ölümü, iki eşin başvurusu üzerine imha tamam. İkincisi eşlerden birinin ölümü veya boşanma hükmünün kesinleşmesi üzerine derhal imha edilir diyor. Bu tür durumların meydana gelmesini önlemek için ama buna rağmen derhal imha etmemiş de ÜYTE'deki, merkezdeki hekim görevini kötüye kullanarak emplantasyon işlemini tamamlamış ve çocuk dünyaya gelmiş. işte o zaman duruma göre değerlendirme yapmak lazım herhalde.

OTURUM BAŞKANI - Peki

KATILIMCI - *(Mikrofonsuz)*

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederiz hocam sağ olun. Devrim Akyol Sayın Ergün Özsoy'a bir soru sormuş daha doğrusu herkese soru sormuş. Ergün Özsunay Bey'den başlayalım. Yurt dışında sperm bankasından hamile kalan bir bayanın çocuğunun soy bağı Türk hukuku açısından nasıl olmalıdır?

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Şimdi o olayı gazetelerden bende okudum. Doğru mu eğri mi bilmiyorum ama diyelim ki doğru. O zaman çocuğun ana bakımından bir problem yok. Anası çocuğu doğuran kadındır. Anası ile çocuğu arasında soy bağı kurulmuş olur. Donöre gelince, spermin verildiği bankanın durumuna bakmak gerekiyor. Şimdi bazı hukuklarda sperm bağışı yapıldığı zaman bağışçının adı, soyadı, adresi kimliği, nitelikleri yazılıyor. Bir kayıt tutuluyor ve çocuk 18 yaşına geldikten sonra bir çok hukukta böyle 18 yaşına geldikten sonra genetik yada biyolojik babasıyla ilişki kurmak üzere beyanda bulunduğu vakit. Duruma bakılıyor. Eğer verici sperm bağışçısı anonim kalmak iradesini beyan etmişse o zaman çocuğa deniyor ki işte şu nitelikte bir kişiden dünyaya geldin ama adamın ismi cismi söylenmiyor. Fakat bazı durumlarda da tam tersi olabiliyor. Nitekim Amerika'da böyle bir olay cereyan etti. Çift anneli çocuk adı altında bir yayın yapıldı. Hukuk dergilerine de geçti. Lezbiyen olan iki kadından bir tanesi New York'ta avukat olan birinin spermiyle hamile kalarak tüpte tabi döllendirilip hamile kalarak bir çocuk dünyaya getiriyor. Sonra çocuk biraz kendine gelince babasının kim olduğunu öğrenmek istiyor. Ondan sonra şimdi iki anneli bir çocuk. Sonra kadınlar bu avukatı arıyorlar avukatta New York'tan Kaliforniya'ya gitmiş. Kaliforniya'da adamı buluyorlar, çocuğu da götürüyorlar, çocuğu gösteriyorlar. Çocuk babasını tanıyor. Fakat garip bir olay meydana geliyor. Bu defa adam ben bu çocuğu çok sevdim ilişki kurmak istiyorum, ziyaret hakkı tanınması filan dava açıyor. Halbuki adamla kadınlar arasında yapılan anlaşmada da böyle bir talepte bulunmayacağını taahhüt etmiş. Bu olay cereyan ettiği zaman yine New Jersey mahkemesinde görülüyordu. Hakimde arpacı kumrusu gibi düşünüyor, verelim mi, vermeyelim mi filan. O durumda bana soruyu soran arkadaşın anlattığı durumda ana bakımından soy bağı konusunda bir problem yok. Ama baba bakımından çocuk babası tanımadıkça babaya her hangi bir soy bağıyla bağlı olabilmesi mümkün değil. Bazı hukuklarda da mesela genetik babayla veya biyolojik babayla

ilişki kuruluyor ama deniyor ki bu ilişki hiçbir zaman bir soy bağı kurma sonucunu doğurmaz buna da dikkat etmek gerekiyor.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederiz. Sayın Berna Özpınar'a bir soru var. Devrim Akyol yine. Tazminat hukuku açısından devletin kusursuz sorumluluğu nedir? Diye bir soru sormuş.

AV. BERNA ÖZPINAR - Tazminat hukuku bakımından idari yargının genel çerçevesinde Danıştay kararlarına baktığımızda kusur sorumluluğunun da orada temel alındığını görmekteyiz. Benim karşıma çıkan örnekler daha ziyade böyle. Yani idari yargıda da idari ajanının yapılan hizmetteki hizmet kusuru nedir bu sorgulamasında şahsi düşüncem idari yargı ve idarenin sorumluluğunda son dönem Danıştay kararlarında bir gelişme varsa da sorumluluğun rüku edilmesine yönelik bir gelişme kanımca sorumluluğun yüklenmesinde özel hukuktan daha sınırlı bir temel anlayış benimseniyor. Nedir bu. Hem süreler, hem ispat vasıtası, hem yöneltilen talep hakları yönünden Adlî yargıya göre idari yargıda ve idarenin sorumluluğunda ajanın eylemiyle sınırlı bir sistem benimseniyor. Ama kanımca ve uygulamada keza bir avukatın hakimin sorumluluğunda gündeme gelen temel ilkeler ve yükümlülükler içerisinde idarenin ajanına dönebileceği vakaların çoğalmasında buradaki sorumlulukta özel hukukun sorumluluğu kapsamındaki gibi genişleyecektir diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI - Efendim çok teşekkür ederiz verdiğiniz değerli bilgiler için. Şimdi son soru Sayın Lewis buyurun

PROF. DR. PENNEY LEWIS - *(Ardıl Çeviri: Aytaç Ünal DEMİRCAN)*

İngiltere'de ebeveynlerin embriyonun cinsiyetini seçmesine dair cezai süreç ne şekildedir diye bir soru geldi.

İngiltere'de bu konuda cezai bir durum olmadığını söyleyebiliriz ama uygulamaya baktığımızda bir takım kurallar var özellikle tıbbi açıdan baktığımızda hemofili gibi bir takım tıbbi nedenlerle bu durumun olabildiğini görebiliyoruz. Ve sonuç olarak üreme turizmi dediğimiz kavramla karşılaşıyoruz bu tarz durumların sonucu olarak. Cinsiyet seçimi yapmak isteyen çiftler kendi ülkelerinde bunun mümkün olmadığını bildikleri için başka ülkelere bu amaçla gidiyorlar. İngiltere'den size bir örnek vermek istiyorum. Medyayı bayağı meşgul eden bir konuydu bu. Dört erkek çocuğu ve bir kız çocuğu olan ailenin kız çocuğu bir yangında vefat ediyor ve kendi ülkelerinde İngiltere'de

cinsiyet seçimi yaparak çocuk sahibi olamayacakları için bu nedenle İspanya'ya gidiyorlar.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ederiz. Sayın.Lewis. Oturumumuz burada sona erdi herkese çok teşekkürler sağ olun.

SUNUCU - *Oturum Başkanımızın da söylediği gibi oturumumuz sona eriyor fakat önce konuşmacılarımıza teşekkür plaketini sunmak üzere Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Tıp Hukuku Derneği Kurucu Başkanı Profesör Doktor Sayın Hakan Hakeri'yi kürsüye davet ediyorum. Tüm konuşmacılara ve kendilerine plaketlerini sunan Hakan beye teşekkür ediyoruz. Öğle arası veriyoruz. İkinci oturumun saat tam 13.30'da başlaması gerekiyor programda bir aksaklık olmaması için lütfen süreler konusunda hassas olalım. Üst katta misafirlerimiz ağırlanacaklar.*

ARA

II.
OTURUM

EMBRİYON NAKİLLERİ

OTURUM BAŞKANI
AV. FUNDA BACINOĞLU
ANKARA BAROSU ADLÎ YARDIM MERKEZİ BAŞKANI

SUNUCU - *İkinci oturumun konusu embriyon nakilleri. Konuşmacılar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Mahmut Kamacı, Erciyes Hukuk Fakültesinden Doçent Doktor Sayın Yusuf Büyükay, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Yardımcı Doçent Doktor Sayın Onursal Cin, Zannediyorum Onursal Bey birazdan aramıza katılacaklar ve Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doçent Doktor Murat Doğan, oturuma ise Ankara Barosu Adlî Yardım Merkezi Başkanı Avukat Sayın Funda Bacınoğlu başkanlık edecekler.*

OTURUM BAŞKANI - Hoş geldiniz. İlk konuşmacımız embriyon nakillerinde oluşan nesep sorunlarını bize anlatacak. Yüksek Mahkememizin üyesi Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nden Sayın Mahmut Kamacı'ya söz hakkını bırakıyorum.

EMBRİYON NAKİLLERİNDE OLUŞAN NESEP (SOYBAĞI) SORUNLARI

MAHMUT KAMACI
YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ

I-GİRİŞ:

Kadın veya erkekteki bir kusur sebebiyle normal cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı taktirde, döllendirilecek yumurta ve sperm, **her ikisi de birbiriyle resmen evli çiftlere ait olması** yani bunlardan herhangi birinin yabancıya ait olmaması, döllenmiş olan yumurtanın, başka bir kadının rahminde değil, kendi rahminde (yumurtanın sahibi olan eşin rahminde) gelişmesi, bu işlemin gerek ana ve babanın, gerek doğacak çocuğun fiziksel, ruhsal ve akıl sağlığı üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağının tıbben sabit olması koşuluyla, cinsel ilişkiyle gebe kalması ve anne olması mümkün olmayan evli kadınların, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle (tüp bebek - embriyo nakli yoluyla) gebeliklerinin sağlanmasında hukuksal açıdan bir sakınca görülmemektedir.

Yardımcı üreme tekniği yöntemleri ve bu yolla bebek sahibi olma, dünyada son 30 yıldır, ülkemizde ise 20 yıldır uygulanmaktadır. İlk tüp bebek 1978'de İngiltere'de dünyaya gelmiştir. Bu güne kadar tüm dünyada 6 milyonun üzerinde bebeğin tüp bebek yöntemiyle dünyaya geldiği ifade edilmektedir. O halde, tıpta yaşanan bu gelişme karşısında hukukun, bu alam düzenlemesi gereğinin ortaya çıktığı açık ve tartışmasızdır. **Medeni hukukumuzda yer alan (evlat edinme dışındaki) kan bağına dayalı soybağının kurulmasına ilişkin hükümler; gebeliğin**

normal cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olması esasına dayanmaktadır. Gebeliğin cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi hali, başka bir ifade ile yapay döllenme Medeni hukukumuzda düzenlenmemiştir

Çocukla ana ve baba arasındaki soy bağının, hukukun izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı yolla kurulması kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Toplumu ve toplumun temelini oluşturan ailenin ve bireylerin soyundaki belirsizlik miras ilişkileri ve diğer sosyal düzeni bozucu özellik göstermesi nedeniyle soybağına ilişkin düzenlemeler kamusal niteliklidir. Bu bakımdan hukuk, cinsel ilişki dışında; üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanarak sağlanan gebeliklerde, doğacak çocuğun soy bağında karışıklığa yol açılmaması için bu tür gebelikleri sıkı denetime tabi tutmuş ve bu konuda bir takım kesin yasaklar getirmiştir.

Aşağıdaki makalede; embriyo transferi, tüp bebek uygulaması, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle ilgili düzenleme, bunun yol açtığı soybağı sorunları ve ortaya çıkan soybağı sorunlarının, soybağının kurulmasına ilişkin mevcut ve geçerli olan düzenlemeler ile aşılıp aşılamayacağı konusu irdelenecektir.

Gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmediği hallerde, doğan çocukla ana ve baba arasında soybağının kurulmasında sorunlarla karşılaşılmaktadır.

Örneğin, babalık davasında; "davalının, çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile **cinsel ilişkide bulunmuş olması** babalığa karinedir. (**TMK.** m.302/1) Bu sürenin dışında olsa bile **fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu** tespit edilirse aynı karine geçerli olur." Cinsel ilişki dışında üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanarak gerçekleşen gebeliklerde, sözü edilen bu karine geçerliliğini yitirmektedir.

Bir başka örnek; soybağının reddi davasında; "..gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur. .." (**TMK.** m. 288/2) Gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmediği hallerde, bu karine de geçerliliğini yitirmektedir.

Üçüncü örnek; soybağının reddi davasını koca; doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır. (**TMK.** m.289/1)

Gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmediği hallerde, süre ne zaman başlayacaktır?

Yine Medeni Hukuk, soybağının reddi davasında; "..Çocuk, evlilik içinde ana rahmine düşmüşse, davacı; kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır.." diyor. (**TMK.** m. 287/1) Embriyo transferinde "..ana rahmine düşme.." değil, ana rahmine taşınım söz konusudur. "Ana rahmine düşme" kavramı, insan vücudu dışında laboratuvar ortamında gerçekleştirilen döllenmelerde nasıl izah edilecek? Görüldüğü gibi, ortaya çıkan bu sorunlar çoğaltılabilir.

Bu konuyla ilgili yürürlükteki mevzuatımızda yer alan düzenleme ve yasakları, başka bir ifade ile neyin serbest, neyin yasak olduğunu bilmemizde yarar vardır.

Bu konudaki temel düzenleme Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 19.11.1996 tarihli 22822 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe konulan uygulamada "Tüp Bebek Tedavi Yönetmeliği" olarak bilinen "**Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği**" dir.

Eşlerdeki kusur sebebiyle tabi ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı taktirde çocuk sahibi olamayan **evli çiftlerden** tıbben uygun görülenlerin, yardımcı üreme tekniği vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanması amacıyla hazırlanan ve 19.11.1996 tarihinde yürürlüğe konulan bu yönetmelik, 8.7.2007 tarihli 25869 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan yönetmelikle değişiklik görmüştür.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden kastedilen; anne adayının yumurtası ile kocanın spermini (tohum hücresini) çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde insan vücudu

dışında laboratuar ortamında döllenmesini[1] sağlayıp, gametlerin[2] veya embriyonun[3] anne adayının genital organlarına (döl yatağına) transferi-

1 Olgunlaşmış yumurta hücresi (dişi gamet) ile spermin birleşebilme süresi, yirmi dört saatin altındadır. Döllenme; sperm hücrelerinden birinin yumurta hücresinin içine girmesiyle başlar. Sperm hücresi yumurtaya girer girmez kuyruğunu yitirir. Tek bir birim haline geldiğinde şişer, ufak bir hücre çekirdeği oluşturur. Bu da yumurta tarafından geliştirilen benzer bir hücre çekirdeği ile birleşir. Sperm hücresinin çekirdeğinden gelen yirmi üç adet kromozom, yumurtanın çekirdeğinden gelen yirmi üç adet kromozomla birleştiğinde döllenme süresi tamamlanmış olur. Böylece kırk altı kromozom taşıyan yeni bir hücre oluşmuştur. Bu, kadın ve erkeğin kalıtsal özelliklerini birleştiren yeni hücre doğrudan doğruya döllenme sonucudur ve adına Zigot denilir.

Spermin çekirdeği yumurtanın çekirdeği ile birleştikten sonra, bu birleşmenin sonucu oluşan zigotta birkaç saat sonra bir iç bölün¬me süreci başlar. Zigot, ilk önce iki hücreye ayrılır. Sonra dört, sekiz, on altı, otuz iki v.b. gibi sayılara, yani her bölünme ile bir önceki¬nin çift katına çıkarak devam eder. Bu süreç zigot'u bir hücreler kümesine dönüştürür. Mikroskopla bakıldığında bu küme, bir adet dut gibi görünür. Küme, yavaş yavaş fallop borularından aşağı inerek döllenmeden üç gün sonra döl yatağına (rahim) varır. Bu süre sonunda blastosist adı verilen bir hücereler balonu haline gelmiştir. Blastosistin gelişimi, döl yatağına vardıktan üç dört gün sonrasına kadar devam eder. Bundan sonra döl yatağı iç duvarına bağlanmaya hazır duruma gelir. Döllenmeden aşağı yukarı bir hafta sonra blastosist, döl yatağının iç yüzeyin i oluşturan besleyici dokulara bütünüyle gömülmüştür. Bu sürecin tümüne yuvalanma denilir ve gebeliğin kesinleşme noktası sayılır. Yuvalanma, ancak belli koşullar altında olabilir. Örneğin zigot bir blastosist biçimine henüz dönüşmeden döl yatağına ulaşmışsa, yuvalanma mümkün olamaz. Gebelik kesin olarak gerçekleşemez. Döl yatağının iç duvarı blastosisti kabule hazır durumda değilse yine aynı şey olur. Her iki durumda da hücre kümesi ölüp çözülecektir. Bazı pek ender durumlarda blastosistin, döl yatağı duvarına bağlanmak yerine fallop borunun içine yada karın boşluğu gibi, döl yatağı dışında herhangi bir yere bağlandığı olabilir. Bu sonuca dış gebelik Bu durum kadının yaşamım tehlikeye sokar. Ameliyatla müdahale edilmesi gerekir. Bazı durumlarda zigot bir dış bölünmeyi gerçekleştirerek iki ayrı hücreye bölünür. Bu iki yeni hücre gelişimlerini birbirlerinden bağımsız olarak sürdürürler. Sonuçta her ikisi de döl yatağına ulaşır ve burada ayrı ayrı yuvalanırlar. Sonuç, ikiz gebeliğidir. Bu durumda ikizlerin her ikisi de aynı yumurtadan ve aynı spermden geldikleri için birbirlerinin aynı olacaklardır. Yani aynı cinsiyetten olacaklar ve tüm diğer bakım¬lardan da benzeşeceklerdir.

2 İnsan üreme hücrelerine (kadınlarda ovum, erkeklerde sperm) **gamet** denir. Kadın üreme hücresine (yumurta) dişi gamet, erkek üreme hücresine de erkek gamet (sperm) denir.

3 Döllenmiş olan yumurta; bebek haline dönüşene kadar üç temel evreden geçer, a) Yuvalanmadan önceki evre, b) Embriyon evresi, c) Dölüt evresidir. Yuvalanmadan önceki evre yukarda 1 nolu dipnotta açıklandı.

Embriyon, gebeliğin ilk evresi olarak kabul edilir. **Embriyon terimi;** büyümekte olan organizmanın yaşamının ikinci haftasıyla sekizinci haftasının sonu arasındaki varlığını belirtmek için kullanılır. Gebeliğin ilk sekiz haftalık sürecinde gelişen organizma için bu terim kullanılır. Bir hücreler kümesi, bu süre içinde 2-3 santimetre boyuna ulaşır.

Gelişme ilerledikçe, embriyon ile döl yatağı arasında bir alış veriş organı olan **plasenta** büyümeye başlar. Embriyon, plasentaya göbek kordonu ile bağlıdır. Plasenta bir filtre ve koruma görevi görür. Embriyonun, (daha sonraları dölütün) annenin karnından besin ve oksijen emmesine, kendi kanından karbondioksit ve diğer gereksi maddeleri atmasına aracı olur. Yaşamının ilk aylarında insan embriyonu, herhangi bir gelişmiş hayvanın (kedi, köpek gibi) embriyonuna benzer. Sonra ikinci ay içinde yavaş yavaş insan görünümünü kazanmaya başlar. Yüzü biçimlenir, kolları bacakları ve ayak parmakları gelişir. Fakat bu gelişme noktasında organlar henüz farklılaşmamışlardır. Zigotun oluşmasıyla sekizinci haftanın sonu arasındaki dönemi ifade eder.

(Embriyolar, iki hücreli aşamadan çok hücreli (blastosist) aşamasına kadar herhangi bir dönemde (yumurta toplama işini takip eden 2. ila 6'ncı gün arasında) rahime transfer edilir. En sık tercih edilen transfer zamanı emriyoların 4-8 hücreli aşamaya geldikleri ikinci veya üçüncü gündür.)

Büyümekte olan organizma tümüyle insan görünümünü kazandığında, embriyo evresinden çıkar, dölüt evresine girer.

Dölüt; yaşamının üçüncü ayının başlangıcından doğum anına kadar büyümekte olan organizmayı tanımlamak için kullanılan terimdir. Başka bir ifade ile Dölüt, oğulcuğun bütün organları belirdikten sonraki adıdır. 2-3 santimetre boyunda ve ancak birkaç gram ağırlığındayken, bu süre içinde aşağı yukarı 50 santimetre boyunda, 3- 3,5 kg. ağırlığında bebek haline gelir.

Cenin; döllenmiş olan yumurtanın, döl yatağında, üçüncü ayının başlangıcından doğum anına kadar olan süredeki gelişmekte olan organizmanın dölüt dönemine denk düşer. Başka bir ifade ile, cenin;

ni ifade eden modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilmiş olan uygulamaların tümüdür.

Tüp bebek tedavi yöntemi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yalnızca birisidir ve en yaygın olanıdır. **Aşılama** ve **mikroenjeksiyon yöntemleri** de, yardımcı üreme tekniği olarak uygulanmaktadır.

Aşılama (yapay döllenme); spermlerin yumurta ile buluşmasını kolaylaştırmak için uygulanan bir yöntemdir. Rahim içi inseminasyon diye bilinir. Bu işlem için erkekten (kocadan) semen (meni) örneği alınır. Laboratuvar koşullarında özel bir yöntemle yıkanarak yalnızca sağlıklı, canlı ve hareketli spermler elde edilir ve özel bir boru vasıtasıyla, kocanın evli olduğu kadının dölyatağına (rahmine) verilir. Döllenme bu şekilde sağlanır. Aşılamadaki amaç; rahim ağzını dev re dışı bırakarak daha fazla sayıdaki sağlıklı spermi dölyatağına ulaştırmak ve buradan da tüplere ulaşmasını sağlayarak gebelik şansını artırmaktır.

Mikrfoenjeksiyon yönteminde ise; özel bir mikroskop ve mikromanipülatör denilen aletler yardımı ile çok ince bir iğne içine alınan tek bir sperm hücresi yumurtanın içine enjekte edilir.

Tüp bebek yöntemi dediğimiz yöntem kabaca; erkeğin spermi (tohum hücresi) ile kadının yumurtasının insan vücudu dışında bir laboratuar ortamında birleştirilmesi ve döllenmenin gerçekleşmesinden soma oluşan embriyonun tutunup gelişmesi için yumurtanın sahibi olan kadının rahmine nakledilmesidir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğine göre;

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (bu arada tüp bebek yöntemi), **resmen evli olan çiftlere** uygulanabilir. Başka bir ifade ile, evli bir erkeğin spermi, ancak eşinin yumurtasıyla hariçte birleştirilebilir. Eşi dışında başka bir kadından alınan yumurtalar, erkeğin spermiyle döllendirilemez. **Yani yumurta bağışı (donasyonu) yasaktır.**

Evli bir kadının yumurtası, ancak eşinin spermiyle birleştirilebilir. Kocası dışında başka bir erkeğin spermiyle döllendirilemez. Başka bir ifade ile **sperm bağışı (donasyonu) da yasaktır.**

Yumurta bağışında (donasyonu); kadının yumurta üretiminin bo-

dölüttür. Medeni hukukumuz; Cenine, sağ doğmak koşuluyla mirasçılık hakkı tanımıştır, ve sağ doğmak koşuluyla medeni haklardan istifade etme hakkını tanımıştır. "..Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. (TMK. m. 582/1, TKM. m.524/1), ölü doğan çocuk mirasçı olamaz. (TMK. m.582/2, TKM. m.524/2)

Çocuk, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak medeni haklardan istifade eder (TMK. m.28/2, TKM. m.27/2) Cenin lehine vasiyet geçerlidir. Ceninin nesebini ikrarda bulunmak da geçerlidir, (tanıma) (TMK. m. 295/1)

zuk olduğu durumlarda veya hiç yumurtasının olmadığı durumlarda başka bir kadından alınan yumurta, alıcının eşinin spermleriyle döllenerek embriyon elde edilmektedir. Sperm donasyonunda (bağışında) ise, erkek, çeşitli nedenlerle sperm üretememektedir. Bu halde, başka bir erkekten alınan spermler, evli kadının yumurtası ile döllenerek embriyon elde edilmekte ve bu yolla gebelik sağlanmaktadır.

İşte tüp bebek tedavisinde evli çiftlerin, başkasına ait yumurta ve spermleri kullanmaları yasaklanmıştır. Evli çiftler, yalnızca kendi yumurta ve spermleriyle tüp bebek tedavisine alınabilirler.

Evli çiftlere ait sperm ve yumurtanın, birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyonun, döllenen yumurtanın sahibi olan kadının dışında başka bir kadının genital organlarına yerleştirilmesi de, başka bir ifade ile **taşıyıcı annelik de yasaktır.**

Evli çiftlerin başkalarından donör almakları veya kendi donörleri ile oluşan embriyonun bir taşıyıcı anneye nakledilmesi yasaklanmıştır. Bu nedenle taşıyıcı annelik sözleşmeleri, bu emredici düzenleme karşısında kanuna, kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı sözleşmelerden sayılır. Yasal açıdan keşsin hükümsüz (batıl) sözleşmelerdendir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile bunların döllenmesiyle oluşan embriyolar, bir başka maksatla kullanılamaz veya başka adaylarda kullanılamaz. ; aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılamaz.

Başka bir ifade ile; karı ve kocadan alınan yumurta ve spermin, insan vücudu dışında laboratuar ortamında birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyon, ancak yumurta sahibi kadının dölyatağına (rahmine) transfer edilebilir. Başka bir kadının rahmine taşınamaz. Bu yolla, **eşlerden birden fazla embriyo elde edilmiş olsa bile, yumurta ve spermin sahibi evli çiftlerin (karı ve kocanın) rızaları alınmış olsa da, bu embriyolar,** başka bir kadının dölyatağına transfer edilemez. Yasak olmasına rağmen, böyle bir transfer yapıldığı taktirde, yumurta sahibi olmayan kadının (taşıyıcının) doğurduğu çocuk üzerinde, genetik ananın analık hakkı yoktur. Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile bunların birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyoların, yönetmelikte belirtilenler dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Başka bir ifade ile ülkemizde **üreme hücreleri ve**

gonad dokuların saklanması yasaklanmıştır. Sperm bankacılığı ve kadın üreme hücresi (yumurta) bankacılığı ve embriyo bankacılığı yasaklanmıştır.

Ancak tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri gonad dokuları saklanabilir. Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için yine kullanılamaz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden doku alınmasını (TCK.m. 91) doku alım satımını, doku saklanmasını, nakledilmesini veya aşılanmasını cezai yaptırıma bağlamıştır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan fazla embriyo alınması durumunda, alınan bu embriyolar eşlerden her ikisinin rızası alınarak beş yılı geçmemek üzere dondurularak saklanabilir. Beş yılı geçmemek üzere; tedaviyi uygulayan merkez tarafından tespit edilecek süre içinde her iki eşin rızası alınarak, dondurulan bu embriyolar aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya süre dolmadan önce eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde beş yıldan önce, saklanan ve dondurulan embriyolar derhal imha edilir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ilişkin yönetmelik; en fazla üç embriyo transferine izin vermektedir. Ve embriyoların beş yıldan daha uzun süre dondurulmasına ve saklanmasına da izin vermemiştir.

SOYBAĞININ KURULMASI

Soybağı; dar anlamıyla, kişiyi ana ve babasına bağlayan hukuki bağdır. Hukuki bağdan amaçlanan, yürürlükteki hukuk düzeninin tanıdığı ve geçerlilik verdiği ve hukuki sonuç bağladığı bir bağı ifade etmek için söylenmektedir. **Geniş anlamıyla ise soybağı,** bir kimse ile onun üst soyu arasında doğal ve hukuksal bağlantıdır. Başka bir ifade ile geniş anlamıyla soybağı; birbirlerinden türeyen kimseler arasındaki hısımlık ilişkisidir. **Kan hısımlığı,** üst soy ile alt soy arasında doğumla kurulan hısımlıktır. Kan hısımlığının derecesi de hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olur.**(TMK. m.17/1)** (örneğin ana ve baba ile çocuklar, çocukların çocukları (torunlar) ve onların çocukları arasındaki hısımlık kan hısımlığıdır), Biri diğerinin sulbünden gelme halinde **altsoy**-üstsoy **kan hısımlığı,** ortak kökten gelenler arasında ise **yansoy kan hısımlığı** söz konusudur, (baba ve anne ile çocukları arasında, büyük babalar ile ve büyükannelerle torunları ve torunlarının çocukları

arasında üstsoy-altsoy kan hısımlığı, kardeşler ve kardeşlerin çocukları arasında yansoy kan hısımlığı söz konusudur.

Kayın hısımlığı ise; eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasındaki hısımlıktır.**(TMK.m.**l8) Örneğin evli erkekle; eşinin baba ve anası arasındaki hısımlık birinci derecede kayın hısımlığıdır. Yine evli kadınla, kocasının ana ve babası arasındaki hısımlık, birinci derecede kayın hısımlığıdır. Evli erkekle, karısının erkek ve kız kardeşleri arasındaki hısımlık ise yan soy kayın hısımlığıdır. Evli kadınla, kocasının erkek ve kız kardeşleri arasındaki hısımlık yansoy kayın hısımlığıdır.

Dar anlamda ve teknik anlamda soybağına ilişkin davalardan kastedilen de, esasında çocuğun babaya bağlanmasına ilişkin bu bağı kurmaya yönelik davalardır.

Çocukla ana ve baba arasında soybağınm hukukun tanıdığı ve geçerlilik verdiği şekilde tesis edilmiş olması, ona bağlanan hukuki sonuçların meydana gelmesi için zorunludur. Başka bir ifade ile soybağına bağlı hüküm ve sonuçların meydana gelmesi için, çocukla ana ve baba arasında hukuk düzenin geçerlilik tanıdığı şekilde bir soybağının kurulmuş olması gerekir.

Örneğin ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı, çocuğun ana ve babaya veya onların üst soyuna mirasçı olması, ana ve babanın da çocuğa mirasçı olması, ana ve babanın nafaka yükümlülüğü çocukla ana ve baba arasında hukuk düzeninin kabul ettiği ve geçerlilik verdiği şekilde bir soybağı kurulmuş ise söz konusu olur. Eğer, çocukla ana ve baba arasında soybağı kurulamıyorsa, bu sayılan hak ve yükümlülükler doğmaz.

I-Çocuk ile ana arasındaki soybağı:

Bizim Medeni hukukumuza göre;

Çocuk ile ana arasındaki soybağı **doğumla ve kendiliğinden** kurulur. (TMK.m.282/1) İster evlilik içinde doğmuş olsun, ister evlilik dışında doğmuş bulunsun, **çocuğu doğuran kadın, o'nun anasıdır.** Şu halde, doğal bir olay olan doğum, çocuk ile ana arasında soybağını kendiliğinden tesis etmektedir. Bunun için ayrıca bir hükme veya beyana gerek bulunmamaktadır. Çocuğu kim doğurmuşsa anası odur. Doğumla çocuk ile ana arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmuştur.

Babanın, çocukla arasındaki soy bağını reddetme hakkı olduğu halde;

Doğum yapan kadının (doğuran kadının), doğurduğu çocuğu reddetme hakkı (doğuran benim ama, genetik anası ben değilim deme hakkı) bulunmamaktadır. Çocuğun da kendisini karnında taşıyıp doğuran kadının analığını reddetme hakkı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulduğu için; ananın, doğurduğu çocuğun soybağını reddetmesi mümkün değildir.

Evlilik dışında doğan çocukla baba arasındaki soybağı, tanıma veya hakim kararıyla (babalık hükmü) kurulduğu halde, örneğin hukukumuzda; tanıma, ana için söz konusu değildir, yada "analık davası" diye bir dava yoktur.

"Çocuğun anası onu, doğuran kadındır" kuralı kesin ve hukuksal sonuç doğuran bir kuraldır. . Ana yönünden soybağı olmayan **(ana yönünden nesepsiz) çocuk yoktur.** Ana her zaman bellidir. Sadece anası ve babasının kim olduğu belli olmayan çocuk vardır. Esasında, **anası belli olmayan çocuğu da doğuran bir kadın vardır.** Ancak bunun kim olduğu belli değildir. Ananın (doğuran kadının) kim olduğunun daha sonra saptanması durumunda sadece o kadının çocuğu olduğu olgusu açıklığa kavuşur. Bulunmuş çocuğun anası ile soy bağı, esasen doğum vakasıyla kendiliğinden kurulmuştur.. Böyle bir çocukla anası arasındaki soybağının kurulması için yargısal bir karara ihtiyaç yoktur. O kadından doğduğuna ilişkin saptama (tespit) kararı yeterlidir. "..Ben doğurdum.." diyerek çekişme çıkaran iki kadından hangisinin çocuğu doğurduğu çekişmesi, **yargıç kararıyla çözümlenir.** Doğuran kadının bunlardan hangisi olduğunun tespitine ilişkin dava da, bir soybağı davası değil, hukuki vakıayı tespit ve buna bağlı olarak nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin bir davadır. Buna ilişkin sav, her türlü delille ispatlanabilir. Bunun kanıtlanması için yasada herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Başka bir ifade ile çocuğun doğuran kadının tespitine yönelik dava, (ananın kim olduğunun tespiti davası) zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir.

Ülkemizde oldukça yaygın olan resmen evli olan bir erkeğin, gayriresmi olarak yaşadığı (imam nikahlı) başka bir kadından doğan çocuğunu, gerçeğe aykırı olarak resmi karısı doğurmuş gibi ve ondan olmuş gibi (gerçek dışı beyanla) nüfusa kaydettirmiş olması durumunda; çocuğun anasının resmi nikahlı eş olmayıp, nikahsız kadın olduğu şeklindeki dava; nüfus kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesi niteliğinde olup hiçbir süreye tabi olmadan her zaman açılabilir ve bu husus her türlü

delille de kanıtlanabilir. Böyle bir davayı; çocuğun anası (onu doğuran kadın), çocuğun kendisi ve nüfus kaydında kayden anne olarak görünen kadın veya ölmüşlerse bunların (ana, kayden ana ve çocuğun) mirasçıları açabilirler.

Evlilik içi yada evlilik dışı doğumda çocuğun anası, **doğuran kadın** olduğu için; evli çiftlere ait olmayan, başkalarına ait yumurta ve sperm-ler birleştirilerek döllenmesiyle embriyon elde edilmiş, bu yolla elde edilen embriyo, yumurtanın sahibi olmayan evli kadının rahmine transfer edilmiş ise; bu taktirde, yapay döllenme uygulamasında, nüfus kütüğüne "anne" olarak kaydedilecek olan da, **yumurta anası değil, taşıyıcı anne olacaktır. Çünkü onu doğuran kadın taşıyıcı anadır. Başka bir ifade ile** çocuğu doğuran kadın, onun yumurta anası değil ise, (yumurta anası ile doğuran kadın farklıysa) çocuğun anası yumurta anası değil, taşıyıcı annedir. Eş deyişle onu doğurandır. Böyle bir durumda **hukuk, genetik anneyi, ana olarak tanımamış ve genetik ana ile çocuk arasında biyolojik bağa geçerlilik tanımamıştır. Böyle bir halde, genetik malzemeyi veren kişi ile çocuk arasında soybağı kurulmamış olduğu için; genetik annenin (yada yumurta anasının);**

Çocuk üzerinde herhangi bir velayet hakkı yoktur.

Çocuk, genetik annenin mirasçısı, genetik anne de çocuğun yasal mirasçısı olamaz.

Çocuk ile genetik anne arasında altsoy-üstsoy hısımlık ilişkisi yoktur.

Genetik annenin çocuğa karşı, çocuğun da genetik anneye karşı nafaka ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Genetik anne, çocuk adına dava açamaz, (çocuğu temsil edemez.)

Genetik annenin çocuğun mallarını yönetme kullanma ve **onlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur.**

Genetik annenin "çocuğun anası" benim diyerek analık davası açma hakkı yoktur.

Sayılan bu hak ve yükümlülükler, çocuğu doğuran kadın kim ise ona aittir.

II- Çocuk ile baba arasındaki soybağı:

Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise; çocuğun evlilik içinde doğmuş olması ile evlilik dışında doğması halinde farklıdır.

a) Çocuk; evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden (sona erme; ölüm veya hakim hükmüyle olur.) başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ise, **o'nun babası kocadır.(TMK. m.285/1)**

b) Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı ise;

1 - Ana ile evlilik, (TMK. m.292, 292)

Tanıma, (TMK. m.295, 296)

Hakim kararıyla kurulur, (babalık hükmüyle) (TMK. m.301, 302) kurulur.

Evlatedinmede, evlat edinenle, evlatlık arasında soybağı kurar. Ancak bu soybağı; kan bağına dayanmaz. (TMK. md.282/3)

a) Evlilik içinde doğumda soybağı;

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden (sona erme; ölüm, evliliğin iptali veya boşanma kararıyla olur.) başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.(TMK m.285/1)

Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üç yüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar. (TMK. m.285/3)

Bu babalık karinesidir.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. (TMK. m.285/2)

Koca, soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütebilir. (TMK. m.286/1 Çocuk da, dava hakkına sahiptir. (286/2)

Dava açma süresinin geçmesinden önce; kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi yada sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde; kocanın alt soyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi soybağının reddi davası açabilirler. (TMK. m.291/1)

Çocuk, evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. (TMK. m.287/1)

Kanun koyucu; çocuğun hangi hallerde "ana rahmine düşmüş" sayılacağını da göstermiştir. Buna göre;

Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra doğan çocuk evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır. (TMK. m.287/2)

Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, (Bu durumda, soybağının reddi davasında,) davacının başka

bir kanıt getirmesi gerekmez. (TMK. m.288/1) Bu halde, babalık karinesi geçerliliğini yitirir. Bu çocuk hakkında açılan soybağının reddi davasında; çocuğun evlenmeden veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düştüğünün kanıtlanması durumunda, çocukla b aba arasındaki soybağının reddine karar verilir. Ayrıca gen ve doku araştırmasına lüzum bulunmamaktadır. Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur. (TMK. m.288/2)

Çocuk, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da, Bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. (TMK. m.290/1)

Bu karine; ikinci evlilikteki kocanın açtığı soybağının reddi davasıyla çürütülürse, İlk evlilikteki koca baba sayılır.(TMK. m.290/2)

2- **Evlilik dışında doğum halinde soybağı;**

a) Sonradan evlenmeyle soybağının kurulması:

Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur.(TMK. m.292) Bu halde, herhangi bir hakim hükmüne veya babanın çocuğu tanımasına gerek kalmaksızın çocuk ile baba arasında soybağı ana ve babanın sonradan evlenmiş olmasıyla kurulmaktadır.

Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar. (TMK. m.293/1)

Bildirimin yapılamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmasını engellemez. (TMK. m.293/2)

Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babası evlenmeden önce, babası tarafından tanınmış veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş ise, bu çocukların ana ve babası birbiriyle Evlenince, nüfus memuru, herhangi bir bildirime gerek kalmaksızın kendiliğinden (resen) gerekli işlemi yapar. (TMK. m.293/3)

Ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve C. Savcısı, sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İtiraz eden kocanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. (TMK. m.294/1)

Çocuğun alt soyu da, çocuğun ölmüş yada ayırt etme gücünü sürekli kaybetmiş olması halinde itiraz hakkına sahiptir. (TMK. m.294/2)

Tanıma yoluyla soy bağının kurulması:

Evlilik dışında doğmuş bir çocuk, babası tarafından tanınabilir. Tanıma halinde de çocuk ile baba arasında soybağı kurulur.

Tanıma; babanın, nüfus veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur. (TMK. 295/1)

Yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi; evlilik haricinde doğan çocuğun babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi olarak yoksun bulunması halinde babasının babası (dede) tarafından tanınabileceğini (743 s. TKM.m.291/1) hükme bağladığı halde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu; "tanımanın, babanın ...beyanıyla olacağını..." hükme bağlamış, babanın vefatı halinde babanın babasına tanıma beyanında bulunma hakkını yeni Medeni Kanun tanımamıştır.

Bu boşluk, yasa koyucu tarafından bilinçli olarak mı bırakılmıştır, yoksa yasa koyucunun iradesi mi bu yöndedir. Bu husus tartışmaya açıktır. Ancak, babanın vefatı halinde, babanın babasına tanıma beyanında bulunma hakkı tanınmamış olması, yeni Medeni Kanununun önemli bir eksiklidir.

Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir. (TMK. m.295/2)

Başka bir erkekle soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz. (TMK. m.295/3)

Beyanı alan nüfus memuru, aile hakimi, tanımaya ilişkin resmi senedi düzenleyen noter veya vasiyetnameyi açan sulh hakimi, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir. (TMK. m.296/1)

Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı, çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir. (TMK. m.296/2)

Tanıyan; yasada öngörülen süre içinde tanıma beyanının yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle iptalini isteyebilir. İptal davası anaya ve çocuğa karşı açılır. (TMK. m.297)

Ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde alt soyu, C. Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanımanın iptalini dava edebilirler. Dava, tanıyana, tanıyan ölmüşse, mirasçılarına karşı açılır. (TMK. m.298)

Davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür.

Ana veya çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan iptal davasında ispat yükü, tanıyanın gebe gelme döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden soma doğar. (TMK. m.299)

Babalık hükmüyle soy bağının kurulması:

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı hakim hükmüyle de kurulur. (Babalık davası) Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilir. Dava, babaya, baba ölmüş ise mirasçılarına karşı açılır. (TMK. m.301)

Babalık davası C. Savcısına ve Hazine'ye ihbar edilir.

Davalının, çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine sayılır. (TMK. m.302/2)

Evlilik dışında doğmuş ve soybağı; tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi, hısımlar gibi mirasçı olurlar. (TMK. m.498)

III-Soybağının hüküm ve sonuçları:

Çocuk ile ana ve baba arasında yukarda anlatılan yollarla hukuk düzeninin geçerlilik tanıdığı biçimde soybağının kurulmasıyla **aşağıdaki hüküm** ve **sonuçlar doğar:** Başka bir ifade ile hukuk, çocuk ile ana ve baba arasındaki soy bağının kendisinin geçerlilik tanıdığı yolla kurulmasına, aşağıdaki hüküm ve sonuçları bağlamıştır.

Çocuk; ana ve baba evli ise; babanın; evli değil ise; ananın soyadını taşır. Ana, önceki evliliğinden dolayı çift soy adı taşıyorsa, çocuk, ananın bekarlık soyadım taşır. (TMK. m.321)

Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan yada Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşı olurlar. (403 s.TVK. m.l)

Yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk; nesebinin tashihi, tanıma veya babalığın hükmen tahakkuk etmesi yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlanırsa doğumdan başlayarak Türk vatandaşı olur. (TVK.m.2)

Evlat edinme; evlatlığın vatandaşlığına tesir etmez. Ancak; evlatlık küçük ise ve ana ve babası bulunmaz yahut nerede olduğu bilinmez ise bir Türk vatandaşı tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşı olur. (TVK. m.3)

Çocuk;

Ana ve baba evli ise; ergin oluncaya kadar ana ve babasının velayeti altındadır. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. (TMK.336) Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. (TMK. m.335/1-2)

Ana ve baba evli değil ise, velayet anaya aittir. (TMK. m.337/1)

Ana ve babadan her biri velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. (TMK. m.323)

Ana ve baba, kural olarak ergin oluncaya kadar çocuğa bakmak, eğitmek ve onu korunmakla yükümlüdür. (TMK. 327, 328)

Çocuğa fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açma hakkına sahiptir. (TMK. m.329)

Velayet ana ve babadan kaldırılmış olsa dahi, ana ve babanın bakım ve eğitim yükümlülükleri ve nafaka yükümlülükleri devam eder. (TMK. m.350)

Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde, üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.(TMK. m.342)

Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler. (TMK. m.352)

Ana ve baba, kendi kusurları sebebiyle velayet kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını, ergin oluncaya kadar kullanma hakkına sahiptirler. (TMK. m.354)

Çocuk ve alt soyu; ana ve babasının saklı mirasçısıdır ve mirasta saklı pay sahibidir. Mirasbırakan, terekesinin saklı paylar dışında kalan kısmında özgürce tasarrufta bulunabilir.

Çocuğun, üstsoyuna (ana ve babasına, veya büyük ana ve büyükbabasına nafaka verme yükümlüğü ve, büyük ana ve büyükbabaların çocuğa nafaka ödeme yükümlüğü; ve kardeşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğü, (TMK. m.364) Ancak, hısımlık ilişkisinin hukuken geçerli biçimde kurulmuş olması halinde söz konusu olur.

Medeni hukukumuzda yer alan (evlat edinme dışındaki) kan bağına dayalı soybağının kurulmasına ilişkin hükümler; gebeliğin normal cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olması esasına dayanmaktadır. Gebeliğin cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi hali, Medeni hukukumuzda düzenlenmemiştir.

Ancak, soy bağının kurulmasına ilişkin yürürlükte olan yukarda özet halinde verilen yasal düzenlemeler ışığında, yardımcı üreme teknikleri vasıtasıyla çocuk sahibi olmada, çıkması muhtemel soybağı sorunları ortaya konulabilir ve bu sorunlar, kanundaki düzenleme ile çatışmadığı takdirde aşılabilir.

Gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmediği hallerde çocukla ana ve baba arasında soybağının kurulmasında ortaya çıkabilecek sorunlar şunlardır;

Cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı taktirde, birbirleriyle resmen evli olan çiftler, tüp bebek tedavisine alındıklarında, anne adayının yumurtası ile kocasının spermlerinin insan vücudu dışında laboratuar ortamında birleştirilerek döllenmesiyle elde edilen embriyonun, yumurta sahibi kadının rahmine taşınmasıyla gerçekleştirilen gebelikler sonucu doğan çocuk ile ana ve babası arasındaki soy bağında ciddi bir sorunla karşılaşılmaz. Çünkü, çiftler evlidirler, ve üreme hücreleri kendilerine aittir. Çocuk da, yumurta sahibi olan kadının rahminde gelişimini tamamlamıştır. Yumurta sahibi kadın çocuğu doğurmuştur ve çocuğun anasıdır. Kadının kocası da babasıdır. Çocuk da evlilik içinde dünyaya gelmiştir.

Ancak, evli çiftlere ait üreme hücrelerinin birleştirilerek döllenmesiyle birden fazla embriyo elde edilmiş ve bu embriyolar dondurulmuş ise; normalde; dondurma süresinden önce boşanmanın gerçekleşmesi veya eşlerden birinin ölümü halinde bu embriyolar derhal imha edilmesi gerekirken, imha edilmeyip, yumurta sahibi kadının rahmine, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz günden daha somaki bir tarihte taşınması durumunda, doğan çocuk, evlilik dışında doğmuştur. Bu çocukla baba arasındaki soybağının, hakim kararıyla belirlenmesi gerekir.

Kanunen yasak olmasına rağmen; evli bir erkekle, evli olmayan bir kadının veya birbirleriyle ve başkalarıyla evli olmayan (bekar olan) erkek ve kadının, sperm ve yumurtalarının, insan vücudu dışında laboratuar ortamında birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyonun, yumurtanın sahibi olan kadının rahmine taşınmasıyla gerçekleştirilen gebelikler sonucu doğan çocuk **evlilik dışıdır.**

1- Yapay döllenme ile doğan çocuk, **ana evli ise** evlilik içinde doğan diğer çocuklar gibi anasının ve ana ile evli olan kocanın (babanın) nüfusuna kaydolunur.

Böyle bir durumda, çocuğu doğuran kadın, çocuğun anasıdır. Ana ile evli olan koca da çocuğun babasıdır. Yani Türk Medeni Kanununun 285/1. maddesinde yer alan "kocanın baba olduğu"na ilişkin karine bu halde geçerliliğini sürdürür.

Genetik malzeme veren kişinin çocuk üzerinde hiçbir hakkı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, **evli kadın,** yumurtayı bir başka kadından almışsa ve donörden alınan bu yumurta, kadının (alıcının) kocasının spermleriyle döllenerek embriyon elde edilmiş ve gebelik sağlanmışsa genetik malzemeyi veren kadının (donörün), çocuk üzerinde hiçbir hakkı yoktur. Çocukla bu kişi arasında hukuken bir soybağı da bulunmamaktadır. Böyle bir durumda çocuğun anası, onu karnında taşıyıp doğuran evli kadındır.

Evlilik devam ederken ve evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuk "evlilik içinde doğmuştur."

Yada, evli kadının yumurtalarında bir bozukluk ve sorun yoktur. Ancak, kocasının spermleri yoktur veya döllenmeyi sağlayacak canlılıkta ve yeterli sayıda sperm bulunmamaktadır.

Bu halde, kadın, kocası dışında bir başka erkeğe ait spermleri kullanarak gebeliği sağlamışsa, bu durumda, doğan çocuğun anası, onu doğuran kadındır. Çocuğun babası ise, çocuk evlilik içinde doğduğu için kadının kocasıdır.

Koca; karısının başka bir erkeğe ait spermler kullanılarak gebeliği gerçekleştirmesi halinde, karısının doğurduğu bu çocuk hakkında, soy bağının reddi davası açabilir. Çocuk da soybağının reddi davası açma hakkına sahiptir. Bu halde; davacı; kocanın genetik baba olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.

(yasak olmasına rağmen, evli kadının yumurtasının kocası dışında başka bir erkeğe ait sperm hücresiyle döllenmesi ve gebeliğin bu suretle gerçekleşmiş olması ihtimali veya evli kadının bir başka kadına ait yumurta hücrelerini almak ve kocasının spermleriyle birleştirilerek döllenmesini sağlaması ve bu yolla döllenme elde edilen embriyoyu kendi rahmine transfer ettirmesi bu suretle gebe kalması ihtimali her zaman için mevcuttur.)

1- **Ana evli değil ise,** başka bir ifade ile; çocuk evlilik dışında doğmuşsa;

Çocuğun anası, yine o'nu doğuran kadındır. Doğuran kadın, ister kendi yumurtalarıyla gebe kalmış olsun, ister, bir başka kadından yu-

murta almış olsun, onu doğran kadın çocuğun anasıdır. Bu halde, çocukla ana arasıda soybağı doğumla kurulmuştur.

Baba yönünden ise çocuk soysuzdur, (nesepsizdir.)

Bu halde, baba ile çocuk arasındaki soybağı, **tanıma** veya **babalığın hükmen belirlenmesiyle** veya **çocuğu doğuran kadınla sperm sahibi babanın evlenmesiyle kurulur.** Çocuğu doğuran kadınla, sperm sahibi babanın evlenmesiyle; çocukla baba arasında soy bağının kurulması için, daha önce tanıma veya babalığa hükümle başka bir erkekle çocuk arasında soybağı kurulmamış olmalıdır.

3- Her iki halde de, genetik malzemeyi veren kişiyle doğan çocuk arasında soybağı kurulmamakla birlikte, genetik malzemeyi veren kişiler; doğan çocuğu yasal yolla ve koşullarının varlığı halinde **evlat edinebilirler.** Bu taktirde, genetik ana ile çocuk arasındaki soybağı; evlat edinmeyle kurulmuş olacaktır. Veya, sperm sahibi baba ile, çocuk arasındaki soy bağı; yine evlat edinmeyle kurulmuş olacaktır.

Evlatedinmeyle, ana ve babaya ait hak ve yükümlükler evlat edinene geçer. (TMK. m.314/1) Evlatlık ve alt soyu, kan hısımı gibi evlat edinenin mirasçısı olur. (TMK. m.314/2)

Sunumum burada sona ermiştir. Saygılarımla.

OTURUM BAŞKANI - Bizde sayın Kamacı'ya teşekkür ediyoruz. İkinci konuşmacımız Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doçent Doktor Sayın Yusuf Büyükay. Bizlere Hekimlerin Embriyo Nakillerindeki Hukuki Sorumluluğunu anlatacak.

HEKİMLERİN EMBRİYON NAKİLLERİNDE HUKUKİ SORUMLULUĞU

DOÇ. DR. YUSUF BÜYÜKAY

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
MEDENİ HUKUK ABD ÖĞRETİM ÜYESİ

Kıymetli dinleyiciler esas itibariyle "Embriyoların Nakillerinden Dolayı Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" başlığını içermesine rağmen tebliğimiz, ben bu başlığın ve isimlendirmenin dar kaldığını ifade ederek sözlerime başlamak istiyorum. Çünkü malumunuz üremeye yardımcı tedavi metotlarından biri olan embriyo nakilleri, üremeye yardımcı tedavi merkezleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla tedavi sözleşmesinin tarafını doğrudan doğruya genellikle hekimler oluşturmamakta, bu tedavi kurumları oluşturmaktadır. Hekimlerin sorumluluğu ise, muhtemelen o kurumda çalışan şahıslar olmaları hasebiyle Borçlar Kanunumuzun 100 ncü maddesi gereği gündeme gelecektir. Yani, Türk hukukunda hekimlerin doğrudan doğruya bu embriyon transferi sözleşmesine taraf olmaları mümkün değildir. Yalnız biz embriyo transferi deyince yalnızca tek bir sözleşmenin varlığını bilmememiz lazım. Bunun embriyo transferi öncesinde ve sonrasında yapılan bir takım ard arda gelen sözleşmeler söz konusu. Şayet hekim bu sözleşmelerden bir veya bir kaçına tarafsa bu takdirde doğrudan doğruya onun sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmemiz gerekir. Bu konu, embriyo transferi konusu, teknolojinin getirmiş olduğu imkanlar neticesinde or-

taya çıkan güzel bir imkan diye düşünüyoruz fakat, bu imkanın ortaya çıkmasıyla birlikte son yıllarda özellikle etik alanda başlayan tartışmaların hukuki alanda da varlığını devam ettirdiğini görüyoruz. Nadir de olsa bu konuya ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme kararlarına konu olduğunu da görüyoruz. Dolayısıyla daha önceden insanların pek önemsemedikleri bir takım sonuçlarla karşılaşılması durumunda günümüzde bunların yargılama konusu, dava konusu yapıldığını görmekteyiz, bunlara şahit olmaktayız. Embriyo transferi konusu, embriyo elde edilmesi konusu bizim hukukumuz açısından da güncel bir konudur. Özellikle 2006 yılında Sağlık Bakanlığı'nın çıkarmış olduğu bir genelge ile bir endişe dile getirilmiş olmaktadır ve embriyo kullanılarak kök hücre elde edilmesi bu genelge ile yasaklanmıştır. Bu konu esas itibariyle bir çok hukuki sorunu içinde barındıran bir konudur. Yani bu 20 dakikalık süre içinde konuyu detayı ile ortaya koymanın çok mümkün olacağını düşünmüyorum belki sadece sorunlara ana başlık olarak değineceğiz.

Fakat bu endişe az önce ifade ettiğim gibi, sadece bizde mi vardır, hayır bütün dünyada vardır. Özellikle biraz sonra değinmeyi düşündüğüm Alman'ların bu konudaki embriyonun korunması hakkındaki kanunda bu endişe açıkça kanunun sistematiğinde de dile getirilmektedir. Şöyle ki; Alman'ların embriyonun korunmasına ilişkin kanun Almanya'da cezai hükümlerle başlamaktadır. Bu bir medeni kanun yapma tekniğine aykırı bir durumdur fakat benim dikkatimi çekmiştir. Mesela birinci maddede üreme tekniklerinin kötüye kullanılmasının üç yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir. Ayrıca döllenmemiş bir yumurtayı yabancı bir kadına aktaran veya bir kadının hamile kalmasından başka bir amaçla yumurta ve sperm hücrelerini bir araya getiren veyahut üçten fazla embriyoyu bir kadına nakleden kimsenin cezalandırılması ön görülmektedir. Yine ikinci maddede insan embriyosunun kötü kullanımı ve teşebbüsleri de cezalandırılmakta. Cinsiyet analizi açıkça yasaklanmakta, bir yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Açıkça rızaları olmaksızın kadının yumurtası veya erkeğin sperminin döllendirilmesi, rızası olmaksınız kadına embriyo transfer edilmesi veya erkeğin ölümünden sonra onun spermlerinin bilinçli olarak bir yumurta ile döllendirilmesi üç yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılmaktadır. İlerleyen maddelerde bu yasaklar devam etmektedir. Mesela klonlama da açıkça yasaklanmaktadır. Şimdi belki çok tekrar oluyor ama şu hususu belirtmeden geçemeyeceğim. ÜYTE dedi-

ğimiz Yönetmeliğin 17 nci maddesi ki en önemli maddesi, ondan önceki 16 madde şekli şartları içeren hükümler içermektedir. Yasaklar başlığı taşımaktadır. Orada işte daha önceki konuşmada arkadaşlar zikrettiler. Sadece evli olan ve kısır olan kişilerin tedavisi amacıyla bu yöntemler kullanılabilir. Bunun dışında bu yöntemlerin kullanılması yasaktır. Tek bir cümle ile geride kalan yasaklar ifade edilmiş olmaktadır, ama biz yönetmelikle bu yasakların ifade edilmesi ve genel cümle ile ifade edilmesi yerine teker teker yasak olan faaliyetlerin açıkça zikredilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İsviçreli'lerin yapmış olduğu tıbbi olarak desteklenen üreme hakkında kanun; bu kanunda yeni bir kanun, 2004 tarihli yanlış hatırlamıyorsam çok mükemmel, çok teferruatlı, tabii tasvip edebildiğimiz kadarıyla çok ayrıntılı hükümler içermektedir. Ama tasvip etmediğimiz, bizim hukukumuzda mümkün olmayan düzenlemelere de örneğin sperm bağışı gibi yer verildiğini görüyoruz.

Özetle şunu söyleyeceğim: Gen teknolojisi alanında dünya almış başını gidiyor. Çok acilen bir gen teknik kanunu yapılması gerekir ve bu yapılırken de İsviçre'deki düzenlemelerin örnek alınması gerekir diye düşünüyorum. Onlar genetik kanunlarını yaparken insan hakkında gen kanunu ve insan dışında gen teknik kanunu diye ikiye ayırdılar. Ve buna ilave olarak da bu tıbbi olarak desteklenen üreme hakkındaki kanunu çıkardılar. Son derece teferruatlı ve isabetli, hatta Alman hukukundan daha teferruatlı düzenlemeler olduğunu orada görüyoruz. Şimdi endişeleri dile getirdik. Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda çok güzel bir kararı var, ben bir paragrafını alacağım. ***"İnsan hayatının söz konusu olduğu yerde onun onuru da söz konusu olmaktadır. İnsan olarak var olmanın başlangıcında söz konusu olan potansiyel yetenek insanlık onurunun korunması için yeterlidir."*** Dolayısıyla bizler embriyo üzerinde dilediğimiz gibi insanlık onuruna aykırılık teşkil edecek şekilde tasarrufta bulunmamamız gerekir diye düşünüyorum.

Embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sorumluluk esas itibariyle istenmeden karşılaşılan zararlardan dolayı ortaya çıkan bir tazminat sorumluluğudur. Fakat bu konunun dışında yer alan benim esas itibariyle değinmeyi düşünmediğim bir konu daha vardı ki birinci oturumda mevzu bahis yapıldı. Konuşmacıların bir kısmı burada yok. Aslında olmasını arzu ederdim. Bu biz bu hususları bütün bu çerçevede üreme teknikleri kullanılarak veya tedavi yöntemleri kullanılarak sağlıklı bir çocuk sahibi olunmasının istenmesi çerçevesinde ortaya çıkan

olumsuz neticeleri, üst başlık olarak istenmeden dünyaya gelen çocuk dolayısıyla uğranılan zarar olarak nitelendiriyoruz. Almanlar bunu *Kind als Schaden*, yani zarar olarak çocuk, İngilizler, Amerikalılar wrongful life veya evlat edinmeyle alakalı olarak wrongful adaption kavramını yerleştirmişlerdir. Fakat bizim bunları birebir tercüme ederek kullanmamız çok isabetli bir kavram tercihine yol açmayacağı için, istenmeden dünyaya gelen çocuk kavramını kullanıyoruz. Şimdi burada iki ihtimal var. Ben verdiğim örnekleri mahkeme kararlarından esinlenerek vermeye çalışacağım. Mesela bir örnek şu, embriyo transferi dışında. Anne babanın yeterli çocuğu var, daha fazla çocuk sahibi olmak istemiyor. Anne hekime gidiyor ve doğum kontrol hapı reçete ettiriyor. Eczaneye götürüyor, eczane doğum kontrol hapı vermek yerine mide ilacı veriyor tabii olarak yeni bir çocuk dünyaya geliyor ama sağlıklı bir çocuk. Almanya'da meydana gelen bu olayda netice itibariyle kusuruyla bir çocuğun sağlıklı da olsa dünyaya gelmesine sebep olan eczanenin sorumuna karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesi de bu kararı onaylamıştır. Yine aynı şekilde yine Almanya'da meydana gelen bir olay. Yeterli sayıda çocuk sayısı var anne sterilizasyon istiyor veyahut ta baba vasektomi istiyor, kısırlaştırmasını istiyor. Başarısız tıbbi bir girişim. Dolayısıyla sağlıklı da olsa bir çocuk dünyaya geliyor. Şimdi kanunlarımız 18 yaşı kural olarak 18 yaşına kadar bazı durumda bazı durumlarda ileriki yaşlara kadar anne babaya bakım yükümlülüğü öngörüyor. Şimdi altı tane çocuk sahibi olan ve daha fazla çocuk sahibi olmayan bir kimsenin buradaki kendi geleceğini belirleme hakkını veya aile planlaması hakkını da saygıyla karşılamak gerekir diye düşünüyoruz. Bütün bu davalarda netice itibariyle kusuruyla sağlıklı da olsa bir çocuğun doğumuna sebep olan kişiler tazminatla yükümlü tutulmuşlardır. Bizde böyle bir şey mümkün mü? 13. Hukuk Dairesinde bir kişiyle konuştuğumuzda böyle bir olay önümüze gelse kesinlikle reddederiz diyor. Esas itibariyle bu konu bizim tebliğimizin de dışında, onu da ifade etmek isterim. Fakat sabahki ilk tebliğde dava açacak kişilerin niteliği bakımından bir şeye değinildi. Onu özellikle belirtmek istiyorum. Özürlü çocuğun dünyaya gelmesi durumunda; özürlü çocuğa dava açma hakkı tanınır mı? Bu konuda Amerika'da ve Almanya'da kesinleşen mahkeme kararları var. Alman mahkeme kararı şunu diyor; var olmama hakkının olmadığını kabul ediyor. Dolayısıyla bir kimse istediği ortamda mesela zenci insan beyaz olmak isteyebilirdi. Veya özürlü olmayan bir insan sağlıklı olmak

isteyebilirdi. Bu durumda özürlü doğan çocuğun dava açma hakkının bulunmadığını mahkeme kabul ediyor.

Biraz sonra teferruatlı olarak sözleşmeleri sıralayacağım. Çocuğun tazminat talebi esas itibariyle şu esasa dayanacaktır. Özürlü hamilelik dolayısıyla özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun dava açma hakkının bulunmadığını biz kabul ediyoruz esas itibariyle. Çünkü şunu demesini bekliyoruz biz çocuktan, eğer hekim annenin hamileliği sırasında özürlülüğü teşhis edebilmiş olsaydı muhtemelen anne kürtaja karar verebilecek ve kendisi dünyaya gelmeyecekti. Dolayısıyla bu kararın da çok önemli olduğunu düşünüyorum. Var olmama hakkının kişiye tanınmaması gerektiğini düşünüyorum. Tabii anne karnında sağlıklı iken bir dış müdahale ile özürlü olan kişinin, buna sebep olan kişilere açabileceği tazminat davası bunun dışında onu kabul etmek gerekir. Peki, ben yine bir mahkeme kararından bahsetmek istiyorum. Bizim Yargıtay'ın kararına konu olan bir olay. Özürlü çocuk doğumu memleketimizde ilk defa karşılaşılan bir olay değildir. Yıllar boyu bunlar karşılaştığımız olaylar. Fakat ilk olan bunun bir yargılamaya konu edilmiş olmasıdır. Olay şudur. 1994 yılında hamile olan bir anne bir hastaneye müracaat ediyor ve o hastane anneyi kontrol altında tutuyor. İki hekim görevlendiriyorlar. Çok kısa sürelerle bir çok test yapılıyor, en azından ultrason görüntüleri var. Anne ve babaya şu söyleniyor. Çok sağlıklı bir çocuk sahibi olacağı söyleniyor, hiçbir endişeye kapılmaması gerektiği söyleniyor. Fakat çocuk doğuyor, çocuğun cinsiyet organı yok. Erkek mi kız mı olduğunu ancak kromozom analiziyle tespit ettiklerini söylüyorlar. Anüsü yok. Ayakları fonksiyon ifa etmiyor. İç organlarında da bir çok rahatsızlıklar... Çok ağır bir özürlülük durumu. Ankara 12 Asliye Mahkemesi'nde dava görülüyor. Bu arada 2000 yılında ek bir dava daha açılıyor ilave yapılan masraflardan dolayı. Ankara 12 Asliye Hukuk Mahkemesi esas itibariyle tedaviyi üstlenen kurumun kusurlu olduğunu kabul ediyor ve tazminata mahkum ediyor. Yargıtay bu kararı açılan ek davanın zaman aşımı sebebiyle görülemeyeceği, çünkü vekalet sözleşmesinde beş yıllık zaman aşımı süresi olduğu gerekçesi ile bozuyor ve ilk derece mahkemesi de bozma kararına uyuyor fakat netice itibariyle bizim için önemli olan burada özürlü bir çocuğun doğumu, dünyaya gelmesi, dolayısıyla tedaviyi üstlenen kişi veya kurumların sorumlu tutulabilmesidir. Bu karar bizim hukukumuzda ilk örnek vakayı teşkil etmektedir. Ben o zaman nezaketsizlik kabul etmezseniz bir hususu da söylemek istiyorum. 2006

yılında bir kitap yayınlamak mümkün oldu. Kitabımızın ismi İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Karşılanması Sorunu. Doçentlik çalışması olarak bunu yapmıştık. Vedat Kitapçılık bu kitabı bastı, çok sayıda Alman, Amerikan ve Fransız, Avusturya mahkemeleri kararı var. Daha teferruatlı bilgi almak isteyen arkadaşlara bu kitabı tavsiye edebiliriz.

Fransa'da özürlü çocuğun doğması dolayısıyla verilen bir mahkumiyet kararı üzerine hekimler uzun süre mesela bir hafta boyunca ultrason görüntüleme yapmaktan kaçınmışlardır. Bu tepki neticesinde Fransa'da çıkartılan hasta haklarına ilişkin kanunla şöyle bir istisna getirilmiştir. Ana rahmine sağlıksız olarak düşmüş ya da doktorun herhangi bir tıbbi müdahalesi söz konusu olmaksızın ana rahminde sağlığını kaybetmiş çocuğun sakat doğması yüzünden yaptığı ve yapacağı harcamaların tazmin edilmesinin önü kapatılmıştır. Burada embriyo transferi dolayısıyla yapılan sözleşmenin hukuki niteliği konusunda, birinci oturumda bir tartışma çıktı. Ben şunu belirtmek istiyorum burada tek bir sözleşme yoktur. Burada hamilelik öncesi yani prâimplantasyon dediğimiz, implantasyon öncesi yapılan bir genetik sözleşme var, bu bir. Embriyo oluşturulması ve anneye transfer usulünde yapılan bir sözleşme var, bu iki. Prenatal, hamilelik sonrası özürlülüğün teşhisine ilişkin sözleşmeler var. Bunlardan başka neler olabilir, en basit ultrason görüntüsü, AFP testleri, kromozom analizi, en son amniyosentez ve benzeri gibi yöntemlerin kullanılması mümkündür. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan sözleşmenin niteliğini hepsi açısından teker teker değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Embriyonun hukuki durumu konusunda da tartışma var. Acaba embriyo hak ehliyetine sahip midir? Bu konuda doktrinde tartışmalar var. Yani kanun ifadesi açık. Ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyeti başlar. Acaba daha önceden başlatılamaz mı? Bu konuda kesin bir kanaate varmak mümkündür ama her iki yönde de tartışmaların olduğunu söylememiz gerekir.

Özellikle prâimplantasyon, yani hamilelik öncesi genetik teşhis metotları bakımından çok sayıda eleştiri getirilmektedir. Bu metodun faydası yönünde görüş öne süren kimselerde vardır. Her halde tam meramımı anlatamayacağım ama şunu söylüyorum bizler bugün itibariyle şöyle bir trend yaşıyoruz. Artık sağlık hukuku, hekim hasta ve hastane üçlüsü arasında meydana gelen hukuki ilişkileri aşmış vaziyettedir. Esas itibariyle bu üçlü arasındaki ilişkiler açıklığa kavuşmuş vaziyettedir.

Yeni bir şey bu hususta söylemek mümkün değildir. Fakat teknolojinin ortaya çıkarttığı bir takım imkanlar dolayısıyla ortaya çıkan hukuki problemler daha yenidir, söylenecek çok şey vardır, bizim beklentimiz bu hususların yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Ama bakıyoruz Bakanlıktan bu konuda ciddi bir gayret gördüğümüzü söylemek mümkün değildir. Hala yönetmeliklerle bu işin geçiştirildiğini görüyoruz. Dinlediğiniz için çok teşekkür ederim

DOÇ. DR. YUSUF BÜYÜKAY - Hocam şunu öncelikle ifade etmem lazım. Esas itibariyle embriyo nakillerinden doğan hukuki sorumluluğu anlatmayı amaçladık. Şimdi sabahki oturumlarda ortaya çıkan bir takım hukuki sorunların cevapsız kaldığını düşünmem vesilesiyle istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuklarla alakalı problemlere de işaret etme ihtiyacı duydum, bu bir. İkincisi bu tebliğimizde amaçladığımız husus geçerli bir rızaya dayanan ve hukuki olan tıbbi müdahale dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluktu. Yoksa yasak olan embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sorumluluğu zaten izah etmeyi amaçlamamıştık. Embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sorumluluk konusu, tebliğ metninin orjinalinde ayrıntılı olarak izah edilmiştir. Teşekkür ederim.

HEKİMLERİN EMBRİYON NAKİLLERİNDE HUKUKİ SORUMLULUĞU

DOÇ. DR. YUSUF BÜYÜKAY

"İnsan hayatının söz konusu olduğu yerde, onun onuru da söz konusu olmaktadır. İnsan olarak var olmanın başlangıcında söz konusu olan potansiyel yetenek, insanlık onurunun korunması için yeterlidir"
BverfGE, 39, 1, 41.

Çocuğun ana rahmine düşmesi ve doğumu, bugün itibariyle hekimler tarafından müdahale edilemez bir alan değildir. Bununla ilgili olarak hamilelik öncesi gen analizleri, embriyo transferi ve hamileliği önleyici araçların reçetelendirilmesinden kürtaja kadar bir çok olanağı saymak mümkündür.

Tıp ilminin gelişmesi ile birlikte, tabii yollardan çocuk sahibi olamayan kimselerin embriyo transferi yoluyla bu amaçlarına kavuşmaya başladıkları bir gerçektir. Geçmişi çok eski olmayan bu metodun uygulanmaya başlaması ile bir çok hukuki problem ortaya çıkmıştır. Embriyo transferi çerçevesinde kümelenen bu problemlerin sayısı oldukça fazladır.

Esas itibariyle tabi yollardan çocuk sahibi olamayan eşler, embriyo transferini arzu ettikleri takdirde, muhatapları ile bu konuda birden fazla sözleşme yapmak ya da yapılan genel bir sözleşme ile birden fazla müdahaleye rıza göstermek zorundadırlar. Hepimizin bildiği gibi, yumurta ve sperm hücrelerinin birleştirilmesinden önce bazen anne-babanın genetik yapısının incelenmesi, oluşturulan embriyolardan sağlıklı olanlarının seçilmesi, bunların bir kısmının anneye transfer edilmesine ilave olarak, hamilelik esnasında da, bir takım teşhis metodlarının, örneğin, ultrason, AFP testleri, amniyosentez ve gerekli durumlarda kürtaj, uygulanması kararlaştırılmaktadır. Bu tedavi yöntemi ile ana-babaların arzuladıkları şeyin, sağlıklı ve kararlaştırılan sayıda çocuk sahibi olmak olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

Ne var ki, tedaviyi üstlenen kimselerin, hekimlerin, sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülüklerine aykırı davranmaları, netice itibariyle kendilerinin sorumlu tutulabilecekleri, bir takım zararların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu uygulama ve hekim kusurları neticesinde ortaya çıkabilecek ve bizim zarar kaynağı olarak nitelendirebileceğimiz iki ihtimal bulunmaktadır. Birinci ihtimalde, ana-baba istemedikleri sayıda çocuk sahibi olmaktadır. Örneğin, ana-babanın bir, iki veya üç çocuk arzuladıkları bir durumda beş çocuk sahibi olmaları gibi. İkinci ihtimalde ise, ana-baba sağlıklı çocuk sahibi olmak istemelerine rağmen, özürlü çocuk dünyaya gelmektedir. İşte bu iki ihtimalde ortaya çıkan, çocukların bakım, eğitim ve tedavi masrafları zarar olarak nitelendirilebilmesi söz konusudur.

Çok sayıda yabancı mahkeme kararlarında, sağlıklı da olsa, anababanın aile plânlamasına aykırı olarak dünyaya gelen çocuklarının bakım eğitim ve tedavi masraflarını talep etmeleri durumunda, bu tazminat taleplerinin kabul edildiği görülmektedir. Konunun sınırlarını daraltmak için bu ihtimali tebliğ konumuzun dışında bırakıyor, bu konuda daha önce yayınlamış olduğumuz kitabımızı işaret ediyoruz.

Esas itibariyle embriyo transferi neticesinde, yükümlülük ihlali du-

rumunda, özürlü çocuğun dünyaya gelmesi ve bu çocuğun bakım eğitim ve bakım masraflarının tazmin edilmesi söz konusu olabilecektir.

Günümüz itibariyle yaşanan tıbbi gelişmeler, anne-babanın genetik yapısının çocuk için bir tehlike oluşturup oluşturmayacağının, hamilelik öncesi tespit edilmesine imkân vermekte ve hamilelik esnasında, beklenen çocuğa ait birçok hastalık ve özürlülük tespit edilebilmektedir[1]. Böyle bir durumda ise, anne-baba belirli şartların varlığı halinde hamileliği sona erdirebilmektedir.

Bedensel ya da zihinsel olarak özürlü doğan bir kimsenin, aileyi maddi olarak olduğu kadar manevi olarak da zarara uğratabileceği, belki de tahammülü oldukça zor sorunlarla karşı karşıya bırakabileceği muhakkaktır. Bu mağduriyet özellikle, sağlıklı bir sigorta ve sağlık sisteminin oturmamış olduğu yerlerde daha da artacaktır.

Böyle bir durumla karşılaşan insanların, teselli bulabilecekleri maddi veya manevi dayanak noktalarının bulunması, hekimin ya da bir üçüncü kimsenin kendi yükümlülüğünü hatalı olarak ifa etmesinin sonucu olan zararların tazmin edilmemesini gerektirmemelidir. Hekimin edim yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmediği bir çok olayda, rahatlıkla hekimin sorumluluğu sonucuna varan yargı organlarının, kolaylıkla bu tazminat talebine evet demedikleri, hekim hataları sonucunda uğranılan zararın tazmin edilmesinde hiç bir yanlışlık görmeyen hekimlerin de, böyle bir hükme aşırı tepki gösterdikleri görülmektedir.

Bir hekimin, sağlıklı olduğu halde, henüz doğmamış bir çocuğun genetik bir bozukluğunun bulunduğu teşhisini koyması, ancak annebabanın hamileliği sona erdirmeyi kabul etmemeleri, netice itibariyle de sağlıklı bir çocuğun dünyaya gelmesi de ihtimal dahilindedir. Hamileliğin devamı süresince eşlerin maruz kaldıkları manevi üzüntünün da tazmin edilebilir bir niteliği bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır.

Özürlü kimselerin bakım, eğitim ve tedavi giderlerinin, mahkeme kararlarında zarar olarak nitelendirilmesi, hamilelik ve doğum teşhis metotlarının gelişmesi sayesinde, her geçen gün artan bir şekilde hamileliklerin sona erdirilmesinde etkili olabilecektir. Özürlü bir kimse için tazminat ödeme endişesi, tıp uygulamasında, şüphe halinde hamileliğin sonlandırılması ile neticelenebilecektir. Şüphe halinde hamileliğin sona

1 MÜLLER, Gerhard Unterhalt für ein Kind als Schaden, NJW, 2003, s. 697; Özellikle, GENOM projesi ile insan genlerinin haritasının çıkarılması hedeflenmiş ve proje büyük ölçüde tamamlanmıştır. Proje, "Tanrının hayatı yarattığı dili bugün öğreniyoruz" sloganı ile Dünya'ya duyurulmuştur. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Genom Analiz Sonuçlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi, Gülören Tekinalp'e Armagan, İstanbul, 2003, s. 827.

erdirilmesinin tavsiye edilmesi eğilimi ise endişeleri artırmaktadır[2].

İstenmeyen özürlü çocuğun doğumu ile ilgili olarak cevaplanması gereken daha bir çok soru bulunmaktadır. Örneğin, özürlü olduğu teşhis edilen ceninin, kürtaj ile yaşamına son verilmek istenmesinin, ceninin yaşam hakkı ile bağdaştırılmasının mümkün olup olmadığı, anne-babanın, kendi çocuklarının bakım eğitim ve tedavilerine ilişkin giderlerinin üçüncü kimseler tarafından tazmin edilmesini istemeleri, çocuğun insanlık onurunu zedeleyecek bir davranış olup olmadığı, çocuğun bütün giderlerinin gerçekten zarar olarak kabul edilip edilmeyeceği, çocuğun istenmemiş olması ya da aile planlamasının zedelenmesinin, anne-babanın tazminat talebinin bir şartı olup olmadığı ve çocuğun, var olmama hakkını gerekçe göstererek, bizzat kendisinin tazminat talep etme hakkı bulunup bulunmadığı, cevaplanması gereken önemli sorulardır[3].

Henüz kısa süre öncesine kadar aile planlaması ve yöntemleri tabulaştırılmış kavramlardı. İstenmeden de olsa hamile kalınması halinde, bunu kaderin cilvesi olarak kabul edip, doğacak çocuğun bakımını üstlenmek, ona gerekli sevgi ve ilgiyi göstermek, hem aile açısından, hem de hukuk açısından, eşlerin kendilerinin sorumlu olmak zorunda oldukları davranışlarının sonucu olması sebebiyle tartışma götürmezdi. Zaman içinde ekonomik anlayışların değişmesi, ihtiyaçların artması, ekonomik zorluklar ve tıptaki ilerlemeler, kaderin cilvesi olarak kabul ettiğimiz olayların önüne geçilmesi düşüncesini ve imkânını sağlamıştır. Sorumluluk hukukunun temelinde yatan genel kabul görmüş ilkeye göre, herkes fiilinin sonucuna katlanmalıdır. Bu ilkenin özel hayata ait aile planlaması alanında ihlal edilmesi, toplumdaki değer yargılarının değişmesinin yanında tıptaki gelişmelerin de bir sonucudur. Yasal olarak tıbbın tanıdığı imkânlarla, istenmeyen gelişmelerin önüne geçilebilmesi ve bunun ekonomik bir edim olarak sunulması, bu imkânların kullanılmasından doğan aksaklıkların da hukuken sonuca bağlanmasını gerektirmiştir. Böylece hatalı tıbbi müdahale, özürlü embriyo transferi sonunda istenmeden doğan özürlü çocuğun bakım, eğitim ve tedavi giderlerini kimin yükleneceği, sorumluluk hukukunun konusunu oluşturmuştur[4].

2 SCHREIBER, Hans-Ludwig, Das Kind als Schaden-Ärztliche Haftung in der Reproduktions- und Pranatalmedizin, ZaeFQ, 2002, 96, s. 423.

3 JUNKER, von Claudia, Pflichtverletzung, Kindexistenz und Schadenersatz, Berlin, 2002, s. 28

4 ZEYTİN, Zafer, Alman Hukukunda Zarar kAvramı ve Gelişimi- II Maddi zarar olarak "çocuk", BATİDER, 2002, C.XXI, S. 3, s. 43.

Bu tebliğimde, embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sorumluluğu genel hatları ile sizlere aktarmaya çalışacağım. Ancak, öncelikli olarak, tebliğ başlığı olarak seçilen "embriyo transferlerinden dolayı hekimlerin hukuki sorumluluğu" başlığının yetersiz olduğunu belirtmek isterim. Uygulamada embriyo transferine ilişkin sözleşmelerin, ÜYTE'ye göre ruhsatlandırılmış işletmeler tarafından yapıldığı bir gerçektir. Öyle ise, sorumlu tutulabilecek kişiler, hastanın karşısında yer alan kişi ve kurumlardır. Hekimin tedavi hizmetini üstlenmesi durumunda da hastaya karşı sorumlu tutulması mümkündür. Hekimin, bir tedavi kurumunda çalışması durumunda ise, hekimi doğrudan sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu takdirde diğer sorumluluk kaynakları gündeme gelecektir.

Esas itibariyle, embriyo transferi birçok hukuki problemi içinde barındırmasına rağmen, ülkemizde embriyo transferleri ÜYTE ve Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülmektedir. Tebliğimin başında, ÜYTE'de yer alan düzenlemelerin yetersiz olduğunu, bu konuda Almanya ve İsviçre'de yer alan düzenlemelerle karşılaştırmak suretiyle kısaca ortaya koymak istiyorum.

I. ÜYTE

ÜYTE, 20 madde , 3 geçici madde ve 4 Ek'den oluşmaktadır. Bu yönetmelikte yer alan hükümlerin önemli bir kısmı açılacak Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri'ne ilişkin şekil şartlarına dair hükümler içermektedir. Bu yönetmelikte, özellikle **Yasaklar** başlığını taşıyan 17. maddedeki, **embriyoların kısırlığın tedavisi dışında bir alanda kullanılmalarını yasaklayan düzenleme** dikkati çekmektedir. Yönetmeliğin bu maddesine göre, kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır. (ADANA VAKASI)

8 Temmuz 2005 tarihinde yönetmelikte yapılan bir değişiklik ile, anneye transfer edilecek embriyoların sayısına da bir sırlama getirilmiştir[5]. Ancak, yaş faktörü, embriyo kalitesi ve benzeri tıbbi zorunluluk hallerinde, hekim tarafından gerekçelendirilmek koşuluyla, üçten fazla embriyo transferine izin verilmektedir. **Getirilen yeni düzenlemeye göre,**

5 08.07.2005. tarih ve 25869 sayılı RG.

üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaktır. Ancak tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanabilir. Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamaz. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları alınan kişinin isteğine göre imha edilir.

Ülkemizde, anne adaylarına çok sayıda, örneğin yedi tane embriyo transfer edilmesi ve netice olarak ceninlerin tamamının yaşamlarını kaybetmeleri[6], bu düzenlemenin yapılmasına etkili olduğu söylenebilir.

Yönetmeliğin 19 maddesinde ise Embriyo transferinin şartları belirtilmektedir: Buna göre, "Üremeye yardımcı tedavi metodu uygulaması yaptırmak üzere başvuran evli çiftlerin EK-2'de belirtilen nitelikleri haiz olması şarttır". Ek 2, **HASTA SEÇİM KRİTERLERİ**'ni belirtmektedir:

Buna göre, ÜYTE uygulanacak olanların;

1- Evli çift olması,

2- Sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması,

3- Evli çiftlerin bu Yönetmelik'te öngörülen tedavi yöntemleri dışındaki mevcut tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarının belgelenmiş bulunması.

Ülkemizde, cinsiyet tespiti, bir hastalığın tedavisinin gerekli kıldığı durumların dışında yapılması Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği ile yasaklanmıştır.

II. EMBRİYONUN KORUNMASINA İLİŞKİN KANUN (Embriyonenschutzgesetz)[7]

On üç maddeden ibaret olan ve 13 Aralık 1990 tarihinde kabul edilen bu Kanun'un birinci maddede cezai hükümler öngörmesi ilgi çekicidir. Bu madde ile üreme tekniklerinin kötüye kullanılmasının üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir. Bu madde ile döllenmemiş bir yumurtayı yabancı bir kadına aktaran veya bir kadının hamile kalmasından başka bir amaçla yumurta ile sperm hücrelerini bir araya getiren veyahut da üçten fazla embriyoyu bir kadına nakleden kimsenin cezalandırılması öngörülmektedir[8]. Ancak cezai hükümlerin bununla da sınırlı olmadığını söylemek gerekmektedir. İkinci maddede ise insan embriyosunun kötü kullanımı ve teşebbüsleri de cezalandırılmaktadır. Üçüncü maddede ise, yumurta ve

6 www.haberx.com/n/206012/tup-dorduz-yasaklandi-.htm

7 13.12.1990., BGBl. I S.2747.

8 IPSEN, Jörn, Der "verfassungsrechtliche Status" des Embriyo in Vitro, JZ. 2001, s. 990.

sperm hücrelerinin döllenmesinden sonra, cinsiyet analizinin yapılması açıkça yasaklanmış ve bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Rızaları olmaksızın kadının yumurtası veya erkeğin sperminin döllendirilmesi, rızası olmaksızın kadına embriyo transfer edilmesi veya erkeğin ölümünden sonra onun spermlerinin bilinçli olarak bir yumurta ile döllendirilmesi üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılmaktadır. 6. madde ile embriyonun, ceninin, insanın ve ölen bir kimsenin klonlanması yasaklanmış ve beş yıla kadar hapis ile cezalandırılması öngörülmüştür. Mevcut olan cezai hükümlere göre son olarak da insan embriyosunun bir hayvana transferi cezalandırılmaktadır.

Kanun yapma tekniğine aykırı olarak, ancak belki de konunun önemi gereği, kavram tanımlamaları ancak sekizinci maddede başlatılabilmiştir. Bu tür faaliyetlerin yalnızca hekimler tarafından yapılabileceği 9. maddede ifade edilmiş, 10. maddede ise, kişilerin bu faaliyetleri yaptırmaya veya bunlara katılmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir.

III. Budesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortplanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) Tıbbi Olarak Desteklenen Üreme Hakkında Kanun[9]

Bu Kanunda yer alan hükümlerin, büyük çoğunluğu itibariyle, Almanların embriyonun korunmasına ilişkin kanunları ile (Embriyonenschutzgesetz) benzer hükümleri içermekle birlikte, daha teferruatlı hükümler içerdiğini ve sistematik olarak farklı bir yöntem benimsendiğini belirtmek gerekmektedir. Bu kanunun da bazı önemli hükümlerini vurgulamakla yetinmek istiyoruz.

Beş bölüm ve kırk dört maddeden oluşan bu kanun'un birinci maddesinde kanunun konusu ve amacı belirtilmiştir. Kanun, tıbbi olarak desteklenen üreme yöntemlerinin insanlarda hangi şartlar altında uygulanabileceğini belirlemekte, insan onuru ve şahsiyet haklarını korumayı hedeflemekte, gen teknolojisinin kötüye kullanımını yasaklamakta ve bir milli etik komisyonunun kurulmasını öngörmektedir (Art. 1).

İkinci maddede bazı temel kavramların tanımlarına yer verilmesinin ardından üçüncü maddede, temel kurallara yer verilmiştir. Buna göre, üreme teknikleri yalnızca çocuk sahibi olma amacı ile uygulanabilir, verilen materyaller yalnızca evli çiftlerde kullanılabilir ve bir kimsenin ölümünden sonra, ona ait materyaller üreme tekniklerinde kullanıla-

9 www.admin.ch/ch/d/sr/8/81490.de.pdf

maz. Dördüncü maddede ise, yumurta ve embriyo bağışı, ödünç annelik (Leihmutterschaft) yasaklanmıştır. Üreme tekniklerinin yalnızca çocuk sahibi olamayan çiftlerde veya tedavi edilemeyen bir hastalığın gelecek nesillere geçmesi tehlikesinin bulunduğu durumlarda uygulanabileceği beşinci maddede düzenlenmiştir.

Doktorların, bu usullerin uygulanmasından önce, ilgili çiftleri belirli hususlar hakkında bilgilendirmesi gerektiği ve bilgilendirme ile uygulama arasında mutlaka uygun bir süre bulundurulması gerektiği altıncı maddede düzenlenmiştir.

Üremeye yardımcı tekniklerin uygulamasından önce tarafların yazılı olarak rızalarının alınması gerektiği, uygulamanın üç defa üst üste başarısız olması durumunda rızanın yenilenmesi ve tekrar düşünme süresi verilmesi gerektiği ve de birden fazla hamilelik rizikosunun bulunması durumunda, uygulamanın eşlerin durumu anlamasına bağlı olduğu (Art. 7), EschG'de açıkça zikredilmeyen hususlardır.

Bu kanuna göre, bu teknikleri uygulayan kimseler, tedavinin türü ve sayısı, hamileliklerin sayısı ve sonuçları vb. hususlarda yıllık olarak rapor vermek zorundadırlar (Art. 11). Kişilere ait üreme materyallerinin saklanması, onların yazılı rızası ile mümkün olup, bu rızanın da her zaman geri alınması mümkündür. Saklama süresi en fazla beş yıl olabilir(Art. 15). Alman hukukundaki düzenlemeye paralel olarak, anne dışında embriyoların en fazla üç adet geliştirilebileceği (Art. 17) ve embriyoların saklanmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Bu kanunun dördüncü bölümünde, sperm bağışı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sperm bağışı, caiz olan üreme teknikleri çerçevesinde ve bağışlayanın yazılı rızası dahilinde yapılabilir (Art. 18). Verici, tıbbi açıdan gerekli özen gösterilmek sureti ile seçilir ve alıcının sağlık rizikoları mümkün olduğu kadar minimize edilir. Başka kriterler caiz değildir (Art. 19). Bağışlanan spermler, yalnızca üreme tekniklerinin kullanılmasına rıza gösteren kimselerde kullanılır (Art. 20). Sperm bağışı ücretsizdir (Art 21). Bir uygulamada farklı kimselere ait spermler kullanılamaz ve bir vericinin spermleri en fazla sekiz çocuğun döllenmesinde kullanılabilir. Bu usuller ancak, evlilik engeli bulunmayan kimseler arasında uygulanabilir (Art. 22).

Bu kanun hükümlerine göre döllenmiş olan çocuk, annenin kocası ile olan evlat ilişkisine (kindesverhaeltnis) itiraz edemez. Bu şekilde dünyaya gelmiş olan çocuk sperm vericisine karşı kural olarak babalık

davası açamaz (Art. 23).

Bu işlemler geçerli bir şekilde kayıt altına alınmalıdır. Buna göre, bağışlayanın adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, mesleği, eğitimi, bağış tarihi, tıbbi araştırmanın sonuçları, kadının, adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, milliyeti, ikametgahı, bağışlanan hangi spermi kullandığı, kocasının ismi, spermin kullanım tarihleri kayıt altına alınmalıdır (Art. 24). Veriler, yetkili makamlara ulaştırılır ve 80 yıl sonra silinir (Art. 25, 26).

Çocuk 18 yaşını doldurması kaydıyla, yetkili makamlardan, vericinin açık kimliğini, menfaatinin bulunması durumunda diğer bilgileri de talep edebilir. Yetkili makamlar çocuğa bu bilgileri vermeden önce, mümkün ise vericiyi bilgilendirir. Eğer verici şahsi ilişki kurmayı reddeder ise, çocuk, vericinin şahsiyet hakları ve ailesinin koruma hakkı hakkında bilgilendirilir. Eğer çocuk bu bilgileri yine de talep ederse, bu takdirde kendisine bu bilgiler verilir (Art. 27).

Kanunun 28. maddesi ile milli etik komisyonunun kurulacağı, 29 ila 37. maddelerde ise, bazı uygulamaların cezalandırılacağı hususları belirtilmiştir.

IV. ÖZÜRLÜ ÇOCUĞUN DOĞUMU İLE İLGİLİ BAZI MAHKEME KARARLARI

Almanya'da özürlü çocuğun doğumu ile ilgili olarak verilen en son karar Federal Mahkeme'nin 18.06.2002 tarihli kararıdır[10]. Olayda, anne, 1996 tarihinde bedensel olarak ağır özürlü olan Sebastian isimli bir çocuğu dünyaya getirmiştir. Çocuğun üst kolları gelişmemiş, bacakları ve ayakları özürlü, uyluğunun sağ tarafı kısa ve uyluğunun sol tarafı ise bulunmamaktadır. Davacı anne-baba, hekimden, kendisi tarafından yapılan hamilelik kontrolleri sırasında çocuğun gelişim bozukluğunu, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı olarak, tespit edememiş olması ve bu yüzden hukuken mümkün olan kürtajı yaptıramadıkları gerekçesi ile uğramış oldukları zararın tazminini talep etmişlerdir. Hamilelik sırasında davalı hekim tarafından yaklaşık olarak 11 defa ultrason muayenesi yapılmış ve hekim, annenin her defasında, her şeyin yolunda olup olmadığına ilişkin sorusuna olumlu cevap vermiştir. LG München, olayda davalıyı, manevi tazminata mahkum etmiş, OLG München, manevi tazminata ilave olarak mevcut ve ileride oluşacak olan maddi zararların da tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

10 BGH, 18.06.2002 - VI ZR 136/01, JZ., 2003, s. 152; Bu mahkeme kararı, bir hekim hatası nedeniyle, özürlü bir çocuğun dünyaya gelmesi ile ilgilidir. Somut olayda, ağır özürlülüğün, tazminat içi bir baskı oluşturacağı yönündeki düşünceler isabetli değildir. MÜLLER, a.g.m., s. 697.

BGH, davalının temyiz itirazını reddetmekle, hekim hatası nedeniyle, özürlülüğün geç teşhis edilmesi ve kanuni olarak müsaade edilen kürtaj zamanının geçirilmesi dolayısıyla özürlü çocuğun dünyaya gelmesi nedeniyle, hekimin maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda olduğu görüşünü tekrarlamış olmaktadır[11].

Fransa'da, ise Fransız Temyiz Mahkemesinin (Cour de Cassation) 13.07 2001 tarihinde vermiş olduğu kararla, özürlü kimsenin bakım giderlerinin hekim tarafından karşılanması talebi, Fransız Hukuku'na göre onaylanmıştır. Bu olayda, anne-babanın yanında, özürlü doğan çocuk da hekimden tazminat talep etmektedir[12]. Bu kararda Fransız Temyiz Mahkemesi, bedensel ve zihinsel **özürlü bir insanın doğumunun** zarar olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir[13].

Olay şu şekilde gelişmiştir: Bayan Perruche, ilk hamileliğinde kızamık hastalığına yakalanmış ve bu yüzden aile hekimine müracaat etmiştir. Yakalanmış olduğu kızamık hastalığının çocuk için muhtemel tehlikelerini öğrenen bayan Perruche, hekimine hamileliğini sona erdirebileceğini söylemiştir. Bunun üzerine hekim, bir çok kan örneğini analiz için bir laboratuara göndermiştir. Hekim, bu analizlerden hastanın kızamığa karşı dayanıklı olduğu sonucunu çıkarmıştır. Bu olaydan bir ay sonra da bayan Perruche, zihinsel ve bedensel olarak ağır özürlü Nikolas isimli bir erkek çocuğu dünyaya getirmiştir. Bunun üzerine anne-baba, Wrongful birth (özürlü doğum) davasının yanında, çocukları Nikolas adına da Wrongful life (özürlü hayat) davasını açmışlardır. Bu dava ile anne-baba, çocukları Nikolas dolayısıyla uğranılan zararın hekim tarafından tazmin edilmesini istemişlerdir. Gerekçe olarak da, şayet hekim özenli bir şekilde açıklama yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa idi, hamileliğin sona erdirilmesine karar vermiş olabileceklerini, sonuç olarak Nikolas'ın doğmayacağını ve burada talep edilen zarara da hiç uğramamış olacaklarını ileri sürmüşlerdir[14].

Her iki dava da, anne-babaya göre, istenmeyen çocuğun doğumu bağlamında uğranılan zararın tazmini ile ilgilidir. Dava, anne-babanın bilgilendirilmesi, konsultasyon ve tedavideki hata sebebiyle sorumlu tutulan tıbbi personele yöneltilmiştir. Mahkeme, vaktiyle, tedavi eden

11 STÜRNER, Wolf, Anmerkung, 18.06.2002 BGH, JZ., 2003, 152.

12 DEUTSCH, Erwin, Das behindert geborene Kind als Anspruchberechtigter, (Anspruchsberechtigter), s. 27.

13 http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm

14 MELCHERT, Tanja, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von Wrongful life, Über Macht des Mitgefühls im Recht, http://www. weblaw.ch/jusletter/ Artikel.asp?ArticleNr= 2860& Language=1; DEUTSCH, Anspruchsberectigter, s. 27.

hekimin, hamile anneyi, mevcut doğum rizikoları hakkında yeterince bilgilendirmediği ve annenin hekimin hatalı kanaati sebebiyle hamileliği sona erdirmediği somut olayda, çocuğun talebi kabul edilmiştir.

Bazı kesimler, özellikle de özürlü kimselerin organizasyonları, bu karara öfkeli bir şekilde tepki göstermişler ve Fransız hekimler, doğum öncesi ultrason muayenelerini yapmaktan kaçınmak suretiyle, kararı protesto etmişlerdir. Bu tartışmaların doğrudan bir sonucu olarak 04.03.2002 tarihinde "Hasta Haklarına İlişkin Kanun" çıkarılmış ve anne rahmine sağlıksız olarak düşmüş ya da doktorun herhangi bir tıbbi müdahalesi söz konusu olmaksızın, ana rahminde sağlığını kaybetmiş çocuğun, sakat doğması yüzünden yaptığı ve yapacağı harcamaları tazmin ettirmesinin önü kapatılmıştır[15].

Avusturya'da ise, özürlü çocuğun doğumu ile ilk dava 1999 yılında gündeme gelmiştir. Avusturya Federal Mahkemesinin kararının konusunu, kolsuz, ayakları özürlü ve kısa bacaklı bir çocuğun doğumu oluşturmaktadır. Mahkeme, bu olayda özürlü çocuğun anne-babasının tazminat talep hakkının mevcut olmadığına karar vermiştir[16]. Federal Mahkemenin bu kararı, yalnız hukukçular arasında değil, halk arasında da bir insanın "var olmama hakkı"nın (Recht auf Nichtexistenz) bulunup bulunmadığı hususunda tartışmalara neden olmuştur..

Türkiye'de ise hekimin kusuru nedeniyle özürlü çocuğun doğumu ile ilgili ilk dava 1994 yılında açılmıştır. 12.12.2002 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına da konu olan olayda, özürlü çocuğun doğumu nedeniyle uğranılan zararların tazmini gerektiği prensip olarak kabul edilmiştir[17].

V. ANA-BABANIN ÇOCUĞUN BAKIM, EĞİTİM VE TEDAVİ GİDERLERİNİ KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ana-babanın çocuklarına esasen tabî hukuk kuralından doğan bakma ve yetiştirme yükümlülüğü, MK. m. 327 ile pozitif hukuk kuralı haline getirilmiştir. MK. m. 327/I hükmüne göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama, ana-babanın yükümlülü-

15 DEUTSCH, (Anspruchsberectigter)s. 27.;BÜYÜKSAGİS, Erdem, Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmeleri Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellememek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi? http://www.e-akademi.org; Menschen mit Down-Syndrom, Eltern-Freunde e.V., "Kind als Schaden" – Diskussionen innerhalb europäischer Rechtsordnungen, http://www.lebenshilfe.de/recht/Rechtsdienste/RD1_02/Kind_als_Schaden.htm; http://ntvmsnbc.com/news/129744.asp#BODY

16 OGH, 25. 05. 1999, JBl 1999, 593; REINHART, Andreas, "Wrongful life" – gibt es ein Recht auf Nichtexistenz? VersR, 2001, H.25, s. 1081.

17 YHGK., E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, Kararın tam metni için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/ index_files/1047.htm

ğü altındadır. Bu yükümlülük ana-babanın velayet hakkına sahip olmasına bağlı değildir. Ana-baba velayet hakkına sahip olmasalar bile çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, ana-babaya birlikte aittir[18].

Her ne kadar Kanun'un metninde çocuğun tedavi giderlerinden açıkça bahsedilmemiş olsa bile çocuğun bakımı ve korunması kavramları geniş yorumlanarak, tedavi giderlerini[19] de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Ana-baba için bu yükümlülük, çocuk ile soybağının kurulması ile kanun gereği kendiliğinden doğar. Ana-babanın ekonomik gücünün yeterli olmaması veya çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına yetecek malvarlığının bulunmaması, ana-babanın bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bununla beraber ana-babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğünün kapsamı, çocuğun ihtiyaçları ile birlikte, ana-babanın ekonomik gücü dikkate alınarak belirlenecektir[20].

Çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması yükümlülüğü, ana-babanın her ikisine ait olduğu için[21], bu görevini yerine getirmekten kaçınan kimseye, çocuk adına nafaka davası açılabileceği gibi[22], bütün giderleri tek başına üstlenen eş de diğer eşe karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Çünkü, diğer eş, kanunen yapmakla yükümlü olduğu gideri yapmamakla, bu giderleri tek başına üstlenen eş aleyhine sebepsiz olarak zenginleşmektedir.

Ana-babanın bakım ve eğitim yükümlülüğü çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana-baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde

18 DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 516; AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2003.

19 LANGE Hermann/SCHIEMANN Gottfried, Schadenersatz, Tübingen, 2003, s. 308.

20 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 516.

21 Çocuğun doğumuna eşlerden birinin hileli davranışının neden olması durumunda, bu yükümlülükler, bu kimseye bırakılmalıdır. Nitekim, BGH'nin bir başka kararına konu olan bir olayda, çiftler, evli olmadıkları halde birlikte hayat sürmekte ve çocuk sahibi olmama hususunda da anlaşmış bulunmaktaydılar. Kadın, hamilelikten korunmak amacıyla çeşitli usullere başvurmakta idi. Ancak, kadın, erkek arkadaşının haberi olmadan, hamileliği önleyici preparatları kendisinden uzaklaştırmış ve plânladığı gibi, hamile kalmış ve sağlıklı bir çocuk sahibi olmuştur. Baba hamileliği öğrendikten sonra, çocuğun anasını terk etmiş, ana ise, bakım giderlerinin (nafaka) ödenmesi için babaya dava açmıştır. Tarafların çocuk sahibi olmamak hususunda anlaşmalarında bir uyuşmazlık yoktur. Çocuğun ergin oluncaya kadar ki bakım giderlerinin baba için yük getireceği de ortadadır. BGH, olayda davalı babanın sorumluluğunu kabul etmemiştir. Olayda kadının davranışının, hamilelikten korunmaya gizlice son vermesinin, BGH'nin kanaatine göre, hem sözleşmeye aykırı davranış, hem de (BGB § 826'e göre), ahlâka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesi mümkündür. BGHZ, 97, 372 vd; NJW, 1986, s. 2043.

22 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 517.

olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK. m. 328)[23].

Çocukla ana-baba arasındaki soybağının iptal edilmesi durumunda, çocuğun bakım ve eğitim yükümlülüğü çocuğun doğumuna kadar geriye yürüyerek ortadan kalkar. Soybağının iptali üzerine yapılan giderler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir[24].

Çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin miktarı, çocuğun ihtiyaçları ile ana-babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenmelidir (MK. m. 330/I)[25].

VI. EMBRİYONUN VE CENİNİN HUKUKİ DURUMU

Döllenmiş ve gelişme yeteneği olan yumurta hücresine embriyo denmektedir[26]. İnsan embiyosunun ana rahminde oluşması mümkün olduğu gibi, laboratuvar ortamında da oluşturulması (in-vitro fertilizasyon) mümkündür.

Ana rahminde oluşan embriyonun hukuki statüsü bakımından hukuki bir belirsizlik bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 28/II. maddesinde, çocuğun hak ehliyetinin, sağ ve tam doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Ceninin hak ehliyeti, sadece miras hakkı bakımından değil, hayat ve sağlık hakkı bakımından da ana rahmine düştüğü andan itibaren başlatılacaktır[27]. Buna göre, henüz doğmadan babası ölen çocuk, babasına mirasçı olabilecek, ana karnında iken kendisine karşı işlenen haksız fiillerden dolayı dava açabilecek[28]; yine bu dönemde, üçüncü kişi yararına sözleşmenin alacaklısı durumunda olabilecektir.

Buna karşılık Medeni Kanun'umuzun, hak ehliyetini, ceninin ana rahmine düşmesi anından itibaren başlatması karşısında, tüp bebek (in-vitro fertilizasyon) yöntemi ile ana rahmi dışında oluşturulan embriyonun hukuki durumu belirsizlik içermektedir. Bu konuda üç farklı çözüm tarzı söz konusu olmaktadır: İlk olarak MK. m. 27/II'nin lafzına sadık kalarak, henüz ana rahmine düşmemiş olan embriyoların hak ehliyetinden istifade edememesi söz konusu olacaktır. İkinci olarak, Me-

23 AKINTÜRK, a.g.e., s. 402.
24 ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 618, (Aile).
25 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 518; ÖZTAN, (Aile), s. 622.
26 IPSEN, Jörn, Der "verfassungsrechtliche Status" des Embriyos in vitro, JZ, 2001, H. 20, s. 989 vd.
27 Çocuğun, ana karnında iken anasına karşı yapılan haksız eylemlerden ötürü uğradığı kişisel zararının tazminini isteyebilmesi için, doğum öncesi hak ehliyeti varsayımına gerek bulunmayıp, klasik nedensel bağ kuramıyla da aynı sonucun elde edileceği görüşü yaygındır. SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2000, s. 72.
28 ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara, 1997, s. 17, (Şahsın).

deni Kanun'un anılan hükmünü geniş yorumlamak ve hak ehliyetinden, henüz ana rahmine transfer edilmemiş olan emriyoların da istifade etmesini kabul etmek, üçüncü olarak ise, Kanun'da bir boşluk bulunduğunu ve bunun hâkim tarafından doldurulmasını kabul etmek mümkün olacaktır[29].

Doktrinde, Medeni Kanun'da boşluk bulunduğunun kabul edilmesine gerek olmayıp, Kanun'un anılan hükmünün geniş yorumlanmasının yeterli olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, Medeni Kanun'un açık hükmüne rağmen, hak ehliyetinin, sağ ve tam doğmak şartı ile embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önceki bir dönemde, invitro aşamasından itibaren başlatılması gerekmektedir[30]. Ancak, kanaatimize göre, Medeni Kanun'un açık hükmü karşısında, hak ehliyetinin embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önceki bir dönemde başlatılmasını mümkün olmamalıdır. Çünkü, yapay döllenme aşamasında, laboratuar ortamında, onlarca embriyo elde edilmekte, bunlar arasından seçilen bir veya bir kaç tanesi ana rahmine transfer edilmektedir. Çok sayıda oluşturulan embriyoların, ana rahmine transfer edilip edilmeyeceğinin veya hangilerinin transfer edileceğinin henüz belli olmadığı bir anda, bu belirsizlik dolayısıyla hak ehliyetinin söz konusu olmaması gerekir. O halde, laboratuvar ortamında oluşturulan embriyolar, ancak ana rahmine yerleştirilmelerinden itibaren, sağ ve tam doğum koşuluyla hak ehliyetine sahip olmalıdırlar.

VII. EMBRİYO TRANSFERİ DOLAYISIYLA GÜNDEME GELEN SÖZLEŞMELER

Hamilelik Öncesi

1. Hamilelik Öncesi Genetik Analiz ve Bilgilendirme Sözleşmesi

Hamilelik öncesi genetik analiz ve bilgilendirme sözleşmesi, ana-babanın çocuk sahibi olmak istemeleri durumunda, çocuk bakımından özel bir riziko taşıyıp taşımadıklarının tespiti amacıyla yapılmaktadır. Tabii olarak çocuk sahibi olamayan eşlerin, özellikle ailede daha önce ortaya çıkmış olan genetik bir rahatsızlığın var olması durumunda, testleri arzu etmektedirler. Yapılan genetik testlerin olumsuz çıkması durumunda, ana-baba çocuk sahibi olmaktan kaçınabilmektedirler. Bir başka ifade ile elde edilen sonuçlar, ana-babanın bu hususta karar vermelerini kolaylaştırmaktadır[31].

29 ARPACI, Abdulkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 10.
30 ARPACI, a.g.e., s. 9.
31 JUNKER, von Claudia, Pflichtverletzung, Kindexistenz und Schadenersatz, Berlin, 2002, s. 195; ROHS,

2. Prâimplantasyon Genetik Tanı Sözleşmesi

Embriyo transferinde hamilelik öncesi genetik analizler kaçınılmaz uygulamalardır. Bu uygulama ile sağlıklı olan embriyoların tespiti amaçlanmaktadır.

Prâimplantasyon genetik tanı sözleşmesi (PGD[32]), embriyonun ana rahmine transferinden önce, ananın vücudunun dışında genetik araştırma imkânını ifade etmektedir. Bu yöntemin tek amacı, belirli olumsuz genetik özellikleri tespit edilemeyen embriyonun ana rahmine transferidir[33].

Doktrinde hamilelik öncesi gen analizleri lehinde düşünceler ileri süren yazarlar olduğu gibi, bu analizlere karşı çıkan yazarlar da vardır.

a. Prâimplantasyon Genetik Tanı Lehindeki Düşünceler

Bu tartışmada ileri sürülen lehdeki görüşler, hamilelik öncesi genetik analizlerin, hamilelik sonrası genetik analizlerden sonra yapılan kürtajla mukayesesi etrafında yoğunlaşmaktadır.

1. Bu bağlamda şu ileri sürülmektedir: IVF'na ve Tüpteki (petrischale) genetik olarak özürlü embriyonun yok edilmesi ile mukayese edildiğinde, hamileliğin sonlandırılması, hem ana karnındaki canlı ve ana için, hem de hekim için, çok büyük olumsuzluklar ortaya koymaktadır[34]. PGD, sonraki muhtemel kürtajdan kaçınmaya yarayan bir metot olarak kabul edilebilir. Esas olarak, genetik olarak özürlü olan bir embriyonun yok edilmesi söz konusudur. Bu teknik, hamilelik sonrası yapılması onaylanan genetik analizin, zaman olarak öne alınmasından başka bir şey değildir. Ayrıca, bu teknik, genetik olarak istenmeyen niteliklerin gelecek nesillere aktarılmasını da engellemektedir[35].

Prâimplantasyon genetik tanı sözleşmesinin hukuka uygun olduğu hususunda doktrinde ağırlıklı bir kanaat mevcuttur[36]. Bu çoğunluğa göre, hamilelik öncesi genetik zararların teşhisine yönelik sözleşme,

Ilona, Der bioethische Diskurs in Humanmedizin und Humangenetik, Berlin, s. 13; BRÜLHARDT, Marcel, Gentechnik und Haftpflicht,Bern, 2003, s. 20; RUDERISCH, Dogmar, Rechtliche und rechtspolitische Fragen der Humangenetik, ZRP, 1992, H., 7, s. 262.

32 Preimplantation Genetic Diagnosis; KATZENMEIER, Christian, Vertragliche und Deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel, Berlin 1993, s. 88.

33 SCHNEIDER, Susannne, Rechtliche Aspekte der Praimplantation- und Prafertilizasyonsdiagnostik, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Lang, 2002, s. 23.

34 HUFEN, Friedhelm, Prâimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, s. 449.

35 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, Praimplantasyonsdiagnostik als Rechtsproblem, Tübingen, 2002., s. 10.

36 JUNKER, a.g.e., s. 196; REINHART, Andreas, Familienplanungsschaden, Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy, Eine Rechtsvergleihende Untersuchung anhand des deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/ Newyork/Paris/Wien, 1999, s. 155.

aynı zamanda eşlerin muhtemel hamileliğin sonuçları hakkında doğru bilgilendirilmesini de içermektedir. Dolayısıyla, hekim, genetik bir rahatsızlığın teşhisi durumunda, eşlere, genetik rahatsızlığın alt soylarına da geçeceği gerekçesi ile çocuk sahibi olma arzularını saklı tutmalarını tavsiye edecektir[37].

Hem Alman Federal Mahkemesinin, hem de Alman Anayasa Mahkemesinin kararları da hamilelik öncesi genetik analiz sözleşmesinin hukuka aykırı olmadığı yönündedir[38]. Ana-baba, genetik olarak özürlü olmayan bir çocuk dünyaya getirmek istiyorlar ve bu amaçla genetik bilgilendirme sonucunda embriyo transferinden kaçınıyorlarsa, bunun ahlâki değerler açısından tasvip edilemeyecek bir yönü bulunmadığı gibi, ana-baba olmanın sorumluluğunu da vurgulamaktadır[39].

2. Burada ayrıca, kadının kendi geleceğini belirleme hakkı da vurgulanmaktadır. Hamileliğin sonlandırılmasına ilişkin kurallara göre, kadın, özürlü bir çocuğun doğumunu engelleyebileceğine veya muhtemel özrün, kendisinin katlanabileceği sınırları aşıp aşmayacağına ve bunun neticesi olarak da hamileliği sonlandırmak isteyip isteyemeyeceğine kendi özgür iradesi ile karar verebilecektir. Sun'i döllenme çerçevesinde döllenmiş embriyonun transferinden, sebep göstermeksizin kaçınılabilecektir. Bu ise ancak hamilelik öncesi genetik analizlerin yapılması ile mümkün olabilir. Çünkü, böyle bir genetik araştırma, transferi düşünülen embriyonun genetik yapısı hakkında bilgi vermektedir[40].

3. Sağlıklı bir çocuğa kavuşmak için, birden fazla hamileliğin denenmesi yerine, IVF (tüpte döllenme), sonrasındaki genetik analizler vasıtasıyla bu amacın gerçekleştirilmesi mümkündür. Bundan başka, çocuğu ağır özürlerden ve erken ölümlerden korumak da ana-babanın özen yükümlülüğünün bir gereğidir ve bu da hamilelik öncesi genetik analiz ile mümkündür[41]. PGD'in amacı insanı dizayn etmek değil, aksine gelecekteki özürlü bir çocuğun ağırlığını taşıyamayacak olan eşlere yardım etmektir[42].

b. Prâimplantasyon Genetik Tanı Aleyhindeki Düşünceler

Hamilelik öncesi gen analizlerinin karşısında olanlar bir çok gerekçeyi ileri sürmektedirler:

1. Bazı yazarlar, hamilelik öncesi genetik analizlerin tamamen ya-

37 CRAMER, Stephan, Genom und Genomanalyse, Rechtliche Implikationen einer Praediktiven Medizin, Frankfurt am. Main/Bern/New York/Paris, 1991, s. 154.
38 BGHZ, 124, 128; BVerfG, NJW, 1998, 519.
39 JUNKER, a.g.e., s. 196.
40 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 10.
41 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 10.
42 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 11; HUFEN, Friedhelm, Der "verfassungsrechtliche status" des Embriyos in vitro JZ, 2001, H.20., s. 447.

saklanmasını savunmaktadır. Onların kanaatine göre, doğum öncesi genetik analizler, hem henüz ana rahmine düşmemiş özürlü kimselerin hayat haklarını ihlâl etmekte, hem de bir sonraki aşamada Eugenik'e (ırkçılığa) götürebilme tehlikesini taşımaktadır[43].

Aslında bu görüşün ifade ettiği sakıncaları tamamen göz ardı etmek de doğru değildir. Çünkü, gen tekniği çalışmalarında elde edilen başarılı gelişmeler, kişilik haklarının ve insanlık onurunun daha fazla korunmasını gerekli kılmaktadır. Burada, başarısız gen tekniği çalışmalarının, bir kaza durumunda insan yaşamı ve sağlığı vb. konular üzerinde arzedebileceği tehlikelerden ziyade, insanlar üzerinde başarılı ve giderek kendini geliştiren bir gen tekniğinin kullanılmasının sonuçları söz konusudur. İnsan teknolojileri (humantechnologien) kavramı içinde ifade edilen, gelişen tıbbi, genetik ve biyoteknolojinin, sosyal normların ve kültürel değerlerin yaratılmasını ve değiştirilmesini doğrudan doğruya etkilediği söylenebilir[44]. Bu bağlamda, çocuk sahibi olmak isteyen eşlerin, çocuğun saç rengi, göz rengi vb. hususlarda tercihlerde bulunabilecekleri[45] ve gen analizleri ile ulaşılan bilgilerin **genetik ayırımcılığa** yol açabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır[46].

Hamileliğin sonlandırılması ile neticelenen hamilelik sonrası teşhis yöntemi ise, bir kadının yaşamı, onuru ve kendi geleceğini belirleme hakkının, hamileliği sırasında hiç tahmin etmediği bir şekilde, özürlü bir çocuğun doğumu dolayısıyla ihlâl edilebileceği bilgisine dayanmaktadır. Böyle bir durumda hamileliğin sonlandırılması, mevcut, somut bir

43 PICKER, Edward, Schadenersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful birth) Medizinischer Fortschritt als zivilizatorisher Rückschritt, Acp, 195 (1995), 483; ROHS, Ilona, Der bioetische Diskurs in Humanmedizin und Humangenetik, Berlin, 2000, s. 43.

44 DAMM, Reinhard, Prâdiktive Medizin und Patientenautonomi, Informationelle persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik, MedR, 1999, H.10, s. 438. (Prâdiktive).

45 GÜRSOY, Gencay, Tıpta Bugünden Geleceğe; MEMİŞ, Tekin/YILDIRIM, M. Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, AÜEHFD, 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 287; Modern tıp bilimi ceninin döllenmesini ve ilk gelişimini bir süre insan vücudu dışında tamamlayabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu sayede embriyoya genetik müdahalede bulunulabilmektedir. Bugünkü bilimsel düzeyde gerçekleştirilmesi mümkün görülen düşünceler, "sanal çocuk " (Virtüelles Kind) ya da "dizayn edilmiş çocuk" (Das Designerkind) kavramları ile ifade edilmektedir. Ana-babasının genetik özelliklerini taşıyan çocuk, bilgisayarda, bir çok ihtimalden biri olarak bulunmakta ve ana-babasının bilgisayar kardeşleri arasından kendisini seçmesini ümit etmektedir. Dizayn edilmiş çocuk ise, yalnızca ana-babasının genetik özelliklerini taşımakla kalmayıp, ayrıca ana-babasının isteğine göre modifiye edilmiştir. Ayrıca genetik çalışmaların, genetik hastalıkların gelecek nesillere geçmesine engel olmak amacıyla kullanıldığı da bilinmektedir. BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 3.

46 Bu bilgilerin geçerliliği uzun zaman dilimlerini kapsamaktadır. Bunlar sayesinde etnik yapı ve ırklar arasındaki bağlantı ortaya konulabilmekte ve potansiyel sosyal sınıflamalar (ayırım) yapılabilmektedir. Genetik bilgiler, yapısı araştırılan kişinin eğilimlerini (ımplikationen) ortaya çıkarabilmektedir. Daha da önemlisi insanların iş piyasası, sigortacılık, askerlik, sağlık ve evlilik alanında, damgalanması için bahane teşkil edebilme ihtimalini ortaya çıkarabilmekte ve bu genetik yapının ilgililerini de daha büyük fiziki bir güvensizliğe sürükleyebilmektedir. DAMM, (Prâdiktive), s. 438; KIVILCIM-FORSMAN, Zeynep, Genetik Teknolojisi ve İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı, Ankara 1998., s. 519.

menfaat çatışması üzerine ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık hamilelik öncesi gen analizinde böyle bir durum ilk defa kendileri tarafından ortaya çıkarılmaktadır. Bunun yanında, hamilelik sonrası gen analizinde, hamilelik öncesi gen analizinde olduğu gibi, analizlerin otomatik hale getirilmesi söz konusu değildir[47]. Ayrıca, hamilelik sonrası gen analizlerinde, embriyoda tespit edilen genetik bozukluk, her zaman hamileliğin sonlandırılmasını gerekli kılmamakta, embriyoya bir hayat şansı tanınmaktadır. Çünkü bazen genetik bozukluk önemsiz addedilmekte, bazen de zor da olsa, özürlü çocuğun yaşaması kabul edilmektedir. Buna karşılık hamilelik öncesi genetik analizde ise, genetik olarak özürlü olan embriyonun transfer edilmeyeceği çok önceden tespit edilmekte ve bununla daha başlangıçta hayat hakkı tanınmamaktadır[48].

Bu tekniğin uygulanabilirliliğinin kabul edilmesi, her şeyden önce, embriyonun statüsünün belirlenmesi üzerinde etkisi olacağı için, endişe vericidir. Bu tekniğin uygulanabilmesi için, döllenmiş çok sayıda embriyoya ihtiyaç duyulacaktır. Burada ana rahmine transfer edilmeyen çok sayıda embriyonun başka amaçlarla, örneğin araştırma amacıyla kullanılmayacağının nasıl garanti edilebileceği sorusu sorulmaktadır. Hamilelik öncesi genetik analizin yapılması, embriyonun başka amaçlarla kullanılmasını da kolaylaştırmaktadır. Bundan dolayı, bu metodun kesinlikle uçuruma kapı açtığı endişesi ifade olunmaktadır[49].

Ayrıca, geçmişteki uygulamalar bu endişelerin haksız olmadığını da göstermektedir. IVF, (tüp bebek uygulaması) Almanya'da yaklaşık olarak yirmi yıldan beri uygulanmaktadır. Almanya'da IVF'in yalnızca kısırlığın tedavisinde, çocuksuz eşlerin çocuk sahibi olmalarına yardımcı olmak amacıyla kullanılmasına müsaade edilmek suretiyle, endişeler güvence altına alınmıştır[50].

Türkiye'de de hamilelik öncesi genetik analizlerin ortaya çıkardığı endişe dolayısıyla Sağlık Bakanlığı, Valiliklere göndermiş olduğu bir

47 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 11.
48 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 11.
49 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 12.
50 BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, a.g.e., s. 12; Genetik testlere ilişkin sonuçlar, cinsler arasındaki eşitliği de tehdit etmektedir. Cinsiyet seçimine yönelik doğum öncesi testler, X kromozomuna bağlı genetik hastalıkların önlenmesi için etkili bir yol olarak görülmektedir. Ancak, bu tanı yöntemi, daha çok dişi fetüslerin belirlenmesi için ve yok edilmesi amacıyla kullanılmaktadır. Hindistan'ın sadece Bombay bölgesinde 1978-1982 yılları arasında 8000-10000 dişi fetüs bu yolla yok edilmiştir. 1989 yılında ABD'nin New York kentinde yürütülen bir araştırmada da, çoğunluğu göçmen olan aileler tarafından cinsiyet seçimi yapıldığı ve hemen tamamının erkek çocuğu tercih ettiği saptanmıştır. KIVILCIM-FORSMAN, a.g.m., s. 518.

genelge[51] ile embriyo üzerindeki kök hücre araştırmalarını[52], sorunun hukuki bir düzenlemeye kavuşturulması amacıyla iki ay süre ile yasaklamıştır. Bu genelgenin yayınlanması ile birlikte Türkiye açısından gerekli, ancak son derece gecikmiş olan tartışmalar yapılmaya başlanmıştır. Yayınlanan bu genelge ile asıl olarak, çocuk sahibi olamayan kimselerin çocuk sahibi olmaları amacına yönelmesi gereken embriyo araştırmalarının, başka bir amaçla, örneğin, kök hücre elde etmek amacıyla yapılmaması amaçlanmaktadır.

Bu genelge ile getirilmiş gibi görünen yasağın, aslında mevcut Üremeye Yardımcı Tedavi (Üyte) Merkezleri Yönetmeliği[53] ile daha önce düzenlendiğini görmekteyiz. Söz konusu yönetmeliğin 17. maddesinde, "Bu yönetmelik ile gösterilen vasıf ve şartlarda olmayarak izin belgesi veya ruhsatname alınmadan hekimler ve diğer şahıslar tarafından ÜYTE uygulamak için özel yerler açılması veya oturdukları yerlerin bir bölümünün bu uygulamaya tahsis edilmesi; kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve **bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması** yasaktır. Bu yasağa ve bu yönetmelik hükümlerine uymadığı tespit edilenlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur" hükmü bulunmaktadır.

Aslında, üremeye yardımcı olmak maksadı ile dahi olsa, embriyolar üzerindeki araştırmaların hangi ana kadar yapılabileceği hususundaki tartışmaların Türk Hukuku'nda yapılması gerekmektedir.

Genelgenin yayınlanması ile birlikte, hukuki düzenleme yapılıncaya kadar bu yasağın gerekli olduğunu savunan KESKİNKILIÇ, kararın, "insan olabilecek embriyonların tıbbi malzeme olarak kullanılmasını önlemeye yönelik" olduğunu belirttikten sonra, embriyolar için bilim dünyasında **'yaşamını sürdürebilir'** tartışmalarının yaşandığı vurgulamaktadır. KESKİNKILIÇ, "embriyonik kök hücre yerine çekirdek transferi gibi yan tedbirler var iken, embriyoların kullanılması suretiy-

51 2005/141, RG. 19.09.2005. S. 17972. Bkz. (Ek. 2).

52 Embriyonik kök hücreleri, embriyoda erken evrede bulunan totipotent veya pluripotent kök hücreler olarak tanımlanır. Embriyonik kök hücreleri, in-vitro (laboratuar ortamında) olarak döllenmiş ve ihtiyaç fazlası embriyolar veya sistem üzerine sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir. Embriyonik kök hücreler, üzerindeki temel bilim araştırmalarının en kısa sürede klinikte tedavisi mümkün olmayan bir çok hastalığa yararı olabilecek şekilde kullanımı beklenmektedir. Biyoteknoloji ve Gen Teknolojileri Strateji Grubu, Biyoteknoloji ve Gen Teknolojileri Stratejisi, Vizyon 2023 Projesi, Ankara, 2004, s. 9.

53 RG. 31.03.2001 S. 24359.

le yaşama kabiliyeti bulunan varlığın bu özelliğinin bertaraf edilerek, kök hücre elde edilmesini vicdanın kabul etmediğini belirtmektedir[54]. Genelgenin arkasında, tıpta, "sadece kök hücre almak amacıyla döllenmiş ve laboratuvarda oluşturulan" embriyolar kullanılmasına rağmen, sağlıklı doğabilecek bebeklerin de embriyo aşamasında "tıbbi malzeme olarak kullanılabileceği" endişesi yatmaktadır[55].

Sağlık Bakanlığı'nın Genelgesini eleştiren DEMİRER[56] ise, bu hücreleri elde etmek için ceninin hayatına son verilmesinin söz konusu olmadığını, embriyonik kök hücrelerin, hastalardan alınan hücre çekirdeğinin, gönüllü bir kadından alınan yumurtaya yerleştirme yöntemi ile **'laboratuvarda'** elde edildiğini belirttikten sonra, bu şekilde laboratuvar ortamında araştırma maksatlı yapılan embriyonik kök hücre çalışmalarının sakıncası bulunmadığını ifade etmektedir.

Bu tartışmalar bağlamında ifade edilen bir başka görüşe göre ise, tedaviye yönelik çalışmalar önemli olmakla birlikte, konunun etik ve dini açıdan ele alınması gerekmektedir[57].

Doktrinde ifade edilen bir başka görüşe göre ise, 1982 Anayasası'nın yaşam hakkını garanti eden 17/I. maddesindeki, yaşam hakkını belirleyen "herkes" ibaresine embriyo da dâhildir. Devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü embriyo için de geçerlidir. İçerisinde embriyonun yaşam hakkının tehdit edildiği tartışmalı durumlarda, Anayasa'nın yaşam hakkı koruması daha da kuvvetlendirilmesi ve embriyonun yaşam hakkını koruyan tercihin seçilmesi doğru olacaktır[58]. Embriyonun insanlığın ve tıbbın yararı için kullanılması ya da sırf deneysel amaçlarla, ilaç üretimi vs. için embriyo üretilmesi, onun insan varlığının özünü oluşturması ve artık insan yaşamının başlamış bulunması ve insan onurunun başka amaç ve değerlere feda etmenin mümkün olmaması sebepleriyle, insan onuruna aykırılık oluşturacaktır[59].

54 KESKİNKILIÇ, Bekir, Bakanlık Emriyle Kök Hücre Yasağı http://www.milliyet.com.tr/2005/09/29/yasam/axyas01.html;

55 "Bilim adamları olarak her türlü yasaklamanın karşısındayız, ama burada karşımızda çok önemli bir konu var. Element ile nükleer element arasında ne kadar fark varsa, bizim kullandığımız kök hücre ile embriyonik kök hücre arasında da o kadar fark var. Birisi nükleer element gibi son derece doğru kullanılırsa, çok iyi şeylere yönlendirebilirsiniz. Yanlış ellerde çok kötü sonuçlara yol açabilirsiniz. Embriyonik kök hücre ile böyle ucubik yaratıklar elde edebilirsiniz bunun sonunda". ÖZCAN, Muhit, Embriyonik Kök Hücre Eelement Gibi, http://www.yenisafak.com.tr/arşiv/2005/Eylül/30/g10.html

56 DEMİRER, Taner, Bakanlık Emriyle Kök Hücre Yasağı, http://www.milliyet.com.tr/2005/09/29/yasam/axyas01.html

57 İLHAN Osman, Bakanlık Emriyle Kök Hücre Yasağı, http://www.milliyet.com.tr/2005/09/29/yasam/axyas01.html

58 ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsanlık Onuru Kavramı ve Korunması, İzmir, 1999, Basılmamış Doktora Tezi, s. 137.

59 ŞİMŞEK, a.g.e., s. 145.

Amerika'da bu tür çalışmaların yasaklandığını, ancak bunun doğru olmadığını ve bu yüzden bu tür çalışmaları tamamen serbest bırakan ülkelerin büyük miktarda döviz girdisi sağladıklarını ifade eden BERKAN ise, Bakanlığın yasaklayıcı tutumunu doğru bulmamaktadır. Yazara göre, salt dini ve ahlâki nedenlerle bu çalışmalar engellenmemelidir[60].

Kanaatimize göre de, üremeye yardımcı olmak amacıyla, ana rahmi dışında oluşturulan embriyoların, üreme faaliyetleri dışında kullanılmasına izin verilmemesi isabetlidir. Burada, dini ve ahlaki değerlerden daha ziyade, embriyonun yaşam hakkının korunması düşüncesinin öne çıktığını belirtmek gerekir. Zaten, ana-babanın çocuk sahibi olmak hususundaki tedavileri dolayısıyla, ihtiyaç duyulandan daha fazla miktarda embriyo oluşturulmasının da onaylanması mümkün değildir. Her şeyden önce, insanlık onurunun korunması düşüncesi, gelişme yeteneğine sahip olan ve uygun ortam sağlandığı takdirde, insan olarak doğacak olan embriyo üzerinde, sınırsız olarak tasarrufta bulunulmamasını gerekli kılmaktadır. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu ifadeye yer verilmiştir: "İnsan hayatının söz konusu olduğu yerde, onun onuru söz konusu olmaktadır. ...İnsan olarak var olmanın başlangında söz konusu olan potansiyel yetenek, insanlık onurunun korunması için yeterlidir[61].

B) Hamilelik Sonrası Genetik Analiz Sözleşmeleri

Sağlıklı bir çocuk sahibi olmak isteyen kimselerin en sık başvurdukları yöntemler, doğum öncesi yani, hamilelik sonrası analiz (prenatal tanı) yöntemleridir[62]. Özellikle, ailesinde genetik bir rahatsızlığı bulunan kimselerin bu yöntemlere daha fazla başvurdukları bilinmektedir. Çünkü, genetik hastalıklar ya da daha geniş anlamda genetik özellikler, nesilden nesile aktarılabilen, kimi zaman ise soyağacı içinde ailenin tek bir üyesini ilgilendiren özelliklerdir. Bebeklerin yaklaşık %1 ila %3.3'ü genetik bir nedenle oluşan bozukluklar ile doğmaktadır[63]. Halen pek çok genetik hastalıkta, kromozom bozukluğu ya da gen değişikliği tanımlanmış durumdadır. Önceden belirlenmiş genetik bir riskin olduğu tüm gebeliklerde, prenatal tanı uygulanmalıdır. Prenatal tanı, genetik bir hastalık riskinin olması durumunda ana karnındaki bebeğe, gebelik

60 BERKAN İsmet, Hata Yapılıyor, http://www.radikal.com.tr/haber.php? haberno=165467
61 BVerfGE, 39, 1, 41. Bkz. Şimşek, a.g.e., s. 133 vd.
62 RUDERISCH, a.g.m., s. 262.
63 SIMON, Jürgen, Genomanalyse – Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf, MDR. 1995, H. 5, s. 7; DEUTSCH, Erwin, Medizinishe Genetik und Genomanalyse, VersR, 1994, H. 1, s. 2. (Genetik).

dönemi içinde uygulanan küçük cerrahi müdahaleleri, genetik testleri ve genetik danışmayı içeren bir programdır. Bu yöntemin kullanılması, hastalıkların daha kolay teşhisine ve bilinçli kararların verilmesine imkân tanımaktadır[64].

Genetik prenatal tanının uygulandığı analar, bebeklerinin sağlıklı olduğunu öğrendiklerinde o döneme kadar zihinlerini kurcalayan sorulara yanıt bulduklarından bir anlamda kâbusları sona erer ve huzurlu bir gebelik dönemi geçirirler. Kimi gebeliklerde ise ceninin genetik yönden hasta olduğu anlaşılır. Ağır bedensel ve zihinsel özürlere yol açan genetik bir hastalık söz konusu ise, aile istediği takdirde, gebelik sonlandırılır. Genetik hastalıkların pek çoğunun doğum sonrası tedavisi, bugünkü koşullarda ne yazık ki olanaklı değildir. Prenatal tanının önemli yararlarından biri de, önceki çocuklarında genetik hastalık olan ailelere sağlıklı çocuk sahibi olma olanağı vermesidir. Kimi aileler önceki çocuklarında ya da aile yakınlarında yaşadıkları sorunları yeniden yaşayacakları kuşkusu ile tekrar gebe kalmayı reddedebilmektedirler[65].

Ancak, hamilelik sonrası genetik analizlere ilişkin endişeler de yok değildir. "Gen Teknolojisinin Şansları ve Rizikoları"[66] hakkında hazırlanan bir raporda bu endişeler açıkça dile getirilmektedir. Örneğin, prenatal teşhis yöntemlerinin ırkçılığa götüren kürtaj uygulamasına yol açmaması sağlanmalıdır. Genetik bir özrün taşıyıcısı olan embriyonun alınmasına ilişkin toplumsal baskı zamanında önlenmelidir. ana-baba ile yapılan görüşmede hekimin ödevi, onları ceninin hayat hakkı hususunda bilgilendirmek olmalıdır. Genetik bilgilendirmelerde, baskıcı tutumlara asla yer verilmemelidir. Hekim, ana-baba üzerinde, onların kararları bakımından, örneğin, bir kürtaja karar vermek bakımından, baskı kurmamalıdır[67].

Prenatal tanı yöntemleri, özürlülüğün erken teşhis edilmesi halinde ana-babaya yasal sınırlar dâhilinde hamileliğin sonlandırılması imkânını vermektedirler. Bu açıdan sonuçların güvenilirliliği son derece önem arzetmektedir. Prenatal tanı yöntemlerinden bazıları **kromozom analizi, amniyosentez, koryonik doku biyopsisi, kordosentez ve fetoskopi**'dir.

64 SIMON, a.g.m., s. 10.
65 OĞUR, Gönül, http://www.genetikbilimi.com/genbilim/prenantal.htm
66 Stellungnahme für die Enquetekomission "Chancen und Risiken der Gentechnologie" des Schleswig-Holsteinischen Landtages, http://www. datenschutzzentrum.de/material/themen/divers/gentech.htm
67 http://www. datenschutzzentrum.de/material/themen/divers/gentech.htm

C. Özürlü Olduğu Teşhis Edilen Ceninin Yaşamını Sonlandırma Amacına Yönelik Sözleşme (Kürtaj Sözleşmesi)

Ceninin özürlü olduğunun teşhis edilmesi ve ana-babanın çocuğun doğumunu istememeleri durumunda, yapacakları ikinci sözleşme, hamileliğin sonlandırılmasına ilişkin sözleşme, yani kürtaj sözleşmesi olacaktır. Böyle bir durumda hekimden beklenen şey, sözleşmeye uygun olarak hamileliğin sonlandırılmasıdır. Ancak, hekimin sözleşmeye aykırı davranması, kürtajın başarısızlıkla neticelenmesi durumunda, tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

VIII. SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekim ile hasta arasında yapılan tedavi sözleşmesinin niteliği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Alman Hukuku'nda da ağırlıklı olarak temsil edilen görüşe göre, bu sözleşme hizmet sözleşmesidir[68]. Türk Hukuku'nda ise, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü ağır basmaktadır[69].

Ancak, bazen, hekim ile hasta arasındaki sözleşmesinin istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Diş protezinin hazırlanmasında olduğu gibi. Kanaatimize göre, gen analizinin hazırlanması, yalnızca ceninin görüntülenmesi, apandisit ameliyatının veya kısırlaştırmanın yapılması, bel soğukluğu ve frengi gibi hastalıkların tedavisi[70], sonucu garanti edilebilen başka bir tedavinin hazırlanması[71], istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir.

68 BGH, NJW, 1975, s. 305; Sterilizasyonun yapılması, kürtaj veya diğer jinekolojik müdahalelerde hizmet sözleşmesi vardır. WAIBL, a.g.m., s. 1513; GEISS, Karlmann/GREINER, Hans-Peter, Arzthaftpflichtrecht, München, 2001, s. 4; ULMER, Peter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1980, s. 1260; İsviçre Hukukunda da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. CONTI, Christian, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern, 2000, s. 6; GIESEN, Dieter, Arzthaftungsrecht, Tübingen, 1995, 7.

69 Sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya hastanın rızası olmaksızın sözleşme konusunun aşıldığı hallerde ise, "vekâletsiz iş görme" hükümlerinin uygulanması gereklidir. ERMAN, Hasan, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998, s.143; AYAN, a.g.e., s. 56; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998, s. 24.vd. (Hekim); Bu sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü , ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s. 71; KANETİ, Selim, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 61; DONAY, Süheyl, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1968, S.10, s. 48.

70 DONAY, a.g.m., s. 45.

71 Kanaatimize göre, sonucu kesin olarak vaad edilebilen teşhis sözleşmesi ile tedavi sözleşmesinin bir arada bulunduğu tedavi amacına yönelik sözleşmelerin, istisna ve vekâlet sözleşmelerin unsurlarını içeren, karma sözleşme olarak nitelendirilmeleri mümkün olabilecektir. Gen analizinin hazırlanması, karma sözleşmenin istisna sözleşmesi kısmını oluşturmaktadır. Gen analizi raporunun değerlendirilmesi ve buna uygun olarak tedavinin yapılması ise, Türk Hukuku'nda hâkim görüşe göre, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Dolayısıyla hekimin bu açıdan sorumluluğunu incelerken, sözleşmeye aykırılığın hangi aşamada meydana geldiğini de dikkate almak gerekecektir. Kaldı ki, her zaman hasta ile hekim arasında bu şekilde karma bir sözleşmenin bulunması da zorunlu değildir. Hasta bir hekime yaptırmış olduğu gen analizinin, değerlendirilmesi ve tedaviye başlanması için bir başka hekimle sözleşme de yapabilir. BGE 110 II 375.

Çocuk sahibi olmama amacına yönelik, teşhis, tedavi veya teşhis ve tedavi sözleşmelerinin niteliklerini her sözleşme bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gereği vardır.

Kanaatimize göre de, hamilelik öncesi veya hamilelik sonrası gen analizinin yapılması için, hasta ile hekim arasında yapılan sözleşme, istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü, insanların genetik şifrelerinin tamamıyla çözümlendiği günümüzde, tıbbi imkânlar, gen analizlerinin hatasız yapılmasını ve ilgili kimseye belirli sonucun vaad edilmesini mümkün kılmaktadır. Bunlar dikkate alındığında, bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır.

İstisna sözleşmesinde müteahhit (hekim), bir sonucun meydana getirilmesini borçlanmakta ve borçlanılan bu iş görme edimine "eser" denilmektedir[72]. İstisna sözleşmesinin konusu teşkil eden eserin maddi bir niteliğinin bulunması mümkün olduğu gibi, maddi niteliği bulunmayan bazı sonuçların da eser olarak kabul edilmeleri mümkündür[73].

Müteahhit, işlerde geçerli olan anlayışa göre, benzer işi taahhüt eden bir müteahhitten beklenen her türlü özeni göstermek zorundadır. Müteahhidin göstermek zorunda olduğu bu özene "objektif özen" adı verilmektedir[74]. Gen analizini yapan hekim, işin görüldüğü sırada bilinen teknik kurallara uymak zorundadır. Bilinen teknik kurallar bilimde teorik olarak doğruluğu kabul edilmiş olan ve ilgili uzmanların çoğunluğu tarafından pratikte uygulanabilir sayılan kurallardır[75].

Hekimin, gerçekte olmadığı halde, ceninin genetik bozukluğunun bulunduğu yolunda rapor hazırlaması, 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 sonuçların 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.

Sağlıklı olarak elde edilmiş olan bir gen analizi sonuçlarının, teda-

72 ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 327.
73 YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul, 2004, s. 277.
74 ARAL, a.g.e., s. 348.
75 ARAL, a.g.e., s. 348.

viyi üstlenen hekim tarafından yanlış değerlendirilmesi ve uygun olmayan bir tedaviye başlanması ya da gerekli olduğu halde hiç bir tedavinin öngörülmemesi durumunda ise, hekimin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırı davranışı söz konusu olmaktadır. **Embriyo oluşturulması ve anaya transferine ilişkin sözleşme vekalet sözleşmesi, ancak embriyo üzerinde bir takım analizlerin yapılmasına, emriyonun görüntülenmesine ve hamileliğin sonlandırılmasına ilişkin sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde embriyo veya cenin üzerinde genetik bir tedavinin üstlenilmesi durumunda vekâlet sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekecektir. Çünkü, böyle bir tedavide sonucun vaad edilmesi mümkün değildir.**

Sonuç olarak, hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun, istisna sözleşmesine ya da vekâlet sözleşmesine veya her ikisine birden dayandırılabilmesi mümkündür.

IX. HEKİMİN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, geçerli bir sözleşmenin kurulmasına, bu sözleşmenin ihlâl edilmesine, zararın doğmasına, sözleşmenin ihlali ve zarar arasında illiyet bağının bulunmasına ve kusura gereksinim vardır[76].

A. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunda her şeyden önce, hekim ve hasta arasında geçerli şekilde kurulmuş sözleşmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin var olması durumunda, uygulanan yanlış tedavi veya yapılamayan teşhis yüzünden hekimin, sözleşmeye dayalı olarak hastaya karşı sorumluluğu söz konusu olabilir. Sözleşmeye dayalı sorumluluktan söz edebilmek için, hekimin tedavi sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüklerden en az bir tanesini ihlâl etmesi zorunludur. Yani bir sözleşme ihlâli mevcut olmadıkça hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Sözleşmenin ihlâl edildiğini de hasta ispat etmek zorundadır[77].

Bir kimse, kendi bedeni üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu gibi, şahsı ile ilgili tüm bilgiler üzerinde de aynı yetkiye sahiptir. Bu nedenledir ki, hukuka uygunluk sebebi olarak hastanın açık ya da zımni rızası bulunmadan, kural olarak hastanın bedeni üzerinde hiç bir tedavi

76 AYAN, a.g.e., s. 63.
77 AYAN, a.g.e., s. 63.

edici muamele yapılamayacağı gibi, aynı şekilde bir kişinin genetik yapısı üzerinde, bir hastalığın teşhisi amacıyla de olsa, hiç bir araştırma yapılamaz. Çünkü kişinin rızası hilâfına genetik şifresinin çözülmesi, bu bilgilerin deşifre edilmesi ya da en azından kişinin, öğrenmek istemeyeceği ve öğrendiği takdirde kendisini derin bir ızdıraba sürükleyecek olan bu bilgilerden kendisinin haberdar edilmesi, kişilik haklarının ihlâli olarak değerlendirilebilir.

Bir rızanın hile ya da tehdit sonucu elde edilmesi durumunda da geçersizliği söz konusudur[78]. Aynı şekilde hekimin önceki açıklaması eksik ya da kusurlu ise hastanın rızası geçersizdir. Geçerli bir rıza, hastanın tıbbi operasyonun tarzını, anlamını ve önemini bildiği[79] varsayımına dayanır ki bu da ancak usulüne göre yapılmış bir açıklama ile elde edilebilir. Embriyonun özürlü olup olmadığını tespit amacıyla yapılacak sözleşmede bilgilendirilecek kimse anadır[80].

B. SÖZLEŞMENİN İHLÂLİ

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için ikinci şart, sözleşmenin ihlâlidir[81].

Tedavi sözleşmesinin ihlâli bakımından kusurlu imkânsızlık veya temerrütten daha ziyade, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olmaktadır. Gereği gibi ifa etmeme de kötü ifa ve yan edim yükümlülüklerinin ihlâli şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Edimin, borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesine "kötü ifa" denmektedir. Burada, ifa edilen edimin niteliklerinin eksik, kötü ve ayıplı olması söz konusudur. Kötü ifada borçlu, imkânsızlıktan farklı olarak, bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa, borçlanılan edimin niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır[82].

Gerçekten, hekim ve hasta arasındaki sözleşmeden doğan en önemli ve asıl borç, sözleşmenin amacına da uygun olarak, "hastalığın teşhis ve tedavisi"dir.

Teşhis, uygun tedavi yönteminin belirlenmesinin ön şartı olması ne-

78 DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul, 2004, s. 100; KERN, Bernd-Rudriger, Unerlaubte Diagnostik – Recht auf Nichtwissen, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrechte, Hrsg. DIERKS, Christian/ WIENKE, Albrecht/ EBERBACH, Wolfram/ SCHMIDTKE, Jörg/LİPPERT, Hans-Dieter, Berlin, Heidelberg, 2003, s. 60.
79 BGH, NJW, 1956, 1106.
80 DEUTSCH, (Genetik), s. 3.
81 AYAN, a.g.e., s. 63; MÜLLER, (Unterhalt), s. 698.
82 EREN, (Borçlar), s. 1006.

deniyle büyük öneme sahiptir. Çünkü, teşhis konulmadan tedavi yönteminin belirlenmesi mümkün değildir[83].

Teşhisin doğru şekilde konulması, uygulanacak tedavinin başarısı ya da başarısızlığı üzerinde son derece etkilidir. Çünkü, yanlış teşhis, tedaviyi asıl amacından saptırabilecek, uygun olmayan tedavi yönteminin kullanılması, istenmeyen sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

Hastanın tedavi edilmesinin borçlanılması durumunda ise, hekim, hastalığın tedavisi için en uygun yöntemi uygulamak zorundadır. En uygun yöntemden kasıt, hastalığın tedavisi için riski en az ve başarı şansı en fazla olan yöntemdir[84].

Tıp uygulamasında genellikle, hekimin tedavi borcunun ifası için tedavinin kesin olarak gerçekleşmesi şart değildir. Çünkü, sözleşme gereği hekimden, hastayı kesin olarak iyileştirmesi değil, özenle tedavi etmesi beklenmektedir[85].

Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre, gerekli olan özenden yoksun olan her türlü tıbbi müdahale, esas itibari ile yükümlülük ihlâli olarak değerlendirilmelidir. Mahkeme, özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp davranılmadığını bilirkişi yardımıyla takdir edecektir[86].

Teşhis ve tedavi ilişkisinde gerekli olan özen yükümlülüğüne riayet etmeme, kasıtlı ya da ihmalli davranış, yükümlülük ihlâlidir. Embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan tazminat talebi, genellikle, genetik teşhisin, özürlülüğün ve kürtajın başarısız olmasından (asıl edim yükümlülüğüne aykırılık), hekimin açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl etmesinden (ya edim yükümlülüğüne aykırılık) kaynaklanmaktadır. Hekim mesleğini icra ederken, meslek kurallarına dikkat etmek ve özen[87] göstermekle yükümlüdür.

Hasta ile hekim arasında yapılan sözleşmede teşhis ve tedavi borcu bir arada bulunabileceği gibi, bu iki borcun bir arada bulunma zorunluluğu da yoktur. Örneğin, ceninin genetik bir rahatsızlığının bulunup

83 AYAN, a.g.e., s. 65.

84 AYAN, a.g.e., s. 66.

85 "Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir". Y. 4. HD. 10.04.1980, E. 2175, K. 4735, AYAN, a.g.e., s. 6; Ancak, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin istisna sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda, hekimin borcu kesin tedavinin sağlanmasıdır. Diş protezinde veya basit apandisit ameliyatlarında olduğu gibi.

86 Y. 13. HD. E. 1999/384, K. 1999/1128. (Yayınlanmamıştır).

87 Vekâletin özellikle bir ücret karşılığında mesleki olarak icra edildiği hallerde, vekilin özen borcu daima objektiftir. BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 162.

bulunmadığının teşhisine yönelik sözleşme bu şekildedir. Hekim, üstlendiği borca uygun olarak edimini yerine getirmekle yükümlüdür.

X. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ ÖRNEKLERİ

Özürlü doğumun engellemesi amacıyla yapılan sözleşmelerin önemli bir bölümü hamilelik öncesi döneme rastlamaktadır. Ailede mevcut olan özürlü bir çocuk dolayısıyla veya anne adayının yaşının ilerlemesi veyahut da başka sebeplerle özürlü çocuk doğurma endişesini taşıyan kimselerin hamilelik öncesi genetik analiz yöntemlerine başvurdukları bilinmektedir. Dolayısıyla yapılacak doğru teşhis ve doğru bilgilendirme büyük önem taşıyacaktır. Uygulamadaki sorunların bir kısmı, hekimin, ceninin ana karnındaki anormal gelişimini gözlemleyememesi sonucu, anayı kürtaj imkânından yoksun bırakmasıyla ortaya çıkmaktadır[88].

Hekimin, hamilelik sırasında yapmış olduğu analizler neticesinde teşhisi hatasız yapması[89], bulguları doğru yorumlamaması ve bu bilgileri hastaya vermemesi durumunda yükümlülük ihlâlinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir[90].

Mahkeme kararlarına göre, eğer, cenindeki kromozom anormalliğinin teşhisine yönelik olan ancak, ertelenmesi tıbbi olarak gerekli olmadığı halde amniyosentezin ertelenmesinin, gerekli görüldüğü takdirde ileriki araştırmanın, ceza kanunun hamileliğin sonlandırılmasına imkân tanıdığı süre içinde (§ 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB) yapılmaması neticesini doğurması durumunda, teşhiste hekim hatası bulunmaktadır[91]. Aynı şekilde, hekimin amniyosentez sonucu elde edilen, anormal kromozom dizilişini (47, XY+21) ihtiva eden laboratuar bilgilerini, hiç bir bulgu bulunmadığı şeklinde yorumlaması durumunda yükümlülük ihlâli bulunmaktadır[92]. Hekimin yalnızca amniyosentez işlemini yaptığı, tedaviyi üstlenmediği durumlarda da, ana-babayı telefonla sonuçlar hakkında yanlış bilgilendirmesi durumunda da yükümlülük ihlâli bunmaktadır[93].

88 BÜYÜKSAGİS, a.g.m., parg. 2.
89 BGH, 18.06.2002 - VI ZR 136/01, JZ., 2003, s. 152; MÜLLER, (Unterhalt), s. 697.
90 JUNKER, a.g.e, s. 258.
91 BGH, VersR, 1989, 186.
92 OLG, Celle,VersR 1988, 965.
93 OLG, Celle,VersR 1988, 965.

C. ZARAR

Türk Borçlar Kanunu'nda zarar kavramının tanımı yapılmamış ve bu husus doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır[94]. Doktrinde zarar kavramı, "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Geniş anlamda zarar kavramı ile kişinin mal varlığına ilişkin olan "maddi zarar" ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan manevi zarar ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık dar anlamda zarar, sadece maddi zararı kapsamaktadır. Maddi zararı ise, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlayabiliriz[95]. Yani, zarar verici olay meydana gelmemiş olsaydı, o kimsenin malvarlığının bulunacağı değer ile zarar verici olayın meydana gelmesinden sonra ifade edeceği değer arasındaki farka zarar denir[96]. Konumuz açısından ise, sağlıklı ya da özürlü çocuk doğmamış olsaydı, malvarlığının bulunacağı değer ile çocuğun doğumundan sonra bulunduğu durum arasındaki fark, zarar olarak kabul edilecektir[97].

İstenmeyen çocuğun ana-babasının, özensiz davranışları ile aile plânlaması hakkını ihlâl eden üçüncü kişilerden, çocuğun bakım, eğitim ve tedavi giderlerini [98] talep edebileceği doktrinde ve mahkeme kararlarında ağırlıklı olarak ifade edilmiştir. Gerek doktrinde, gerekse mahkeme kararlarında zararın hesaplanması bakımından ana-babanın, sağlıklı bir çocuk sahibi olması ile özürlü çocuk sahibi olması arasında-

94 İsviçre Borçlar Kanunu'nda da zarar kavramı tanımlanmış değildir. HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 1996, s. 4 (Haftpflichtrecht); Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 50. maddesinde zarar kavramının tanımına yer verilmiştir: "Zarar, maddî veya manevî olabilir. Maddî zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır. Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de, maddî zarardır. Manevî zarar ise, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmedir".

95 EREN, (Borçlar), s., 472; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 64; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 208; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 327; ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996, s. 32.; SCHWENZEN, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, 2000, s. 65; WILDHABER, Patricia, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzengeld, Schaan, 2000, s. 43; LANGE/SCHIEMANN, , s. 27; DEUTSCH, Erwin, Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, , s. 207, (Unerlaubte Handlungen); BAŞPINAR, a.g.e., s. 20; von TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s. 76, (çev. EDEGE, Cevat); TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1970, s. 446.

96 Fark teorisi için bkz. DEUTSCH, (Unerlaubte Handlungen), s. 209; WILDHABER, Patricia, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzengeld, Schaan, 2000, s. 43; OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich,1995, s. 71.

97 Zarar kavramının ayrıca, fiili zarar – mahrum kalınan kâr, şahsa verilen zarar – şeye verilen zarar, doğrudan zarar – dolaylı zarar, menfi zarar – müsbet zarar, gerçek zarar - normatif zarar olarak sınıflandırılması mümkündür. EREN, (Borçlar), s. 477 vd; DEUTSCH, (Unerlaubte Handlungen), s. 208; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 208 vd; NOMER, a.g.e. s. 16.

98 LANGE/SCHIEMANN, a.g.e., s., 308.

ki fark açıkça gözetilmiştir[99]. Böyle bir tazminatın kabul edilmesi, ana-baba için piyangodan çıkmış bir ödül niteliğindedir[100].

Burada üç çeşit zarardan söz etmek mümkün olabilecektir. Bunlar, çocuğun özürlülüğü ile bağlantılı olmayan, bakım ve eğitim giderleri, çocuğun özürlü olması ile bağlantılı olan bakım eğitim ve tedavi giderleri ve manevi zararlardır[101].

Ana-babanın arzu ettikleri, ancak hekim kusuru neticesinde özürlü olarak doğan çocuğun, bakım ve eğitim giderlerinin yanında, tedavi giderlerinin[102] de zarar olarak kabul edilmesi gereklidir.

Doğması istenmeyen özürlü çocuğun doğumu dolayısıyla uğranılan manevi zararların da tazmin edilmesi mümkün görülmelidir. Çünkü, hekim, kusurlu bir davranışı nedeniyle, ana-babanın yasal sınırlar içinde hamileliği sona erdirme seçeneğini yok etmiş ve onları katlanılması zor olan sürekli manevi üzüntülerle baş başa bırakmıştır[103].

Bazı yazarlara göre, hekimin kusuru neticesinde ortaya çıkan, bakım, eğitim ve tedavi giderlerinden oluşan maddi zararların hekim tarafından tazmin edilmesi mümkün görülmemelidir. Bu düşünceye göre,

99 BGHZ, 86, 240; Ancak, hekim kusuru nedeniyle sağlıklı çocuğun doğumunun söz konusu olması durumunda, ana-babanın yalnızca doğum giderlerini talep edebileceği, doğum nedeniyle ortaya çıkan bakım ve eğitim giderlerinin zarar olarak kabul edilemeyeceğini savunan yazarlar da vardır. BÜYÜKSAGİS, a.g.m. parg. 42; Yazara göre, "sağlıklı çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin karşılanması MK. m. 327 uyarınca ebeveynler için bir yükümlüktür. Ayrıca bakım giderlerinin çocuk açısından üçüncü kişi teşkil eden hekimden istenmesi, MK.'nun 322. maddesinde yar alan "ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmekle yükümlüdürler" hükmüyle çelişki yaratır. Son olarak, doğumun arzu edilmemiş olduğunu ve bakımın doğumu engelleyemeyen hekim tarafından sağlandığını öğrenmesi, hiç kuşkusuz çocuğun psikolojik varlığını zedeler".

100 CHRISTIE,George C. /MEEKS, James E. /PRYOR Ellen S. /SANDERS, Joseph, Cases and Materials on The Law of Torts, Durham, North Caroline, Columbus, Ohio, Dallas, Texas, Houston, 2004 s. 959; Berman v. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979), CHRISTIE/MEEKS/PRYOR/SANDERS, a.g.e., s. 958'den naklen.

101 CHRISTIE/MEEKS/PRYOR/SANDERS, a.g.e., s. 959; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 311; "İdarenin hizmet kusurundan dolayı, 34 haftalık gebeliğine hatalı olarak "ikiz gebelik" tanısı konulan ananın ikiz doğum yapma beklentisinde kalması ve bunun gerçekleşmemesi nedeniyle duyacağı acı ve ızdırabın, kısmen de olsa hafifletilmesi için, manevi tazminatın manevi tatmin aracı olma özelliği de göz önüne alınarak, takdiren manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir". DANIŞTAY, 10. Dairesi, E. 2000/4596, K. 2002/1117. (Yayınlanmamıştır).

102 Y. 4. HD., E. 2003/1529; K. 2003/15279.,"Davacı tedavi gideri ve işten kalma nedeniyle maddi tazminat istemiştir. Yerel mahkemece davacının özel sağlık sigortası bulunduğu gerekçesi ile bu istem reddedilmiştir. Mahkemece davacının ne kadar tedavi gideri yaptığı veya yapması gerektiği, işten kalma zararının ne olduğu, bu gider ve zararların ne kadarının sigortaca karşılandığı araştırılıp incelenmeden yetersiz gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddedilmesi doğru değildir". http://195.142.131.186/scripts/cgiip.exe/WService =wsbroker1/metin_gor.html? BackRowids=0x00a5e8d7&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a99f79

103 LANGE/SCHIEMANN, a.g.e., s., 431; DEUTSCH, (Unerlaubte Handlungen), s. 236; Ancak, bazı yazarların, maddi zararların, ortaya çıkan giderlerin hekimin kusuru ile orantısızlığı nedeniyle tazmin edilmesini mümkün görmemesi, buna karşılık manevi zararların, hatta sağlıklı çocuğun doğumu nedeniyle katlanılan doğum sancıları nedeniyle uğranılan acının telafisi amacıyla manevi zararların tazminini mümkün görmeleri tutarlı bir durum değildir. CHRISTIE/MEEKS/PRYOR/SANDERS, a.g.e., s. 959; DEUTSCH, Erwin, Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und neuen Schadensrecht, JZ, 2002, 12, 589, (Medizinhaftung).

hekimin kusurlu davranışı ile ortaya çıkan giderlerin büyüklüğü arasında bir orantısızlık mevcuttur.

Kanaatimize göre, çocuğun kendisinin bizzat doğumu değil, (özürlü ya da sağlıklı) doğum nedeniyle ortaya çıkan malvarlığı eksilmelerinin maddi zarar olarak nitelendirilmesi gerekir. BGH'nin kararları bu istikamettedir. Ancak YHGK'nun bir kararında[104] çocuğun doğumu bizzat zarar olarak kabul edilmiş ve zamanaşımının da zarar olarak kabul edilen doğumun öğrenilmesinden itibaren hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. Özürlü kimselerin doğumunun bizzat zarar olarak kabul edilmesinin insanlık onuru ile bağdaştırılması ise çok zordur[105].

BGH, kararlarında, hekimin konsultasyon ya da tedavi yükümlülüğünü kötü ifa etmesinin, onun sorumluluğu sonucunu doğuracağını özellikle vurgulamaktadır[106]. Hekimin, kendi sözleşme yükümlülüğünün kusurlu ihlâlinden kaynaklanan sorumluluğun neticelerinden muaf tutulması, sözleşmeye dayalı menfaatler sistemine ağır bir tecavüz teşkil edebilir. Tazminat hukukunda gerekli olan, ekonomik durumun zarar ortaya çıkmamış olsaydı bulunacağı durum ile zararın ortaya çıkması sonucu bulunduğu durumun, yani çocuğun var olması ile var olmaması arasındaki durumun mukayesesi yapılmaktadır. Çocuğun dünyaya gelmesi, malvarlığını olumsuz etkileyen bir faktör, çocuğun dünyaya gelmeyecek olması ise, olumlu bir faktör olarak değerlendirilmelidir[107].

D. KUSUR

Borçlu, borca aykırı sonucu tasavvur ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak hareket ettiği yahut da borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde kusurlu sayılmaktadır[108].

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, sözleşmenin ihlâli yanında onun kusurlu olması da gereklidir. Çünkü hekimin sorumluluğu alanında kusursuz sorumluluk değil, kusur sorumluluğu prensibi geçerlidir[109].

104 YHGK. E. 2002/13-1011, K. 2002/1047. http://www.yargitay.gov.tr/index_files /1047.htm

105 ZEYTİN, prensip itibariyle, sağlıklı da olsa istenmeden dünyaya gelen bir çocuğun bakım giderlerinin talep edilebileceğini belirttikten sonra, bir çocuğun ailesi tarafından istenmediğini ve bu sebeple dünyaya gelişinin salt bir ekonomik yük olarak nitelendirilip, ailesi tarafından bir tazminat konusunun yapılmasını ve bu giderlerin üçüncü kişi tarafından karşılanmasının çocuk tarafından öğrenilmesinin çocuğun ruhsal sağlığını etkileyeceğini ifade etmektedir. Bunun yerine yazar, sağlık çalışanlarının primlerini ödediği bir fonun kurulmasını ve çocuğun doğumuna neden olan kimselerin tazminata mahkum edilmeleri durumunda, tazminatın bir defada bu fon tarafından karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. ZEYTİN, a.g.m., s. 44.

106 BGHZ, 124, 128

107 BGHZ, 124, 128 (140).

108 OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 343.

109 AYAN, a.g.e., s. 100; DEUTSCH, (Medizinhaftung), s.588.

E. İLLİYET BAĞI

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun bir diğer unsuru da ortaya çıkan zarar ile yükümlülük ihlâli arasında illiyet bağının bulunmasıdır[110]. Doktorun, kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile kusurlu davranış arasında uygun illiyet bağı bulunması gereklidir[111]. Başka bir deyişle, zararlı sonuç, doktorun kusurlu eyleminin uygun nedeni ve sonucu olmalıdır[112].

Türk özel hukukunda illiyet bağının belirlenmesi için uygun illiyet bağı teorisinden yararlanılmaktadır[113]. Olayların normal akışına ve genel hayat deneylerine göre gerçekleşen bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan veya "bu türden bir sonucun gerçekleşme olasılığını objektif olarak önemli ölçüde artırmış bulunan zorunlu şart", zararlı sonucun uygun nedeni ve sonucudur. İlliyet bağının bu tanımla hukuki sorumluluğun kapsamı genişlettiği kabul edilmelidir[114]. Yani, sözleşmeden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için, ihlâl fiiliyle zarar arasında yalnız tabii illiyet bağının bulunması yeterli değildir; ayrıca uygun illiyet bağının da olması gereklidir[115].

Şayet ana-baba, doğacak çocuğun özürlü olma ihtimalini ortaya koyan doğru bir bilgilendirme durumunda, çocuk sahibi olmaktan kaçınacaklar ve hiç bir bakım yükümlülüğü altına girmeyecekse, hamilelik öncesi hatalı bilgilendirme durumunda illiyet bağının varlığı kabul edilebilir[116].

Ana, hamileliğin genel muayenesinde veya çocuğun gelecekteki özürlü olma durumunu teşhise yönelik olan prenatal teşhiste, doğru olarak bilgilendirilmiş olsaydı, kürtajı talep edecek idiyse, hekimin yükümlülük ihlâli ve çocuğun doğumu nedeniyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir[117].

110 JUNKER, a.g.e. s. 285.

111 JUNKER, a.g.e., s. 284; BAŞPINAR, a.g.e., s. 209.

112 AYAN, a.g.e., s. 111; AŞÇIOĞLU, a.g.e., s. 103; ABD. Hukuku'nda illiyet bağı problemi, **conditio sine qua non** kuralı bağlamında ele alınmaktadır. JUNKER, a.g.e. s. 285.

113Diğer teoriler için bkz. EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 21. vd; EREN, (Borçlar), s. 490. vd; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 213; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 451; "...davada, davalı doktorun, yaralının getirilmesi üzerine kurşun yarasını hastaneye gelip incelediği ve temizleyip sarmakla yetindiği sabittir. Sonradan yaralının durumu gece ağırlaşmış, nöbetçi doktor tarafından da durum davalıya bildirilmemiş ve ertesi günü davalının ağırlaşmayı görerek operasyon yaptığı sırada yaralı ölmüştür. Şayet davalı, kurşunu derhal arayıp bulmuş ve kan kaybından hastanın ağırlaşmasından önce operasyonla veya diğer yollarla mevcut imkânlarla yaralının kurtarılmasını sağlayabilecek idiyse, zararla eylem arasında uygun ilişki var sayılır. Aksi halde davanın reddi gerekir". Y.4.HD. 2.3.1965, E.14685/K.1160, AŞÇIOĞLU, a.g.e., s. 104'den naklen.

114 AŞÇIOĞLU, a.g.e., s. 103.

115 EREN, (Borçlar), s. 1016; BAŞPINAR, a.g.e., s. 201; OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 502.

116 JUNKER, a.g.e., s. 294.

117 JUNKER, a.g.e., s. 318; OLG. Koblenz, VersR, 1992, s. 360.

OTURUM BAŞKANI - Üçüncü konuşmacımız Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Yardımcı Doçent Doktor Sayın Onursal Cin. Sayın Onursal Bey bize Hekimlerin Embriyo Nakillerindeki Cezai Sorumluluklarını anlatacak. Teşekkürler.

HEKİMLERİN EMBRİYON NAKİLLERİNDE CEZAÎ SORUMLULUĞU

YRD. DOÇ. DR. ONURSAL CİN

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Konusunu ve içeriğini insan hayatı olarak seçmiş bir mesleğin şüphesiz ki belirli davranış kurallarına aykırı yapılması durumunda bunun ceza hukukunun ilgisi alanı dışında kalması düşünülemez. Öyle ki son yıllarda üreme teknolojilerindeki anormal hızlı gelişmeler eş zamanlı olarak ülkemize transfer edilebilmekte, getirilebilmekte, Türkiye'deki üreme merkezlerinde uygulanabilmekte ama buna mukabil bu konudaki yasal düzenlemeler her nedense bir türlü oluşturulamamakta, ya da ithal edilememektedir. Bu da son derece yasal ve etik problemler ortaya çıkarmaktadır ki doğan boşluk bu alanın üreme alanının, yapay üreme alanının ciddi şekilde istismara açık bir alan haline gelmesine sebebiyet vermiştir. Embriyon hepinizin bildiği gibi daha önceki konuşmacılarımızın da tekrarladığı gibi üreme hücreleri olan yumurta ve spermin birleşmesiyle doğal ya da invitro yani tüpte laboratuar koşullarında birleştirilerek fertilize edilmiş, döllenmiş bir canlı varlıktır. On dört güne

kadar pre-embriyon olarak adlandırılır ve embriyon doğumundan itibaren yani oluşturulmasından itibaren yaklaşık üç ay kadar aynı ismi korur, bu aydan sonra artık fetüs ismini alır. Burada da bilemiyorum görebiliyor musunuz, bu gördüğünüz yaklaşık bir üç haftalık embriyon görüntüsüdür. Embriyon döllenmeden itibaren cinsiyeti belirlenmiş, genetik kodlanması tamamlanmış anne babadan gelen kırk altı kromozoma sahip bir varlıktır. Dakikada iki yüz elli bin hücre yani dört dakikada bir milyon hücre oluşmaktadır eğer müdahale edilmezse yetişkin olana kadar otuz trilyon hücreye dönüşecektir. Embriyon yirmi iki günlükken kalbi atmaktadır, kalp atışları ültrason cihazında duyulmaktadır. Altı haftalık iken beyin dalgaları duyulabilmekte, on haftalık embriyonun parmak izine varana kadar tüm organları oluşmuştur. Bu haftadan sonra artık fetüs adını alır. Niçin bu biyolojik bilgileri verme ihtiyacı duydum? Gerek embriyon naklinden kaynaklanan cezai sorumluluğun belirlenmesinde, gerekse embriyonun korunması hususundaki çabaların ne derece önemli olduğunu ya da bunlara ne derece önem vermemiz gerektiğini bu canlı varlığın gelişim sürecini sizlere aktararak bunun altını çizmek vurgulamak istedim.

Daha önce de aktarıldığı gibi embriyon aktarmaları doktrinde dört temel şekilde sınıflandırılmakta. Bunlar evlilik içi tüp bebek, heterolog embriyon oluşturulması, doğum öncesi evlat edinme ve taşıyıcı yada kiralık annelik surrogate motherhood özellikle İngiltere'de çok yaygın olarak gördüğümüz bir modeldir. Bizde bu metotları zaman darlığı sebebiyle ayrıntısına girmeyeceğim ama evlilik içi tüp bebek adından da belli olduğu gibi anne ve babadan evlilik içinde alınan üreme hücrelerinin invitro tüpte fertilizasyonu döllenmesiyle oluşturulan embriyonun naklidir. Heterolog embriyon oluşturulmasında evlilik dışı üreme hücreleri sürece dahil edilmekte, doğum öncesi evlat edinme aslında üreme yeteneğine sahip olmamakla beraber bebeği taşıma yeteneğine sahip olan anne adayının başkalarının sperm ve oesitleri ile yumurtaları ile oluşturulmuş olan embriyoyu kendi uterusuna nakledilesi suretiyle taşıması ve doğumunu yapmasıdır. Taşıyıcı kiralık annelik ise tam tersi olarak aslında üreme yeteneği bulunan anne baba adayının kadında bebeği taşıma yeteneği olmaması sebebiyle bu embriyoyu başkasına nakletmek, bir başka kadına taşıtmak suretiyle doğum sonrasında önceden yapılmış bir sözleşme çerçevesinde bebeğin iadesi suretiyle uygulanan bir embriyon aktarım usulüdür.

Ülkemizde bu dört durumdan sadece ilkinin tedavi amacına yönelik olduğu ve tıbbi müdahale kapsamında değerlendirildiği, hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı kabul edilmekte, diğer şekiller hetorolog döllenmeyi andırdığından kabul edilmemektedir. Aslında burada bunların kabul edilip edilmemesi bir tercihtir ama şunu düşünmeden de edemiyorum. Genetik olarak hiçbir akrabalık bulunmayan, doğumuna katkıda bulunulmayan bir çocuğun evlat edinilmesine icazet veren bir hukuk düzeni aslına bakarsanız anne veya babanın hiç olmazsa biyolojik olarak evladı olan bir çocuğun da doğumuna izin verebilirdi ama bu tabi çok tartışılacak, özellikle özel hukuk açısından ve etik açısından çok tartışma götürür bir konu. Kanunumuz daha doğrusu konu ile ilgili temel düzenlememiz üremeye yardımcı tedavi merkezleri yönetmeliği burada amaç başlıklı birinci madde; Bu yönetmeliğin amacının çocuk sahibi olmayan evli çiftlerden tıbben uygun görülenlerin, üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanması olarak belirlenmiştir. Burada özellikle altı çizilen evli çiftler ibaresidir. Zira buradan anlıyoruz ki bizim sistemimiz sadece, az önce bahsettiğim dört usulden ilk usul olan aile içi tüp bebek usulüne benimsemektedir. Yine yönetmelikte bir takım esaslar var. daha önce söylendiği için hızlıca geçeceğim. Nakil yapılacak kadının evli olması dışında, bilinen tedavi yöntemleriyle bu çiftin çocuk sahibi olamıyor olması, yine üreme hücreleri tedavinin uygulanacağı evli kadın ve onun kocasına ait olmalı ve her ikisinin rızalarıyla müdahalede bulunulmalı. Yine bu çeşit tedavi yönteminin uygulanacağı kadın 35 yaş maksimum bir sınır görülmüştür ama 35 yaşın üzerinde de özel bilim kurulunun onayı ile embriyo aktarımları yapılabilmektedir.

Önemli olan bizi burada ceza hukuku açısından ilgilendiren tabi ki yasaklar başlıklı 17nci maddedir. Burada kendilerine üremeye yardımcı tedavi metotları uygulanacak olan adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyonların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlarınsa adaylarda kullanılması açık bir şekilde ve defaten yasaklanmıştır. Burada hem bu embriyo naklinin mutlak surette evlilik içinde olması gerekliğini tekrar vurgulamakla beraber yönetmelik devamında bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında da her ne maksatla ve amaçla olursa olsun bu embriyonların, bu hücrelerin bulundurulması, kullandırılması, nakledilmesi ve satılması yasaklanmıştır. Doktrinde şöyle bir anlayış var. Birazdan değineceğim araştırma

amaçlı embriyonların kullanılmasında, embriyonlar her ne kadar sadece evlilik içi alınabilir ama belirli bir süre yönetmelik çerçevesinde beş yıl kadar saklanabilir, dondurma metoduyla. Beş yılın sonunda imha ediliyor bu embriyonlar. Embriyonlar imha edileceğine üzerinde araştırma yapılabilir gibi bir yanlış düşünce var kanaatimce. Bu 17nci maddeye ileride bir kaz daha dikkatinizi çekeceğim. Bu hükümle heterolog döllenme usulleri, sperm ve oesit bankaları, üreme amacı dışında embriyoların kullanımı, bulundurulması, nakli, saklanması yasaklanmıştır. Yine yasaklar başlığı altında yardımcı üreme tekniklerinin uygulandığı merkezlerde üçten fazla embriyon transfer edilmemesi esastır hükmü yedizler trajedisinden sonra getirilmiştir ki son derece isabetlidir. Saklanan üreme hücreleri ve gonat dokularının yine evlilik dışında başka şahıslar için kullanılamayacağı da hükme bağlanmıştır. Tüm bu yasaklara idari bir yaptırım bağlanmıştır. Elbetteki cezai yaptırımların yönetmeliklerle düzenlenmesi çok da tasvip edilebilecek bir şey değil ama konuyu düzenleyen tek yasal metnin bu olması karşısında sadece bir idari yaptırım çok önemli bir sorumluluk boşluğu doğurmaktadır ve idari yaptırıma göre bu esaslara, bu yasaklara aykırı hareketler merkez faaliyetlerin Sağlık Bakanlığı'nca durdurulmasıyla müeyyidelendirilmektedir. Ortada bir takım sorular ve sorunlar doğmaktadır. Acaba benimsenmeyen bir aktarım usulünü ilgilinin rızasıyla gerçekleştiren hekim nasıl bir ceza alacaktır, yada alacak mıdır? Anne adayı yada üreme hücresi veren kadın cezalandırılmalı mıdır? Benimsenmeyen yöntemler tıbbi müdahale değilse acaba insan üzerinde deney yada deneme mi yapılmıştır? Ya da hekim, yaralama suçundan dolayı ceza alabilecek midir? İşte tüm bunların düşünülmesi, değerlendirilmesi gerekmektedir diye düşünüyorum.

Her ne kadar doktrin ve uygulama bu konudaki yaptırımın sadece yönetmelikte bulunan idari yaptırımla sınırlı kaldığı yönünde bir görüş birliği içerisinde olsa da bu görüş birliğine katılamadığımı üzüntü ile ifade etmek isterim. Her şeyden önce hekimlerin tıbbi müdahale hatalarından doğan genel sorumluluklarını yani cezai sorumluluklarının esaslarının burada da şüphesiz ki uygulayabileceğiz. Zira bu bir tıbbi müdahaledir. Sonuçları kanıtlanmıştır. Dolayısıyla tabi ki aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza, dikkat ve özen borcu, kişisel verilerin saklanması, mahremiyet hakları, sonra değerli Murat Hocam sizlere aktaracak. Bu hususlara uyulmaması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında oosit alımı, yu-

murtalık hücresi alımı riskli bir işlemdir. Ve anne adayının hayatını dahi tehdit edebilir, hatta kalıcı oosit üretememeye de sebebiyet verebilir. Dikkat ve özen gösterilmeden acemilikle veya uygulama hatası yüzünden böyle bir sonuca sebebiyet verilirse elbetteki hekimin cezai sorumluluğu olacağı da şüphesizdir. Asıl üzerinde durmak istediğim yedizler trajedisi bu çerçevede olmuştu. Çoğul gebelik burada en büyük sorun. IVF metodunda çoğul gebelik embriyon aktarımlarında bir komplikasyondur. İstenen bir durum değildir. Bu bir hatadır. Ama hekimlerimiz müdahalenin şansını artırmak için, gebelik oranını yükseltebilmek için haddinden fazla annenin ve embriyoların sağlığını bozacak şekilde fazlasıyla embriyon nakilleri yaparak ciddi tehlikeler yaratmaktadır. İşte bu yüzden yönetmeliğimizdeki değişiklikle bir yumurtlama döneminde her ne kadar yönetmelik yumurtlama dönemi demiyor ama anlaşılması gereken odur. Bir yumurtlama döneminde üçten fazla embriyon transferi yapılamaz demiştir. Böylece gerek annenin sağlığına, gerekse o anne karnına gidip daha sonra tutunma şansı olan embriyonların sağlığına da bir koruma getirmiştir. Zira anne rahmi, anne uterusu doğal olarak iki, maksimum üç gebeliği kaldıracak yapıda iken dört, beş, altı, yediye kadar çıkan suni dölleme metotları sebebiyle gebelikler mümkündür. Bunlar on birinci haftada fetizit denen bir işlemle iğne ile bu embriyolar ve fetuslar öldürülmektedir. Değilse annenin ve bebeğin sağlığı tehlikeye girmektedir. İşte o yüzden gebelik ihtimalini kuvvetlendirmek adına bir yumurtlama devresinde üçten fazla embriyo transferi yapılmasının bir cezai müeyyidesinin mutlaka bulunması gereklidir ama yönetmeliğimizde bu yoktur.

Yine genel sorumluluk çerçevesinde TCK 279 kamuda çalışan hekimler için kamu görevlisinin suçu bildirmemesi, bir kamu hastanesindeki tüp bebek merkezinde az önce bahsettiğim suçların işlenmesini bildirmeyen hekimin karşılaşacağı sorumluluk dalıdır. Özel bir tüp merkezinde çalışan hekimin az önce bahsettiğim fiilleri bildirmemesi TCK 280'i oluşturabilir ve yine ayrıntısına girmek istemediğim 135 ve 136'da düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi hususunda bu verilerin hukuka aykırı olarak açıklanması bir takım sorumluluklar yaratacaktır. Bunlar genel sorumluluklar. Asıl iddiam ise doktrindekinin aksine embriyon nakillerinde organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli hakkında kanun hükümlerinin uygulanacağıdır. Zira 2238 sayılı kanun kapsam başlıklı ikinci maddesinde bakın şu tanımlamayı

yapar. Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır demektedir. Embriyolog, sitolog ve histologlara göre sperm ve oosit hücredir. Hücre ise doku parçasıdır. Sperm ve oositlerin birleşmesiyle oluşturulan embriyo doğrudan doğruya bir dokudur. Dolayısıyla kanunun bu tanımlamasına göre, kanunun tanımlamasını tartışabiliriz ama bu tanımlamasına göre hiç kimse embriyon nakillerinin doku nakli olmadığını iddia edemez. Bu çerçevede sperm ve oositler hücre olduklarından, doku parçası sayıldıklarından ve embriyonun da bir canlı doku sayılmasından bahisle biz bunu bir doku aşılanması, doku nakli kabul ettiğimizden TCK'nın konu ile ilgili 91nci maddesi uygulama alanı bulacaktır. Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın doku nakleden kimseye iki yıl ile beş yıl hapis cezası verilmektedir. Burada hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızından kasıt hem rızaya ilişkin muteberlik şartlarının yerine getirilmeksizin bu embriyo naklinin yapılması hem de yönetmeliğimizde benimsenmeyen embriyo aktarım usülleri yani taşıyıcı annelik, evlilik, doğum öncesi evlat edinme yada heterolog döllenme usullerinde bu konularda verilen rızalar hukuken geçerli rıza olamaz. İşte o yüzden 91nci maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde üçüncü fıkra organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık edenler, sperm ve oosit bankası kuranlar, organ ticaretinden dolayı burada cezalandırılabilecek. Özellikle beşinci fıkra tam oturmaktadır. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi burada hukuka aykırı yollarla elde edilen yani evlilik dışı üreme hücrelerini alıp saklayan, nakleden ve aşılayan kişinin de bu hüküm çerçevesinde cezalandırılabileceği kuşkusuzdur.

Sorumluluk bununla da kalmıyor. Embriyon tabii korunması gereken varlık. Çok kısaca embriyon deneylerine de değinmek istiyorum. Embriyon aktarmalarının ortaya çıkardığı çünkü önemli bir sorun. Bu konuda 1997 yılında altına imza koyduğumuz ve 2003 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden 5013 sayılı kanunla onaylanarak yürürlüğe giren bir iç hukuk hükmü halini alan hatta normlar hiyerarşisi çerçevesinde en üst düzeyde yer alan biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından insan hakları ve insan haysiyetinin korunması sözleşmesi var. Bakın bu sözleşme 18nci maddede embriyonlar üzerinde araştırma hakkında ne diyor. Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde embriyon için uygun koruma sağlanır. Yani bu sözleşme, altına

bizim de imza koyduğumuz bu sözleşme embriyon üzerinde çalışmayı yasaklamamaktadır ama uygun korumanın sağlanması şartıyla. Ama hemen akabinde ikinci fıkrası demektedir ki sadece araştırma amacıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır. Yani üremeye yönelik embriyonların üretilmiş embriyonların bu ifadeden anlayabileceğiniz artık imha edilecekleri zaman üzerlerinde araştırma yapılması mümkündür ama sadece araştırma amacıyla bu embriyonlar üretilemez denmekte. Fakat aynı sözleşmenin 27nci maddesi bu sözleşmedeki hükümlerden hiç biri tarafların biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu sözleşmede belirtilenlerden daha geniş bir koruma sağlama imkanını kısıtlayacak ve etkileyecek şekilde yorumlanamayacaktır diyor. Hemen kısaca bunu ben sizlere aktarayım bu şu demek. Yani imzacı hiçbir devlet bu sözleşmede belirtilen güvencelerden daha fazlasını yapmaktan, daha fazla koruma getirmekten alı konamayacaktır. İşte bu çerçevede 17nci maddeye geri döndüğümüz zaman; yönetmeliğimizin 17nci maddesine burada bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullandırılması, nakledilmesi, satılması yasaktır dendiği için açıkça söyleyebilirim ki ülkemizde embriyonlar üzerinde bilimsel araştırma yapmak yasaktır. Bu yönetmeliğin 17nci maddesinden sadece değil buna dayanak olarak az önce bahsettiğim uluslararası sözleşmenin 18nci maddesinin ikinci fıkrasından da çıkarılmaktadır.

Özetle kısaca hemen Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı'nın bakışına da değinelim hepinizin bildiği gibi embriyonik kök hücre çalışmalarına isabetli olarak izin vermemektedir. Çünkü bu konuda bir takım etik kaygılar taşımaktadır. Dünya üzerinde de yeterli bu konuda yasal düzenlemeler oturmamıştır. Ama embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına tabiki izin verilmektedir. Bununla beraber yani yanlış anlaşılmasın embriyo üzerinde çalışma yapılıp yapılmaması konusunda şahsi fikrimi söylemiyorum ama bir taraftan embriyon üzerinde bilimsel deney yapmayı yasaklıyorsunuz, diğer taraftan da Türk Ceza Kanunu'nun 90 ncı maddesi sağlıklı insan üzerinde bilimsel deney yapılabilmesine izin veriyor. İnsanın çekirdeğini oluşturan ve hukukun henüz statüsünü tanımlayamadığı bir organizma üzerinde deney yapılmasına izin vermezken sağlıklı insan üzerinde deney yapılmasına izin veriyorsunuz. Bu bence düşündürücü bir paradoks.

Kısaca değerli hocam da bahsetti ama ben burada örnek olması açısından Alman Embriyo Koruma Kanunu 1991 yılında yürürlüğe giren

metinden bazı pasajlar sunacağım. Burada çok ciddi cezalandırmalar var. bir yumurtlama dönemi zarfında üçten fazla embriyo transfer eden hekimin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, yine hamilelik dışında bir amaçla laboratuar ortamında embriyo geliştirilmesi, yine cinsiyet belirleme kastıyla yumurta hücresinin kromozomlarının seçilmesi, yine hücrenin yapay olarak değiştirilmesi dölleme amacıyla olsun yada olmasın çok ciddi üç ila beş yıl hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine bunun dışında Alman Kanunu'na göre bir ve ikinci metotlar evlilik içi ve evlilik dışı heterolog döllenme serbest olmakla beraber taşıyıcı annelik ve doğum öncesi evlat edinme usulleri yasaktır. Embryonenschutzgesetz çerçevesinde anılan yasak olan usulleri uygulayan hekimlere ve bunları uygulatanlara da ciddi cezalar verilmektedir,. son olarak birkaç önerimi iletmek istiyorum. Her şeyden önce üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin faaliyetleri çok daha sıkı denetlenmelidir Sağlık Bakanlığı tarafından. Özellikle aşılama yapılan embriyon sayısı kontrol edilebilmelidir. Bu çünkü çok suiistimale, istismara açık bir konudur. Üreme tekniklerindeki gelişim hızının paralelinde hukuki düzenlemelerde aynı şekilde gelişmeli, somut ceza yaptırımları ortaya konulmalıdır ve yine merak ettiğim bir durum acaba yönetmeliklerimiz embriyo üzerindeki çalışmaları yasaklarken acaba embriyoyu gerçekten korumayı mı amaçlıyor, yoksa maksadını aşan bir ifademidir. Zira koruma amaçlansaydı insanlardan, çiftlerden haddinden fazla üreme hücresi alınarak fahiş şekilde bunlar embriyo üretilip de saklanma ihtiyacı duyulmazdı. Herkesten ihtiyaç kadar embriyon alınmalı çünkü bunlar belirli bir süre sonra biliyorsunuz imha edilmektedir. Embriyonun canlılığına, hayatiyetine son verilmektedir.

Sonuç olarak Hipokrat'ın deyimiyle, Primum non nocere "Önce zarar vermemeliyiz" diyerek hepinize teşekkürlerimi ve saygılarımı sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI - Konuşmacılarımızı zevkle dinliyoruz süremizi de epey aştık. Şimdi Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doçent Doktor Sayın Murat Doğan bize, Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkını anlatacak.

EMBRİYON NAKİLLERİNDE MAHREMİYET HAKKI

DOÇ. DR. MURAT DOĞAN
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

GİRİŞ

Embriyo nakli, normal yollarla çocuk sahibi olamayanların başvurdukları, anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, vücut dışında döllenmesini sağlayıp, embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden, beden bütünlüğüne yönelik tedavi yöntemlerinden biridir (ÜYTEY m.4/f).

Diğer tıbbi müdahaleler gibi embriyo naklinde de müdahalenin uygulanacağı anne adayı ve eşi ile hekim arasında bir hukuki ilişki söz konusudur. Bu ilişki sebebiyle hekim ve diğer sağlık personeli anne adayı ve eşi hakkında, onların özel hayat ve sır alanına ilişkin çeşitli bilgilere vakıf olmaktadır. Embriyo naklinde mahremiyet hakkı, tedavi sebebiyle özel hayatlarına ilişkin öğrenilen bilgilerin başkalarına aktarılmaması ve yayılmamasına, kısaca özel hayatlarının gizliliğine saygı gösterilmesine yönelik haktır. Bu hak kişilik hakkının muhtevasına dahildir.

Türk Hukukunda embriyo naklinde mahremiyet hakkını özel olarak koruyan bir hukuki düzenleme bulunmamakla beraber, özel hayatın gizliliğinin, kişilik hakkının ve hasta haklarının korunmasına yönelik hükümler embriyo naklinde mahremiyet hakkının korunmasına da da-

yanak teşkil etmektedir. Bu çalışmada öncelikle, mahremiyet hakkı kavramı açıklanarak, hakkın hukuki dayanaklarına değinilecek, ardından hakkın kapsamı, hakkı ihlal eden haller, hakkın ihlalini hukuka uygun kılan sebepler, hakkın ihlalinden sorumlu olanlar ile ihlalin sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. MAHREMİYET HAKKI KAVRAMI VE HAKKIN HUKUKİ DAYANAKLARI

Mahremiyet, kelime olarak, gizlilik, kişiye ait olan, kişisel, özel, paylaşılması gerekmeyen anlamlarına gelmektedir. Mahremiyet hakkı ise, özel hayatın gizliliği üzerindeki hak niteliği taşımakta ve genel kişilik hakkı kapsamında yer almaktadır.

Doktrin ve uygulamada kişinin yaşadığı olayların geçtiği çevre, bunları bilenler ve bilmesi istenenler göz önünde tutularak hayat alanları üçe ayrılmaktadır. Buna göre, herkesin gözü önünde cereyan eden, başkalarının bilmesinde ve öğrenmesinde sakınca görülmeyen olaylar kamuya açık alanı; kişinin ailesi ve yakın çevresi içinde cereyan eden ve onlar dışındakiler bilmesi ve öğrenmesi istenilmeyen olaylar özel hayat alanını; kişinin sadece kendisinin bildiği ve başkalarının öğrenmesini istemediği olaylar ise gizlilik alanını oluşturur. Bunlardan özel hayat alanı ve gizlilik alanı mahremiyet hakkı kapsamında korunması istenebilecek hayat alanları olarak ortaya çıkmaktadır.

Sağlık hukuku bakımından ise, kişilerin tedavi sebebiyle hekim ve diğer sağlık personeli tarafından öğrenilen özel hayatlarına ilişkin bilgilerin başkalarına aktarılmaması ve yayılmamasına, kısaca özel hayatlarının gizliliğine saygı gösterilmesine yönelik hakları olarak tanımlanabilir. Bu hakkın korunmasıyla tedavi görmek isteyenlerin, bu sebeple hekim ve diğer sağlık personeli tarafından öğrenilecek kişisel verilerinin, özellikle sırlarının başkalarına aktarılmayacağına güvenmeleri ve rahatlıkla tedavi yoluna başvurabilmeleri sağlanmış olur.

Mahremiyet hakkını tanıyan ve korunmasına temel teşkil eden yasal dayanaklara gelince, bunların başında Anayasa gelmektedir. Anayasanın 20. maddesi "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüyle sadece tıbbi müdahaleler bakımından değil, genel olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasını isteme hakkını temel haklar arasında saymış ve güvence altına almıştır.

Tıbbi müdahalelere ve hasta haklarına ilişkin hukuki düzenlemelerde ise genellikle mahremiyet hakkından ziyade, bu hakkın hekim bakımından doğurduğu yükümlülüğü ifade eden sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunun, "Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı" başlığını taşıyan 10. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir" denilerek bu hakka yer verilmiştir.

Dünya Tıp Birliğinin 1981 yılında yayınladığı Lizbon Bildirgesinin d maddesinde hastanın kişisel ve tıbbi bilgilerinin gizliliğine saygı gösterilmesini bekleme hakkının olduğu belirtilmiştir. Dünya Sağlık Örgütünün 1994 yılında yayınladığı Amsterdam Bildirgesinin 4. maddesinde hastanın sağlık durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki bilgiler ile kişiye özel tüm bilgilerinin (kimlik bilgileri dahil) ölümden sonra da gizli olarak korunması gerektiği belirtilmiştir.

Mahremiyet hakkından doğrudan söz etmemekle birlikte Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. maddesinde de bu hakkının korunmasını sağlayacak şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz".

Bu yönde diğer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliğinin 21. maddesinde "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" başlığı altında yer almaktadır. Buna göre, "Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

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

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

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

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

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

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez

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

Hekimlerin meslek kurallarını düzenleyen Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinde hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin şu ilkeye yer verilmiştir: "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. / Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. / Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez./ Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.".

Bunların dışında mahremiyet hakkının korunmasında Türk Medeni Kanununun 23., Borçlar Kanununun 41. vd., Türk Ceza Kanununun 133 vd. maddelerinden de yararlanılacağı şüphesizdir.

Görüldüğü gibi mahremiyet hakkı gerek genel olarak gerekse hastalar için hukuk düzenince korumaya alınmış temel bir haktır.

II. MAHREMİYET HAKKI KAPSAMINDA YER ALAN UNSURLAR

Mahremiyet hakkının korunması hususunda en önemli noktayı bu hakkın kapsamına giren unsurlar oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, hangi hususlar gizliliğe sahip ve başkalarının öğrenmesine kapalı veya tedavi sebebiyle öğrenilmişse başkalarına aktarılmaması gereken niteliktedir. Mahremiyet hakkının kapsamında korunacak değerlerin iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi başkalarının öğrenmemesinde hastanın menfaati bulunan kişisel veriler ve özellikle hastaya

ait sırlar, ikincisi ise hastanın beden mahremiyetidir ki, burada özellikle embriyo nakillerinde hastaya ait kan, sperm, yumurta gibi vücut örnekleri ile embriyoya ilişkin beden mahremiyetidir.

Mahremiyet hakkının kapsamında yer alan kişisel veriler, genel olarak hekim tarafından tedavi ilişkisi sebebiyle görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen, saklanmasında hastanın menfaati bulunan, hastanın özel hayatına ve gizlilik alanına dahil bilgileri ifade eder. Hekim bunları hastanın kendisine anlatması yoluyla öğrenmiş olabileceği gibi, muayene, teşhis ve tedavi faaliyetleri sebebiyle kendisi de öğrenmiş olabilir. Bu bilgilerden, sır sayılarak mahremiyet hakkının kapsamına girenlerin tayininde, benzer durumdaki bir hastanın değil, bizzat hastanın kendi görüşüne göre başkalarının öğrenmesini ve bilmesini istemeyeceği bilgilerin tespit edilerek dikkate alınması gerekir.

Hastanın korunması, saklanması gereken kişisel verilerinin sır niteliği taşıması gerekmemekle beraber, bu konuda daha çok sır niteliğindeki bilgilerin önem arzedeceği ve hukuki uyuşmazlıkların bunların başkalarına aktarılmasından çıkacağını söyleme yanlış olmaz. Bu bilgiler ya doğrudan tedaviye ilişkin hususlardan ya da tedavi sebebiyle öğrenilen hastanın özel ve aile hayatına ilişkin bilgiler ve diğer sırlardan oluşur. Bu anlamda, ister tedaviye ilişkin olsun isterse tedaiyle ilgisi olmayanlardan olsun, başkalarının öğrenmesi halinde hastanın maddi veya manevi zarara uğrayacağı, ayıplanacağı, dışlanacağı, bunlar olmasa bile hastanın psikolojik olarak kendisini kötü hissetmesine yol açacak bilgiler sır olarak kabul edilmelidir. Bir diğer ifadeyle, başkaları tarafından öğrenilmemesinde ve bilinmemesinde hastanın yararı olan her türlü bilgi bu kapsamda korunmalıdır.

Başkaları tarafından kınanmasına veya kınanmasa dahi onun utanç duymasına yol açabilecek bilgiler, özellikle hastanın AIDS gibi cinsel yolla bulaşan hastalığının bulunduğu, bulaşıcı bir hastalığının olduğu, eşiyle cinsel ilişkiyi başaramadığı veya cinsel organının anormal yapıda olduğuna ilişkin bilgiler gizli tutulmalıdır.

Embriyo nakillerinde mahremiyet hakkı, nakil için yapılan tıbbi işlemler sebebiyle öğrenilen kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik duruma ilişkin bilgilerin korunması yanı sıra embriyo nakli yaptıracak eşlerden alınan yumurta, sperm ve bunların döllenmesiyle oluşturulan embriyoların korunmasını da kapsamalıdır.

Bunların dışında kalan, herkes tarafından bilenen veya kamuya açık

alanda cereyan ettiği için başkaları tarafından zaten öğrenilmiş olan veya hastanın kendisi tarafından başkalarına açıklanmış olan olaylar hakkın koruma alanına girmez. Hekimin hasta hakkındaki değerlendirmeleri de bu kapsama dahil değildir.

III. MAHREMİYET HAKKININ İHLALİ TEŞKİL EDEN HALLER

Kişisel verilerin, özellikle sır niteliğindeki bilgilerin başkalarına aktarılması ve yayılması en çok görülebilecek ihlal hallerindendir.

Embriyo naklinde, öncelikle böyle bir tedavi yöntemine başvurmuş olmalarının bilinmemesinde eşlerin yararı bulunur. Eşlerin ait oldukları çevrede, çocuk sahibi olamamalarının bile kınanmayla karşılanabileceği göz önünde tutulursa, çocuk sahibi olmak için böyle bir yola başvurmalarının da çevrenin olumsuz değerlendirmelerine yol açabileceği, bu sebeple eşleri en azından ruhsal açıdan rahatsız edebileceği kendiliğinden anlaşılır. Bu yönteme başvurulduğunun bilinmemesi, yöntemin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yaşayabilecekleri travmanın etkisinin artmaması bakımından da gereklidir.

Gizli kalması gereken diğer bir husus eşlerin çocuk sahibi olamama veya sağlıklı çocuk sahibi olamama sebepleridir. Eşlerden biri veya her ikisinden kaynaklanabilecek sebeplerle normal yolla çocuk sahibi olamayan eşlerin, bu sebebin bilinmemesinde de menfaatleri bulunmaktadır. Örneğin, eşiyle cinsel ilişkiyi başaramaması veya cinsel organının anormal yapıda olması sebepleriyle çocuk sahibi olamayanlar bakımından bu gizliliğin önem arzettiği söylenebilir.

Bu çerçevede önem arzeden bir diğer husus da, yapılan gen analizleri sonucunda eşler hakkında ulaşılan bilgilerdir. Bu konuda ya hamilelik öncesi eşlerin veya embriyonun gen analizleri yapılmaktadır. Eşler üzerindeki gen analizleri genellikle onların çocuğa geçebilecek genetik bir hastalıklarının bulunup bulunmadığını öğrenmek istemeleri sonucu yapılmaktadır. Olumsuz sonuç çıkması halinde genellikle embriyo naklinden kaçınılmaktadır. Embriyo üzerindeki gen analizleri (Praimplantasyon) ise döllenme sonucu oluşturulan embriyoların naklinden önce olumsuz genetik özellikleri bulunmayan embriyoların tespit edilerek, bunların naklinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Her iki analiz sonucu öğrenilen genetik özelliklere ait bilgilerin başkalarına aktarılmaması gerekir. Özellikle eşin bir kalıtımsal hastalığının bulunduğunun açıklanmaması gerekir. Ülkemizde embriyolar üzerinde

kök hücre araştırmaları Sağlık Bakanlığı tarafından 19.09.205 tarihinde yayımlanan bir Genelgeyle yasaklanmış bulunmaktadır. Bunun dışında özellikle sağlıklı embriyonun tespit edilerek naklinin yapılması amacıyla embriyo üzerinde gen analizi yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu tür araştırmaların da kanuni düzenlemelerle çerçevesinin belirlenmemiş olması kötüye kullanımlara açık hale getirmektedir.

Bunun gibi, yapılan tetkik veya tahliller sonucu öğrenilen eşlerden birinin AIDS gibi cinsel yolla bulaşan hastalığının veya herhangi bir bulaşıcı hastalığının olduğuna dair bilgiler gizli kalmalıdır. Hatta bir eş hakkında bu yolla elde edilen bilgin, diğer eşin hayatı ve sağlığı bakımından tendit oluşturmadıkça veya başka bir zorunluluk bulunmadıkça diğer eşe dahi söylenmemesi mahremiyet hakkının gereğidir. Ancak uygulamada eşlerden biri hakkındaki bilgilerin diğer eşe aktarılması son derece olağan kabul edilmektedir.

Embriyo nakli için yapılan harcamalarının kaynağının gizli tutulması da mahremiyet hakkı kapsamındadır. Naklin pahalı bir tedavi yolu olması ve yakın zamana kadar sosyal güvenlik kurumlarınca bu yöndeki masrafların karşılanmaması, bu amaçla yapılan harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını daha da önemli kılmaktadır.

Embriyo nakli sebebiyle eşler hakkında tutulan kayıt ve belgelerin başkalarının eline geçmeyecek şekilde muhafaza edilmesi ve başkalarına devredilmemesi de mahremiyet hakkının gereğidir. Buna aykırı davranışlar da hakkı ihlal eder.

Embriyo naklinde, nakli yaptıracak eşlerden alınan yumurta, sperm ve bunların döllenmesiyle oluşturulan embriyolar da mahremiyet hakkı kapsamında korunmalıdır. ÜYTMY m.17'de "Bu yönetmelik ile gösterilen vasıf ve şartlarda olmayarak izin belgesi veya ruhsatname alınmadan tabipler ve diğer şahıslar tarafından ÜYTE uygulamak için özel yerler açılması veya oturdukları yerlerin bir bölümünün bu uygulamaya tahsis edilmesi; **kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır.** Bu yasağa ve bu yönetmelik hükümlerine uymadığı tespit edilenlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur.

Yardımcı üreme tekniklerinin uygulandığı merkezlerde üçten

fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Yaş faktörü, embriyo kalitesi ve benzeri tıbbî zorunluluk hallerinde üçten fazla embriyo transfer edilmesi durumunda uygulamayı yapan tabip gerekçesini belgelendirmek zorundadır.

Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaktır. Ancak tıbbî zorunluluk hallerinde üreme hücreleri ve gonad dokuları (Gerek omurgalılarda gerekse omurgasızlarda üreme organlarına **gonad** denir) saklanabilir. **Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamaz. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları alınan kişinin isteğine göre imha edilebilir.**

Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbî zorunluluk hallerinin nelerden ibaret olduğu, üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanmasına ilişkin diğer usül ve esaslar Bakanlıkça yayımlanacak tebliğle belirlenir.

Adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir. Beş yılı geçmemek şartıyla, merkez tarafından tespit edilecek süre içinde her iki eşin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi[1] veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde[2], bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir. Saklama, kullanma ve imha bilgileri Komisyon tarafından belirlenen sürelerde Bakanlığa bildirilir. Saklama ve imha işlemlerinin yapılmasında Ek 3'deki Embriyo Saklama Bilgi Fişi ve Embriyo İmha Bilgi Fişi ile ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait İzin Belgesi doldurulur".

Görüldüğü gibi, Yönetmelik, **adaylardan alınan yumurta ve sperm-ler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılmasını, üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını, adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası olmadıkça embriyoların saklanmamasını öngörmüştür.** Bu durumda, bu hükümlere aykırı şekilde, yumurta, sperm veya embriyoların saklanması veya başka amaçla kullanılması, eşlerin izniyle dondurulan emb-

1 Eşlerin birlikte talebinin aranması isabetli değildir. Şöyle ki, embriyonun saklanabilmesi için eşlerin her ikisinin rızası gerektiğine göre, bunlardan biri imhayı istemesi, verdiği rızayı geri aldığı anlamına gelir. Bu sebeple diğer eşin rızasının aranmadan eşlerden birinin talebi üzerine imha gerçekleştirilmelidir.

2 Yönetmelik ölüm veya boşanma halinde embriyoların imha edileceğini öngörmüş, ama ÜYTE merkezine ölümü veya boşanmayı kimin bildireceğini düzenlememiştir. Bu durumda, ölüm veya boşanmadan haberdar olmayan merkezin bunu saklamaya devam etmesi söz konusu olacaktır.

riyonun, daha sonra imhasını istemelerine rağmen imha edilmemesi özel hayatlarının bir parçası olan bu değerler üzerindeki haklarını ihlal edecektir.

IV. MAHREMİYET HAKKININ İHLALİNİ HUKUKA UYGUN KILAN SEBEPLER

A) BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bazı hallerde tedavi uygulanan eşlere ait bilgilerin aktarılması veya yayılmasına rağmen davranış hukuka uygun olabilir ve hakkı ihlal etmeyebilir. Bu hallerin başında kanundan bir bildirim yükümlülüğünün bulunması gelir. Örneğin, TCK m. 279'de kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisine yetkili makamlara bildirimde bulunma; m.280'de ise *sağlık mesleği mensuplarının* görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlüğü öngörülmüş ve bunu yerine getirmeyenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu son hükümde, sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılacağı aynı madenini ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Embriyo naklinde pek sık karşılaşılmayacak bir durum olmakla beraber, tedavi gören eşler bakımından, suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda bunu bildirme yükümlülüğü vardır ki, bu mahremiyet hakkının ihlali teşkil etmez.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri (kuşpalazı), uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, kızıl, şarbon, felci tıfli, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta humması hastalıklarını öğrenen hekime yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı Kanunun 104.maddesinde de frengi hastalığının öğrenilmesi halinde bildirilmesi yükümlülüğü hekime yüklenmiştir.

B) ZARURET HALİ

Tedavi sırasında, başkalarının hayatı veya sağlığı için tehdit oluşturan bilgiyi öğrenen hekim veya sağlık personeli, bu bilgi hasta bakımından sır niteliğinde olsa dahi bunu yetkili makamlara ve/veya ilgili kişilere bildirmelidir. Bu bildirim zorunluluk sebebiyle hukuka aykırılık oluşturmaz. Örneğin, hastanın yukarıda sayılanlar dışında kalan ve ciddi nitelikte zarara yol açabilecek, teneffüs veya cinsel yolla geçen bir bulaşıcı hastalığını öğrenen hekim bunu hastanın eşine ve yakınlarına

bildirmelidir.

C) HASTANIN RIZASI

Hasta kişisel verilerinin açıklanmasına rıza göstermişse, kişilik hakkına aykırı olmamak kaydıyla bu bilgilerin açıklanması hukuka aykırı olmaz. Hasta bu izni açık veya örtülü şekilde verebilir. Hasta bilgilerin açıklanacağı kişiler veya açıklanış tarzı konusunda bazı sınırlamalar getirmişse buna riayet edilmelidir. Nitekim bu husus Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: "İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir".

Hasta hakkında bilgilerden sadece uygulanan tedaviye ilişkin olanların bilimsel amaçla kullanılmasına izin vermişse bu sınır aşılmamalıdır. Özellikle embriyo nakli ile bilgilerin hekim tarafından bilimsel amaçlı toplantılarda hastanın kimliği de belirtilerek açıklanmasına verilen rıza böyledir. Bunun dışında hekimin bilimsel çalışmalarında ancak hastanın kimliğini açıklamadan bilgi aktarımında bulunması gerekir. Aksi halde mahremiyet hakkı ihlal edilmiş olur.

Hastaya ilişkin bilgilerin başka bir hekime veya sağlık personeline aktarılmasında ise ya hastanın açık rızası bulunmalı veya hastanın menfaati gerektirdiği için örtülü rızasının olduğunun kabul edilebileceği bir durum söz konusu olmalıdır. Bu son halde, hasta ile bilgilerin diğer hekimlere aktarılmasının hukuka uygun kabul edilebilmesi, bu aktarımın hastanın tedavisi bakımından gerekli olmasına bağlıdır. Embriyo nakillerinde ekip çalışması söz konusu olduğundan, ekipte yer alan hekimlerin hastayla ilgili bilgileri, naklin gerektirdiği ölçüde paylaşmaları, birbirlerine aktarmaları tabidir. Hatta gerek görülüyorsa ekip dışındaki hekimlere de bu amaçla hasta ile ilgili bilgiler aktarılabilir. Embriyo nakline bağlı olarak veya onun dışında ama tedavi sürecinde ortaya çıkacak bir takım rahatsızlıkların diğer hekimlere aktarılarak onlardan yardım alınması, bu süreçte hastayla ilgili bazı bilgilerin açıklanması zorunluluk arz edebilir. Bunlarda hastanın örtülü rızasının (farazi iradesinin) bu yolda olduğunun kabulü gerekir. Bunun gibi, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde zorunluluk varsa, hastanın farazi iradesine dayanılarak başka hekimlere bilgi verilebilir.

Tedavi sürecinde ortaya çıkan bir komplikasyon sebebiyle şuur kaybına uğrayan hastaya başka hekimlerin müdahalesi zorunlu ise, onlara

hasta hakkında verilecek bilgiler bu mahremiyet hakkını ihlal etmez.

D) HAKLI SEBEPLER

Hasta tarafından hekime karşı açılan davada hekimin kendini savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklaması veya tedavi ücretini tahsil edemeyen hekimin bu amaçla açtığı davada yine hastaya ait bilgileri açıklaması haklı sebep teşkil ettiği için mahremiyet hakkının ihlali sayılmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde dikkat edilmesi gereken husus, sadece savunma veya hakkını ispat için gerek olan bilgilerin açıklanmasıdır, bunun dışındaki bilgilerin muhafaza edilmesidir.

V. MAHREMİYET HAKKININ İHLALİNDEN SORUMLU OLANLAR

Mahremiyet hakkının ihlalinden onu hukuka aykırı şekilde ihlal edenler sorumludur. Sorumlular konusunda en başta tedaviyi yürüten hekim veya hekimler gelir. Bunlar yanı sıra ekipte yer alan sağlık personeli de sorumlular arasında yer alabilir. Embriyo nakli belli merkezlerde ekip halinde yürütülen bir çalışma olduğu için, bu ekipte yer alan sağlık personelinden hastaya ilişkin bilgileri başkalarına, hatta gerekmediği halde merkezin yöneticisine aktaranlar veya hastadan elde edilen sperm, yumurtalık veya embriyonun başka amaçlarla veya başkaları tarafından kullanılmasına sebep olanlar da sorumlular arasında yer alır. ÜYTEY m.14. maddesinde bu merkezlerde bulunması gereken olan şunlar sayılmıştır:

a) Mes'ul müdür: Tam gün süreli çalışan uzman ya da pratisyen hekim,

b) ÜYTE ünitesi sorumlusu; Yurt içinde Bakanlık tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışında üreme tıbbı, infertilite ve yardımcı üreme teknikleri konusunda en az altı aylık uygulamalı bir eğitim programını tamamlamış, belgeleri Bilim Komisyonunca onaylanmış ve Bakanlıkça sertifikalandırılmış kadın hastalıkları ve doğum uzmanı,

c) Bir üroloji uzmanı,

d) Bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı,

e) Embriyoloji laboratuarı sorumlusu; Üremeye yardımcı tedavi konusunda yurt içinde Bakanlık tarafından belirlenen eğitim merkezlerinde veya yurt dışındaki merkezlerde en az altı aylık uygulamalı eğitim görmüş ve belgeleri Bilim Komisyonunca onaylanmış ve Bakanlıkça sertifikalandırılmış tabip, histoloji-embriyoloji uzmanı veya histoloji-

embriyoloji alanında üremeye yardımcı tedavi yöntemleri konusunda master veya doktora yapmış veteriner, biyolog, eczacı ve hemşire gibi bir sağlık personeli,

f) Yeterli sayıda sağlık personeli ve idarî personel,

g) Müstakil merkezlerde tam süreli çalışan en az bir anestezi uzmanı ve yeterli sayıda ameliyathane personeli.

Bunlar tedavi sürecinde hastaya ilişkin olarak vakıf oldukları bilgileri başkalarına aktarmamakla yükümlüdürler. Sadece tedavi yürüten hekim yükümü olması, hasta açısından yeterli güvence sağlayamaz.

Ayrıca burada merkezin ait olduğu kişi, kamu kurumu veya özel hukuk tüzel kişileri de adam çalıştıran sıfatıyla bu sorumlular arasında yer almaktadır.

VI. MAHREMİYET HAKKININ İHLALİNİN SONUÇLARI

Mahremiyet hakkının ihlali, özel hukuk bakımından uğranılan zararın tazminini gerektireceği gibi ceza hukuk bakımından suç teşkil eder.

Mahremiyet hakkının ihlaline yol açan tedavi çoğunlukla ÜYTE merkezi ile tedavi uygulanan eşler arasında bir sözleşme ilişkisine dayanır. Bu sözleşme ilişkisi, mahremiyet hakkının ihlal edilmemesini gerektirir. Buna aykırı davranış sözleşmenin ihlali anlamına gelir ve tazminat talebine yol açar. Gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine ait merkezlerde yapılan tüp bebek uygulamalarında sözleşme ilişkisi merkezin sahibi olan gerçek kişi veya tüzel kişi arasındadır. Tedaviyi uygulayan hekim ve diğer personel yardımcı kişi konumundadırlar. Merkezin sahibin sorumluluğu BK m.100'e dayanmaktadır. Hekim ve diğer personelin mahremiyet hakkını ihlal eden davranışı aynı zamanda kişilik hakkını ihlal eden bir haksız fiil teşkil edeceği için, onlara karşı BK m.41 ve devamına göre tazminat talep edilebilecektir. Merkez bir kamu tüzel kişiliğine aitse kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında görevli memurun verdiği bir zarar söz konusu olacağı için Devlete karşı tazminat davası açılması gerekir. Memur konumundaki hekim ve diğer personele doğrudan dava açılamaz. Ancak Yargıtay bu gibi durumlarda hekimin davranışını kişisel kusur olarak niteleyerek, ona karşı doğrudan tazminat davası açılabileceğini kabul etmektedir. Mahremiyet hakkının ihlali karşısında meydana gelen zararın niteliğine göre maddi ve manevi tazminat açılması mümkündür.

Mahremiyet hakkının ihlali, ceza hukuk bakımından da suç teşkil eder. Şöyle ki, Türk Ceza Kanununun 136. maddesi "*Verileri hukuka ay-*

kırı olarak verme veya ele geçirme" başlığı altında, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişinin, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını; 137. maddesi ise, bu suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngörmektedir. Embriyo nakli sebebiyle kişisel verileri elde eden hekim veya sağlık personelinin bunlar bir başkasına vermesi veya yayması suç teşkil edeceği gibi, bunun hekimlik veya sağlık personeli olmak gibi belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi sebebiyle de suçun nitelikli halini oluşturacağından, cezanın yarı oranında artırılarak verilmesi gerekecektir.

ÜYTE Yönetmeliğinin 18. maddesinde, "Bu Yönetmelikte belirtilen esaslara uymayan merkezler ile uygulamaları ve uygulama sonuçları Komisyon tarafından yeterli bulunmayan merkezlerin faaliyetleri, Komisyon'un görüşü de alınarak, Bakanlıkça üç aydan altı aya kadar durdurulur. Bu süre içerisinde yeniden başvurulduğu takdirde, merkezlerin durumu tekrar değerlendirilerek çalışmasına izin verilir veya faaliyetinin durdurulmasına devam edilir. Sürenin sonuna kadar yeniden değerlendirme talebinde bulunmayan ve durumunda değişiklik olmayan merkezlerin ruhsatı ve çalışma izni iptal edilir" hükmüne yer verilmiştir. Özellikle Yönetmeliğin 17. maddesindeki mahremiyet hakkının ihlali halinde bir idari yaptırım olarak geçici veya sürekli olarak merkezin kapatılması yoluna gidilebilecektir.

SONUÇ

Embriyo nakillerinde mahremiyet hakkına ilişkin özel düzenleme bulunmamakla beraber, genel hükümlerden yararlanılarak bu hakkın korunması mümkündür. Bununla birlikte bu hususta kanunla yapılacak bir düzenlemenin daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Mevcut Yönetmeliğin daha çok merkezin kurulması ve açılmasına ilişkin olduğu dikkate alınırsa, genel olarak embriyo nakline, özel olarak da bu nakilden doğan mahremiyet hakkına ilişkin kanuni düzenleme ihtiyacı daha iyi anlaşılır. Yapılacak düzenlemede beden mahremiyeti olarak ifade ettiğimiz sperm, yumurtalık ve embriyoların saklanması ve kullanılmasının da düzenlemesi gerekmektedir.

OTURUM BAŞKANI - Biz de teşekkür ediyoruz. Sorular varsa lütfen yazılı olarak iletilmesi düzenleme komitesinin kuralı olarak iletildi bana. Hocam öncelikle izin verirseniz bana iletilen sorular vardı. Zaten süremizi çok aştık.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Sorum var ama yazılı değil. Sonra yazılı olarak vereyim. Çünkü sorumun bir bölümü yapılan açıklamalar ekleme veya görüş bildirme.

OTURUM BAŞKANI - Şimdi konuk dinleyicilerimizden Operatör Doktor Sayın Bilge Şener Şimşek Zekai Tahir Burak Hastanesi'nden katılmışlar Başhekim Muavini. Birkaç soru iletmişlerdi oturumun başında bana, ben Sayın Kamacı'ya birini ilettim onun cevaplandırabileceğini düşünüyorum.

MAHMUT KAMACI - Gelen soru şu Amerika'da bir sperm bağışlayıcı 60-65 yaşına girince bağışladığı spermlerle doğan bebekler ve çocuklarla tanışmak istedi ve mahkemeye baş vurdu, Türkiye Cumhuriyetinde bu şekilde bir başvuruda nasıl bir yol izlenir? Kabul olunur mu? Hemen şunu belirteyim bu sperm bağışlayıcıyla doğan çocuk arasında soy bağı ilişkisi kurulamamışsa, soy bağına ilişkin hüküm ve sonuçlar meydana gelmeyecektir. Medeni Kanunumuz kişisel çocuklarla, kişisel ilişki kurma hakkını ana babaya, olağan üstü hallerin varlığı halinde diğer kişilere ve özellikle çocukların hısımlarına tanımıştır. Şimdi burada sperm bağışlayıcının çocukla doğan çocukla ve bebekle tanışmak istemesi ve ziyaret hakkı talep etmesi bizim medeni Kanunumuzdaki diğer kişiler kapsamına girer mi girmez mi bu tartışılabilir. Ama benim düşüncem ziyaret hakkı ana babaya ve özellikle çocukların hısımlarına olağan üstü hallerin varlığı hallerinde de diğer kişilere tanınabilir. Soy bağı tesis edilmemiş olduğu için kanaatimce böyle bir kişisel ilişki kurma hakkı olmadığını düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sorulardan bir tanesini de sayın Cin bize açıklayacaklar.

YRD. DOÇ. DR. ONURSAL CİN - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Bir dinleyicimiz Türkiye'de yasak olan oosit, sperm ve embriyo bağışının Türkiye'deki sağlık kuruluşlarının Kıbrıs'ta şube açarak uygulamaları etik ve yasal mıdır? Hep aynı popülasyonda bağış ile yakın zamanda nesep sorunları oluşacaktır diye de bir ekleme yapmışlar. Öncelikle şunu söyleyeyim Türkiye'de bunun yasak olması civar ülkelerde başta Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti olmak üzere çok önemli bir bu konuda sağlık

turizmi yaratmaktadır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bu işlemler tamamıyla kontrolsüz, denetimsiz ve hatta serbesttir. Embriyo aktarım usulleri bizde yasak olan embriyon aktarım usulleri serbesttir ve maalesef bunu yapan Kuzey Kıbrıslı doktorlar değil Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olan doktorlarımızdır. Hafta sonları yada haftanın belirli günleri buradan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne giderek oradaki tıp merkezlerinde burada yapılması yasak olan işlemleri gerçekleştirmektedirler. Yine Girit Adası, hatta Yunanistan, Kıta Avrupa'sında ise Belçika'da bize nazaran bize nazaran biraz daha serbest uygulama olduğunu görüyoruz ama çok pahalı olduğu için insanlar oraya gitmiyor. Ağırlıklı olarak KKTC ve Girit'te bunu görüyoruz.

Şimdi Türkiye'deki tüp bebek merkezlerinin şubesi olarak diye bir ibarede bulunmuşsunuz sorunuzda tabi bu resmi olarak bir şube değil. Yani şüphesiz belki buradaki sağlık kuruluşunun imkanlarıyla, deneyimiyle bilgi birikimiyle açılıyor ama resmiyette ayrı bir şirket, KKTC'de kurulmuş farklı bir şirket. Dolayısıyla burada Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı'nın ceza vermesi ya da az öce bahsettiğim Türk Ceza Kanunu'nda uygulanabileceğini öngördüğümüz maddelerin uygulanabilmesi söz konusu değil, çünkü Kuzey Kıbrıs kanunlarına göre bu işlemler suç değil. Evet ben de size katılıyorum, elbetteki bu tip yaklaşımlar çok ciddi nesep sorunları doğuracaktır.

Zannediyorum bir hekim dinleyicimiz, bundan çok memnun oldum bir takım katkıları var bana ve bazı noktalarda da hekimce itirazları var. biz bunlara çok alışığız tıbbi ceza hukuku üzerinde çalışan insanlar olarak. Bir kere önce şunu söylemek istiyorum. Katkılarınıza teşekkür ediyorum Muammer bey. Temel fikrim şu; sağlık alanlarındaki yasaların salt hekimlerce yada salt hukukçularca yapılması ve yorumlanması yanlıştır. Ülkemizdeki en büyük hata budur. Hekimler ve hukukçuların birlikte komisyonlar halinde bu kanunları yapmaları ve ortak yorum geliştirmeleri hatta yüksek mahkememize de bu konuda yardımcı olmaları elbetteki önemlidir. Dolayısıyla burada yaptığım bir takım yorumları sadece hukuki ama tıbbi olmayan yorum olarak bulmanızı da saygıyla karşılıyorum.

Örneğin herkesten ihtiyaç kadar embriyo geliştirmesi gereği, ihtiyaçtan fazla embriyo geliştirmesi sakıncalı olacağı hukuki bir yorum demişsiniz. Aslında onu ben yumuşatmak için bir kelime kattım oraya. Fahiş derecede embriyo üretilmemeli, tabii biliyorum yani üç tane emb-

riyo üretemezsiniz, belki ihtiyaç yedidir. Ama on beş tane de üretmeyin. Bunu kast etmek istemiştim ama kesinlikle düşüncelerinize katılıyorum. Hukuken geçerli rıza olmaksızın kimse doktor olarak embriyo transferi yapmaz demişsiniz. Umarım öyledir ama işte az önce verdiğim gazete haberinde hukuken geçerli rıza yoktur. Çünkü hukuk dışı bir aktarma usulüne verilen rıza biz hukukçularca geçerli rıza olarak kabul edilmemektedir. Her alanda olduğu gibi etik dışı örnekler doğru bu alanda da etik dışı örnekler vardır. Verdiğimiz örnekte imam nikahlı eşten alınarak resmi eşe gebelik elde edilmesi doktor uygulaması açısından tabii ki etik değildir ama imam nikahının hala ülkemizin bir gerçeği olması açısından ne kadar etiktir, ne kadar hukuka uygundur, imam nikahlı eşleri kendiliğinden olan gebelik ve doğumları hukuki midir şimdi bu noktada şunu söylemek istiyorum. Bu bir tespit bende bunu biraz belki ironi yaparak ülkemden bir insan manzarası diyerek o slaytı sunduğumda evet bu ülkemizin çok önemli bilinen bir gerçeği. Çok ciddi sayıda imam nikahlı resmi nikahlı olmayan birliktelik var ama kanun koyucu özellikle burada özel hukukçu üstatlarım var. pek çok medeni hukukçu var. onların yanında konuşmak istemiyorum. Bu konunun geçerliliğini de Murat hocam aktaracaktır. Kanun koyucu ben cezacıyım, kamu hukukçusuyum, kamucuyum kısmen daha katı bakabilirim olaya ama resmi nikah yoksa resmi evlilik olmadığı için ÜYTE yönetmeliğinin 17 nci maddesindeki yasaklar kapsamında bende diyebilirim ki bu benimsenmeyen hukuken geçerli rızaya dayanmayan bir metottur o yüzden bunu kabul edemem. Ama gerçekler var. imam nikahlı, resmi nikahlı olmayan bir sürü insan var. belki de o insanın ikinci eşi yok tek eşi var o eşi de imam nikahlı. Resmi nikah kıymamış kimseye ve onun çocuğu olmuyor, resmi nikah da kıymıyor ama hukuken yanlış ama özel hukuk açısından hocam bir şey eklemek ister mi bilemiyorum. Katkılarınız için çok teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Ben hemen sözünüze ekleme yapmak istiyorum. Yine doktor dinleyicimizin bir sorusu vardı aslında size yöneltilen soruyla da eş. İlerlemiş tıp artık ileri yaşta da hanımları anne yapabiliyor. Bu düzenleme hukuki düzenlemeler, anne baba olma yaşı çocuğun psiko sosyal gelişimi de değerlendirilerek hukuki bir düzenlemeye kavuşturulamaz mı? Diye sorulmuş. Biraz evvel aslında cevapladınız. Hukukçularla doktorlar, hekimler yada sağlık uzmanları bir araya gelirse düzenlenmesi zorunludur.

YRD. DOÇ. DR. ONURSAL CİN - Burada çok değerli büyüğümüz, çok değerli hocamız, ceza hukuku Hocamız Profesör Doktor Yener Ünver aramızdayken aslında benim bunlar hakkında konuşmam çok da doğru değil ama sayın hocam da takdir ederler ki kendisi de kanunun yapılması aşamasında da eleştirilmişlerdi. Eleştirilmeyecek gibi değil. Örneğin yaralama suçuyla ilgili bir hüküm var. basit tıbbi müdahale ile giderilme kriteri. Bu ne tıbbi bir kriterdir, nede hukuki bir kriterdir. Keşke hekimlerle hukukular bir araya gelip bunu doğru dürüst bir temele oturtabilseydik. Öyle değil mi sayın Hocam. Yani o yüzden bu konudaki eleştirilere hak vermemek elde değil.

OTURUM BAŞKANI - Şimdi hemen yine bir ekleme yapacağım. Aslında bu oturumun konusuyla doğrudan ilişkili değil diye düşünüyorum ama belki Sayın Doğan cevap verecektir. Biraz mahremiyetle ilgili olur diye düşünüyorum. Özel tüp bebek merkezlerinin TV'deki kadın programlarına çıkarak hediye tüp bebek uygulamaları ne kadar etiktir, rekabet ve haksız rekabet ve reklam yapma yasağı açısından da değerlendirilmesi demiş. Belki sadece mahremiyet hakkı açısından değerlendirmeye sokulabilir diye düşünüyorum.

DOÇ. DR. MURAT DOĞAN - Şu anda bulabilir miyim bilmiyorum ama Yönetmelikte bunlarla ilgili reklam yapılamayacağına dair bir hüküm vardı yanlış hatırlamıyorsam. Tabi ayrıca da mahremiyet hakkının doğrudan ihlal edildiğini de yani burada söylemeye bile gerek yok. Biz kimlikleri gizli kalmalıdır diyoruz ama şunu göz önünde tutmak lazım. Rızaları varsa açıklanabilir. Tabii bunu Medeni Kanunun 23 ncü maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir dedik. Ona aykırılık teşkil ediyorsa 23 ncü madde kişilik hakkını koruyor. Kişilik hakkını ihlal ediyorsa şimdi tüp bebek, işte uygulamasını ödememek için ücretini ödememek için böyle bir şey kabul ediliyorsa ahlaka aykırılık dolayısıyla da bu tür şeyleri geçersiz saymak gerekir kanaatindeyim. Ama şunu görüyoruz ki yani kişilik hakkından yararlanmaya çalışıyoruz, başka şeyden yararlanmaya çalışıyoruz bunların yerine bu hususları daha ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutan bir kanuna ihtiyacımız var.

Yani yönetmelikler işte bu yönetmelik başta da söyledim daha çok merkezlerin nasıl açılacağı, hangi personel bulunacak, hangi araç gereç bulunacak, hangi binada yapılabilir, ölçülerini vs. bunları veriyor yirmi maddelik bir yönetmelikte sadece bir maddede yasaklar düzenleniyor. Bununla tabii ki bizim bu işleri hukuka uygun şekilde yürütmemiz pek

mümkün görülmüyor. Vergi incelemelerde hasta mahremiyetinin korunması mümkün olmuyor. Protokol defterine el konuluyor. Ne dersiniz ayrıca 5510 Sayılı Yasa'da sosyal güvenlik kurumlarının her türlü bilgi ve belgeyi isteme hakkına sahip olduğuna göre sır saklamak önemli bir yer almakta mıdır? Avukat Mustafa Güler. Çok haklısınız birincisi bu tür inceleme bakımından. Yani sosyal güvenlik kurumlarının müfettişleri aracılığıyla yaptığı incelemeler, ikincisi vergi müfettişleri, üçüncüsü sigorta şirketlerine aktarılan bilgiler bakımından mahremiyet hakkı ihlal ediliyor.

Şimdi benim fakültedeki odamın karşısında bizim mutemedimizin odası var. Ara sıra çay içmeye gidiyorum, bakıyorum önünde bir dizi evrak. nedir bunlar, işte eczanelerden gelen, hastanelerden gelen tedavi masrafları. Alıyorum bakıyorum o zaten bunların hepsini biliyor, kim nereye gitmiş, ne için gitmiş, hangi tedavi uygulanıyor. Hatta diyor bak şu bizim bütçemizi bu bitiriyor. Şu hastaneden gelen diyor çünkü işte şu kadar pahalı ilaçlar alıyorlar, şöyle yapıyorlar bunun mahremiyeti kalmıyor tabi. Bunların bu şekilde olmaması gerekir ama bu konularda başka nasıl yapılabilir. Anonimliğin korunarak sadece belki konuyla ilgili memurların bilmesi gerekir. Bir şey daha söyleyeyim ben bunlardan kaçamıyoruz zaten vergi incelemesinde öğreniliyor, sigorta kurumuna gönderirken öğreniliyor. Dahası biz şeyde de bunu gözlemledik. Tüp bebek merkezinde de gözlemledik. Bunlar basit dosyalarda tutuluyor yani ben herhalde isteseydim birini açıp orada okuyabilirdim. Aslında sadece ilgisinin bu dosyalardaki bilgilere ulaşması gerekir. Şunu sordum ben başhekim istese bunları götürüp veriyor musunuz bu dosyaları? Hayır vermiyoruz dediler ama işin doğrusu bana pek inandırıcı gelmedi verilmediği konusunda. Ama güven prensibi içerisinde de güveniyoruz onlara. Yani biz daha ötesini söylüyoruz da daha basit yollarla bu bilgilerin başkaları tarafından öğrenildiğini söylemek mümkün. Ama şunu belirtelim burada bir hekim kendi teşhisi koymuş ama kendi uzmanlık alanını aştığı için başka bir hekime göndermiş. Sadece ona gönderirken sadece gerekli bilgileri aktarmalı bir ikincisi o hakimde sadece kendi alanı ile ilgili teşhis tedaviyi yapmalı, o da başkalarına öğrendiklerini aktarmamalı diyoruz.

Bu tür resmi görevlilerin öğrendiği bilgileri de eğer bir zorunluluksa kamu gücü açısından incelemede bir zorunluluksa öğrendiği bilgileri de onların gizlemesi bir sorumluluk doğuracaktır. Biz daha çok bu müda-

halelerin geçtiği merkezlerdeki personelden bahsediyoruz ama hariçten kim öğrenmişse bunlar kişilik hakkı kapsamında ancak sorumlu tutulabilir. Yani borçlar kanunu yahut devlet memuruysa çoğu zaman öyle olacaktır. O devlet memuru olması hasebiyle devlete verdiği zararlardan dolayı devletin sorumuna girer. Onlara da devlet rücu edecektir. Yani buradaki mahremiyet hakkına değil de genel mahremiyet hakkı çerçevesinde korunabileceği kanaatindeyim.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz katılımcılarımıza. Hocam buyurun.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Şimdi efendim buradan konuşma yaptığım için kusura bakmayın. Bütün konuşmaları sunumları büyük bir ilgiyle dinledim. Önce Murat'tan başlayarak bu tarafa doğru geleceğim. Hem bazı sorularım var hem de bazı eklemeler yapmak istiyorum. Şimdi Murat'ın söyledikleri çok doğru.

Aslında pozitif hukuk düzenlemeleriyle, yani bu üremeye yardımcı tedavi teknikleri ve diğer bio-teknolojik konulardaki düzenlemelerde diğer hukuklarda olduğu gibi, mesela Fransa'da olduğu gibi, İsviçre'de olduğu gibi mahremiyetle ilgili, gizlilikle ilgili özel normlar koymak lazım. Şimdi yok. Olmadığı içinde kendisi genel hükümlere dayanarak son derece güzel bir sunum yaptılar. Ona katıldığımı belirtmek isterim. Sadece bir noktayı anlamadım. Sorumlulukta, adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedildi. Halbuki Borçlar Kanunu 55 değil Borçlar Kanunu 100.

Şimdi Onursal Bey'i atlayarak Yusuf arkadaşıma geliyorum. Yusuf arkadaşımın konusu, iyi ki o konu bana verilmemiş. Yusuf arkadaşımın konuşması aslında embriyo nakillerinde hekimin hukuki sorumluluğundan çok işte wrongful life denen yani istenmeyen çocukların dünyaya getirilmesi veya özürlü çocukların dünyaya gelmesi halinde sorumlulukla ilgiliydi. Çünkü embriyo nakilleri yasak olduğuna göre embriyo ancak evli eşler arasında embriyo nakilleri yapılabildiğine göre üçüncü embriyo nakli yapılarak hekimin hukuki sorunluğu çok ender bir durum, bir tür haksız fiil belki olabilir ama istenmeyen çocuk veya özürlü çocuk durumlarında hekimin sorumluluğu ve zararın tazmini için bizde de başka ülkelerde olduğu gibi, son olarak Fransa'da olduğu gibi belki özel yasalar çıkması yararlı olacaktır. Bunu İngiltere, Amerika mahkeme kararları ile çözmüş. Ama Kara Avrupa'sında bunun için özel yasalar çıkması amaca daha uygundur. Çünkü bu önemli bir problem.

Şimdi asıl Onursal Cin Bey'in sunumuyla ilgili noktalara geliyorum. Hem idari yaptırımlar hem de cezai yaptırımlar bakımından söylediklerine katılmamak mümkün değil. Oviedo Antlaşması çerçevesinde kendisi Türk hukukunun bugünkü durumunu ve işte embriyo üzerindeki araştırmalarla ilgili çözümleri anlattı ama bir takım sıkıntılar olduğunu gördüğü için de organ ve doku alınması, saklanması ve nakli hakkındaki kanuna başvurdu. Şimdi burada benim bazı tereddütlerim var. Oviedo Antlaşması ha birde şunu söyleyeyim hep vurgulandı aslında bu antlaşmalar yapılırken hakikaten hekimlerle hukukçuların birlikte çalışması söz konusudur. Avrupa Konseyi'nde de üçte iki hekim üçte bir hukukçu olarak çalışmaktadır çalışma grupları. Doğrudur bu. Şimdi organ ve doku alınması aktarılmasıyla ilgili çözüm bakımından bazı tereddütlerim var. çünkü bu Oviedo Antlaşmasının ekleri var. Oviedo Antlaşmasının ekleri üç tane eki var şu anda bunlar Avrupa Antlaşmalarıdır ve Oviedo Antlaşmasını yani bizim kabul ettiğimiz antlaşmayı bütünleyen bunun ayrılmaz parçalarıdır. Bunlardan birincisi insanlarda klonlanmanın yasaklanmasıyla ilgilidir. İkincisi organ ve doku nakilleriyle ilgilidir. Üçüncüsü de bio medikal araştırmalarda bireyin korunması ile ilgilidir. Şimdi bu antlaşmaları Türkiye Cumhuriyeti şu anda inceleme aşamasındadır. Birini kabul etti ama bu ek antlaşmaları daha kabul etmiş durumda onaylamış durumda değildir.

Şimdi 186 sayılı Avrupa Antlaşması ki organ ve doku nakilleriyle ilgili antlaşmadır. O antlaşmanın ikinci maddesini açtığınız zaman Onursal Bey'in Türk organ ve doku nakli hakkındaki kanununda yararlanabilmenin mümkün olmadığı ortaya çıkacaktır. Çünkü bu antlaşmanın ikinci maddesi organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak diyor ki; bu protokol insan kökenli tedavi amacına yönelik, insan kökenli organ ve dokuların transplantasyonunda uygulanır. Protokol ...*eplay* yani bilinçli olarak üreme hücreleri, embriyo ve fetal organ ve dokular, organ ve doku alınması, saklanması, aktarılmasıyla ilgili protokolün dışına çıkarılmıştır. Bunlarla ilgili embriyo ve nakilleriyle ilgili olarak Avrupa Konseyinde dört numaralı çalışma grubu Profesör ....Başkanlığında on yıldan beri çalışmaktadır. Bakın on yıldan beri arpa boyu yol alınmıştır. Çünkü bu sorunların her biri son derece hassas ve dikenli sorunlardır. Onun için Türkiye Cumhuriyetinin yani doğal olarak Oviedo Antlaşmasının bütünleyicisi ve eki olduğu için bu konvansiyonu kabul etmesi halinde bizim organ ve doku nakli alınması, saklanması hakkındaki

kanundan yararlanabilmemiz mümkün değildir. Belki bu konuda özel bir düzenleme yapmak gerekir ama bu özel düzenlemenin de son derece zor olduğunu söyleyebilirim. Çünkü burada hukuktan çok ahlaki bir takım ilkeler ve dünya anlayışı, dünyaya bakış söz konusudur. Şimdi Türkiye'de sperm bağışı, yumurta bağışı ve üçüncü kişilerden tabi embriyo nakillerine izin verilmezse o zaman bir takım sorunların çözümü açıkta kalacaktır. Bunun içinde bir tavır almak sanıldığı kadar kolay değildir. Bu ne hukukçuların kolayca yapabileceği bir şeydir ne de tıpçıların. Benim söylemek istediklerim bundan ibaret. Yazılı olarak da ayrıca zapta geçmesi için vereceğim. Ama tekrar teşekkür ederim hakikaten üç sizinki de dahil, daha az ilgilendim sizinle çünkü aile hukukunun soy bağı ile ilgili kısımlarıyla ben uzunca bir süreden beri ilgili değilim ama bu sunumlardan son derece faydalı bilgiler edindim. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Yusuf Bey'in bir ilavesi olacak.

DOÇ. DR. YUSUF BÜYÜKAY - Hocam şunu öncelikle ifade etmem lazım. Esas itibariyle embriyo nakillerinden doğan hukuki sorumluluğu anlatmayı amaçladık. Şimdi sabahki oturumlarda ortaya çıkan bir takım hukuki sorunların cevapsız kaldığını düşünmem vesilesiyle istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuklarla alakalı problemlere de işaret etme ihtiyacı duydum, bu bir. İkincisi bu tebliğimizde amaçladığımız husus geçerli bir rızaya dayanan ve hukuki olan tıbbi müdahale dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluktu. Yoksa yasak olan embriyo transferi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sorumluluğu zaten izah etmeyi amaçlamamıştık. Teşekkür ederim.

YRD. DOÇ. DR. ONURSAL CİN - Öncelikle bizler için ders niteliğindeki muhteşem katkılarınız için çok teşekkür ediyorum. Bio-tıp konusunda çalışan ve ceza hukuku üzerinde naçizane çalışmaya çalışan bir öğretim üyesi olarak elbette ki Oviedo Anlaşması ve eklerinden haberdarım. Bu çerçevede zikrettiğimiz ek protokoller henüz kanun hükmünde olmadığı için oturdum bunu düşündüm dün akşam. Ciddi şekilde bunu söylersem çünkü bu söylediğim doktrinde söylenen bir şey değil. Hiç kimse bunu organ ve doku nakline sokmuyor ama idari yaptırım var cezalandırılmasın. Bunun da cezalandırılması gereken bir fiil olduğunu düşünün ve değerli hocalarım Profesör İzzet Özgenç ve Adem Sözüer'e akşam danıştık ve bir tele konferans yaptık. Şu anki mevcut durumda sorunu çözmemekle beraber 2238 sayılı yasal tanımlamaya uyar şekilde böyle bir geçici çözüm üretmek durumda kaldım. Neyse kesinlikle

tamamıyla elbetteki haklısınız. Bu çok kısa süreli geçici bir çözümdür. Bu sözleşmenin ekleri onaylandığı halde uygulanamaz hale gelecektir ve bunun için bağımsız bir kanun yapılması gerektiğine inanıyorum.

PROF. DR. ERGÜN ÖZSUNAY - Peki, çok teşekkür ederim. Ben iki numaralı çalışma grubu bu organ ve doku nakliyle ilgili protokolü hazırlamıştır. ...*Basso'nun* başkanlığında ben o komisyonda üyeydim. Özel olarak o çalışma grubu üreme hücrelerinin organ ve doku kavramına girmeyeceğine vurgulamıştır. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Evet bu oturumu kapatıyoruz. Teşekkür ediyoruz dinlediğiniz için. konuşmacılara da teşekkür ediyoruz.

SUNUCU - Değerli konuşmacılarımıza plaketlerini Sayın Hocam Ergün Özsunay verecekler.

PLAKET TÖRENİ

SUNUCU - *Değerli konuşmacılara ve Ergun Hocamıza saygılarımızı ve teşekkürlerimizi tekrar sunuyoruz. II.Oturumumuz sona erdi. Değerli konuklar III. Oturumumuz Gebeliğin Dona Erdirilmesi konulu. Programımızda süreyi fazlasıyla aştığımız için arayı veremiyoruz. O yüzden III. Oturuma hemen devam ediyoruz. Kürsüde Dicle Üniversitesi'nden Doçent Doktor Sayın Recep Gülşen ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi ve Kamu Hukuku bilim uzmanı Sayın Ömer Uğur Gençkan konuyla ilgili konuşacaklar. Oturumumuza Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi'nden Doçent Doktor Sayın Afsun Ezel Esatoğlu yönetecekler. Buyursunlar.*

III.
OTURUM

GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ

OTURUM BAŞKANI
DOÇ. DR. AFSUN EZEL ESATOĞLU
ANKARA ÜNİVERSİTESİ SAĞLIK BİLİMLERİ FAKÜLTESİ

Sayın konuşmacılar, sayın hocalar bu III. Oturuma hepimiz hoş geldik, ben de dahil. Beni çağırdıkları için Düzenleme Komitesine teşekkür ediyorum. Küçücük kendimi tanıtayım sonra arkadaşlarımla hemen başlayayım. Ara verilseydi bir beş dakika belki gerçekten iyi olabilirdi hepimiz için, oldukça yorucu ve uzunca bir paneldi bu. Ama organizasyon komitesi böyle olması gerektiğini uygun gördüğü için biz de buna uyuyoruz. Özveriyle biz dinlemeye devam edelim, gelenler de aramıza katılsınlar diye düşünüyorum. Ben Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi'nde Sağlık Kurumları Yönetimi bölümünde çalışıyorum, bölüm başkanıyım. Sağlık hukuku konusu gerçekten son derece önemli ve bu son iki, üç yıldır hızlı şekilde bu konuyla ilgili, paneller, sempozyumlar, kongreler yapılmasını son derece faydalı görüyorum. O nedenle bugünkü kurultayda son derece önemli bir gelişme diye düşünüyorum. Gönül istiyor ki bunlar hızlı bir şekilde çoğalsın, devam etsin.

Tahmin ediyorum bundan 12-13 sene önceydi, bir tebliğ sunmak üzere Macaristan'da idim. Sağlık hukukuyla ilgili bir dünya kongresiydi. Ben aslında tesadüfen oraya gönderdim, öyle denk geldi. Oraya gittiğimde çok fazla sayıda avukatın, üzerinde sağlık hukukçusu yazacak şekilde kartvizitle dolaşmalarını ve bu şekilde kartvizitleştirmelerini hayretle karşılamıştım. İşte gerçekten herhalde bundan 12-13 sene önceydi. Bugün 2008'deyiz, hala ne kadar avukat var bununla ilgili açıkçası bilmiyorum. Bende soru işareti var? Belki sunum sonunda bu konuda birisi beni bilgilendirirse ben de çok memnun olacağım. Bizim fakültemizde sağlık hukuku konusuyla ilgili devam ediyor, derslerimiz var. Bundan sonra da belki panelin sonunda da belki birkaç katkı da ben yapmak istiyorum. Hemen başlayalım diye düşünüyorum. İlk sunumu bize Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doçent Doktor Recep Gülşen yapacak. Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Oluşan Cezai Sorumluluğu konusunda. Buyurunuz Recep Bey. Süreniz 20 dakika. Benim saatim 15.40- 16.00 itibariyle bitecek. Çok müdahale yapmayı istemiyorum ve sevmiyorum. Süre size ait.

HEKİMLERİN ÇOÇUK DÜŞÜRTMEDE (KÜRTAJ) OLUŞAN CEZAİ SORUMLULUĞU

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN
DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

GENEL OLARAK

Kürtaj, ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahaleyle alınması ve gebeliğe son verilmesini ifade etmektedir[1]. Son normal adet tarihinin birinci gününden başlayan ve fetusun tahliyesine kadar geçen haftaya kadar olan süreye gebelik süresi denmektedir. Yaklaşık gebeliğin ilk 8 haftalık süresinde **"embriyo"** olarak ifade edilen cenin, 8.haftadan sonra **"fetus"** olarak adlandırılmaktadır[2]. Gebeliğin sonlandırılması, nüfus planlaması amacıyla veya ananın sağlığını koruma amacıyla[3] veyahut suç dolayısıyla oluşan ceninin gebe kadın tarafından istenmemesi dolayısıyla da gerçekleştirilebilir.

Her şeyden önce, hekim, ancak kasten işlediği çocuk düşürtme(kürtaj) fiilinden dolayı cezalandırılabilir[4]. Buna karşılık, hekim, taksirle işlediği çocuk düşürtme halinde sorumlu tutulamaz. Zira Türk Ceza Kanununun 99.maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçu, ayrıca taksirle işlenmesi halinde cezalandırmaya gidileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, bu suçun faili olan kişi, fiili ancak kasten işler-

1 **Ünal Er:** Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s.110.
2 **Oğuz Polat:** Klinik Adlî Tıp, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.463.
3 **Filiz Yavuz İpekyüz:** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2006, s.38.
4 **Sahir Erman/Çetin Özek:** Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1994, s.200.

se cezalandırılır. Bu durum, TCK'nın kastı düzenleyen 21/1 ve taksiri düzenleyen 22/1.maddelerinin bir gereğidir. Örneğin, hekim, doğacak çocuğa hastalığı saptamak için amniosentez ve kordosentez testleri için gebe kadına müdahale ederken yanlışlıkla çocuğun düşmesine yol açabilir. Bu takdirde taksiri bulunduğu için TCK'nın 99/ maddesindeki çocuk düşürtme suçundan sorumlu olmayacaktır. Ancak hekimin taksirli eylemi sonucunda çocuğun düşmesi durumunda TCK'nın 89.maddesindeki taksirle yaralama suçunun nitelikli hali uygulanabilecektir. Örneğin, hastanın alt kısmındaki kramplardan rahatsız olduğunu ve hamile olmadığını söylediği bir durumda hekim, kadının hamile olabileceğini düşündüğü halde bu düşüncesini hastaya söylemeyerek ve onu jinekolojik bir muayeneye tabi tutmayarak sadece ilaç yazarsa ve bu ilacı kullanmadan dolayı iki gün sonra kadın ölü bir çocuk doğurursa, bu takdirde hekim, taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılacaktır[5].

Ne var ki Yargıtay'a göre, hekim kamu görevlisi ise, bu tür durumlarda taksirle yaralama suçundan değil, görevi ihmal suçundan dolayı cezalandırılabilecektir[6]. Yargıtay, bir kararında, hekimin, doğum tarihi geçen gebe kadına takipte ve sancılı geldiği zaman ileri tetkikleri yaptırmayıp acilen müdahale etmemek suretiyle ana karnındaki bebeğin ölü doğmasına yol açan hareketlerinin görevi ihmal suçu yönünden tartışılması gerektiğini belirtmiştir[7]. Yine, Yargıtay kararına konu teşkil eden bir olayda, SSK Hastanesi hekiminin, doğum tarihi gelmiş bebeği hastaneye almayarak ölü doğuma yol açma konusundaki kusurunun Yüksek Sağlık Şurası görüşü alınarak araştırılması gerektiği ve kusurunun bulunması halinde görevi ihmal suçunun oluşacağı kabul edilmiştir[8].

Buna karşılık hekim, olası kastla çocuk düşürtme suçunu işlerse TCK'nın 99.maddesine göre cezalandırılır ve bu cezası TCK'nın 21/2. maddesi gereğince indirilir[9].

Hekimin kürtaj nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, salt istek üzerine gerçekleştirilecek elektif kürtaj[10], tıbbi endikasyon dolayısıyla kürtaj ve suç endikasyonu dolayısıyla kürtaj hallerinde olmak üzere üç ayrı şekilde değerlendirilecektir.

5 **Hakan Hakeri:** Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.444,445.
6 Bu konudaki haklı eleştiriler için bkz.Hakeri, s.316-317,512-513,516.
7 Bkz.Y.2.C.D.8.4.1994, E.1994/738, K.1994/2971(www.kazancı.com.tr)
8 Bkz.Y.4.C.D.8.6.2004, E.2003/9165, K.2004/7226(www.kazancı.com.tr)
9 **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2008, s.273.
10 **Barış Erman:** Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.204.

HEKİMİN KÜRTAJ DOLAYISIYLA CEZA SORUMLULUĞUNUN SAPTANMASI

Elektif Kürtaj Durumunda

a) Gebelik Süresinin 10 Haftayı Aşmaması

Çocuk düşürtme suçu açısından gebeliğin başlamasından sonra ceninin kaç haftalık olduğu kural olarak önemli değildir. Ancak süre modeli kabul edildiği için, rıza olsa dahi, kadının gebeliğin kaçıncı haftasında olduğunun belirlenmesi gereklidir[11]. Zira Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5.maddesi uyarınca, annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca bulunmadığı takdirde, gebeliğin 10.haftası doluncaya kadar istek üzerine rahim tahliye edilir, yani gebeliğe son verilir. Eğer, anne açısından gebeliğin sona erdirilmesinde, tıbbi açıdan bir sakınca varsa on haftalık süre dolmasa da kürtaj yapılamaz[12].

Yine, TCK'nın 99/2. fıkrasının ters anlamından anlaşıldığı gibi, gebelik süresi on haftadan fazla olmadığı takdirde rızaya dayalı olarak çocuğu düşürten hekim cezalandırılamaz. Burada korunan hukuki yarar, gebe kadının ana olup olmamak hususundaki kişisel hakkıdır[13]. Bu bakımdan, gebe kadının iradesine önem verilmek suretiyle, onun taşıdığı fetus üzerinde tasarruf edebilme hakkına değer tanınmıştır. Bu düzenlemeyle, kadının rızasına değer verildiğinden, onun rızası, hekimin de cezalandırılmasına engel teşkil etmektedir. Bu bakımdan gebelik süresinin, uzman bilirkişiler tarafından saptanması gerekmektedir[14].

Buna karşılık kural olarak, gebelik süresi on haftadan fazla olduğu halde çocuk düşürtmeye ilişkin gebe kadının rızası, hukuken geçerli olmadığı için[15], bu rızaya dayanarak kürtaj yapan hekim de, Türk Ceza Kanununun 99/2. fıkrasındaki hükümler çerçevesinde cezalandırılır.

b) Kürtajın Kadın-Doğum Uzmanı Hekim Tarafından Yapılması

Çocuğun yetkisiz kişiler tarafından düşürtülmesi halinde, gebe kadının rızasının olup olmadığının önemi yoktur. Kadının bu kişinin müdahalesine rızası olsa bile bu kişiler çocuk düşürtme suçundan dolayı ce-

11 **Ayhan Önder:** Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.183.

12 **Özlem (Yenerer) Çakmut:** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s.133;Hakeri, s.453.

13 Erman/Özek, s.190.

14 **Ali Parlar/Güleç Demirel:** Açıklamalı-İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002, s.764.

15 **M.Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.588;Erman/Özek, s.199.

zalandırılacaklardır[16]. Gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olan kişiler, 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 3.maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır. Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler. Bu yöntem, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük bir cerrahi müdahaleyi ifade etmektedir[17].

Yine bu tüzüğün 4. maddesi uyarınca, 10 haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanları, mesleklerini uyguladıkları yerde yani muayenehanelerinde yapabilirler. Pratisyen hekimler ise bunu menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur. Bunlar şunlardır: 1 - Menstrüel regülasyon (MR) ve diğer kürtaj setleri, 2 - Otoklav ve elektrikli sterilizatör, 3 - Uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereç, 4 - Rahim tahliyesinden sonra hastaların dinleneceği yataklar, 5 - Elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör.

Bu itibarla, gebe kadının rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan kadına yönelik olarak, kadın-doğum konusunda uzman olmayan bir hekim örneğin herhangi bir pratisyen bir hekim[18] veya tıbbın başka alanlarında uzmanlaşmış herhangi bir hekim[19] örneğin iç hastalıkları konusunda uzman hekim tarafından yapılan çocuk düşürtme müdahalesi hukuka aykırıdır ve bu takdirde yetkisiz hekim, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. Gebelik süresi on haftayı aşıyorsa, bu hekimin cezası yarı oranında artırılır(TCK m.99/5).

16 **Necati Meran:** Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.515.
17 Tezcan/Erdem/Önok, s.270.
18 Erman/Özek, s.192.
19 Nihat Kanbur: **"Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu"**, in:Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008/Dedeman-Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s.1236.

c) Kürtaj Konusunda Gebe Kadının Rızasının Bulunması

Vücut bütünlüğü üzerinde yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için ilgili kişinin rızası şarttır[20]. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.maddesinde bu takdirde hastanın rızasının aranacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan bir tıbbi müdahale şekli olan kürtaja ilişkin olarak gebe kadının rızası, açık veya zımni olabilir[21]. Bu bakımdan, gebeliğin sonlandırılması işleminin gerçekleştirilmesi için de hastanın rızası esas olduğundan, çocuk düşürme söz konusu olduğunda, bu operasyonun hasta tarafından anlaşılması ve rıza gösterilmesi gerekmektedir[22]. Nitekim uygulamada rahim tahliyesi konusunda gebe kadının rızası, buna ilişkin matbu formlar doldurulmak suretiyle alınmaktadır[23]. Rızanın cebir, şiddet veya hile ile alınması halinde, rızadan bahsedilemez[24].

Kuşkusuz, gebe kadın 18 yaşını tamamlamış veya evlenmekle reşit kılınmış ise, onun rızası geçerlidir[25]. Ancak gebe kadının yaşı küçükse, tek başına rızası geçerli olur mu? Gebe kadın 18 yaşından küçük olup da gebeliği sona erdirmeyi istediği takdirde veli veya vasinin, küçüğü suç faili ile evlendirmek istediği için bu müdahaleye izni yoksa durum ne olacaktır? 1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6.maddesinde, gebeliğin sona erdirileceği konusunda kimlerin hangi şartlarda rıza göstereceği belirtilmiştir. Bu maddede, rahim tahliyesine ilişkin müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine ve gebe kadın evli ise eşin de rızasına bağlı tutulmuş; akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için gebe kadının rızasının aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu formalitelere uyulmaması halinde, örneğin, kadının rızası olmasına karşılık kocanın rızasızlığına rağmen böyle bir müdahalenin yapılması halinde hekim, çocuk düşürtme suçuna ilişkin hapis cezasına değil[26], sadece Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 8.maddesinin 2.fıkrası uyarınca elli bin liradan aşağı olmamak üzere Adlî para cezasına tabi tutulabilecektir[27]. Uygulama da bu doğrultu-

20 İpekyüz, s.9.
21 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s.590.
22 Polat, s.225.
23 **Erdener Yurtcan:** Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul, Beta Yayınevi, 1985, s.131-132.
24 Parlar/Demirel, s.764;Erman/Özek, s.199;Erman, s.97.
25 Parlar/Demirel, s.764.
26 Tezcan/Erdem/Önok, s.272.
27 **Sulhi Dönmezer:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1990, s.196; Önder, s.191.

dadır[28]. Buna karşılık örneğin, gebe kadının rızası olmadan diğer eşin muvafakatı ile çocuğu düşürten hekim, TCK'nın 99/1.maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Aynı şekilde, mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan gebe kadının rızası olmaksızın sadece veli veya vasinin rızasıyla kürtaj yapan hekim de bu suçtan dolayı sorumlu olacaktır[29].

Kuşkusuz, gebelik süresi 10 haftalık olan hasta kadının rızası olsa bile, hekim bu kürtajı yaparken gereken dikkat ve özeni göstermeyerek onun vücuduna zarar verirse, sağlığının bozulmasına veya ölmesine yol açarsa taksirle öldürme veya yaralama suçu söz konusu olacaktır[30]. Bu itibarla kürtaj sırasında hekim, örneğin hasta kadının rahmini delip idrar yollarında bir zarara yol açarsa, taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Yine, gebe kadının ölümü, hekim tarafından tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj sonucu rahim mükozası ve adalelerinin ileri derecede harabiyete uğramasından ileri gelmişse, bu takdirde hekim hakkında TCK'nın 85.maddesindeki taksirle ölüme neden olma suçundan dolayı cezalandırmaya gidilebilecektir. Aynı şekilde örneğin, kürtajı isteyen gebe kadının kan veya kalp hastalığı varsa, eğer hekim, bu durumlara ilişkin olarak kürtaj öncesinde gerekli tahlilleri ve testleri yapmamış ve sonuçta kadının ölümüne yol açarsa taksirle ölümden sorumlu olur.

Buna karşılık, gebe kadının rızası yoksa ve kürtaj dolayısıyla beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarar oluşmuşsa veya ölüm meydana gelmişse, bu takdirde fail hekim hakkında TCK'nın 99/3.maddesine göre ceza belirlenir. Uygulamada, özellikle pis ve yetersiz sağlık koşullarında, kanuni olmayan şekilde yapılan kürtaj sonrası durumlarda ölüm meydana gelmektedir. Bu takdirde, otopsi yapılırken eğer ölüm çok kısa bir süreç içinde oluşmuşsa hava embolisi, kanama, yabancı madde embolisi(sabun ve hardal); uzun bir süre sonra oluşmuşsa enfeksiyon (kanama var veya yoksa da) ve gazlı gangren gelişip gelişmediği de araştırılmalıdır[31].

2. Tıbbi Endikasyon Dolayısıyla Kürtaj Durumunda

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5.maddesi uyarınca, gebelik süresi 10 haftayı aşan durumlarda gebeliğe son verilmesi, gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği, doğacak çocuk ile onu takip

28 Bkz.Y.8. C.D.26.11.1985, 5039/5473(Parlar/Demirel, s.770).
29 Aynı doğrultuda:Kanbur, s.1244, 1245.
30 Tezcan/Erdem/Önok, s.273.
31 Polat, s.465.

edecek kuşaklar için ağır maluliyete neden olacağı durumlarda mümkün olabilecektir. Ancak bu durumun, kadın ve doğum hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporuyla saptanması gerekmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe ekli 2 sayılı listede söz konusu hastalıklar ve durumlar belirtilmiştir. Buna göre, on haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar şunlardır:

A- Doğum ve Kadın Hastalıklarına bağlı nedenler:

1)Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları:

a)Sezeryan Ameliyatı,

b) Miyomektomi,

c)Uterus rüptürü,

d)Geniş perforasyon,

e)Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar,

2)Rekürren preeklampsieklampsi,

3)İzoimmünizasyon,

4)Mole hidatidiform

B- Ortopedik nedenler:

1)Osteogenezis imperfekta,

2)Ağır kifoskolyoz,

3)Doğumu güçleştiren osteomiyelit,

4)Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar

C- Kan hastalıklarına bağlı nedenler:

1)Lösemi,

2)Kronik anemiye neden olan hastalıklar,

3)Lenfomalar,

4)Pıhtılaşma defektleri,

5)Hemolitik sarılıklar,

6)Agranülositozis,

7)Tromboembolik hastalıklar,

8) Hemoglobinopatiler ve thalasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan),

9) Gamaglobulinopatiler

D - Kalb ve dolaşım sistemi hastalıkları:

1)Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları,

2)Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokarad enfarktüsü aşikar koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları,

3)Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem hastalıkları,

4)Ağır bronşektaziler,

5)Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları

E - Böbrek hastalıkları:

1)Akut ve kronik böbrek hastalıkları

F - Göz hastalıkları:

1)Dekolman,

2)Renal hipertansif ve diyabetik retinopatiler

G - Endokrin ve metabolik hastalıklar:

1)Feokromositoma,

2)Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği,

3)Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertiroidi,

4)Pratiroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği,

5)Ağır hipofiz hastalıkları

H - Sindirim sistemine bağlı nedenler:

1)Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları

İ) İmmünolojik nedenler:

1)İmmün yetmezliği hastalıkları,

2)Kollajen doku hastalıkları

J - Bütün malign neoplastik hastalıkları

K - Nörolojik nedenler:

1)Grand mal epilepsi,

2)Multipl skleroz,

3)Muskuler distrofi,

4)Hemipleji ve parapleji,

5)Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar

L - Ruh hastalıklarına bağlı nedenler:

1)Oligofreni,

2)Kronik şizofreni,

3)Psikoz manyak depresif (PMD),

4)Paranoya,

5)Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm

M - Enfeksiyon hastalıkları:

1)Teratojen intra üterin enfeksiyonlar,

a)Kızamıkçık,

b)Toksoplazmozis,

c)Sitomegalovirus,

d)Herpes virus grubu hastalıklar,

2) Cüzam,

3) Sıtma,

4) Frengi,

5) Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar

N - Konjenital nedenler: 1)Marphan sendromu, 2)Mesane ekstrofisi, 3)Down sendromu, 4) Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar, 5)Gonadlara zararlı röntgen ışını ve ilaç, 6)Teratogenik ilaçlar, 7) Nörofibromatozis

Yukarıda belirtilen tüm bu hallerde, henüz yaşayan annenin yararı, yaşama ihtimali bulunan ceninden üstün tutulmaktadır[32]. Yine, çocuğun ağır bir maluliyetle doğması veya bu maluliyetin ondan sonra doğacak çocuklarda görülebilmesi durumunda da kürtaj yapılabilir. Ağır maluliyet kavramı, tedavisi veya telafisi mümkün olmayan bir sakatlık olarak anlaşılmalıdır. Özellikle bir uzuvdan noksan doğmak bu şekilde değerlendirilmelidir[33]. Örneğin, akraba evliliği dolayısıyla ilk çocuğun kör olması nedeniyle diğer çocukların da kör veya başka bir özürle dünyaya gelme ihtimali yüksektir. Bu takdirde, yetkili hekim tarafından çocuk düşürtme yapılabilir[34]. Keza, Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5.maddesindeki bu hükme dayanılarak on haftadan çok gebeliklerdeki özürlü çocuklar da alınmaktadır[35]. Ancak uygulamada daha çok akıl hastalıkları, kardiovasküler ya da annedeki böbrek hastalıkları gibi durumlarda gebeliğe son verilmesi yoluna gidilmektedir[36].

Olağan tıbbi endikasyonun söz konusu olduğu bu durumlarda da çocuk düşürtme açısından, hem gebe kadının hem de evli ise eşinin rızası gerekmektedir[37]. Bu takdirde, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan hekim, daha önce müdahaleyi gerektiren hastalığın uzmanı olan

32 Çakmut, s.134.
33 Erman/Özek, s.199.
34 Hakeri, s.454.
35 Bu konuda bkz.Hakeri, s.454-455, dn.3.
36 Polat, s.465.
37 Yurtcan, s.55,58.

hekimle birlikte hazırlamış olduğu raporu, işlemin sonucunu da göstererek, en geç bir hafta içinde illerde illerde sağlık müdürlüğüne, ilçelerde hükümet tabipliğine bildirmek zorundadır[38].

Buna karşılık doktrinde olağanüstü endikasyon olarak nitelenen[39] ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5.maddesi gereğince, derhal müdahale edilmediği takdirde annenin hayatını veya hayati organlarından birisini tehdit edecek acil hallerde ise yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Bu takdirde durum, müdahale yapılmadan önce ve bunun mümkün olmadığı durumlarda müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde illerde sağlık müdürlüğüne, ilçelerde hükümet tabipliğine bildirilir[40]. Burada söz konusu olan yetkili hekim, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 7.maddesi uyarınca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan hekimdir[41]. Yine bu tüzüğün 9.maddesine göre, olağanüstü endikasyon hallerinde müdahaleler kural olarak resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak kadının bu yerlere taşınmasının imkansız olduğu durumlarda, bu işlem, muayenehane ve ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir[42].

Bu acil haller ise, bu tüzüğün 8.maddesinde ifade edilmiştir. Bunlar, a)Servikal internal 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 veya enfeksiyon tehlikesinin bulunduğu hallerdir[43].

Tıbbi zorunluluk nedenleriyle kürtaj durumunda da gebe kadının rızası aranır[44]. Ancak kanımızca, TCK'nın 99/2.maddesindeki" rızaya dayalı olsa bile" ifadesinden hareketle, bu durumda da kadının rızası olmadığı takdirde çocuk düşürtme suçunun oluşmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6/son maddesi gereğince, " derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerde rıza şart değildir[45].

Kuşkusuz, gebe kadın, kürtaja ilişkin rızasını her zaman geri ala-

38 Yurtcan, s.65.
39 Yurtcan, s.56,58.
40 Er, s.111;Yurtcan, s.65-66.
41 Yurtcan, s.63.
42 Yurtcan, s.63.
43 Yurtcan, s.56;Çakmut, s.133-134, dn.48.
44 Erman, s.204.
45 Tezcan/Erdem/Önok, s.275;İpekyüz, s.39.

bilir[46]. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır(Hasta Hakları Yönetmeliği, m.24). Yine, annenin hayatın kurtarmak için tek çare olduğunda da gebeliğin 20.haftasından önce gerçekleştirilen avortmanlar açısından da, gebe kadının rızasının yanısıra ve varsa veli veya vasisinin yazılı muvafakatının da alınması gerekmektedir[47].

Ekleyelim ki, Rahim tahliyesine ilişkin tüzüğe ekli 3 sayılı listeye göre, gebeliğin onuncu haftasından sonra, rahim tahliyesi yapılacak yerlerde bulunması zorunlu araç, gereç ve personel şunlardır: 1 - Ameliyathane ve anestezi araç ve gereçleri, 2 - Sezaryen yapmak için gerekli tıbbi ve cerrahi malzeme, 3 - İntraamniotik hipertonik solüsyon vermek için gerekli araç gereç, 4 - Kürtaj seti, 5 - Elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör, 6 - Otoklav ve elektrikli sterilizatör, 7 - Uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereç, 8 - Anestezi uzmanı ya da teknisyeni, 9 - Gerekli diğer ameliyathane personeli, 10 - Canlandırma araç ve gereçleridir.

3. Suç Endikasyonu Dolayısıyla Kürtaj Durumunda

a) Kadının Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalması

Türk Ceza Kanununun 99/son fıkrasında, belirli şartlarla yirmi haftayı aşmayacak gebelik durumlarına son verilmesi kabul edilmiştir. Buna göre, 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.

Bu düzenlemede, şartları belirlenmiş cezasızlık nedeni olarak **özel bir zorunluluk hali** öngörülmüştür. Bu itibarla gebe kadın ve gebeliği sona erdiren hekim hakkında, CMK'nın 223/3, b bendi gereğince **ceza verilmesine yer olmadığı kararı** verilecektir. Yasa koyucu, bu düzenlemeyle, belirli şartlarla yasalar çerçevesinde çocuk düşürtme imkanını kabul etmiş; Adlî vaka olan cinsel saldırı suçlarının ortaya çıkarılmasını ve gebe kadın ile kadının rızası üzerine gebeliğe son veren hekimin ise çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılmamasını amaçlamıştır[48].

TCK'nın 99.maddesinin son fıkrasında kadının, mağduru olduğu

46 Er, s.162-163.

47 Er, s.191, 192.

48 Recep Gülşen: **"Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi(TCK m.99/son)"**, in:Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008/ Dedeman-Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s.1216-1217.

bir suç sonucu gebe kalması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme dolayısıyla doktrinde, bu tür çocuk düşürtmeler bakımından **"suç endikasyonu"** kavramı kullanılmaktadır[49]. Bu hükmün konuluş nedeni, zorla cinsel saldırı sonucu bir erkeğin sebep olduğu gebelikte, kadının bu erkeğin çocuğunu karnında taşımasının onun bakımından bir işkence olacağı; böyle bir durumla karşılaşan kadının sağlığının bozulup ruhsal bunalıma gireceği; böyle bir durum sonucu dünyaya gelen bir çocuğun anaya daima ırzına geçme olayını hatırlatacağı ve hatta gebe kadının intiharına yol açabileceği hususudur[50].

Ancak, bu düzenleme açısından kadının, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması gerektiğinden, bu takdirde çocuk düşürten uzman hekimin, ceza yaptırımı ile karşılaşmaması için, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığını Adlî makamlardan sorması gerekmektedir[51]. Bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da işin mahiyeti gereği, olayın Adlîyeye intikal etmesi, failin Adlî makamlara şikayet veya ihbar edilmesi dolayısıyla soruşturmanın başlamış olması icap etmektedir[52]. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22.maddesine göre, kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.

Türk Ceza Kanununun 99.maddesinin son fıkrası bakımından, kadının medeni halinin bir önemi yoktur. Kadın, bekar veya evli olabilir[53]. Burada önemli olan husus, bir suç dolayısıyla gebe kalma söz konusu olduğundan, kadının, çocuğun cinsel istismarı (TCK m.103/2) ve cinsel saldırı(TCK m.102/2) suçlarının mağduru olması halinde bu düzenleme geçerli olacaktır. Yine bu cezasızlık nedeni, cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaş doldurmamış çocuklar arasında

49 Hakeri, s.463.

50 Gülşen, s.1217.

51 Meran, s.515.

52 Hakeri, s.465. Doktrinde, bu durumun bir kurum veya kurul tarafından saptanması görüşü de ileri sürülmektedir. Bkz.Yener Ünver: **"Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun"**, Uluslar arası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005, s.106.

53 Yurtcan, s.83.

meydana gelen rızai cinsel ilişki sonucu oluşan gebelikler açısından da uygulama alanına sahiptir (TCK m.104)[54]. Buna karşılık, kadının mağdur olduğu bir suçtan söz edildiğine göre, suçtan kaynaklanmayan gebelikler hakkında bu cezasızlık nedeni geçerli olmayacaktır. Örneğin, reşit bir kadının başka bir erkekle rızai cinsel ilişkisi, fuhuş yapması, evli olan kadının bir başkasıyla zina etmesi ve hatta evlenmesi yasak olanların rızai cinsel ilişkisi (fücur, ensest ilişki) suç oluşturmadığı için, bu takdirde oluşan gebelik durumlarında kadının rızası olsa bile, gebeliği sonlandıran hekim TCK'nın 99/son fıkrası uyarınca çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılacaktır[55].

b) Gebelik Süresinin Yirmi Haftadan Fazla Olmaması

Eğer, suç dolayısıyla oluşan gebelik hallerinde de, gebelik süresinin 20 haftayı aştığı halde, gebe kadının rızası olsa dahi, gebeliğe son veren hekim, gebe kadının rızası olsa dahi, TCK'nın 99/2.fıkrası gereğince cezalandırılacaktır.

TCK'nın 99/5.maddesiyle getirilen 20 haftaya kadar gebeliğin, gebe kadının rızasıyla sona erdirilebilmesine ilişkin bu düzenleme, ülkemiz gerçekliği dikkate alınarak hazırlanmıştır. Böylece gebeliğin sona erdirilmesi dolayısıyla ortaya çıkmamasının sağlanması ile, namus ve töre cinayetlerinin işlenmesinin engellenmesi de amaçlanmıştır. Gerçekten, suç dolayısıyla gebelik süresine ilişkin bu düzenlemenin tarihsel sürecine bakıldığında, görülmektedir ki, 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısının "suç sonucu gebelik" başlığını taşıyan 155.maddesinde, gebelik süresi belirtmeksizin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde çocuğu düşürene veya düşürtene ceza verilmeyeceği hususunda bir düzenlemeye gidilmiş; buna karşılık 2004 Türk Ceza Kanunu Tasarısı için oluşturulan Adalet Alt Komisyonunda bu süre yirmi dört hafta olarak düzenlenmişken, Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalar sonunda bu süre yirmi hafta olarak karar kılınmıştır[56]. Adalet komisyonundaki tartışmalarda, tecavüz sonucu meydana gelen gebeliğin söz konusu olması dolayısıyla bunun üst sınır olarak 24 hafta olarak belirlenmesi gerektiği, zira özellikle kırsal kesimde kadının bu süreye kadar gebeliğini saklayabildiği; kaldı ki, eski TCK'daki yeni doğmuş çocuğu şeref saikiyle öldürmeye ilişkin hafifletici nedeni içeren düzenlemenin kalkması nedeniyle bu imkanın tanınmaması halinde bebeğini öldürme

54 Hakeri, s. 463, 464.
55 Gülşen, s.1219.
56 Hakeri, s. 463 ve dn.6.

durumunda kalan annenin, yeni TCK açısından evlat katili olarak cezasının ağırlaşacağı; 24 haftaya kadar çıkarılması halinde ise bir dengenin oluşacağı belirtilmiş ve en azından gebeliğin üst sürenin 22 haftaya kadar çıkarılması önerisinde bulunulmuştur. Yine bu doğrultuda, bazen 22.haftanın üstündeki ,23-24 haftalık bebeklerin çok büyük yardımlarla, çok ileri teknolojiyle yaşatılabileceği, fakat bunların çoğunun sekelli bebek olarak beyinsel özürlü olacağı, 24 hafta üstündeki çocukların, gebelik süresi arttıkça yaşam şansının arttığı ifade edilmiştir. Buna karşılık aynı komisyonda, annenin 8 haftada hamile kaldığını bildiğini, 24 haftalık bu sürenin çok fazla olacağı ve sınırın 16 haftalık olması gerektiği de teklif edilmiştir[57]. Doktrinde de, 20 haftalık sürenin, gereğinden çok olduğu ve fakat bu konuda tıp bilim adamlarının da görüşünün alınması gerektiği ileri sürülmüştür[58].

Sonuç olarak, kadının gebelik süresinin, uzman bilirkişiler tarafından saptanması gerekmektedir. Zira, suç dolayısıyla oluşan gebelik hallerinde de, gebelik süresinin 20 haftayı aşması halinde ise, gebeliğe son vermede hem rızası olan kadın hem de hekim TCK'nın 99/2.fıkrası gereğince cezalandırılacaktır.

c) Çocuk Düşürtme Konusunda Kadının Rızasının Bulunması

Gebeliğin ilk on haftası içinde isteğe bağlı kürtajda ve on haftadan sonra da tıbbi endikasyon nedeniyle gerçekleşecek olan kürtajda kadının rızası arandığı gibi[59], suç endikasyonu dolayısıyla yapılacak gebeliğin sona erdirilmesinde de belirli şartlarla kadının rıza aranmıştır. Gerçekten, çocuk düşürtme, kişinin beden bütünlüğüne zarar veren bir durum olduğu için, kadının rızası bulunmadığı takdirde, kadın suç mağduru olması dolayısıyla gebe kalsa dahi, tıbbi zorunluluk hali de yoksa çocuğu düşürten uzman hekim cezalandırılmaktan kurtulamaz. Zira burada korunan hukuki yarar, gebe kadının ana olup olmamak hususundaki kişisel hakkıdır[60]. Böylece, gebe kadının iradesine önem verilmek suretiyle, onun taşıdığı fetus üzerinde tasarruf edebilme hakkına değer tanındığından, onun rızası, hekimin de cezalandırılmasını engelleyecektir.

57 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Zekeriya Yılmaz:** Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.869-881.

58 Bkz.Fatih Selami Mahmutoğlu: **"TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş"**, in:Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, İstanbul, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.372.

59 Erman, s.204.

60 Erman/Özek, s.190.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6.maddesinde, hem gebe kadının hem de kocanın rızasına yer verildiğine göre, bunlardan birinin rızasının bulunmaması gebeliğin tahliyesine engel teşkil etmektedir. Oysa, gebe kadın evli ise, gebeliğin tahliyesi için eşin rızasının aranması hususu suç dolayısıyla gebelik açısından geçerli olmamalıdır. Gerçi burada gebelik, suç sonucu oluştuğu için gebeliğin tahliyesine kural olarak eşin rıza vereceği düşünülebilir. Ancak özellikle zorla evlilik içi cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren kocanın çocuk sahibi olmak istemesine karşılık kadın eşin bunu istememesi halinde, gebeliğe son verilmesi isteniyorsa erkek eşin rızası olmasa da bu müdahale gerçekleştirilebilmelidir. Zira TCK'nın 99/son fıkrasında, sadece kadının rızasına değer verilmiştir. Gerçi, kadının rızası olmasına karşılık kocanın rızasızlığına rağmen böyle bir müdahalenin yapılması halinde hekim, sadece Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 8.maddesinin 2.fıkrası uyarınca fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde elli bin liradan aşağı olmamak üzere Adlî para cezasına tabi tutulabilecektir[61]. Uygulama da bu doğrultudadır[62]. Ancak burada suç dolayısıyla oluşan bir gebelik söz konusu olduğu için gebeliği sona erdiren hekim, zorunluluk hali dolayısıyla bu Adlî para cezasına da çarptırılmamalıdır.

d) Gebeliğin Uzman Hekimler Tarafından Hastane Ortamında Sona Erdirilmesi

Yine bu düzenleme açısından gebeliği sona erdirme işi, uzmanlık gerektirmesi ve kadının beden sağlığı yönünden önem arzetmesi dolayısıyla, kanun koyucu, suç nedeniyle oluşan gebeliğin uzman hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılmasını istemiştir[63]. Bu itibarla hekimin cezalandırılmaması açısından, gebeliğe son verme müdahalesinin, uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Esasen, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 6.maddesine göre de, gebelik süresi 10 haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesi, ancak resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılabilir. Burada yasa koyucu, gebeliğin sonlandırılmasında kadının sağlığına önem verdiği için, gebe kadın razı olsa dahi suç dolayısıyla kürtaj hastane ortamında yapılmıyorsa veya kürtajı yapan hekim, uzman hekim değilse hem kadın hem de gebeliği sonlandıran hekim, cezalandırılmaktan kur-

61 Dönmezer, s.196;Önder, s.191.
62 Bkz.Y.8. C.D.26.11.1985, 5039/5473(Parlar/Demirel, s.770).
63 Hakeri, s.466.

tulamayacaktır. Bu konuda son olarak ifade edelim ki, suç endikasyonu nedeniyle gebe kadının rızasıyla gerçekleştirilen kürtaj dolayısıyla kadının hayatı veya sağlığı bakımından ağır bir zarar oluşacaksa, kürtaj yoluna gidilmemelidir. Zira burada önemli olan husus, kadının yaşamı ve sağlığıdır[64].

HEKİMİN ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNDAN DOLAYI CEZALANDIRILMASI VE KOVUŞTURULMASI

Türk Ceza Kanununun 99.maddesinin 1.fıkrasına göre hekim, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtürse, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin 2.fıkrasına göre tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtürse, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin 3.fıkrası uyarınca, rıza dışında çocuğu düşürtme sonucu kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olan hekim altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; bu fiil kadının ölümüne neden olursa hekim hakkında, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu maddenin 4.fıkrası gereğince, kadının rızası olsa bile tıbbi zorunluluk olmadığı halde on haftadan fazla gebe olan bir kadının çocuğunun düşürten hekim, bu fiil nedeniyle kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına yol açmışsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; bu fiil kadının ölümüne neden olmuşsa, hekim hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Bu maddenin 5.fıkrasına göre ise, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunu yetkili olmayan hekim düşürtürse; hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Eğer yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkisiz hekim tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

Türk Ceza Kanununun 99.maddesinden de anlaşılacağı gibi, çocuk düşürtme suçunun kovuşturulması şikayete bağlı değildir; bu suç, re'sen takip edilir. Ancak hekim kamu görevli ise ve bu suçu görevi nedeniyle işlemişse, bu takdirde kural olarak Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince o hekimin yargılan-

64 Benzer görüşte: Kanbur, s.1241; **Veli Özer Özbek:** TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt:2, Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s.583-584.

ması, bağlı bulunduğu kurumun iznine tabidir. Eğer hekim TCK'nın 99.maddesinin 3. ve 5.fıkralarında düzenlenen durumlar itibariyle ağır cezayı gerektiren bir şekilde örneğin kadının ölümüne yol açan çocuk düşürtme suçunu suçüstü halinde gerçekleştirmişse, bu takdirde suçun takibatı izne tabi olmayacaktır[65].

Diğer yandan hekimin, ceza sorumluluğu açısından kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması için Yüksek Sağlık Şurasına başvurulması zorunludur. Zira 1219 sayılı Yasanın 75.maddesi gereğince, mahkemelerin uygun görecekleri bilirkişilerin görüşlerine başvurma imkanı saklı kalmak üzere, doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlarından dolayı Yüksek Sağlık Şurası raporunun alınması gerekmektedir. Uygulama da bu doğrultudadır. Hekimin kürtaj dolayısıyla ceza sorumluluğunun saptanması her türlü delille mümkündür. Hasta kayıtları, varsa otopsi raporu ve hatta mağdurenin beyanı delil oluşturabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, sanık hekimin, doktorun gebe kadının rızasıyla 5 aydan daha büyük çocuğunu düşürttüğü, gebe kadının sanık hekime suç isnadında bulunması için bir neden olmadığı da gözetilerek, sanık hekimin çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir[66].

Rıza dışında kürtaj dolayısıyla yapılan takibatta, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunun kesin tıbbi kanıtlarla saptanamadığı hallerde beraat kararı verilecektir[67]. Yine, hekimin kadının rızası ile çocuğunu düşürttüğü iddia edilen bir olayda, gebelik süresinin 10 haftadan az olduğuna dair savunmasının aksini sabit kılan kanaat verici delil bulunmadığı takdirde sanık hakkında beraat yerine mahkumiyet kararı verilemez[68].

Hekimin işlediği çocuk düşürtme suçu açısından görevli mahkeme ise, TCK'nın 99.maddesindeki durumlar itibariyle verilen cezaların süresine göre Asliye veya Ağır Ceza Mahkemesidir.

Ne var ki, çocuk düşürtme suçlarında yaptırım ne kadar ağır olursa olsun, bu fiillerin işlenmesine engel olunamamakta ve Adlîyeye intikal eden çocuk düşürtme olayları ise çok az olmaktadır[69].

Kuşkusuz, yukarıda belirtilen cezaların dışında ayrıca, Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 5.maddesinin 2.fıkrasının o bendine

65 Özbek, s.591-592.
66 Bkz.Y.8.C.D.26.2.1985, 292/949(Meran, s.517; Parlar/Demirel, s.770).
67 Bkz.Y.8.C.D.11.11.1998, 13413/4523;Y.8.C.D.8.7.1983, 1758/2010(Parlar/Demirel, s.769,770).
68 Bkz.Y.8.C.D.16.9.1986, 5638/6113(Parlar/Demirel, s.770).
69 Önder, s.178.

göre, hekim, ilgili hukuksal düzenlemelerdeki sınırlar haricinde gebeliği kürtaj veya herhangi bir yöntemle sonlandırırsa, meslek uygulamasından 15 günden 6 aya kadar süreyle alıkonulur[70].

OTURUM BAŞKANI - Sayın Gülşen' e çok teşekkür ediyoruz. Biliyorum o çok daha fazla konuşmak istiyor ama sorularla belki onu mümkün kılabiliriz. Şimdi ikinci konuşmacı olarak hekimlerin çocuk düşürtmede hukuki sorumluluğunu bize Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi Kamu Hukuku Bilim uzmanı Sayın Ömer Uğur Gençcan sunacak, buyurun.

70 Bkz.Hakeri, s.86-87, dn.2.

HEKİMLERİN ÇOÇUK DÜŞÜRTMEDE HUKUKİ SORUMLULUĞU

ÖMER UĞUR GENÇCAN

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ

GİRİŞ

Öncelikle hepinizi saygı ve dostlukla selamlarım. Beni bu kadar güzel insanla bir araya getirdiği, tanışma fırsatı verdiği ve tebliğ konum hakkında görüşlerimi açıklamama olanak sağladıkları için Kurultay'ı düzenleyenlere kalbi teşekkürlerimi sunarım.

Bugün sizlere hekimlerin çocuk düşürmede hukuki sorumluluğu konusunda açıklamalarda bulunacağım. Genel anlamdaki hekimlerin hukuki sorumluluğundan ziyade daha dar bir alan olan çocuk düşürme fiilindeki hekimin yeri ve hukuki sorumluluğu sınırlarında kalarak açıklamada bulunacağım.

Bu sebeple çocuk düşürmede hekimin işlevi ve bunun doğal sonucu olan hukuki sorumluluğu çocuk düşürme kavram ve yönteminin ayrıntıları içinde değerlendirilecektir.

ÇOCUK DÜŞÜRME KAVRAMI

Çocuk düşürme kavramını izah edebilmek için öncelikle **çocuk** kavramı daha sonra da **düşürme** kavramına açıklık getirmek gerekmektedir.

Çocuk düşürme Danimarka gibi ülkelerde serbest iken 1930 İtalyan Ceza Kanunu benzeri kanunlarda açık olarak yasaklanmıştır.

A- ÇOCUK KAVRAMI

Çocuk Hakları Sözleşmesi[1] m. 1 hükmüne göre **onsekiz yaşına kadar** her insan çocuk sayılır. Benzer düzenleme Türk Ceza Kanunu içerisinde de yer almaktadır.[2]

Görüldüğü üzere çocuk kavramı doğum sonrasını ifade etmektedir. Kişilik, çocuğun sağ olarak **tamamıyla doğduğu anda** başlar ve ölümle sona erer.[3]

Buna karşılık çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, **ana rahmine düştüğü andan** başlayarak elde eder.[4]

Dolayısıyla **çocuk düşürme** kavramı içerisinde yer alan **çocuk** değil de **cenindir.**

Cenin[5] Türk Dil Kurumu sözlüğünde embriyonun **bütün organları belirdikten sonra**[6] aldığı ad olarak tanımlanmaktadır.[7]

B- ÇOCUK DÜŞÜRME KAVRAMI

Bilindiği üzere kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı Anayasal teminat altındadır. Anayasamızın 17 madde hükmüne göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin **vücut bütünlüğüne** dokunulamaz; rızası olmadan **bilimsel ve tıbbi deneylere** tabi tutulamaz. Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir **muameleye** de tabi tutulamaz.[8]

Bu bağlamda çocuk sahibi olma ya da olmama kadının **kendi bileceği** bir iştir. Her ne kadar gerek ahlak gerekse din kuralları bu konularda çeşitli tavsiyelerde bulunur ise de bu kural ve öneriler tebliğimizin kapsamı dışında kalmaktadır.

---

1 The Convention On The Rights Of The Child.
2 TCK m. 6/1-b.
3 TMK m. 28 f. I.
4 TMK m. 28 f. II.
5 Dölüt.
6 Neredeyse yarı insan!
7 TDK Türkçe Sözlük, Ankara-2005, s. 566.
8 Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme bu kuralların dışında kalmaktadır.

Çocuk sahibi olma ya da olmama konusunda insiyatif kullanan kadın **hangi sayıda** ve **hangi zamanda** çocuk sahibi olacağına da doğal olarak kendi karar verecektir.

Kadınların istedikleri sayıda ve **istedikleri zaman** çocuk sahibi olmaları olgusu 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun[9] düzenlemesinde[10] **nüfus planlaması** olarak adlandırılmıştır. Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için **gerekli tedbirleri** alır. Nüfus planlaması **gebeliği önleyici tedbirlerle** sağlanır.

Bu maksatla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, özel teşkilat kurmaya, **gebeliği önleyici** ilaç ve araçları temin veya imal etmeye veya ettirmeye, muhtaç olanlara bu **ilaç ve araçları**[11] parasız veya maliyetinden ucuz fiyatla vermeye veya verdirmeye veya sattırmak için tedbir almaya yetkilidir.

Hekim, hemşire ve ebeler özel kanunlardaki şartlara bağlı olmaksızın komisyonun kuruluş ve işleyişi, gebeliğin önlenmesine ilişkin yöntemler ve uygulama açısından hekim, hemşire ve ebelerin eğitim ve görevlendirilme esas ve usulleri ile uygulamada yetkilerini belirleyen hususlarda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirtilen şartlara uygun olarak **gebeliği önleyici yöntemleri** uygularlar.

Kadın hiç de istemediği halde ya da zamanda gebe kalmışsa bu gebeliği sonlandırabilir. **Rahim tahliyesi** deyimi de gebeliğin sonlandırılmasını ifade eder.[12]

Gebeliğin sona erdirilmesi **Devletin gözetim ve denetimi** altında yapılır.[13]

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.

---

9 Kabul Tarihi: 24. 05. 1983, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 27. 05. 1983, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 18059.

10 Bu Kanunun amacı, nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektir.

11 İlaç ve araçların imal veya Türkiye'ye İthali Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının iznine tabidir. Nüfus planlamasında kullanılacak ilaç ve araçların niteliği, aralarında tıp fakülteleri öğretim üyelerinin de bulunduğu bir komisyonun yazılı görüşü alınmak suretiyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca saptanır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu şekilde saptanmamış ilaç ve araçlar üniversitelerin tıp fakülteleri de dahil olmak üzere hiçbir birim, kurum ve kuruluşca insanlar üzerinde kullanılamaz.

12 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m. 2.

13 2827 Sayılı Kanun m. 2 f. III.

II. HEKİM KAVRAMI

Rahim tahliyesi kural olarak **kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca** yapılır.[14]

Pratisyen hekimler ise Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış iseler kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon[15] yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler.

On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimler ise menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar.

Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.

Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda rahim tahliyesi Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde **kadın hastalıkları ve doğum uzmanı** tarafından yapılabilir.

III. İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

Gebelik konusunda çocuk düşürme kavramı yanında yer alan **ilişkili kavramlara** da açıklık getirmek gerekmektedir.

A- STERİLİZASYON KAVRAMI

Bir kişinin çocuk yapma kabiliyetinin izalesi için yapılan müdahale 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunda **sterilizasyon** olarak adlandırılmaktadır.

Sterilizasyon deyimi, kadınlarda tüpligasyonu, erkeklerde vazektomiyi ifade eder.[16]

Sterilizasyon müdahalesi o kişinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

Sterilizasyon müdahalesi hem kadına hem de erkeğe yapılabilir.[17] Sterilizasyon ameliyatının yapılabilmesi için o kişiye ilişkin tıbbi sakınca bulunmamalıdır.

14 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m. 3 f. II.

15 Menstrüel regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder.

16 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m. 2.

17 Müdahale kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla gerçekleştirilir.

Sterilizasyon müdahalesi ancak **ergin kişinin** isteği üzerine yapılır. Sterilizasyon müdahalesi ergin kişinin isteği yoksa yapılamaz.

Kanun koyucu erginlik için belirli statünün kazanılmasını istemektedir. Onsekiz yaşın doldurulmasıyla,[18] evlenmeyle,[19] gerekli koşulları varsa hâkim kararıyla[20] kişinin olgunluğa eriştiği kabul edilir.

TMK. m. 11 f. I hükmüne göre **doğal erginlik** onsekiz yaşın **doldurulmasıyla** başlar. Onsekiz yaşın doldurulmasına kadar **küçük** olarak tanımlanan kişi onsekiz yaşını doldurulmasıyla **ergin** olarak tanımlanır. Onsekiz yaşın doldurulmasıyla **kendiliğinden** ve başkaca bir işlem yapılmasına gerek olmadan ergin olunur.

Erkek veya kadın **onyedi yaşını doldurmadıkça** evlenemez[21] ise de hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple **onaltı yaşını doldurmuş** olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Evlenme de kişiyi ergin kılar.

Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece **ergin kılınabilir.**[22] Bilindiği üzere onsekiz yaşın doldurulmasıyla (= TMK. m. 11 f. I) , evlenmeyle (TMK. m. 11 f. II) kişinin ergin sayıldığını daha önce açıklamıştık.

TMK. 12 hükmüne göre gerekli koşulları varsa hâkim kararıyla (TMK. m. 12) kişinin olgunluğa eriştiği kabul edilir. Yasada **ergin kılınma** olarak adlandırılan bu son durum **yargısal erginliği** karşılamaktadır.

Erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün **hangi tarihte** ergin olacağını tespit ve ilân eder.[23]

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde ergin kişinin, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde kendisinin isteği üzerine yapılır ise de bu kişiler evli iseler, sterilizasyon için **eşin de** rızası gerekir.

Eşin rızası alınmadan önce kendisine sterilizasyon ameliyatı konusunda ayrıntılı şekilde bilgi verilmelidir.

Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrrahi uzmanlarınca yapılır. Erkeklere sterilizasyon ameliyatı, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla

18 TMK. m. 11 f. I.
19 TMK. m. 11 f. II.
20 TMK. m. 12.
21 TMK. m. 124.
22 TMK. m. 12.
23 TMK. m. 470 f. II

bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılır.

Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır.

B- KASTRASYON KAVRAMI

Kişinin, cinselliğinin sonlandırılması için yapılan tıbbi müdahaleye **kastrasyon** denilmektedir. Kastrasyon ameliyesi **cinsel salgı bezlerinin alınması**[24] yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Cinselliğinin bütünüyle sonlandırılmasıyla kişinin, cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneği tamamen sona ermektedir.[25]

Kastrasyon ile kısırlaştırma (sterilizasyon) aynı şey değildir. Kastrasyonda cinsel birleşme yeteneği ortadan kalkıyor iken kısırlaştırmada cinsel temasta bulunabilmek mümkün olup sadece çocuk yapabilme yeteneği sonlanmaktadır.

Kadınlarda uygulanan kastrasyon işlemi yumurtalıkların cerrahî olarak çıkarılması şeklindedir. Kısırlaştırma ise, tüplerin bağlanması ile yapılır.

Bir ameliyatın seyri sırasında **tıbbi zaruret nedeniyle** bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde kastrasyon ameliyesi yapılabilir.[26]

Bir hastalığın tedavisi için tıbbi zaruret nedeniyle yapılan kastrasyon ameliyesinde kişinin rızası aranmaz.

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunda kastrasyon ameliyesi sadece bir **ameliyatın seyri sırasında** oluşan tıbbi zaruret nedeniyle yapılabileceğini öngörmüş ise düşüncemize göre **ameliyat dışında da** tıbbi zaruret oluştuğu gerçekleşmişse başka bir anlatımla tıbbi zaruret zorunlu kılıyorsa kastrasyon yapılabilir. Ancak bu halde koşullar uygunsa ilgilinin rızası alınmalıdır.

IV. GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ KOŞULLARI

Gebelik annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde sona erdirilebilir.

A- GEBELİK SÜRESİ UYGUN OLMALIDIR

Rahim tahliyesinde **gebelik süresi** önem taşımaktadır. Kanun ko-

24 Her iki yumurtalık veya testislerin çıkarılarak testosteron ve östrogen Adlî hormonların salgısını durdurma işlemi.

25 Kastrasyon ile kişinin cinsiyetine ilişkin belirtilerde ortadan kaldırmaktadır.

26 2827 Sayılı Kanun m. 4 f. III.

yucu rahim tahliyesini gebeliğin onuncu haftasının öncesi ve sonrasına farklı düzenleme getirmiştir.

1- Gebeliğin Onuncu Haftasının Öncesi Tahliye

Annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmasa bile gebeliğin **onuncu haftası doluncaya kadar** rahim tahliye edilir.

2- Gebeliğin Onuncu Haftası Sonrası Tahliye

Gebeliğin onuncu haftası sonrası da **koşulları varsa** rahim tahliye edilebilir. On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.[27]

a- Gebelik Annenin Hayatını Tehdit Ediyor Olmalıdır

Gebeliğin onuncu haftası sonrası rahim ancak gebelik annenin **hayatını tehdit ettiği** gerçekleşirse tahliye edilebilir. Tahliye için tehdidin mutlaka operasyon anında olması şart değildir. Başka bir anlatımla tehdidin izleyen sürede oluşacağı kesin ise yine tahliye yapılabilir.

b- Gebelik, Doğacak Çocuk İle Onu İzleyen Nesiller İçin Ağır Maluliyete Neden Olmalıdır

Rahim doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde de gebeliğin onuncu haftası sonrası da tahliye edilebilir.

c- Gerekçeli Rapor Bulunmalıdır

Gerek gebelik annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği gerekse doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde tahliye ancak **rapor varsa** gerçekleştirilebilir.

Hastalığın, hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur.

Rapor kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekim ile birlikte düzenlenmelidir.

Objektif bulgulara dayanmayan ve gerekçeli olmayan raporlar tahliye işlemine esas alınamaz.

Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.

27 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m. 6 f. I.

B- TAHLİYE İSTEĞİ BULUNMALIDIR

Rahim kural olarak istek üzerine tahliye edilirse de acil durumlarda farklı bir uygulama gerçekleştirilir.

1- Kural Olarak

Rahim tahliyesi kural olarak **istek üzerine** gerçekleştirilir. İstek yoksa annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmasa bile rahim tahliye edilemez.

İzin belgesi rahim tahliyesi için başvurduğunda ilgilisine imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır.

Rahim tahliyesi işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılmayacağı, gebe kadına, eşine, veli ve vasiye anlatılır.

a- Rızası Aranılacak Kişi Evli İse

Rızası aranılacak kişi **evli ise** rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Eşlerin ayrılık kararı ile ayrı yaşamakta haklı bulunması erkek eşin rızasının alınmasını engellemez.

Düşünceme göre erkek eşin uzun süreden beri nerede olduğu bilinmiyorsa[28] rızası aranmamalıdır.

Erkek eşin rıza vermemesi haklı sebebe dayanmıyorsa kadın eş TMK m. 195 hükmüne göre hakimin müdahalesini isteyebilir.

b- Rızası Aranılacak Kişi Küçük İse

Rahim tahliyesi **küçüklerde** küçüğün rızası ile velinin iznine bağlıdır. Veliden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.

c- Rızası Aranılacak Kişi Vesayet Altında İse

Bilindiği üzere vasi vesayet altındaki kişisel ve akçalı menfaatlerinin korunması için atanmaktadır.

Rahim tahliyesi vesayet altında bulunup da ergin veya mümeyyiz olmayan kişilerde ergin olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır.

28 TMK m. 311 hükmü örneksenmelidir.

Vesayet makamının izin isteminin reddine ilişkin kararına karşı denetim makamına[29] itiraz edilebilir. Denetim makamının vereceği karar kesin olup temyiz yolu kapalıdır.

Sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.

d- Rızası Aranılacak Kişi Şuur Serbestisine Sahip Değil İse

Akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

2- Olağanüstü Durumlarda

Rahim **acil hallerde** durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak tahliye edilir.

a- Acil Müdahale Halleri

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ya da hayati organlardan birisini tehdit eden her olgu **acil hal** sayılır.

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 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük[30] içerisinde belirtilmiştir.

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.

b- Bildirim Zorunluluğu

Acil müdahalenin hekim tarafından **bildirilmesi** zorunludur.

aa. Bildirim Makamı

Acil müdahale hekim tarafından illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirilmelidir.

bb. Bildirim Süresi

Bildirim mümkün ise acil müdahale yapılmadan önce veya mümkün değilse müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde yapılmalıdır.

29 Denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir. (TMK m. 397 f. II)

30 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi - No: 18.12.1983 - 18255.

cc. Bildirim Kapsamı

Acil müdahaleyi gerçekleştiren hekim bildirimde aşağıdaki konularda açıklamada bulunmak zorundadır;

Müdahale yapılan kadının kimliği,

Yapılan müdahale,

Müdahaleyi icabettiren gerekçeler.

V- HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN DAVRANIŞLARI

Hekimin çocuk düşürmede sorumluluğu denilince kural olarak **hukuka aykırı eylemiyle** gebe kadına verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğü anlaşılmalıdır.

Hekimin çocuk düşürmede yer alan hukuka aykırı eylemlerine **aşağıdaki örnekler** verilebilir;

Gebe kadına müdahalede geç kalınması,

Gebe kadına yapılan müdahaleye ilişkin hasta dosyasının tutulmaması,

Gebe kadının acil durumuna rağmen başka kuruma sevk edilmemesi,

Gebe kadına yapılacak müdahale konusunda kendisinin aydınlatılmamış olması,

Gebe kadına alışılmışın dışında yeni yöntemlerin uygulanmak istenmesi,

Gebe kadının uzmanlık alanına girmeyen rahatsızlığı konusunda uzman hekime gönderilmemesi.

Hemen belirtmek gerekir ki çocuk düşürmede sırasında oluşan komplikasyonlar hekimin **sorumsuzluk alanı** içindedir.

VI- HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAĞI

Hekimin çocuk düşürmede hukuki sorumluluğunun kaynağı farklı şekillerde gerçekleşebilir.

KURAL OLARAK SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANIR

Hekimin çocuk düşürmede sorumluluğu kural olarak sözleşmeden kaynaklanır.[31] Hekim, çocuk düşürme ile ilgili olarak sır saklama ve işi bizzat yapma ile de yükümlüdür.

31 BK m. 98.

Hekim kürtaj sırasında teşhis koymada **özenle**[32] davranmak zorundadır. Hekimin çocuk düşürmede özenli davranıp davranmadığı her çocuk düşürme olayının özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilir.

HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANABİLİR

Hekim çocuk düşürmede zorunluluk dışında gebe kadının rızasını almadan kürtaj yapması ya da zorunlu olduğu halde gebe kadına müdahaleden kaçınması sebebiyle oluşan haksız fiilden dolayı da sorumlu tutulabilir.

SONUÇ

Gebeliğin sona erdirilmesi sadece hukuki açıdan tartışılan bir konu değildir. Tartışmanın belki daha fazlası **ahlaki ve dini bağlamda** yapılagelmiştir.

Gebelik öncesinde yapılan korunmanın bile meşruiyetinin tartışıldığı dünyamızda gebeliğin sona erdirilmesinin akıbetinin ne olacağını şimdiden söylemek bugün için gerçekten de zordur denilebilir.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Gençcan'a da çok teşekkür ediyoruz. Biz biraz soru aldık, o soruları size okuyalım ve hızlı hızlı cevap verelim. İsterseniz kendiniz okuyun. Buyurun.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Evet aynı kişi, Doçent doktor Elif Yapan meslektaşımızdan geliyor. Şimdi kategori ettim, komplikasyon ve rıza ayrımı nasıl yapılır? Şimdi komplikasyon; biraz önce sayın konuşmacının ifade ettiği gibi yani öngörülemeyen bazı durumlar olabilir. Rıza; bildiğiniz üzere işlemin yani operasyonun başında istenen bir durum. Bazı durumlarda müdahale edilmesine rağmen bazı komplikasyonlar oluşursa bile hekimde eğer bir gereken özen ve dikkati göstermişse sorumlu olmaz. Rıza; hukuka uygunluk sebebi olarak ancak gerekli dikkati yani vücuda müdahale etme açısından gerekli durumlarda rıza verilmiş olsa bile eğer komplikasyon hekim tarafından önceden alınması gereken tedbirlerin ihmalinden, gereken dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklanıyorsa sorumlu olur. Burada rıza sadece meydana gelen sonuçtan dolayı hekimin cezalandırılmasına engel teşkil etmez. Burada çok ilginç bir şey, Çocuk Esirgeme Kurumu'na verilen, velayet altına alınmış, 16 yaşında gebe kalan, uyuşturucu kullanımı nedeniyle 25 haftada gebeliğin sonlanması olmalı mı, nasıl olmalı?

32 Özen, tıp kurallarına mesleki olarak uymaktır.

KATILIMCI - *(Mikrofonsuz)*

OTURUM BAŞKANI - Evet öyle bir durum var açıkçası, kayıtlara geçmesi açısından, ben de Düzenleme Komitesine sormak isterim. Zamanımız çok değerli iki cümleyle belki. Buyurun.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - 16 yaşında bir kız, annesi ve babasından, babasının uyuşturucu ve alkol bağımlılığı nedeniyle alınmış ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nda velayet altına alınmış, bu kız şu anda bize geldi, 26 haftalık gebe, babası kızı öldüreceğini söylüyor. Bu arada da 26 haftalık gebelikle 16 yaşında bir kız bizde yatıyor. Bu gebeliğin sonlandırılması şimdi demin sayın konuşmacı 20 hafta diye bir sınır koydu. Hani bizim zaman zaman anomalileri taramamız 20 hafta olmuyor. 20, 21, 22, 23, 24 ve çok daha ağır anomalilerde çok daha ileri haftalarda olabiliyor. Hastanın başvurması var, bir de doktorun tanısı var ve bir de bir takım anomalilerin fark edilmesi diye bir hafta var. Burada kesin bir hafta kanunda zaten benim bildiğim kadarıyla yok. Ama Yargıtay kararından söz ettiniz, ben de onu bilmiyordum, 20. hafta diye.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Herhalde söylediklerim bir şekilde yanlış anlaşıldı. Bir kere tıbbi zaruretler nedeniyle gebelik sonlandırmada üst sınır yoktur. Benim kastettiğim; suç nedeniyle, suça maruz kalmışsa ve bu nedenle o çocuğun alınması gerekiyor ise o zaman 20 haftaya kadar alınır.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - Şimdi bu kız burada suça maruz kalmış. Bu alamayacak mıyız demek?

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Şimdi burada tıbbi endikasyon yoksa, yani kanunda belirtilen hastalıklar, yani uyuşturucu madde kullanımı nedeniyle örneğin doğacak olan çocuk risk altındaysa, bu nedenle özürlü doğacaksa.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - Özürlü doğma olasılığı var.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Ama bunu işte sizin.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - AMATEM'de kızın tedavi gördüğüne dair belgeleri var. Belgelendirildi ve bu sağlık kuruluna girdi. Ama biz yine de savcıyı beklemeye karar verdik.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Şimdi tıbbi endikasyon nedeniyle eninde sonunda burada hem suç var hem de tıbbi endikasyon var. İkisi beraber var. Savcının, 20 haftadan fazla alamazsınız çünkü o hiçbir zaman böyle bir riski almak istemez. tıbbi endikasyon dolayısıyla sorumluluk tamamen hekime ait, o zaman yapabilir. Ama dediğimiz gibi

o belli hastalıklar var. O hastalıkları tek, tek ben söylemedim, tüzükte yazıyor.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - Orası çok geniş tutulmuş zaten. Ona her hastayı, çocuğun sağlığını tehdit eden her durum dediği için,

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Anomali bir durum var ise alabilirsiniz diye düşünüyorum, tabii. Bir de bu 20 hafta meselesi sağlık, yani kadının veya gelecek nesiller bakımından 20 hafta sınırlaması yoktur. Yani kadın ölecekse veya yaşamsal bir organı gidecekse çocuk doğmadan öncesine kadar aldırılabilir, hiçbir engel yok, kanunda bir sınırlama yok, 10 haftadan fazla diyor. Benim kastettiğim, som olarak anlattığım, suç nedeniyle. Mesela diyelim ki ırzına geçilmiş bir bayan düşününü. O zaman 20 haftayı koymuş kanun koyucu. Çünkü diyor bu kişi 20 hafta içinde bir an önce başvursun.

Yani 10 haftada zaten alabiliyor. 10 haftadan sonra da 20 haftaya kadar süre verilmiş. Ancak şöyle bir durum da var; 20 haftadan fazla olursa çocuk bakımından, yani kadının rızası olsa bile hekim suç endikasyonu yaparsa sorumlu olur. Ancak tıbbi endikasyon varsa sorumlu olmaz, bunu söyleyebilirim. Kız bakımından çok rahat çünkü ona verilecek ceza çok azdır, hapis cezası veya Adlî para cezası, o rızası olsa bile suç oluşturduğu için ona ayrı ceza veriyor, hekime ayrı ceza veriyor. Yeni kanun sistemi böyle. Yani sin sorunuza cevap şöyle diyebilirim, eninde sonunda şunu diyebilirim. Eğer sağlık sorunu yani doğacak olan çocuk özürlü doğacaksa, bu konuda gerek ilgili branş uzmanının ve gerekse kadın doğum uzmanının, çünkü kadın doğum uzmanı kürtajı yapacak. Ancak diğer branştan,

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - Kürtaj değil, gebelik sonlandırılması, doğurtacağız artık.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Evet ben hepsine kürtaj diyorum onun için. Rahim tahliyesine dair tüzükte de diğerlerine de gebelik sonlandırma diyor da, ben kısaca kürtaj diye şey yaptım. Yani burada bir tıbbi endikasyon varsa bunu tespit etmek, özellikle yük şeyin üzerinde.

OTURUM BAŞKANI - Recep Bey diğer sorulara geçelim isterseniz, hızlı, hızlı geçelim. Burası anlaşıldı tahmin ediyorum.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - İlgili uzman raporunu sunarsa.

DOÇ. DR. ELİF YAPAN - Bir de ben bir şey daha sormak istiyorum. Gebelik sonlandırması demek; gebeliği boşaltıyorsunuz fakat burada bebek canlı. Bebeğin canlı doğması gebelik sonlandırması anlamı-

na gelir mi? Çocuk sonraki dönemde yaşasa ve erken doğuma bağlı, erken doğurtmaya bağlı sekelleri olsa burada durum nedir? Bu kiracının tahliyesi gibi midir? Bize hep bu şekilde söylendi. Kiracıya kurşun sıkıp, bebeği önce anne karnında ölü hale getirip öyle mi boşaltmak gerekiyor. Bununla ilgili bir kural var mıdır? Kanunda çünkü net yazan bir şey yok, tahliye diyor.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Bu tamamen yorum. Tahliye evet, eğer çocuk ölü doğmuşsa bunun adı kürtajdır, çocuk sağ doğmuşsa artık bunun adı kürtaj veya çocuk düşürtme değildir, tamamen, ama o yapan kişinin eyleminden dolayı hemen ölüyorsa, o zaman kürtaj olarak da saymamak gerekir diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI - Pardon, oradan müdahale olmasını istemiyor. Kusura bakmayın, evet lütfen. Lütfen devam etmek zorundayız.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Şunu söyleyeyim ben o zaman, eğer çocuk kürtaj dolayısıyla ölü olmuşsa, artık tahliyesi söz konusuysa bunun adı çocuk düşürtmedir. Ancak çocuk sağlıklı, herhangi bir şekilde dünyaya gelmiştir, yaşama şansı bulmuştur, bu nedenle daha sonra ölmüşse bu kişi doktor, eğer bu ölümünden dolayı kusuru varsa, taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutarız. Hekimlerle hukukçuların bazen farklı kavramlar kullandığını bilmek lazım.

OTURUM BAŞKANI - Çay aramız var daha epey tartışırız, lütfen diğer soruya geçelim.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Aynı, yine sağlık meselesi. Şimdi bazı hastalıklar var ki hekimler bizden daha iyi bilir, mutlaka annenin eğer doğarsa ölme riski vardır, doğum yaparsa, bu nedenle kürtaj durumu söz konusu olabilir, bunu tabii ki mümkün mertebe 10 haftada yapmak lazım. Üçlü test sorusunu sormuşsunuz, benim de yeni çocuk dünyaya geldiği için ikili test, üçlü test oradan da biraz kafam, bu konuda biraz kendimiz yorduk öğrenmek için. Yoksa biz hekimler kadar tıbbi durumu bilmiyoruz. Ama hukuki durumu biliyoruz. Yani burada söz konusu olan, hafta, buradaki aynı söylediğimiz gibi, 20 hafta sorunu yok, 20 haftadan sonra da olabilir. Tıbbi açıdan, annenin sağlığı açısından veya doğacak olan çocuğun özürlü olma durumu varsa, belli şartta durumu varsa o zaman tıbbi zorunluluk nedeniyle tahliye yapılabilir. 20 hafta değil, 9 ay 10 güne kadar, 40 haftaya kadar mümkün. Anomali durum aynı, hepsi aynı sorular.

OTURUM BAŞKANI - Peki o zaman biz Sayın Gençcan'ın sorularına geçelim lütfen. Sonra bir iki soru daha var.

ÖMER UĞUR GENÇCAN - Bende yalnız bir tane soru var, bu eşin kayıp olduğu, haber alınamadığı süre ne kadar olmalı, hangi yollarla kanıtlanmalıdır gebeliğin sonlandırılması için deniyor. Kanunda uzun süre tabiri var, hayatın olağan akışına göre insanın eşi bir yıla yakın bir sürede örneğin size haber vermezse artık o kayıp sayılabilmelidir, bunun üzerindeki bir süre olabilir. Bu her türlü delille kanıtlanabilir, ben hanımefendinin bu öldürüp de mi tahliye edelim, ben hukukçu olarak buna cevap verebilirim. Yani burada hiçbir hukukçunun önce öldürün sonra tahliye edin demeye ruhsat vermeye ne hakkı vardır, ne yetkisi vardır. Çocuk sağ doğacaksa, sağ doğacaktır. Önce öldürün sonra doğurtun demek hiçbir hukukçunun ne haddidir, ne yetkisidir, kendi kişisel düşüncemi arz ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Evet teşekkür ederiz Sayın Gençcan. Bir soru daha var Doktor Ali Tümer'den. İleri derecede özürlü deformitesi olan bir fetusun tahliyesine karar verildikten sonra, yapılan tahliye işleminde eğer çocuk nefes alır şekilde tahliye olursa hekimin yaklaşımı ne olmalıdır? Eğer doğan ağır deformiteli çocuğu yaşatmaya çalışmaz ise adam öldürme ile doktor suçlanabilir mi? Bunu da sizden rica ediyoruz.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Vallahi çok hassas bir şey. Yani tam dünyaya geliyor, özürlü de olsa kimsenin yaşam hakkına engel olunamaz. İşi tam yapacaksınız o zaman.

OTURUM BAŞKANI - Peki son bir sorumuz onu da yöneltmek istiyorum ben size izninizle. Kimin tarafından yazıldığı ifade edilmemiş ama, kadına acil müdahale gerekiyor ve kürtaj gerekiyor. Ancak orada uzman hekim yoksa diğer doktorun müdahalesi ne olacak, o doktor bundan sorumlu olur mu? Bununla ilgili yasada açık maddeler var mı?

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Şimdi mesela kırsal kesimde düşünün, özellikle kırsal kesimde, mesela güney doğuda, doğuda, dağlık kesimde, gerçekten de kürtaj gerekiyor diyelim, ama bu hangi durumda kürtaj, kaç haftalık? O da önemli? 10 haftaya kadarsa zaten sorun yok pratisyen hekim dahi yapabilir. Hem sonra biraz önce dedik ama kurslara katılıp sertifika almak kaydıyla, ancak bu bile olmasa bile, kürtaj yapması gerekiyorsa ve acil bir müdahale, hayati tehlike varsa biz buna zorunluluk hali diyoruz, T.C.K.'da düzenlenmiştir bu, o kuruma başvu-

rup, kişiye, hekime, pratisyen hekim olsa bile ceza veremeyiz. Zorunluluk hali T.C.K. madde 25/2 diye hatırlıyorum.

OTURUM BAŞKANI - Evet, biraz önceki sorulardan birisine salondan bir beyefendinin bir açıklaması olacaktı galiba. İsterseniz son iki dakikayı da size verelim. Gelmek ister misiniz? Ben bu oturum sonu tartışmaları çok önemsiyorum o yüzden sonra bir iki dakika da kendim bir şey söyleyeceğim ve kapatacağım. Buyurun. Çünkü ancak o zaman biz birbirimizle daha iyi iletişim kurabiliyoruz.

DR. ALİ RIZA TÜMER - Soruyu soran kişi de benim, aynı zamanda Adlî Tıp uzmanıyım. Şimdi bu konular çok tartıştığımız konular, bazı terminolojileri hukukçularla doktorlar aynı terminolojide buluşmamız lazım. Şimdi kürtaj, çocuk tahliyesi, çocuk doğurma bunlar biraz karıştı, kusura bakmayın. Bunların hepsinin bir tane açıklaması olması lazım, yani buna rahim tahliyesi diyelim. 10 haftaya kadar kürtaj, 10 haftadan sonra canlı doğum olursa rahim tahliyesi olmaz. Yani bu bir terminoloji kargaşası, bir.

İkincisi; bizim bu toplantıda en önemli şeyimiz şu, burada kadın doğum uzmanları var biliyorum, çok sık başımıza geliyor, bakın, çocuk ağır deformiteyle doğuyor veya daha sora yaşarsa aileye, topluma büyük bir yük oluşturacak, kadın doğum uzmanı bu vakalara nasıl yaklaşmalı? Yurt dışında çok açık hukuk var, demektedir ki, mesela Almanya'da bunu mutlaka yaşatacaksın, ama İngiltere'de rahim tahliyesinde çocuğun gelecek nesillere ağır bir yük bırakması nedeniyle yaşatma hakkı vermeyebiliyor. Hukukçular olarak bize bir yol göstermeniz lazım ki kadın doğum uzmanları ne yapsın? Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Biz de çok teşekkür ederiz.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Burada biraz ötanaziye de giren bir durum var sanki. Pasif ötanazi. Yani çünkü yaşıyor, hayat, dünyaya gelmiş. Ama diyorsunuz ben, yani tedaviyi kesersiniz veya gerekli yardımı yapmazsınız çocuk ölür. Ölebilirse tabii, ölmeyecekse öldüremeyiz.

DR. ALİ RIZA TÜMER - Yani siz hekim mutlaka destek tedavisinde bulunsun diyorsunuz.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Evet. Hasta Hakları yönetmeliği açıkça söylüyor.

OTURUM BAŞKANI - Bu kişisel yargılarla da ilgili. Biraz artık içine bunlar giriyor.

DR. ALİ RIZA TÜMER - Şöyle yani, sonuçta biz buradan çıkarken

şunu anlayalım mı? Böyle bir çocuğa mutlaka yaşam destek tedavisinde bulunsun, bulunmazsa adam öldürmeden suçlanır.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - İspatlanırsa suçlanır evet. Hukuk öyle diyor. Yani dünyaya gelmişse onun hayatını ancak,

DR. ALİ RIZA TÜMER - Dünyaya gelmişse durumu açıkladığım şartlarda dünyaya gelmiş. Peki. Onun için bir cümlede çok tırnak içerisinde söylediniz, hekim önceden gerekeni yapmalı gibi bir şey söylediniz. Doktor hanımın söylediği yola gidiyoruz herhalde, çocuğu rahim içinde öldürelim ondan sonra doğurtalım yoluna gidiyoruz.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Hayır şimdi şöyle, eğer varsa, tıbbi endikasyon varsa tabii ki. Bir endikasyon varsa, annenin hayatı söz konusuysa, çocuk anomali doğacaksa veya

DR. ALİ RIZA TÜMER - Çocuk anomali doğacak o açıdan diyorum.

DOÇ. DR. RECEP GÜLŞEN - Olabilir.

DR. ALİ RIZA TÜMER - Tamam, peki teşekkürler.

OTURUM BAŞKANI - Peki çok teşekkür ediyoruz Ali Rıza Bey'e de. Ben her iki konuşmacıya da çok teşekkür ediyorum. Ben de son olarak bu kadar konuşmacı, bundan önceki panelle ilgili de sadece şunu söylemek isterim. Ben kendi tarafımdan yani sağlık kurumunda yönetim bakış açısıyla ve hastanenin bu konuyla ilgili ya da bütün sağlık kurumlarının bu konuyla ilgili olan ilişkisi bağlamında ben tıbbi kayıtlarla ilişkili olarak duruyorum. Bu kadar konuştuğumuz konunun belki en önemli kısmı tıbbi kayıtların doğru, nitelikli, nicel, düzgün tutulması, bunun sağlanması. Geçen sene de yine baronun da ilişkili olduğu hukuk fakültesinde çok düzgün, hoş bir iki günlük bir sempozyum oldu. Orada daha çok hekim katılımı vardı. Türk Tabipler Birliği'nden katılımcı vardı. Ben bizzat söz alarak onlara da sordum, yani siz bu işin neresindesiniz? Yani biz bu kadar burada konuştuğumuz, şunların tamamı, hasır altı edilebilecek veya edilmeyecek, açıklıkla konuşulacak konular olabilmesi için bizim bu kayıtları farklı tutmamız lazım ve bununla da Sağlık Bakanlığı'nın çok ciddi olarak yakından ilgilenmesi lazım. Umarım bu Kurultay'dan sonra sonuç bildirgesinde bunlar yer alır, bunlar da altına biraz, kayıtların da önemi konusunda bir iki söz edilebilir belki birkaç cümle. Bundan başka şu anda ekleyebileceğim bir şey yok. Herkese çok teşekkür ediyoruz bizi sabırla dinlediği için. Ve ara vermeden devam ettiğiniz için. Herhalde şimdi bir 10 dakika aramız olacak galiba.

SUNUCU - Üçüncü oturumun da sonuna geldik. Konuşmacılarımıza plaketlerini vermek üzere Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri ve Ankara Barosu Sağlık hukuku Kurulu üyesi Avukat Cahid Doğan'ı kürsüye davet ediyorum. IV. Oturuma geçmeden önce 10 dakika ara veriyoruz.

PLAKET TÖRENİ

IV.
OTURUM

ESTETİK CERRAHÎ HUKUKU

OTURUM BAŞKANI
PROF. DR. ERKAN KÜÇÜKGÜNGÖR
ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

SUNUCU - *Devam ediyoruz. Konu estetik cerrahi hukuku. Konuşmacılar Augsburg Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı Doçent Doktor Sayın Erhan TEMEL, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nden Sayın Doçent Doktor Çağlar ÖZEL, Sayın Avukat Bedia BORAN. Ve oturum başkanı Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı Profesör Doktor Sayın Doğan SOYASLAN. Hemen düzeltiyorum, oturumu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Erkan KÜÇÜKKÜNGÖR yönetecek.*

OTURUM BAŞKANI - Değerli konuklar Ankara Barosu tarafından düzenlenen İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı'nın Dördüncü Oturumu'na hoş geldiniz. Bu oturumun konusu; programda da görüldüğü üzere Estetik Cerrahi Hukuku olacak. Ben Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Bilim Dalında Profesör olarak görev yapıyorum. Yaklaşık on yıldır spor hukuku alanında çalışmalarım yoğunlaştı. Dolayısıyla sağlık hukukuyla da bu anlamda spor hukukuyla kesiştiği ölçüde bazı çalışmalarım oldu. Bu alanlar bildiğimiz gibi yeni alanlar. Özellikle

sağlık hukuku başta olmak üzere spor hukuku, çevre hukuku, tüketici hukuku, eğlence hukuku, iletişim hukuku gibi alanlar hukuk öğretimi içerisinde hızla önem kazanan yeni alanlar. Bunlar multi disipliner veya intel disipliner adını verdiğimiz alanlar. Biz bildiğiniz gibi hukuk fakültelerinde skolastik bir ayrım, aslında Roma hukukuna dayanan bir ayrımdır, ilk defa Romalı hukukçular tarafından yapılmış, kamu hukuku, özel hukuk ayrımı çerçevesinde hukuk eğitimini, öğretimini sürdürüyoruz. Fakat bu yeni gelişen alanlar itibariyle bunların yeni bir yapıya kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyiz ve zaman, zaman da bunu fırsat bulduğumuz ölçüde farklı platformlarda dile getiriyoruz. Bu alanların bağımsız bir yapıya kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyim. Özellikle uygulamada baktığımız zaman, akademik anlamda da aslında bu geçerlidir, her bilim dalı mensubu bu yeni alanları kendi bilim alanları içindeki yeri itibariyle ele almaktadır. Oysa burada yapılması gereken bu bağımsız yapıya kavuşturma sonucunda diğer bilim dallarının bu yeni disiplinler içindeki yeri itibariyle değerlendirilmesi uygundur düşüncesindeyim. Dolayısıyla da bu bağımsız alan haline getirilecek bu sözünü ettiğim yeni alanların özellikle hukuk dışındaki disiplinlerle de irtibatının çok daha sağlam ve sıkı şekilde gerçekleştirilebileceğini düşünüyorum. Bu anlamda bizim oturumumuzun konusu, sözü çok uzatmadan ona geçmeyi arzu ediyorum, oturumumuzun konusu; estetik cerrahi hukuku. Bir insanın doğumuna bağlı olarak taşıdığı veya sonradan oluşarak onun dış görünümünü bozan veya kişinin öyle olduğunu düşündüğü bir anormalliğin giderilmesi amacıyla yapılan müdahaleler doktrinde ve uygulamada estetik cerrahi olarak nitelendirilmektedir. Estetik cerrahi operasyonları zaman, zaman tedavi amacıyla yapılsa da esas itibariyle bu müdahalelerin amacı güzelleştirme olmaktadır. Ve bu yönteme müracaat eden insan sayısında, kendi çevremizde de gözlemlediğimiz üzere giderek bir artış olduğu görünmektedir.

Bu oturumda değerli katılımcılar estetik cerrahi hukukunu çeşitli yönleriyle değerlendirmeye tabi tutacaklardır. İzin verirseniz öncelikle ben katılımcıları sizlere takdim etmek isterim. Öncelikle Doçent Doktor Erhan TEMEL. Kendisiyle uzun süredir görüşemiyoruz, dönem arkadaşım, dolayısıyla burada gördüğüme de çok sevindim, çok memnun oldum. Augsburg Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı, Öğretim Üyesi olarak görev yapıyor. Yine çok değerli meslektaşım Hacettepe Üniversitesi İktisadi, İdari Bilimler Fakültesi'nde görevli Çağlar

ÖZER. Sayın Avukat Bedia BORAN. Ve Son olarak Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, daha önce öğrencisi olma onuruna da nail olduğum Sayın hocam Profesör Doktor Doğan SOYASLAN. Ben sözü çok uzatmadan, hemen sözü Doçent Doktor Erhan TEMEL' e veriyorum. Biraz kötü bir oturum başkanlığı yapacağım, çünkü saat, tahmin ediyorum, yorucu bir gün geçti, dolayısıyla 20 dakika sınırımızı yakından gözeteceğim. Saat 17.05, 17.25 itibariyle hocam umarım bitirmiş oluruz.

ALMAN HUKUKUNDA ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL

AUGSBURG ÜNİVERSİTESİ TÜRK HUKUKU ARAŞTIRMA MERK. BAŞKANI / ÖĞRETİM ÜYESİ

1. Güzellik Kavramı

İlk çağlardan günümüzün modern toplumuna kadar uzanan süreçte, insanın temel arzularının başında, sağlıklı bir yaşamdan sonra muhtemelen güzel bir yüze ve fiziğe sahip olmak gelmektedir. Bu makalenin ana temasını "güzellik" kavramı ve güzellik ameliyatlarının (estetik ameliyatların) hukuki niteliği oluşturacaktır. Estetik ameliyatları hukuksal açıdan ele almadan önce, "güzellik olgusu"nu sosyolojik ve psikolojik açıdan irdelemek yerinde olacaktır.

Binlece yıldır yeryüzünde güzel bir çehre kadar insanı etkileyen ikinci bir nesne yoktur. Bu yüzden tarih boyunca, şairler, ressamlar, heykeltraşlar ve felsefeciler için güzel bir insan yüzü hem ilham kaynağı hem de çalışma ve tartışma konusu olmuştur.

21. yüzyılda ise insanların güzellikle ilgilenmeleri ekstrem boyutlara ulaşmıştır. Örneğin Brezilya'da faaliyet gösteren güzellik uzmanlarının sayısı, Brezilya Silahlı Kuvvetlerinde görevli asker sayısından daha fazladır. Bunun gibi ABD'de güzelleşmek için, sosyal hizmetler ve eğitime harcanan paradan daha fazla para ödenmektedir.[1]

1 ***Doç. Dr. Erhan Temel,*** Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı.
Gründel, Martin/Braun, Christoph/Marberger, Claus/Scherber, Christoph, Beautycheck- Ursachen und

1970'li yılların sonunda psikologlar tarafından yapılan araştırmaların neticesinde, insanların, "çekici şahısları" aynı zamanda "pek çok pozitif özelliğe" de sahip kişiler olarak algıladıkları tespit edilmiştir. Buna göre güzel insan, "iyi insan" olarak algılanmaktadır.[2] Bu bağlamda, ABD'de çekici veya güzel bir çehre ve fiziğe sahip sanıkların, ceza mahkemelerinde cezaları takdir edilirken, daha avantajlı oldukları; pek çok ülkede okullarda güzel çocuklara daha iyi not verildiği; güzel insanların daha kolay arkadaş ve eş bulabildikleri sosyolojik olarak tespit edilmiş gerçeklerdir.[3] İş müracaatlarında dış görünüşün, işe alınmada rol oynayan önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. İşte tüm bu avantajlardan dolayı insanlar, globalleşen dünyada normal olan dış görünüşlerini güzelleştirmek ya da var olan kusurları kapatmak çabası içindedir. Bu amaçla makyaj malzemeleri satın alınmakta, takılar kullanılmakta, alımlı ve vücut hatlarını öne çıkaran şık giysiler kullanılmakta, zinde ve çekici bir görünüşe sahip olmak için spor yapılmaktadır. Çağımızın modern bireyi güzelleşmek için estetik cerrahın kapısını çalmakta ve tereddüt etmeden bıçak altına yatmaktadır.

Almanya'da Landau Üniversitesinde yapılan bir araştırmaya göre Alman erkeklerinin % 82'si ve bayanların % 92'si dış görünüşe önem verdiklerini ve yine erkeklerin % 92'sinin ve bayanların % 96'sının güzel ve zayıf görünmenin kendileri için çok önemli olduğu tespit edilmiştir.[4] Bu araştırmada insanların güzellik anlayışını etkileyen faktörlerin başında eş ve arkadaş çevresi belirleyici rol oynarken, özellikle bayanlarda ikinci sırayı yazılı ve görsel basın ile hayranlık duydukları ünlü sanatçılar ve mankenler almaktadır.[5]

Bize fotoğrafı gösterilen bir yüzün güzel ya da daha az güzel olduğunu hemen söyleyebiliriz. Fakat vardığımız bu yargıyı gerekçelendirmekte güçlük çekeriz. Acaba bir insan vücudunu, özellikle de yüzünü *güzel* yapan nedir? Aristoteles'e göre güzellik "kavranabilir olmalıdır ve orantılılıkla ilgili birşeydir".[6] Aynı şekilde Leonardo da Vinci'ye (MS. 1452-1519) göre yüzü güzel kılan onun orantılı ve simetrik olmasıdır.

Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 6). Erişim: 01.11.2008.

2 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 6). Erişim: 01.11.2008.

3 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 6). Erişim: 01.11.2008.

4 ***Kluge, Norbert,*** www.uni-landau.de/kluge/kluge_fss_publikationen.html, (Schön und superschlank sein wollen hat seinen Preis, s. 2). Erişim: 01.11.2008.

5 ***Kluge,*** www.uni-landau.de/kluge/kluge_fss_publikationen.html, (Schön und superschlank sein wollen hat seinen Preis, s. 2, 9). Erişim: 01.11.2008.

6 www.tr.wikipedia.org (güzellik başlığı altında). Erişim: 31.10.2008.

Buna göre saçların başladığı yer ile burunun başladığı yer arası, burunun başlangıcı ve burunun bitim yeri ve nihayet burunun bitim noktasından çeneye kadarki kısım üç eşit mesafeye ayrılmışsa, yüzün güzel olduğundan bahsedilir.[7] Ünlü tablo Mona Lisa bu "altın kurala" göre yapılmıştır.[8]

Hernekadar fiziki güzellik anlaşıyı kültürlerden kültüre ve zamandan zamana farklılık gösterse de, globelleşen dünyada objektif bir güzellik kavramından sözetmek mümkündür. O nedenle dünya güzellik yarışmalarında juri üyeleri çeşitli kültürlere dahil olsalar da, dünya güzelinin seçiminde tek bir isimde birleşebilmektedirler.

2003 senesinde Regensburg Üniversitesinde "çekicilik" konusunda yapılan bir araştırmada, insan yüzünün çekici bulumasında iki unsurun rol oynadığı tespit edilmiştir. Buna göre araştırmaya katılan denekler ***ortalamaya yakın yüzleri*** daha çekici ve güzel bulmuşlardır.[9] Araştırmacılar, aralarında 8 mankenin de bulunduğu ve yaşları 17-24 olan 64 bayanın fotoğrafını çekip, bu fotoğraflardan bilgisayar yardımıyla ortalama yüzlerin yer aldığı sanal fotoğraflar oluşturmuşlar ve daha sonra deneklere bu ortalama yüzlerin bulunduğu sanal fotoğraflar ile 64 bayanın gerçek yüzlerinin bulunduğu fotoğrafları göstermişlerdir. Deneklerin büyük bir çoğunluğu ortalama yüzlerden oluşan sanal yüzleri, gerçek yüzlerden daha güzel ve çekici bulmuştur.

Daha sonra en güzel bulunan bayan yüzlerinden ve en çirkin bulunan bayan yüzlerinden ortalama birer sanal yüz üretilmiş ve bu yüzler kaşılaştırıldığında, deneklerin aşağıdaki özelliklere sahip yüzleri çekici ve güzel buldukları tespit edilmiş[10]:

Daha buğdayımsı ten
Uzunca ve daha ince bir yüz
Yağ birikimi az bir çehre
Dolgun ve bakımlı dudaklar
Koyu ve ince kaşlar
Dolgun ve uzun siyah kirpikler
Yüksek elmacık kemikleri
Daha ince burun

7 ***Lorz, Sigrig,*** Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Berlin 2006, s. 29 vd.
8 www.tr.wikipedia.org (güzellik başlığı altında). Erişim: 31.10.2008.
9 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 9 vd.). Erişim: 01.11.2008.
10 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 43 vd.). Erişim: 01.11.2008.

Gözaltı torbalarının oluşmaması
Daha ince göz kapakları
Gözlerin biribirine yakın olmaması

Bu araştırmada ortaya çıkan çekici ve güzel bulunmayı etkileyen ikinci unsur ise ***organların fonksiyonlarına uygun*** olmasıdır.[11]

Bu araştırmada çocuk yüzüne benzeyen bayan yüzleri daha çekici bulunmuştur. Çocuksu yüzün özellikleri ise şu şekilde tespit edilmiştir:

Büyükçe bir baş
Genişçe bir alın
Büyük ve yuvarlak gözler
Küçük bir çene ve burun
Küçük ağız
Yuvarlak bir yüz
Beyaz ve elastik bir ten

Türkçede de güzel bir yüz için kullanılan *bebek gibi* ifadesi tesadüf olmasa gerektir. Çocuksu yüzün çekici bulunmasının nedeni ise, böyle bir yüze sahip bayanın masum, zararsız, genç ve sağlıklı olduğu ve bu yüzden daha doğurgan olduğunun zannedilmesidir.[12]

Buna karşılık uzun bacaklı bayanların çekici bulunmasının nedenini ise, antropologlar doğal seleksiyon teorisiyle açıklamaktadır. [13] Zira uzun bacaklılar daha hızlı koşacaklarından hayatta kalma şansları daha fazla olacaktır. Bu yüzden de erkekler eş seçiminde hayatta kalma şansı yüksek uzun bacaklı bayanları tercih etmektedir.

2. Almanya'da Estetik Ameliyatlara İlişkin İstatistiksel Veriler

2007 yılında Alman Parlamentosunda bir soru önergesi üzerine, hükümet tarafından verilen cevapta Almanya'da estetik ameliyatlar konusunda kesin istatistiklerin bulunmadığı dile getirilmiş ve tahminlere göre; 2001 senesinde yakaşık 400 bin, 2002 senesinde 800 bin ve 2003 senesinde bir milyondan fazla estetik ameliyat yapıldığı kaydedilmiştir[14] Hastaların yaşları ise 12-84 arasında değişmekte olup, hastaların % 10"luk bir bölümü 18 yaşın altında bulunmaktadır. Almanya'da 9-14 ya-

11 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 10 vd.). Erişim: 01.11.2008; ***Lorz,*** s. 31.

12 ***Gründel/Braun/Marberger/Scherber,*** Beautycheck-Ursachen und Folgen von Attraktivitaet: www.beautycheck.de (der ganze Bericht, s. 7 vd.). Erişim: 01.11.2008.

13 ***Lorz,*** s. 31.

14 Alman Hükümetinin CSU/CDU partilerinin yönelttiği soru önergesine verdiği 24.10.2007 tarihli yanıt. Bkz. BT-Drucks, 16/6779, s. 2.

şındaki her beş çocuktan biri estetik ameliyat yaptırma arzusundadır.[15]

Dünyada senede 10 milyon estetik ameliyat yapıldığı bilinmektedir. Bu ameliyatların en fazla % 13' lük bir oranla ABD'de, % 9 ile Meksika'da ve % 8 ile Arjantin'de yapıldığı tahmin edilmektedir. Almanya % 6'lık bir oranla 6. sıradadır.[16] Bu istatistiklerin de gösterdiği gibi, estetik ameliyatlar Türkiye'de olduğu gibi, ağırlıklı olarak medyatik kişilerin başvurduğu bir yol olmaktan çıkmış, toplumun hemen hemen her yaş ve kesiminden insanların kullandığı bir güzelleşme aracı haline gelmiştir. Estetik ameliyat yaptıranların genel nüfusa oranı % 1 'dir.[17]

Yine tahminlere göre Almanya'da yapılan en yaygın estetik müdahale vücuttan yağ aldırmadır. Bu tür müdahalelerin senede 150-250 bin defa yapıldığı sanılmaktadır. Bayanlarda ikinci sırayı göğüs büyütme ameliyatı alırken, erkeklerde estetik burun ameliyatları[18] ikinci sıradadır.[19]

2002 yılında Alman Federal Hekimler Odasının yaptığı açıklamaya göre estetik cerrahide yaklaşık 3.000 hekim hizmet vermektedir. Bunlardan 500'ü estetik cerrahi uzman hekimi iken, 1363 hekim de yan uzmanlık olarak estetik ameliyatlar yapmaktadır.[20] Almanya'daki mevcut yasal düzenlemeye göre estetik ameliyat yapabilmek için cerrahın estetik cerrahi uzmanı[21] olmasına gerek yoktur.[22]

Estetik ameliyatlarda, hastaların maddi ve manevi tazminat istemli şikayetlerinde son yıllarda artış gözlenmektedir. 1997 senesinde Bilirkişi Komisyonlarına ve Uzlaşma Kurullarına 8884 hasta şikayeti yapılmasına karşılık, 2003 yılında 11.053 şikayet gerçekleşmiştir[23].

15 Alman Hükümetinin CSU/CDU partilerinin yönelttiği soru önergesine verdiği 24.10.2007 tarihli yanıt. Bkz. BT-Drucks, 16/6779, s. 2.

16 International Society of Aesthetic Plastic Surgery (ISAPS) verileri. Bkz. *Lorz*, s. 53.

17 *Kluge*, www.uni-landau.de/kluge/kluge_fss_publikationen.html, (Für Schönheit unters Messer legen, s. 2 vd.). Erişim: 25.11.2008.

18 Estetik cerrahların meslek kuruluşu niteliğinde olan ve 450 üyesi bulunan *GACD-Gesellschaft für Ästhetische Chirurgie eV*'nin yaptığı açıklamaya göre, bu kuruluşun üyeleri tarafından 2007 seneside 130.000 estetik operasyon ve 105.500 kırışıklık tedavisi gerçekleştirilmiştir. 2006 senesinde ise 140.000 estetik operasyon ve 82.000 kırışıklık tedavisi yapılmıştır. Bkz. www.gacd.de/pressemitteilungen/. Erişim: 02.11.2008.

19 *Lorz*, s. 54.

20 Örneğin KBB uzmanı operatör hekimlerden bazıları yan uzmanlık dalı olarak estetik burun ameliyatları ya da baş boyun bölgesindeki deformasyonların giderilmesine yönelik ameliyatlar yapmaktadır.

21 Almanya'da "plastik cerrah" ünvanının kullanabilmesi için, tıp fakültesinden sonra altı yıl süren ihtisas (uzmanlık) öğreniminin başarıyla tamamlanması, gerekli pratik tecrübe ve yeteneğe sahip olunması ve Eyalet Hekimler Odasının düzenlediği ihtisas sınavının başarılması gerekmektedir.

22 Alman Hükümetinin CSU/CDU partilerinin yönelttiği soru önergesine verdiği 24.10.2007 tarihli yanıt. Bkz. BT-Drucks, 16/6779, s. 2.

23 Alman Hükümetinin CSU/CDU partilerinin yönelttiği soru önergesine verdiği 24.10.2007 tarihli yanıt. Bkz. BT-Drucks, 16/6779, s. 3.

3. Estetik Ameliyat Kavramının Sağlık Kavramından Ayrılması Sorunu

Bu makale çerçevesinde güzellik ameliyatı ya da estetik ameliyat (operasyon) kavramı, "hekimler tarafından güzellik amacıyla bedene uygulanan ve şekil değişikliği sonucunu doğuran, tıbbi müdahaleleri" ifade etmektedir. Form değişikliğine neden olan bu müdahaleler, neşter yardımıyla olabileceği gibi, neşter kullanmadan; dudaklara silikon enjekte edilmesi ya da alın kırışıklarının giderilmesi amaçlı tedavilerde olduğu gibi, kansız da yapılabilmektedir. Estetik ameliyatlarlar ile hekimler tarafından uygulanan diğer tıbbi müdahaleler arasındaki ayırt edici en önemli fark, estetik ameliyatların bedenin tekrar sağlığa kavuşturulması ya da sağlığın korunması amacıyla değil, güzelliğin sağlanması amacıyla yapılmasıdır.

Alman yüksek yargı kararlarında da, estetik ameliyatların birincil amacının hastanın herhangi bir bedensel rahatsızlığının giderilmesi olmayıp, hastanın psikolojik ve estetik gereksinimlerinin tatmin edilmesi olduğu dile getirilmiştir.[24] Bu meyanda estetik ameliyatlar tıbbi endikasyon olmadığı halde, hekimin tıbbi müdahale uyguladığı ender durumlardan biridir. Estetik ameliyatların dışında, tıbbi endikasyon olmadığı halde vücutta değişiklik yapan diğer tıbbi müdahalelere, erkek çocuklarının sünnet edilmesi ya da cinsiyet değişikliği ameliyatları örnek gösterilebilir.

Estetik ameliyatlarla, endikasyon olan diğer tıbbi müdahalaleler arasındaki fark hastanın güzelliğinin sağlanması veya sağlığına tekrar kavuşturulması olduğuna göre, öncelikle "sağlık ve hastalık" kavramının hukuken ne anlama geldiği belirlenmelidir. Alman mevzuatında çeşitli hükümlerde dağınık olarak sağlık kavramına yer verilmektedir. Örneğin Alman Anayasası m. 2 f. 1'de sağlık kavramı "vücut bütünlüğü" olarak açıklanmakta ve fiziksel ve psikolojik saldırılara karşı korunması gereken bir hukuksal değer olarak nitelendirilmektedir. Alman MK'nun §199 f. 2, § 253 f. 2, § 823 f. 1, § 843 f. 1 başta olmak üzere çeşitli maddelerinde sağlık kavramına yer verilmekle birlikte, kanun koyucu somut bir tanımlama yolunu tercih etmemiştir.

Zorunlu (yasal) hastalık sigortası hukukunun düzenlendiği Sosyal Yasalarda da somut bir "sağlık" ya da "hastalık" tanımı bulunmadığından, bu konudaki eksiklik yüksek yargı kararları ve doktrin tarafından

24 BGH, NJW 1991, s. 2349; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, s. 1605; OLG München, VersR 1993, s. 1529; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, s. 1332.

doldurulmuştur. Buna göre hastalık; *sağlıklı bir insanda bulunması gereken durumdan sapma gösteren, normal fizyolojik ve psikolojik fonksiyonların yerine getirilmesini kısıtlayan ve tedavi ihtiyacı doğuran, çalışma yeteneğini ortadan kaldıran bedensel ya da ruhsal durumdur.*[25]

Alman hukukunda yasal hastalık sigortası hizmeti veren sigorta kurumları, sigortalının tedavi masraflarını üstlenmesi zorunluluğu yine bu tanımdan hareketle tespit edilmektedir. Zira kar amacı gütmeyen ve sosyal devlet anlayışının bir uygulaması olan bu yasal hastalık sigortaları, prensip olarak sigortalının estetik ameliyat masraflarını üstlenmemektedir. Yasal hastalık sigortası kurumunun hangi masrafları üstlenmek zorunda olduğu sorusu ise V. Sosyal Yasanın (SGB V) § 11 f. 1 bent 2-4'de yanıtlanmaktadır: Buna göre sigortalı hastalık sigortasından; hastalıktan korunmak, hastalığın erken teşhisi ve tedavisi için gerekli hizmeti talep edebilir. Bir hastalığa teşhis konulması, tedavi edilmesi, hastalığın daha da kötüleşmesinin engellenmesi ya da hastalıktan kaynaklanan ızdırabın dindirilmesine yönelik tıbbi müdahale masrafları, hastalık sigortası tarafından karşılanmak zorundadır (Alman V. Sosyal Yasası § 27 f. 1) [26]

Buna göre sadece güzelleşme amacıyla bedene uygulanan ve dış görünüşte iyileştirme sonucu doğuran ameliyatların herhangi bir hastalıkla ilgisi olmadığından, zorunlu hastalık sigortalarının, ameliyat masraflarını karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

4. Estetik Ameliyatların Tedavi Amaçlı Diğer Müdahalelerden Ayrılması Sorunu

Dış görünüşte düzelme sonucu doğuran bir tıbbi müdahale, asıl olarak fiziksel fonksiyon bozukluklarını gidermeye yönelik ise, bu müdahaleler tedavi amaçlı müdahale olarak nitelendirilir. Müdahale ikinci planda estetik bir görünüm değişikliğini beraberinde getirse bile, sigorta hukuku bakımından bu tür müdahaleleri estetik ameliyat olarak görmek olanaklı değildir.[27] Nefes almayı kolaylaştırmak amacıyla yapılan, burun eğriliklerinin düzeltilmesi ameliyatları, burun estetiğini değiştirse bile, estetik ameliyat olarak nitelendirilemez. Bu yüzden Alman Sosyal Ya-

25 BSGE 35, 12; BSG, NJW 1993, s. 2399. Karş. ***Laufs, Adolfs/Uhlenbruck, Wilhelm*** Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002, § 29 Anm 5. Heders Lexikon der Psyhologie (Heders Psikoloji Sözlüğü) de ise şu tanıma yer verilmektedir: Bedensel, ruhsal ve zihinsel yaşam fonksiyonlarının kural dışı akışıdır (işleyişidir). Tıbbi-biyolojik açıdan Homöostasede bozukluk anlamına gelir. Tıbbi tedavi ve bakımı gerektirir ve/veya bazan geçici veya kalıcı çalışma yeteneğinin ortadan kalkmasına (malüllüğe) neden olur. Bkz. Heders Lexikon der Psyhologie, Band 2, Erftstadt 2007, s. 1152.

26 Karş. OLG Stuttgart, VersR 2003, s. 462.

27 ***Lorz***, s. 41.

sasına göre ameliyat masrafları sigorta kurumu tarafından karşılanmalıdır. Aynı şekilde bu tür bir ameliyatı gerçekleştiren operatör hekimin sorumluluğuna ilişkin sorunlar, estetik cerrahın sorumluluğuna göre değil, hekimin genel sorumluluğuna göre çözülmelidir.

Buna karşılık doğuştan ya da sonradan (kaza neticesinde) oluşan, dış görünüşü bozan deformasyonların ortadan kaldırılması amacıyla yapılan ameliyatların, estetik ameliyat olarak mı yoksa tedavi amaçlı ameliyat olarak mı nitelendirilileceği sorusu daha karmaşık bir sorun teşkil etmektedir. Zira kişinin dış görünüşünün ne zaman normal olduğu ve ne zaman dış görünüşte olumsuz deformasyon oluştuğu kolaylıkla yanıtlanabilecek bir soru değildir. Deformasyonu ortadan kaldıran bu ameliyatların tedavi amaçlı ameliyatlar kategorisine dahil edilebilmesi için, ameliyatın hastanın normal görüntüsünü güzelleştirmek maksadıyla değil[28], var olan şekil bozukluğunu ortadan kaldırmak amacıyla yapılması gerekir.[29] Bu durumda ameliyat masrafları yasal sigorta kurumu tarafından karşılanır.[30]

Buna karşılık hastanın normal görüntüsünü güzelleştiren bir ameliyat, hastanın psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle yapılmışsa, bu ameliyat hekim açısından estetik ameliyat olarak nitelendirilmelidir. Zira baştan beri dile getirildiği gibi, ameliyatın (hekim açısından) birincil amacı, rahatsızlığın ortadan kaldırılması değil, normal olan hastanın görünüşünün daha da güzelleştirilmesidir.[31] Yan netice olarak hastanın psikolojik rahatsızlığının giderilmesi, ameliyatın estetik ameliyat olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Bu tür ameliyatların masrafları prensip olarak yasal sigorta kurumu tarafından karşılanmaz.[32]

5. Hasta ile Tedavi Uygulayan Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

Alman hukukunda hekim ile hasta arasında teşhis ve/veya tedavi amacıyla hekimce gerçekleştirilen uygulamaları konu edinen *hekimlik sözleşmesi*nin[33] hukuki niteliği herhangi bir yasada belirlenmemiştir.

28 Karş. BSGE 93, s. 352.

29 *Lorz*, s. 42.

30 Alman Federal Sosyal Mahkemesi 10.2.1993- 1 RK 14/92 tarihli kararında, hasta psikolojik olarak tamamen normal olan dış görünüşünü kendisine takıntı yapmış ve bunu değiştirmek için estetik ameliyat arzuluyorsa, bu psikolojik rahatsızlığın (takıntının) tedavisi estetik ameliyatla değil, psikiyatrik ve psikoterapik metodlarla yapılmalıdır. Bu yüzden yasal sigorta kurumu hastanın estetik ameliyat masraflarını üstlenmek zorunda değildir. Karş. BSG, NJW 1993, s. 2399.

31 *Lorz*, s. 42.

32 Karş. BSG, NJW 1993, s. 2399.

33 Kavram terminolojik olarak Almancada "Arztvertrag", "Behandlungsvertrag" ya da "Vertrag über Heilbehandlung" şeklinde ifade edilmektedir.

Hekimlik sözleşmesinin niteliğini belirleme yüksek yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır. Alman hukukundaki hakim görüşe göre hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki Alman Medeni Kanunu (BGB) § 611 vd. gereğince bir *hizmet sözleşmesi*ne dayanmaktadır. Hizmet sözleşmesinde hizmet edenin edimi belirli veya belirsiz süre için hertürlü işgörme faaliyeti olabilir. Buna karşılık hizmet alanın borcu ise, belirli bir ücretin ödenmesidir.

Hekim ile hasta arasındaki tedaviyi konu alan hekimlik sözleşmesi Alman Medeni Kanunu § 611'ye göre güvene dayanan ***nitelikli*[34] *hizmet sözleşmesi*[35]** olarak değerlendirilmektedir[36]. Bu meyanda tedaviyi uygulayan doktorun aile hekimi olması ile belediye hastanesinde ya da üniversite kliniğinde görevli bir hekim[37] olması arasında, ilişkinin hukuki niteliği bakımından herhangi bir fark söz konusu olmamaktadır.[38] Bu sözleşmede hekim hastaya karşı, hastanın iyileştirilmesi yönünde bir netice değil, meslek kurallarına uygun bir tıbbi uygulamanın (müdahalenin) yapılacağı borcunu üstlenir.[39] Hekim hastasına tedavi yapıldığı zamandaki tıp biliminin ulaştığı standartlarda, özenli bir teşhiş ve tedavi hizmeti sunmak ve aynı zamanda hastaya güvenlik (tedavi) ve

34 Bir sözleşmenin nitelikli hizmet sözleşmesi kategorisine dahil edilebilmesi için, sözleşmenin konusu olan işgörme faaliyetinin ortalamanın üstünde bir meslek bilgisini, mahareti gerektirmesi ya da bilimsel bir eğitimi şart koşması veya önemli derecede hayal gücü veya esneklik gerektirmesi ve bu özeliklerinden dolayı hizmet verene üstün bir statü kazandırması lazımdır. Karş. AG Köln, t. 3.3.1993-113 C 549/92, NWJ-RR 1993, s. 1207; ***Tuma, Jörg/Stamm, Sina***, VersR 2008, s. 176. Hekimler, diş hekimleri, diş teknisyenleri, mimarlar, mühendisler ve sanatçıların edimleri bu tür nitelikli hizmetlerin ifasıdır. Hekimlik sözleşmesinde hasta, (Alman Medeni Kanunu § 627 gereğince) hekime duyduğu güvenden dolayı ona nitelikli hizmetin yapılması görevini vermektedir. Güzellik salonunda çalışan ve laser ile vücuttaki istenmeyen tüylerin alınmasını sağlayan kişinin hizmeti nitelikli hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. ***Tuma/Stamm***, VersR 2008, s. 176.

35 BGH, BGHZ 76, s. 261; 97, s. 277; 100, s. 367; ***Laufs/Uhlenbruck***, § 98 Anm. 1; : **Bamberg/Roth/*Spindler***, Beckscher Online- BGB Kommentar, § 823 Anm. 586 (01.11.2008 tarihli 11. Versiyon); ***Giesen, Dieter***, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1995, Anm. 7 s. 7 ve orada anılan yazarlar.

36 Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG München) tesadüfen kaza mahallinde bulunan hekimle (davalı) Chiemsee gölüne düşen iki yaşındaki bir çocuk (davacı) arasında tedavi sözleşmesinin Alman MK § 611'e dayanarak kurulmadığına hükmetmiştir. Mahkeme haklı olarak kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: „Davalı doktor sıfatıyla değil, bilakis herhangi bir üçüncü şahıs sıfatıyla, boş zamanını değerlendirdiği anda ve tesadüfen, kazadan kaynaklanan acil durumla karşı karşıya kalmıştır." Eyalet Yüksek Mahkemesi hekimin faaliyetinin temelinde sözleşmeye dayalı bir ilişki olduğunu belirtmiş ve bu ilişkiyi Alman MK § 662'de yer alan ücretsiz vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Karş. OLG München NJW 2006, s. 1884. Aynı yöndeki görüşler için karş. ***Roth, Herbert***, Der Arzt als Samariter und das Haftungsrecht, NJW 2006, s. 2814 vd.

37 Kliniklerde ise sözleşmenin tarafı orada görev yapan hekim değil, kliniğin taşıyıcısıdır.

38 BGH, BGHZ 76, 259, 261; 97, 273, 277; 100, 363, 367; ***Laufs/Uhlenbruck***, § 98 Anm. 1; **Bamberg/Roth/*Spindler***, Beckscher Online- BGB Kommentar, § 823 Anm. 586; ***Giesen***, Anm. 7 s. 7 ve orada anılan diğer kaynaklar.

39 Hekimin mesleki hedefi olanca gücüyle tedaviyi gerçekleştirmeye çalışmak, acıları dindirmek, en ideal tedavi sonucunu elde etmeye çalışmak ve hastaya zarar vermekten kaçınmaktır. Ancak hekimin, tabiat olaylarının grift olması nedeniyle iyileştirme ya da tedavi etme borcu altına girmesi söz konusu değildir. Karş. **Geigel/*Wellner, Wolfgang***, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl. München 2008, § 823 Anm. 211.

otonomi (karar) aydınlatması yapmakla yükümlüdür.[40] Hastanın tedavi edilip edilemeyeceği hekimin hakimiyet alanı dışında cereyan eden pek çok faktöre bağlıdır. Tedavi başarısını etkileyen faktörlerin başında ise *hastanın psikolojik ve fiziksel durumu* gelmektedir.[41] Hekimin tıbbi müdahalesi, örneğin hastayı ameliyat etmesi tedavi için gerekli faktörler zincirinin sadece bir halkasını oluşturduğundan, hekimin hastanın tedavisi yönünde bir sonuç üstlenmesi objektif olarak olanaklı değildir.[42]

6. Hasta ile Estetik Cerrah Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

a) Yüksek Yargı Kararlarında ve Doktrinde Konuya İlişkin Görüşler

Alman hukukunda hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin hizmet sözleşmesi olduğu konusunda hemen hemen fikir birliği oluşmasına karşın, hasta ile estetik cerrah arasındaki hukuki ilişkinin neteliği konusunda doktrin ve yargı kararlarında iki görüş savunulmaktadır. Alman hukukçulardan bir kısmı bu ilişkiyi *istisna (eser) sözleşmesi*[43] olarak nitelendirirken, diğer bir kısım yazarlar[44] ise aradaki ilişkinin *hizmet sözleşmesi*ne dayandığı görüşünü savunmaktadır.[45]

Alman hukukunda hizmet sözleşmesinin konusu, ücret karşılığı belirli veya belirsiz bir süre için bir faaliyetin özenle yapılmasıdır. Oysa istisna sözleşmesinde üstenilen borç, Alman MK § 631 gereği belirli bir eserin imal edilmesi ya da değiştirilmesi olabileceği gibi, bir iş veya hizmet sonunda belli bir neticenin ortaya çıkarılması da olabilir. Bu haliyle

40 ***Geiss, Karlmann/Greiner, Hans-Peter***, A 3; ***Gehrlein, Markus,*** Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. München 2006, A 4. Karş. BGH NJW 1987, s. 1479; NJW 1995, s. 777.

41 OLG Zweibrücken, t. 10.3.1980- 4 U 76/82 NJW 1983, s. 2095; OLG Celle t. 20.05.1985- 1U 33/84, NJW 1987, s. 2306

42 ***Laufs/Uhlenbruck*** § 39 Anm. 10; **Sorgel, Hans/Siebert, Wolfgang/*Teichman***, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4/1, 12. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1998, vor § 631 Anm. 38; ***Anders, Monika/Gehle, Burkhard***, Das Recht der freien Dienste, Vertrag und Haftung, Berlin/New York 2001, s. 40. ***Katzenmeier, Christian,*** Arzthaftung, Tübingen 2002, s. 100; ***Lorz***, s. 73.

43 **Sorgel/*Teichmann,*** § 631 Anm. 39; **Bamberg/Roth/*Voit,*** § 631 Anm. 11; **MünchKomm/*Müller-Glöge,*** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, §§ 611-704, 4. Aufl. München 2005, 611 Anm. 44; ***Barnike, Wilhelm,*** Zur aerztlichen Aufklaerungspflicht bei kosmetischen Operationen und deren Rechtsnatur, VersR 1989, s. 236.

44 **Palandt/*Putzo***, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. München 2007, vor § 611 Anm. 18; **Bamberg/Roth/*Fuchs,*** vor § 611 Anm. 13; ***Laufs/Uhlenbruck*** § 39 Anm. 39; ***Martis, Rüdiger/Winkhart, Martina,*** Arzthaftungsrecht, Köln 2007, s. 66; ***Lorz***, s. 70 vd; ***Anders/Gehle***, s. 45; ***Schütz, Wolfram/Dopheide, Oliver***, Fehlerhafte medizinische Behandlung und aerztliche Honoraranspruch, VersR 2006, s. 1440; ***Teumer, Jörg/Stamm, Sina***, Rückyalungsansprüche bei Ausbleiben des gewünschten Behandlungserfolgs kosmetische Behandlungen am Beispiel der dauerhaften Haarentfernung durch Photoepilation, VersR 2008 s. 174.

45 Aradaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendiren yargı kararları için karş. OLG Zweibrücken, t. 10.3.1980- 4 U 76/82 NJW 1983, s. 2094; OLG Celle t. 20.05.1985- 1U 33/84, NJW 1987, s. 2306; OLG Köln, VersR 1988, s. 1049; 1998, s. 1510; OLG Koblenz, NJW-RR 1994, s. 53; OLG Hamburg t. 22.12.2000-1 U 41/00, MDR 2001, s.799; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002 s. 1605.

hizmet sözleşmesinin konusu oluşturan faaliyet, istisna sözleşmesinde sadece üstenilen sonuca ulaşmak için bir araçtır. Bu nedenle estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olarak kabul edildiğinde, hekim istenilen estetik sonucun ortaya çıkmaması durumunda, sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak bunun için hekimin, ameliyatı tıp biliminin gereklerine uygun ve özenle gerçekleştirmesi ve hastanın onamını almış olması gerekmektedir. Buna karşılık hukuki ilişkiyi istisna sözleşmesi olarak nitelendirdiğimizde, hekim beklenilen estetik sonucun ortaya çıkmamasından dolayı hastaya karşı sorumlu olacaktır.

b) Konuya İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesine dayanan bir akit ilişkisi olarak nitelendirmek *hakkaniyete ve tarafların menfaatine* en uygun çözüm yoludur. Zira taraflar arasındaki ilişkiyi eser sözleşmesinden kaynaklanan bir akdi ilişki olarak nitelendirmek, adil olmayan sonuçlar doğuracağı gibi, bazan bu olanaksız da olmaktadır. Buna ilişkin gerekçelerimizi üç başlık altında toplamak mümkündür:

aa) Estetik Neticenin Cerrah Tarafından Elde Edilmesi Olasılığı

Biraz önce de kısaca değinildiği gibi hekimin hastayı tedavi etmesi ya da estetik ameliyatın başarılı olması, hastanın psikolojik ve fiziksel durumu başta olmak üzere hekimin etki alanının dışındaki pek çok dış faktöre bağlıdır. Nitekim estetik cerrah, Alman yargı kararlarında[46] da sıkça dile getirildiği gibi, "canlı bir organizma üzerinde ameliyat uygulamaktadır". Canlı organizmanın tedavi ve ameliyat sırasında ve sonrasında nasıl bir değişim göstereceği önceden tahmin edilemez. Bu yüzden hekimin işin mahiyeti gereği, başarılı sonucu garanti etmesi çoğu zaman objektif olarak olanaklı değildir.[47] Üstün yetenekli estetik bir cerrah, tıbbın ulaştığı en gelişmiş metod ve teknolojileri kullansa dahi, ameliyatla estetik bir sonuca ulaşma olasılığı hiçbir zaman yüzde yüz değildir.[48] Hekimin yaptığı ameliyat, estetik sonucu etkileyen ve önceden öngörülemeyen faktörler zincirinin sadece bir halkasıdır.

Bu nedenle estetik cerrah özenli ve tıp standartlarına uygun bir

46 Karş. OLG Celle t. 20.05.1985- 1U 33/84, NJW 1987, s. 2306; OLG Zweibrücken, t. 10.3.1980- 4 U 76/82 NJW 1983, s. 2094; OLG Köln, VersR 1988, s. 1049.

47 Bu yüzden Alman Federal Mahkemesi 9.12.1974 t. ve VII-YR 182/ 73 sayılı kararında, diş hekiminin sadece diş protezinin teknik üretimine ilişkin akte aykırılık durumlarında, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olacağı sonucuna varmıştır, VersR 1975, s. 347. Karş. OLG Zweibrücken, t. 10.3.1980- 4 U 76/82 NJW 1983, s. 2094. Aynı görüş için karş. ***Schellenberg, Frank***, Zumutbarkeit der Behandlungsfortsetzung –Kriterium für die Rechtsfolgen einer fehlerhaften yahnprothetischen Behandlung? VersR 2007, s. 1343.

48 ***Laufs/Uhlenbruck***, § 39 Anm. 39; ***Anders/Gehle***, s. 45; ***Katzenmeier***, s. 99; ***Lorz***, s. 74.

ameliyata rağmen, arzu edilen estetik neticeye ulaşamamışsa, bundan sorumlu olmamalı ve başarızlık riskini hasta taşımalıdır. Buna karşılık estetik cerrahın herhangi bir tedavi hatası ya da kural ihlali sonucunda, beklenilen estetik netice ortaya çıkmamışsa, bundan estetik cerrah sorumlu olmalıdır. Hasta ile estetik cerrah arasındaki *en adil risk dağılımını* hizmet sözleşmesi sağladığından, aradaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir.[49]

bb) Estetik Ameliyat Yaptıran Hastanın Beklentileri

Hastalığı nedeniyle doktora müracaat eden kimsenin beklentisi, tekrar sağlığına kavuşmak veya hastalığının kötüleşmesinin engellenmesi ya da en azından çektiği acıların dindirilmesidir. Hastanın, hastalığını tedavi ettirmeye karar vermesinde, ister istemez içinde bulunduğu sağlık durumu belirleyici rol oynamaktadır. O halde hastanın tedavi kararı, doktorun iyileşme konusunda hastaya garanti verip vermemesine bağlı değildir. Hasta için önemli olan, iyileşme ihtimalinin teorik de olsa var olmasıdır.

Buna karşılık estetik ameliyat hastası ise, tekrar sağlığına kavuşmak için değil, daha da güzel görünmek için, estetik cerraha başvurmuştur. Bu ameliyat yapılmazsa hasta sağlığından birşey kaybetmeyecek, fakat daha az güzel görünmeye devam edecek. Hastaların çoğunda *güzelliğin sağlıktan daha çabuk ulaşılabilecek ve para ile satın alınabilecek bir değer* olduğuna dair bir yanlış beklenti vardır. Bu beklenti haklı bir beklenti olmadığından, sözleşmenin konusu da yapılmamalıdır.[50] Hasta, estetik ameliyatlarda hedeflenen estetik bir görüntünün, insan organizmasının nasıl bir reaksiyon göstereceği önceden kestirilemeyeceğinden, kesin olarak taahüt edilemeyeceğini bilir veya en azından bilmesi gerekir. Bu nedenle estetik ameliyat hastasının haklı ve korunmaya değer beklentisi, *cerrahın tıbbi standartlara uygun ve özenli bir operasyon yapacağı* yönünde sınırlandırılmalıdır.[51] Bu da ancak aradaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda söz konusu olur.

bb) Estetik Ameliyat Karşılığında Cerraha Ödenecek Ücret

Hasta ile estetik cerrah arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak kabul ettiğimizde, cerrah özenli ve tıp biliminin gereklerine göre hatasız bir ameliyat yapmasına rağmen, hedeflenen estetik görüntü ortaya

49 Aynı sonuç için bkz. ***Lorz***, s 74. Karş. ***Laufs/Uhlenbruck*** § 39 Anm. 10.
50 Aynı sonuç için bkz. ***Lorz***, s. 75.
51 ***Lorz***, s. 75.

çıkmamışsa, ücret almaya hak kazanır. Oysa aradaki hukuki ilişkinin istisna akti olduğunu kabul ettiğimizde estetik cerrahın ücrete hak kazanması ancak, hastanın yapılan işi kabul etmesi şartına bağlıdır (Alman MK § 641). İstisna sözleşmesinde estetik cerrah, hedeflenen estetik sonuca ulaşamamışsa, yaptığı ameliyat için ücret talep edemeyeceği gibi, koşullar oluşmuşsa hastaya maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda da kalacaktır. Bu yüzden aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmek, biri biriyle "çatışan hasta ve estetik cerrah menfaatlerini adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde dengelemek" için en elverişli yoldur.[52]

c. Sözleşmeyle Hasta ile Estetik Cerrah Arasındaki İlişkinin İstisna Akdi Olduğunun Belirlenmesi

Kara Avrupası hukukunun temel prensiplerinden biri olan ***sözleşme serbestisi prensibi*** gereği, hasta ve estetik cerrah aralarındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğunu sözleşmede açıkça hükme bağlayabilirler. Ancak sözleşmede bu konuda bariz bir hüküm bulunmuyorsa, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini tespitte (Alman MK § 133 ve § 157 göre) taraf iradeleri hakkaniyet kuralları ve o konuda geçerli olan örf ve adet kuralları da dikkate alınarak yorumlanmalıdır. İrade beyanlarının yorumlanmasında, beyanların sözcük anlamı yanında tarafların "haklı beklentileri" ve "sözleşme ile ulaşmak istedikleri hedefleri" de dikkate alınmalıdır.

Estetik cerrah estetik bir sonuca ulaşacağını, ***hastaya açıkça garanti etmişse***, aradaki hukuk ilişkinin eser sözleşmesi[53] olduğunu kabul etmek gerekir. [54] Estetik cerrah tarafından verilen bu tür estetik netice garantisi ancak, başarısızlık riski oldukça düşük olan "yüz gerdirme" (Faceliftings), "burun düzeltme", "göğüslere silikon takılması", "kepçe kulak" gibi klasik estetik ameliyatlar için söz konusu olabilir.[55] Buna karşılık hekimin ***genel nitelikte olan bir başarı sözü vermesi***, özellikle başarısızlık riski daha fazla olan ameliyatlarda, aradaki sözleşmenin istisna sözleşmesi olarak yorumlanması için yeterli olmamalıdır.[56]

Köln Eyalet Mahkemesi[57] estetik cerrahın, estetik burun ameliya-

52 ***Katzenmeier***, s. 102. Karş. ***Lorz***, s. 76 vd.

53 ***Laufs/Uhlenbruck***, § 39 Anm. 32; ***Lorz***, s. 78 vd; ***Anders/Gehle***, s. 45; ***Teumer/Stamm***, VersR 2008 s. 174.

54 ***Laufs/Uhlenbruck*** § 39 Anm. 32; ***Lorz***, s. 78 vd; ***Anders/Gehle***, s. 45; ***Teumer/Stamm***, VersR 2008 s. 174.

55 ***Lorz***, s. 79.

56 Karş. ***Laufs/Uhlenbruck*** § 39 Anm. 32; ***Lorz***, s. 79.

57 OLG Köln, t. 17.09.1987- 7 U 58/87, VersR 1988, s. 1049.

tından önce hastasına ***"çok güzel bir düzgün buruna sahip olacaksınız"*** şeklindeki sözlerini açık bir başarı sözü olarak nitelendirilemeyeceğine ve bundan dolayı aradaki ilişkinin istisna akdi olmadığına hükmetmiştir.

Aynı şekilde bir karın sıkılaştırma-gerdirme ameliyatından önce, estetik cerrahın hastasına ***"endişe etmenize gerek yok, ameliyattan sonra harika görüneceksiniz"*** sözlerini, Hamburg Eyalet Mahkemesi[58] hekimin hastaya estetik sonucu açıkça taahhüt ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

7. Estetik Cerrah ile Hasta Arasında Sözleşmenin Kurulması

a. Sözleşmenin Kurulduğu An

Hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların birbirine uygun iki irade açıklamasına gerek vardır. Uygulamada genellikle açık irade beyanları yerine fiili icap ve kabul söz konusu olmaktadır. Hastanın tedavi amacıyla, doktorun muayenehanesine girmesi zımni bir irade beyanında bulunduğu anlamına gelmektedir. Hekimin hastayı muayene etmeye başlamasıyla (fiili kabul) da tedavi sözleşmesi kurulmuş olur.[59] Sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir.[60]

Buna karşılık hastanın estetik ameliyat amacıyla hekime başvurmasında durum farklılık arzetmektedir. Uygulamada estetik cerrahın hastaya tatbik ettiği tıbbi müdahale, normal tedavi uygulamalarından farklı olarak üç aşamada gerçekleşmektedir. Birinci aşamada hasta vücudunun belirli bir yerini estetik ameliyat ettirmek isteğiyle doktora başvurur. İkinci aşamada kısa bir ön muayeneden sonra, estetik cerrah hangi tıbbi müdahalalerin mümkün olduğu ve bunların fiyatları hakkında hastayı bilgilendirir ve akabinde taraflar belli bir estetik ameliyatın yapılması konusunda anlaşırlar. Estetik cerrah genellikle daha sonraki bir randevuda (ki bu üçüncü aşamayı oluşturur) ameliyat süreci ve riskleri hakkında hastayı aydınlatır ve hasta ameliyat için onam verir. Acaba taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi hangi aşamada meydana gelmiştir?

Alman doktrinindeki bir görüş haklı olarak sözleşmenin kurulduğu an olarak ikinci aşamayı kabul etmektedir.[61] Bu aşamada taraflar belli bir ameliyatı kararlaştırmamışlarsa bile, taraflar arasında bir temel söz-

58 OLG Hamburg, t. 29.12.2005 1 W 85/05, MDR 2006 s. 873.
59 ***Laufs/Uhlenbruck***, § 41 Anm. 10; ***Anders/Gehle***, s. 54; ***Gehrlein***, A4.
60 ***Anders/Gehle***, s. 54.
61 ***Lorz***, s. 60.

leşme kurulmuş sayılır ve bu temel sözleşmenin içeriği üçüncü aşamada daha somut belirlenir.[62]

Taraflar hekimin ücreti konusunda bir anlaşmaya varmamışlarsa, Hekimlik Asgari Ücret Tarifesindeki (GOA) ücretler esas alınır.[63]

b. Sözlesmenin Tarafları

Estetik cerrah, hastayı hastaneye yatırmadan ameliyat edecekse, bu durumda ilişkinin tarafları estetik cerrah ve ameliyat olacak hastadır. Buna karşılık ameliyat bir hastanede yapılacaksa, sözleşme ilişkisi hastanenin taşıyıcısı kişi veya kurum arasında kurulmuş olur. Türk hukukundan farklı olarak, örneğin bir üniversite veya belediye hastanesinde ameliyat olan hasta ile hastane arasında kamu hukuku ilişkisi değil, özel hukuk ilişkisi kurulur.[64] Ameliyatı yapan doktorun sorumluluğu ise Aman Medeni Kanununun § 278 ve § 831 'de düzenlenen "ifa yardımcısı" ve "adam çalıştıranın sorumluluğu" hükümlerine göredir.

Almanya'daki estetik ameliyatların çoğunda hastanın bir süre hastanede kalması gerekir. Estetik cerrah hastasını kendisine ait olmayan ve kendisinin de personeli olmadığı bağımsız bir hastanede ameliyat etmişse, hasta ile cerrah arasındaki hizmet sözleşmesine ilave olarak, hasta ile hastane arasında da hastane sözleşmesi kurulmuş olur. Bu ilave sözleşmede hastahanenin edimi, hastaya yatak verilmesi, onun bakımı ve ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.[65]

Başlangıçta da belirtildiği gibi estetik ameliyatların % 10'unda hasta 18 yaşın altındadır. Estetik ameliyat 18 yaşından küçük birine ugulanmışsa, bu durumda sözleşmenin tarafları kim olacaktır? Eğer çocuğun ebeveynleri çocukla beraber estetik cerrraha başvurmuşlarsa, bu durumda (Alman MK § 328 gereği) ebeveynler *çocuk lehine yapılan sözleşme*nin tarafı sayılırlar.[66] Buna karşılık çocuk tek başına hekime müracaat etmişse, sözleşme çocuk ile hekim arasında kurulmuş olur. Ancak sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için anne-babanın yasal temsilci sıfatıyla onayı gereklidir.[67]

8. Sözleşmenin Feshi ve Estetik Cerrahın Ücreti

Alman hukukunda adi hizmet sözleşmesi MK § 626 gereği *haklı se-*

62 ***Lorz***, s. 60.
63 Alman Medeni Kanunu § 612 f. 2 hükmünden hareketle GOA 'da belirlenen asgari fiyatlar uygulanır.
64 ***Gehrlein***, A 12; ***Lorz***, s. 67.
65 ***Gehrlein***, A 20; ***Lorz***, s. 67.
66 ***Laufs/Uhlenbruck*** § 40 Anm. 24; ***Martis/Winkart***, s. 69; ***Gehrlein*** A5: ***Lorz***, s. 63.
67 ***Laufs/Uhlenbruck*** § 40 Anm. 17; ***Anders/Gehle***, s. 169; . ***Lorz***, s. 63.

beplerin varlığı durumunda her iki tarafça da, sözleşme süresinin bitimi beklenmeden feshedilebilir.

Ancak estetik ameliyatları da kapsayan nitelikli hizmet sözleşmesi, haklı bir sebep olmaksızın da *her zaman* fesehedilebilir. Zira niteliklı hizmet sözleşmeleri güvene dayanan sözleşmelerdir. Hukuksal ilişkide güven unsuru ortadan kalktığında, taraflardan sözleşmenin bitimine kadar beklemeleri istenemez. Hastanın, güven duymadığı bir hekimle sözleşmesel ilişkisini derhal bitirebilmesi gerekir. Fesih için ek koşulların aranması durumunda, hastanın anayasal hakkı olan ***kendi geleceğini belirleme hakkı***na da sınırlandırma getirilmiş olur ki, bu kabul edilemez.[68]

Hasta, estetik müdahale tam tamamlanmadan, örneğin saç ekimi işleminde, sözleşmeyi feshetmişse, estetik cerrah o zamana kadar uyguladığı tedavinin ücretini almaya hak kazanır. Ancak hekim, sözleşmenin feshine kendi kusurlu davranışı[69] ile neden olmuşsa ve hekimin kısmi edimi, fesihden dolayı genel ve objektif olarak hasta için bir anlam ifade etmiyorsa[70], hekimin ücret alma hakkı olmayacaktır (Alman MK § 828 f. 1 cümle 2).[71]

9. Estetik Cerrahın Sözleşmenin İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğu

Alman hukukunda (MK § 280) sözleşmede yer alan asıl edim yükümlülüklerinden birini kusurlu olarak ihlal eden taraf[72], karşı tarafın bundan dolayı uğradığı zararını tazmin etmek zorundadır. Estetik amaliyat sözleşmesinde hekimin borçları arasında özenli bir tıbbi müdahale uygulamak, hastaya otonomi aydınlatması yapmak, ameliyatın masrafları hakkında hastayı aydınlatmak[73] gibi edimler yer almaktadır.

Ancak zarar görenin, uğradığı zararı tazmin ettirebilmesi için karşı tarafa sözleşmenin akde uygun ifası konusunda bir "süre tanıması" ve

68 ***Schellenber,*** VersR 2007, s. 1346.

69 Örneğin hekim estetik müdahaleden önce hastaya otonomi (karar) aydınlatması yapmamış ve hasta bir kaç aşamayı kapsayan bir kırışık tedavisi sırasında, tedavinin oldukça riskli olduğunu öğrenmişse ve bu nedenle sözleşmeyi feshetmişse, bu durumda hekimin kısmi ücret hakkı doğmayacaktır.

70 Yani hastanın bu kısmi edimden bir çıkarı yok ise. Örneğin hekimden kaynaklanan bir tedavi hatasında, hasta laser epilasyonu uygulamasına son vermişse, uygulamayı yapan estetik cerrahın o zamana kadarki yaptığı hizmetin karşılığı olan ücreti almaya hak kazanmayacaktır. Zira yarım kalan bir estetik uygulamada hastanın menfaati yoktur ve onun için bu uygulama bir anlam da ifade etmez. Benzer örnekler için bkz. ***Teumer/Stamm,*** VersR 2008 s. 174 vd; ***Schellenber,*** VersR 2007, s. 1343 vd.

71 ***Schütz/Dopheide,*** VersR 2006, s. 1440; ***Schellenber,*** VersR 2007, s. 1346; ***Teumer/Stamm,*** VersR 2008 s. 176

72 Bu sözleşmenin pozitif ihlali anlamına gelmektedir.

73 Masraflar konsunda hastayı aydınlatma yükümlülüğü tedavi sözleşmesideki yan edim yükümlülüğü niteliğindedir.

"bu sürenin neticesiz (semeresiz) geçmiş olması" gerekir. Fakat estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişki güvene dayandığından, hastanın hekime, tedavi hatasından kaynaklanan ameliyatın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırılması için bir süre tanıması, doğal olarak (Alman MK § 281 f. 2) beklenemez.[74] Bu durumda hekim hatası (tedavi hatası=sanat hatası) bulunan estetik ameliyatlarda hasta, cerrahın hatalı ameliyatını düzeltmek için gerekli olan ikinci ameliyat masraflarını doğrudan (hata yapan) estetik cerrahdan talep edebilecektir.[75]

Estetik cerrahın kusurundan dolayı beklenen estetik netice ortaya çıkmamışsa, hekimin aldığı ücretin zarar olarak görülüp, bunun iadesinin gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş hekimin bu durumda da ücrete hak kazandığı yönündedir.[76] Gerekçe olarak ise, ödenen ücret ile olumsuz netice arasında *uygun bir illiyet ilişkisinin bulunmadığı* ileri sürülmektedir.[77] Ayrıca ikinci ameliyat masraflarını estetik cerrahdan alan hasta, ödediği ücreti geri aldığı takdirde iki defa aynı zararın tazmini söz konusu olacaktır.[78] Bunun dışında Estetik cerrah özenli ve tıbbın ulaştığı standartlarda bir ameliyat yapmasına karşın, beklenilen estetik sonuç ortaya çıkmamışsa, maddi ve manevi tazminat gündeme gelmeyecektir.

OTURUM BAŞKANI - Değerli Hocam, renkli, akıcı ve aydınlatıcı konuşmanız için teşekkür ediyoruz. Şimdi ben sözü Doçent Doktor Çağlar ÖZER hocama veriyorum. Buyurun hocam.

74 ***Lorz***, s. 81.

75 ***Schütz/Dopheide***, VersR 2006; ***Teumer/Stamm***, VersR 2008 s. 177.

76 Ödenen ücretin sözleşmenin pozitif ihlalinden dolayı hizmet alana (iş sahibine) geri ödenmesi konusundaki görüşler için bkz. ***Kramer, Wolfgang***, Keine Vergütungspflicht bei fehlendem Interesse an der Dienstleistung infolge Schlechterfüllung-dargestellt am Beispiel des Arztvertrags, MDR 1998, s. 324 vd. s. 331.

77 ***Schütz/Dopheide***, VersR 2006, s. 1442; ***Lorz***, s. 217 vd.

78 ***Schütz/Dopheide***, VersR 2006, s. 1440.

TÜRK HUKUKUNDA ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ İKTİSADİ VE İDARİ BİLİMLER FAKÜLTESİ

I-GİRİŞ:

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Öncelikle tüm katılımcıları saygıyla selamlıyor ve hoş geldiniz diyorum. Bu vesileyle bu önemli kurultayın hazırlanmasında katkıları bulunan herkesi kutluyor ve davetlerinden dolayı da kendilerine şükranlarımı sunuyorum.

Tebliğimizin konusunu estetik amaçlı cerrahi müdahale dolayısıyla hekim ile hasta arasında oluşan hukuki ilişkinin Türk Hukuku açısından nitelendirilmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan ana kavramlar estetik cerrah ve hasta kavramları ile bu tıbbi müdahaleden doğan hukuki ilişki kavramıdır. Bu belirtilenler arasından önce hukuki ilişki kavramından başlayalım: Sosyal yaşamın düzenlenmesi yine sosyal bir gereksinimden kaynaklanır ve bu düzenleme sosyal düzen kuralları aracılığıyla olur. Bu anlamda kişiler arasında sosyal bir ilişkiye dayanmayan sosyal düzen kuralı da düşünülemez. Sosyal ilişkiler ise içeriğine göre farklı nitelikte olabilir. İşte bu söz edilen ilişkilerden kişiler arasında hukuksal sonuçlar doğuranlarına "hukuki ilişki" adı verilmektedir.[1]

İkinci olarak belirlenmesi gereken husus, bu hukuki ilişkinin estetik (güzellik) amaçlı cerrahi müdahale nedeniyle gerçekleşen bir ilişki

1 Bkz. Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2004, s. 208. Hukuki ilişki kavramının genel olarak "Hukuken düzenlenmiş yaşam ilişkileri" biçiminde tanımlandığı ve bu tanımlamanın eksikliklerine ve "gerçeğin bir kesitini" içeren yaklaşımına ilişkin olarak bkz. Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2002, s. 26, N. 54.

olduğudur. Yani ortada estetik cerrahi amaçlı bir tıbbi müdahale bulunmaktadır. Bu durumda öncelikle tıbbi müdahale kavramının da açıklanması gerekir.

Tıbbi müdahale kavramı öğretide "tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet" biçiminde tanımlanmaktadır. "Bu faaliyetler en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere (ameliyatlara) kadar uzanır"[2] Bu tanımda yer alan "doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik" olgusu önem taşır. Çünkü geleneksel anlayıştan farklı olarak tıbbi müdahale günümüzde tedavi, teşhis ve koruma amacı dışında başka amaçlarla da yapılabilmektedir. Bu anlamda konumuzu oluşturan (güzelleştirme amaçlı) estetik müdahaleler, kürtaj buna örnek olarak verilebilir. Bu tip müdahalelerde kişinin sağlık kazanması birincil amaç değildir. Hastaya yapılacak müdahalenin, tıbbi müdahale sayılabilmesi ve hukuka uygun hale gelmesi için hastanın rızasının alınması ve aydınlatılmasının yanında öncelikle tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişilerce gerçekleştirilmiş olması da gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin tedavi, teşhis ya da hastalıktan korunma amaçları olabilir. Müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için bu sayılan amaçlardan birine yönelik olması aranır. Ayrıca tıbbi müdahale tıp bilimince kabul görmüş genel ilke ve kurallara göre yapılmalıdır.[3] Bu anlamda ve kavramın tanımlanmasına yönelik olarak öğretide ileri sürülen düşünceleri kapsayıcı bir biçimde tıbbi müdahale, "tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişim..." [4] *olarak tanımlanabilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahale ise "Bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen, ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara, yara izi, asimetrik, ortalamanın üzerindeki veya altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen"*[5] müdahalelerin tümüdür[6].

2 *Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5.*

3 Ayan, Tıbbi Müdahaleler, s. 5 vd.; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 72; Çakmut, Özlem Y., Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007 (s. 1-32), s. 7.

4 Özpınar, Berna , Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007, s.17.

5 Bkz. Özay, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 23 ve dn. 17'de anılan eserler.

6 Türk Plastik Rekonstrüktif Cerrahi ve Estetik Cerrahi derneğinin internet sayfasında yer alan bilgiler

II-Estetik Amaçlı Cerrahi Müdahaleden Doğan İlişki

Estetik cerrahi amaçlı müdahalenin tarafları kural olarak estetik cerrah ve hastadır. Estetik cerrah hekimdir. Hasta ise en geniş anlamıyla" hekimin müdahalede bulunduğu kişi" demektir.[7]Bu bağlamda hekim, hukuk düzeni tarafından[8] kendisine tıp mesleğini icra etme ve dolayısıyla da tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilmiş olan kişidir.[9] Hekimler bu konudaki mevzuat gereği pratisyen hekim ve uzman hekim olarak ayrılırlar. Uzman hekimler, kendi uzmanlık alanlarına göre adlandırılırlar ve bu dala ilişkin cerrahi müdahaleleri yapabilirler. Tüm plastik cerrahlar uzmanlık eğitimleri sırasında aynı zamanda estetik cerrahi eğitimi görürler ve bu operasyonları yapmakta tek yetkili cerrahlardır. Zorunluluk hali dışında pratisyen hekimlerin cerrahi müdahalede bulunması ya da hekimin kendi uzmanlık alanının dışında cerrahi müdahalede bulunması, müdahalenin tıbbilik niteliğini ortadan kaldırmasa da hekime yüklenen özen yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilir.[10]

Estetik cerrahi deyimi çoğu kişi açısından duyduğunda kafasında belirli canlanmalar oluşturacak bir sözdür. Ancak kavramsal açıdan bakıldığında bu konuda bazı tanımlama zorlukları ile karşılaşılabilir. Estetik amaçlı ya da güzellik amaçlı müdahale sözünde geçen "estetik" ya da "güzellik" kavramından ne anlaşılması gerektiği her zaman kolaylıkla söylenemeyebilir.

Estetik amaçlı müdahale kavramına tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk açısından bakıldığında bu durumun bedensel bütünlükte bi-

göre estetik cerrahinin uğraşı alanları şunlardır:" Estetik ve fonksiyonel burun düzeltilmesi (rinoplasti, septorinoplasti), yüz yenileştirme (yüz germe- göz kapağı ve ağız çevresi revizyonları, kırışıklıkların tedavisi), endoskopik yüz-alın germe, kaş kaldırılması, göz kapağı estetiği (blefaroplasti, kepçe kulak ve kulak kepçesindeki diğer estetik problemlerin düzeltilmesi, çene büyütme ve küçültme operasyonları (Mentoplasti, deride skar (yara izi) ve düzensizliklerin giderilmesi, saç ekimleri- replasmanları, lazer uygulamaları (Yüz soyma, lekelerin ve damar malformasyonlarının giderilmesi, estetik meme operasyonları :Büyütme, küçültme ve dikleştirme, aşırı deri-derialtı yağ dokusunun azaltılmasına yönelik operasyonlar (liposuction- lipektomi), karın germe (abdominoplasti), bacak kontur düzeltme (yağ alınması, enjeksiyonları veya bacak implantları ile, implantlarla (yumuşak dokuya uygulanan protezler) kontur düzeltmeleri (Kalça ve uyluk implantları, erkekte pektoral (göğüs) implantlar- bacak implantları gibi), cilt bakımları ve girişimleri". (http://tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.28.0.html. Erişim Tarihi 06.11.2008)

7 Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler, s. 20.

8 Türk Hukukuna göre ülkemizde hekimlik yapabilmek için tıp fakültesi mezunu ve hekimlik diploması sahibi olmak, Türk vatandaşı olmak, Türk Tabibler Birliği'na kayıtlı olmak, hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli bir engeli bulunmamak gerekmektedir.

9 Bkz. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 6. Bu konudaki daha ayrıntılı bir tanıma göre hekim " Hukuk düzeni tarafından, insan ya da hayvan hastalığı, anormalliği, eksikliği, farklılığı, işlevsizliği, davranış bozukluklarını, yarattığı ızdırapları teşhis etme, giderme, önleme, etkilerini azaltma; vücut üzerinde ilaç, el, alet veya sair araçlarla teşhis, tedavi veya sair amaçlı müdahalede bulunma yetkisinin verildiği kişiler..." dir. (Özay,Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale , s. 19'dan nakleden).

10 Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 6.

çimsel değişiklik doğuran ve güzellik amacının ön planda yer aldığı hekim müdahaleleri olduğundan söz edilmektedir. Bu çerçevede bu kavram içine cerrahi müdahalenin unsurları arasında yer alan "neşter"in kullanıldığı "kanlı" müdahaleler girdiği gibi, kırışıklıkların giderilmesi ya da dudak büyütmede olduğu gibi enjeksiyon (akıtma) yoluyla gerçekleşen "kansız" müdahaleler de girmektedir. Ne var ki ikinci grupta yer alan ve dövme, piercing, saç kesimi gibi hekime özgü müdahale sayılmayan müdahaleler çok istisnai durumlarda bu kapsamda değerlendirilir. Aynı zamanda sağlık amaçlı müdahalelerin yanı sıra estetik amaçlı müdahaleler bedensel gücün arttırılması, cinsel kimliğe kavuşulması ya da ceza takibinden, askerlik görevinden kaçılması amacıyla değiştirilmesi hallerindeki biçim değişikliği sonuçlu müdahaleler de bu kapsamda değerlendirilmez.[11] Estetik amaçlı müdahalelerdeki temel amaç dış görünümün güzelleştirilmesidir.

Estetik amaçlı müdahalelerde tedavi amacı yeteri derecede ön planda olmadığı ileri sürülerek bu tür müdahalelerin tıbbi müdahale sayılamayacağı, dolayısıyla beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle hukuka aykırılığın ortadan kalkmayacağı ileri sürülmektedir. Hâlbuki estetik amaçlı müdahale, kişinin doğuştan var olan ya da sonrada ortaya çıkan görünüm bozukluklarını düzeltme amacına yönelik tıbbi müdahaleler[12] olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Sağlık amaçlı müdahalelerden estetik amaçlı müdahaleleri ayıran karakteristik özellik işte bu noktada yer almaktadır.[13]Genel olarak estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin beden sağlığının korunmasından çok, bedendeki istenmeyen duruma müdahale edilerek ruhsal bütünlüğü korumaya yöneldiği kabul edilir. Bu çerçevede sağlık kavramının bedensel ve ruhsal sağlığı kapsayacak biçimde kullanılması halinde, estetik amaçlı müdahalenin ruhsal sağlığın korunmasına yönelik olmasından söz edilebilir. Buna bağlı olarak da beden bütünlüğüne yönelik müdahaleye izin verilmesi halinde, estetik amaçlı müdahalelerin de tedavi niteliği kabul edilecek ve müdahale hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır.[14] Estetik amaçlı müdahalelerde beden sağlığını dolaylı olarak koruma amacının varlığı nedeniyle, amaca uzaklık arttıkça müdahalenin hukuka uygunluğunun da azaldığından

11 Lorz, Sigrid, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Berlin 2007, s. 27.

12 Bkz. Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982, s. 100; Ayan, Tıbbi Müdahaleler, s. 34.

13 Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, s. 27,28.

14 Karş. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 34. Estetik müdahalenin ahlaka aykırı kabul edilmediği hakkında bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 164.

söz edilmektedir.[15] Buna karşılık para kazanmak, şöhret kazanmak, sansasyon (dalgalanma) yaratmak gibi amaçlarla yapılan müdahalelerin hukuka aykırı sayılmaları kabul edilir.

III-Estetik Amaçlı Müdahaleden Doğan İlişkinin Niteliği

A-Genel Olarak

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de sonuç olarak tıbbi müdahale olarak nitelendirildiğinde,[16] bu ilişkinin hukuksal sonuçlar doğurması söz konusu olacaktır. Bu ilişkinin hukuksal niteliğine göre de ilişkiye uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi söz konusu olacaktır. Bu ilişkinin -özel hukuk açısından bakıldığında- sözleşmeden, haksız fiilden, vekâletsiz iş görmeden ya da sözleşme öncesinde sosyal temastan doğan güven ilişkisinin ihlalinden (culpa in contrahendo) kaynaklandığından söz edilebilir. Bu çerçevede bir tıbbi müdahalenin estetik amaçlı olarak nitelendirilebilmesi hemen her zaman hastanın arzusunu gerekli kıldığı için, bir sözleşme ilişkisi ile karşı karşıya kalınır. Beden bütünlüğünün ihlalinin hukuka aykırılık doğurması dolayısıyla sözleşmeye aykırılığın aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu durumlarda, kusurun derecesinin özen yükümünün niteliğine göre belirlenmesi gibi her müdahalede somut olarak tespit edilecek olguların dışında, estetik amaçlı tıbbi müdahaleden doğan ilişki çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak estetik amaçlı müdahaleye yönelik sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi özel bir sorunsalı da beraberinde getirmektedir.[17] Her ne kadar olağan tıbbi müdahaleler açısından Türk Hukukunda hasta ile

15 Karş. Ayan. Tıbbi Müdahale, s. 34.

16 Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 33.

17 Estetik müdahalelere ilişkin sözleşmenin nasıl nitelendirilmesi gerektiği sorunsalı yalnızca Türk hukuku açısından değil aynı zamanda bir davranış yükümlülüğü ve bir sonuç yükümlülüğü ayrımı yapan kara Avrupa'sı ülkeleri için de geçerlidir. Avusturya'da estetik amaçlı müdahaleler serbest, yasayla düzenlenmemiş hizmet sözleşmeleri olarak nitelendirilir. Eser sözleşmelerinde § 1165 ABGB – aynı şekilde §631 BGB de olduğu gibi- sonuç borçlanılır iken, §1153 ABGB de düzenlenen hizmet sözleşmeleri -§611 BGB den farklı olarak- aynı zamanda sadece talimata bağımlı sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri kapsar. Buna bağlı olarak Avusturya mahkeme kararlarında bu sözleşme yasada tipik olarak düzenlenmemiş, hekimin mesleki kurallara, nesnel standartlara uygun müdahalesinin üstlenildiği ama belirli bir sonucun borçlanılmadığı sözleşme olarak nitelendirilir. Fransa'da hekimin cerrahi müdahale içerikli tıbbi müdahale sözleşmesinden (contrat medical) doğan sorumluluğu vasıta borcu (obligation de moyens) oluşturup bir sonuç borcu (obligation de resultat) doğurmaz. Buna karşılık kısmen gerçekleşecek değişiklikler de söz konusu olabilir. Örneğin hekim belirli bir estetik sonucun gerçekleşmesini değil de en azından görünümde doğacak değişikliği borçlanmış olabilir. Buna karşılık İspanya'da estetik amaçlı müdahaledeki tıbbi edim çoğunlukla sonuç borcu (obligacion resultando) olarak nitelendirilir. Aynı zamanda Yunanistan'da da estetik amaçlı müdahaleye ilişkin sözleşme hekimin sonucun gerçekleşmemesinden dolayı sorumluluğunun doğduğu eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, s. 70, 71 ve orada anılan eserler.

hekim arasındaki sözleşmenin hukuksal niteliği kesin bir sonuca oturtulamamışsa da, önemli bir çoğunluk bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu ya da en azından BK md. 386/II atfı dolayısıyla bu sözleşmeye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir.[18] İsviçre Hukukunda da baskın görüş bu şekildedir.[19]Bu çerçevede sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş (atipik) bir sözleşme olduğu düşüncesinin yanı sıra sözleşmenin kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden olduğu düşüncesi de ileri sürülmüştür.[20] Kanunda düzenlenmiş sözleşmedir görüşünü ileri sürenlerin temel çıkış noktası bu sözleşme ile kural olarak bir ücret karşılığında bir işin görülmesinin üstlenilmesidir. Ücret karşılığında bir işin görülmesi aralarında hukuksal nitelik açısından farklılıklar olan hizmet, eser (istisna) ya da vekâlet sözleşmesini oluşturabilir. Bu sözleşmeler kanunda düzenlenmiş (tipik) sözleşmelerdir.

Doğrudan tedavi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye ilişkin olarak ortaya çıkan sözleşme ilişkisi ile dolaylı tedavi amacıyla ortaya çıkan (estetik amaçlı) tıbbi müdahalelere ilişkin sözleşmelerin hukuksal niteliğinin aynı olduğundan söz edilebilir. Ne var ki Türk Hukukunda öğreti ve uygulamada[21] baskın şekilde bu sözleşmenin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi söz konusu iken özellikle mahkemeler estetik amaçlı müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğine vurgu yapan kararlar verilmektedir.[22]

18 . Bkz. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 55, 56; İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.64; Sarıtaş, Hatice, Hasta hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 35; Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s.24;Demir, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008 içinde (s. 153-160), s. 154; Zeytin, Zafer, Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler, İstanbul 2007 (s.96-117) s. 101. Mahkeme kararları da bu yöndedir. Bkz. Y.13.HD, E. 1994/8557, K. 1994/2138, T. 4.3.1994; "Doktorun mesleğini icrada özen borcuna aykırılık sebebiyle açılan tazminat davasının temelini vekillik sözleşmesi oluşturur." Y. 4. HD., E. 1993/8557, K. 1994/2138, T. 4.3.1994; Y.13. HD.,E. 2005/3645, K. 2005/11796, T. 8.7.2005; Y.13. HD., E. 2004/12088, K. 2005/1728, T. 7.2.2005. Hekim hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olmasına karşılık estetik operasyonlarda hekimin sonucu garanti ettiği görüşü için bkz. Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 17. Tıbbi müdahalenin türüne göre vekalet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği düşüncesi için bkz. Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale, s. 47.

19 Diş hekimi ile hasta arasındaki sözleşme, eğer diş hekimi, muayene, tanı, zamanın seçimi, müdahalenin biçimi ve bunun gibi amaca ulaşmak için gerekli uygulama davranışlarını kendi inisiyatifi ile belirlediği ve sorumluluğu üzerine aldığı bir davranış biçimi yükümlenmişse bir vekâlet sözleşmesidir. Olası eserin müdahale çerçevesinde imali vekâletin bir parçasını oluşturur ve Art 398 Abs. 2 OR hükmünde yer alan sadakat ve özen borcuna uygun biçimde yerine getirilmelidir (BGE 110 II 375 S. 376).

20 Bu konuda bkz. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 51 vd.

21 Y. 13. HD. E. 1993/13, K. 1993/274, T. 5.4.1993; Y. 15. HD, E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 3.11.1999.

22 "Estetik ameliyatlarda, ameliyat yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir." Y.13. HD., E. 1993/131,K. 1993/274, T. 5.4.1993; "Doktorun estetik amaçlı vücuda müdahalesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğundan, koldaki dövme izini tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır." Y. 15. HD., E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 3.11.1999; "Davacı, doğum sonrası karın bölgesinde oluşan deformasyonların giderilmesi amacıyla

B-Olağan Hekimlik Sözleşmesi- Estetik Cerrahi Amaçlı Hekimlik Sözleşmesi İlişkisi

Bu çerçevede olağan hekimlik sözleşmeleri ile estetik cerrahiye ilişkin hekimlik sözleşmelerinin aralarında bulunan bir takım farklılıklara dikkat çekilebilir. Bu ayrım noktalarından birisi tedavi ve iyileştirme amacıyla yapılan her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınmasına gerek olmadığı halde estetik amaçlı müdahalelerde her zaman hastanın rızası aranması gereğidir. Bunun dışında tedavi ve iyileştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahalede hekim hem mesleki bir yükümünü yerine getirip hem kendisine tanınan yetki dolayısıyla hareket ederken, estetik amaçlı müdahalede bulunan hekim sadece kendisine tanınan yetkiye dayanmaktadır.[23] Aynı zamanda estetik amaçlı operasyonlarda kişinin isteği üzerine ya da yapılacak işlem özellikle o kişi için önemli bir zarara yol açabilecekse aydınlatmanın kapsamı daha geniş tutulmalıdır.[24]Son olarak yasal temsilcinin onayı gereken tıbbi müdahaleler açısından bakıldığında, estetik müdahaleler özel alanlardan birisini oluşturur. Bu çerçevede estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından yasal temsilcinin yetkisinin olmadığı kabul edilir.[25]

Bu sayılanlara eklenebilecek aslında en önemli fark bu iki sözleşme arasında hukuksal nitelik farkının olması, dolayısıyla uygulanacak hukuk kurallarının farklı olması hususudur. Bu durum estetik amaçlı cerrahi müdahaleye ilişkin sözleşmenin istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi halinde ortaya çıkar. Acaba bu sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilir mi? Aşağıda bu konuda bir yanıt aranmaya çalışılacaktır.

C- Estetik Amaçlı Müdahaleden Doğan İlişkinin Niteliğine İlişkin Görüşler

Öğretide hekimlik sözleşmesinin, dolayısıyla da estetik cerrahi amaçlı hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler ileri

davalının kendisini ameliyat ettiğini, ancak istenen sonucun sağlanamadığını iddia ederek maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Dosya kapsamından estetik amaçlı ameliyat hususunda tarafların sözleştikleri anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşme yapmaktaki asıl amaçları belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. O halde taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi ilişkidir. Yüklenici eseri fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar şekilde yapmalıdır. Yüklenici eserdeki ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumludur. Somut olayda, ameliyattan istenen sonuç alınamamıştır. Buna rağmen davalının kusuru olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." Y. 15. HD., E. 2005/7988, K. 2006/3417,T. 8.6.2006;

23 Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1997, s.53

24 Alkanat, Murat B., T. Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sted 2002, cilt 11, sayı 5, s. 178.

25 Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 159 ve orada anılan eserler.

sürülmüştür[26]. Bunlardan aşağıda sadece hizmet, istisna ve vekâlet sözleşmesi bağlamında açıklamalarda bulunulacaktır.

Hizmet sözleşmelerinde işçi ile işveren arasında bir "tabiiyet bağı"nın bulunduğu, bir hizmet ediminin belirli ya da belirli olmayan bir süre için vaadolunması karşılığında bir ücret ödenmesinin karşılaştırılması söz konusudur. Alman hukuku açısından baskın olarak kabul edilmesine karşılık, hukukumuz açısından bu gün hasta ile hekim arasında sözleşmeye dayanan ilişkinin bir hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığı genel olarak kabul edilen bir düşüncedir.[27] Bu düşüncenin temelinde her şeyden önce hekim ile hastayı bağlayan belirli ya da belirsiz bir zaman sürecinin söz konusu olmayıp tedavinin gerçekleşmesinin temel amaç olduğu anlayışı yatmaktadır.

Eser (istisna) sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre " İstisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder". Bu çerçevede eser sözleşmesi ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen, şekle bağlı olmayan ani edimli bir sözleşme olarak ortaya çıkar. Bu sözleşmenin asli unsurlar müteahhidin iş sahibi adına bir eseri ortaya çıkarmayı üstlenmesi iş sahibinin de bunun karşılığında bir ücret ödemesidir.

Hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğinin istisna sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı meselesine Tandoğan şu şekilde yaklaşmaktadır. "Her şeyden önce, maddi olmayan bir sonuç , ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilebilmeye elverişli olduğu taktirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir...tedavide belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan , gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenebilmesine elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden ...dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahi bir ameliyata , hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgisi olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemezler. Estetik ameliyat sınırda kalan hal olmakla birlikte, onda da cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekâlet hükümleri uygulanmalıdır."

26 Bu konuda bkz. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 49 vd. ; Şenocak,Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 18 vd.; Yavuz İpekyüz, Hekimlik Sözleşmesi, s. 56 vd.; Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale, s. 29 vd.

27 Bkz. Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 54; Şenocak, , Hekimin Sorumluluğu, s. 19; Tandoğan,Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,C. II, Ankara 1987 , s. 376.; Sarıtaş, Hekimin Sorumluluğu, s.34.

Öğreti ve uygulamada çoğunluk tarafından hekimlik sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilen vekâlet sözleşmesi Borçlar Kanununda tanımlanmıştır. Buna göre "Vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler" (BK 386/I). Bu sözleşme ile vekile müvekkilinin çıkarlarına ve iradesine uygun bir sonuca yönelen işin görülmesini, sonucun başarısızlığı riski kendisine ait olmamak üzere ve nispeten bağımsız olarak üstlenmesi anlamına gelmektedir.[28] Yapılan bu açıklamalar ışığında vekâlet sözleşmesinin unsurları şu şekilde belirlenebilir:

Sözleşmenin konusunu bir iş görmenin oluşturması

İş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi riski taşınmadan belli bir sonuca yönelik olarak yapılması,

Tarafların her hangi bir şekle bağlı olmadan açık ya da örtülü olarak anlaşmaları.

Yukarıda da değinildiği gibi olağan tedavi (hekimlik) sözleşmesi açısından bakıldığında ortada bir vekâlet sözleşmesi olduğu görülür. Hekim hastası ile arasındaki sözleşme gereğince tedaviye yönelik maddi bir fiilin yapılmasını (iş görme), örneğin ameliyat yapılmasını, her hangi bir süreye bağlı olmadan ve sonucu garanti etmeksizin nispeten bağımsız olarak üstlenmektedir.[29]

Hizmet sözleşmesinde işin bir zaman kaydına bağlı olarak yapılması, istisna sözleşmesinde ise sonucun gerçekleşmemesi riskinin vekile ait olmaması unsurları vekâlet sözleşmesi ile ayırt etmeye yarayan unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. [30]

Estetik amaçlı cerrahi müdahalenin sonunda ortaya çıkacak sonucun eser olarak kabul edilebilmesi, dolayısıyla da bu ilişkiye eser sözleşmesinin hükümlerinin uygulanabilmesi için sonucun (eserin) önemli iki unsuru içinde barındırması beklenir. Buna göre öncelikle bu sonucun objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olması gerekmektedir. İkincisi ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için teslim ve muayenenin (yoklamanın) gerçekleşebileceği maddi bir biçimde cisimlenmesi (tecessüm etmesi) gereğidir. Öğretide estetik cerrahiden doğan müdahale ile ortaya çıkan sonucun bu unsurları içinde barındırmaması nedeniyle bu sözleşmenin istisna sözleşmesi olamayacağı kabul

28 Tandoğan, Borçlar Hukuku, C. II, s. 356 .
29 Bkz. Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 27.
30 Tandoğan, Borçlar Hukuku, C. II, s. 363.

edilmektedir.[31] Buna bağlı olarak estetik amaçlı bir müdahalenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde, hasta tarafından istenen estetik sonuç gerçekleşmiş olmasa bile, özenle gerçekleştirildiği ve hastanın da geçerli bir biçimde rıza gösterdiği bu müdahale dolayısıyla hekimin sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık hekimin müdahalesine temel oluşturan sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilirse hekim estetik sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş olur ve gerçekleşmeyen estetik sonuç nedeniyle sorumlu olur. Vekâlet sözleşmesiyle vekil (hekim) sadece özenli biçimde gerçekleşecek işin görülmesini üstlenmişken, eser sözleşmesinde yüklenici bir sonucun gerçekleşmesini üstlenmektedir. Bu anlamda vekâlet sözleşmesinde borçlunun ediminin içeriği borçlunun davranışı biçiminde, eser sözleşmesinde ise borçlunun davranışı amacın gerçekleşmesine yönelik bir araç biçimindedir. Her iki durumda da sonuca ulaşmak sözleşme saiki iken, sadece eser sözleşmesinde bu saik aynı zamanda sözleşmenin konusunu da oluşturur.[32] Ancak hekim -hasta ilişkisi, farklı bilinç düzeyleri olsa da iki taraflı bir ilişki arz eder. Hekim mümkün olan özeni göstermesine karşın estetik sonucun gerçekleşmesini sağlayamaz, çünkü bu durum büyük ölçüde her bir hastanın bünyesine -çok sınırlı müdahale edilebilir, yönlendirilebilir faktör olarak- bağlıdır. Bu durumda hekim sadece kendisi tarafından etki edilebilen özene aykırı davranışından sorumlu tutulur ve hastanın da buna bağlı olarak ortaya çıkan estetik sonucun gerçekleşmemesi riskini taşıması çıkarlar dengesine uygun risk dağılımı düşüncesine dayanır. Ne hastanın beklentisi ne hekimin tazminat borcunun özellik arz eden kapsamı, tarafların kendi alanlarına göre belirlenecek risk dağılımının değiştirilmesini haklı kılar.

SONUÇ

Hekim ile hasta arasında ortaya çıkan ilişkiye uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bu ilişkinin hukuksal olarak nitelendirilmesi gerekliliğini doğurur. Bu ilişki haksız fiil, vekaletsiz iş görme, sözleşme öncesi güven ilişkisi ya da çoğunlukla karşılaşıldığı gibi bir sözleşme ilişkisi olarak ortaya çıkar. Sözleşme ilişkisinde sözleşmeyi oluşturan asli unsurların belirlenmesi, sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesi özellikle de sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlarının çizilmesi açısından önem taşımaktadır.

31 Bkz. Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 24.

32 Karş. Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, s. 28.

Hukukumuzda olağan (sağlık amaçlı) hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliği hususunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır. Hem öğreti hem mahkeme kararları bu sözleşmeye vekâlet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna karşılık estetik cerrahi amaçlı tıbbi müdahaleye yönelik sözleşme ilişkisi hususunda bu görüşten ayrılmalar yoğun bir biçimde görülmekle birlikte, mahkemelerimiz tarafından da bu sözleşmenin istisna sözleşmesi olduğuna ilişkin kararlar verilmektedir.

Sorunun özünü hekimin tıbbi müdahalesinin -bu müdahale estetik amaçlı olduğu durumlarda daha kolay olarak- sonucunun hekim tarafından taahhüt edilebilip edilemeyeceği meselesi oluşturmaktadır. Kanaatimize göre müdahalenin estetik amaçlı olması da kural olarak insan bedeninin yapısal olarak önceden tartılamaz özelliğini ortadan kaldıramaz. Bu durumda hekim vekil sıfatıyla -estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde özellikle artırılmış- özen ve sadakat yükümlerine uygun olarak ve tıp biliminin ulaştığı seviye bağlamında sonuca yönelik işi görülmemesinden dolayı sorumludur. Buna karşılık sayılan yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen insan bedeninin öngörülemezliği dolayısıyla gerçekleşmeyen sonuçtan dolayı sorumlu olmayacaktır. İstisnai olarak tıp bilimi açısından sonucun garanti edilebilirliğinin kabul edildiği estetik amaçlı cerrahi müdahaleler açısından, hekimin sonucu garanti eden iradesinin bulunması halinde bu sözleşmeye istisna sözleşmesi olarak bakılması mümkün sayılabilecektir.

KAYNAKÇA

Alkanat, Murat B., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sted 2002, cilt 11, sayı 5.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2004.

Çakmut, Özlem Y., Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007.

Demir, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, (s. 153-160) Ankara 2008,

Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1997.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.

İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

Lorz, Sigrid, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Berlin 2007.

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2002.

Özay, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2006.

Özpınar, Berna , Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982.

Sarıtaş, Hatice, Hasta hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005.

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

Tandoğan,Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,C. II, Ankara 1987.

Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2000.

Zeytin, Zafer, Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler, İstanbul 2007.

OTURUM BAŞKANI - Çağlar Hocam, güzel sunumunuz için teşekkür ediyoruz. Şimdi ben sözü "Estetik Cerrahi Hekiminin Hukuki Sorumluluğu" konusundaki tebliğini sunmak üzere Sayın Avukat Bedia Boran'a bırakıyorum. Buyurun efendim.

ESTETİK CERRAHİ HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

AV. BEDIA BORAN

Bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen, ben, kıl sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlı, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara, yara izi asimetrik, ortalamanın üzerindeki ve altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen tıbbi müdahalelere "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale" denir.

Belgesay'ın tanımına göre estetik ameliyat; "vücudu daha güzel daha biçimli, daha sevimli bir hale getirme veya sakatlanmış bir uzvun yerine vazifesini görebilecek suni bir uzuv yerleştirme ameliyatlarıdır".

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler:

Bedensel Rahatsızlığı giderme amaçlı (yanık surat, yara izi) Hukuka uygun müdahalelerdir.

Bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikteki rahatsızlıkları giderme amaçlı,(Burun küçültülmesi, silikon vs) beden ve ruh sağlığı bir bütün olarak ele alındığından hukuka uygunluğu savunulmaktadır.

Salt güzelleşme amaçlı estetik müdahaleler: Çoğu yazar ruhsal açıdan dahi olsa tedavi amacı taşımayan bu müdahaleleri hukuka aykırı saymaktadır.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılmasında, tedavi amacının ön şart teşkil etmeyeceğini düşünenler her üç müdahale türünü de hukuka uygun bulmaktadır.

ESTETİK AMAŞLI MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ:

Estetik amaçlı müdahalelerin konu edildiği hekimlik sözleşmelerinde hasta ve hekimden oluşan tarafların tıp bilimini konu alan diğer düzenlemelerle beraber Borçlar Kanunun istisna sözleşmesi hükümleri çerçevesinde belirlenmiş hak, borç ve yükümlülüklere tabi olacaklardır.

Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde " istisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde imalini iltizam eder." istisna Sözleşmelerinde sözleşmeye egemen olan anlayış **belli bir sonucun meydana getirilmesidir. İşin ayıpsız teslimi** sözleşmenin doğal sonucudur. **Sözleşmenin ana unsuru ücrettir.** İstisna sözleşmesinde genel olarak **hekim işi sonuna kadar yapmak zorundadır.**

İstisna sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. İki taraf arasında hizmet sözleşmesindeki gibi yoğun bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir. Eser kapsamına bir binanın inşası, tiyatro eserinin sahneye konulması, saç kesilmesi de girebilir. Bu sözleşmede iş görme, sonucu elde etmeye yani eseri meydana getirmeye yöneliktir. Müteahhidin borcu sonuç borcu olduğundan, taahhüt edilen sonuç ortaya çıkmadan sözleşme yerine getirilmiş olmaz..

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisine dayalı tedavi sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin en önemli neden **"bir eserin meydana getirilmesi"** hususudur. Hekimlik sözleşmesinde hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması kaydıyla hastaya yerinde ve yeterli tıbbi müdahalede bulunması halinde tedavinin sonuç itibariyle başarılı olup olmaması önemli olmayacaktır.İstisna sözleşmesinde ***Sonucun elde edilmemesine ilişkin riziko müteahhide ait olduğu halde, tedavi sözleşmesinde hekimin böyle bir sorumluluğu yoktur.***[1]

Hekimlik faaliyeti objektif olarak mahiyeti gereği taahhüt edilmeye elverişli değildir. Hekimlik Sözleşmesi istisnai hallerde istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Hekimliğin bazı alanlarında özellikle estetik amaçlı müdahalelerde istisna sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir.

Yargıtay estetik amaçlı müdahalelerde yaklaşımı sonucun taahhüt edilip edilmemesinin yanı sıra, tıbbi müdahalenin vasfına göre değer-

1 Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin hukuki Sorumluluğu, s.42

lendirme yapmaktadır. Yargıtay HGK'nun 1964 tarihli kararında, hekimin hastanın beynindeki tümörü başarılı bir şekilde almayı taahhüt etmesine rağmen, anılan işlemin eser meydana getirmek, bir şey yapmak, takmak veya tamir etmek niteliğinde olmadığından davalı hekimin ameliyat neticesini taahhüt etmesinin durumu değiştiremeyeceğini olayın BK 386/2. maddesi gereği vekalet niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay sonucu taraflarca kararlaştırılan biçimdeki bir burun ameliyatın istisna sözleşmesi hükümlerine tabi olduğuna karar vermiştir. (Y 13 HD. E. 1993/131,K. 1993/2741,T. 05.4.1993) Yargıtay diş protezini istisna sözleşmesi kapsamında ele almıştır. "... Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, Borçlar Yasasının 355. maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir " istisna " sözleşmesidir." (Y 15 HD. E. 2004/3331,K. 2005/698,T. 14.2.2005)

ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERİN ÖZELLİKLERİ:

Hukuki niteliğin istisna sözleşmesi olarak belirlenmesi üzerine hekim, bir müteahhit gibi sorumlu olacaktır. Bu ayrımın en önemli unsuru hekimin taahhüt ettiği sonuç gerçekleşmediği sürece borç ifa edilmiş olmayacak, tıp bilimi tarafından kabul edilen özenli biçimde emek verilmesi, edimin yerine getirilmesi için yeterli olmayacaktır.

Estetik müdahalelerin istisna sözleşmesi hükümlerine tabi sayılması ile hekim ayıba karşı tekeffül borcunun doğması ve hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin tenzili gibi birtakım seçimlik haklara sahip olması, yapılan hukuki tasnifin ikinci önemli neticesini oluşturmaktadır.

Estetik ameliyatlarda ameliyatı yapan doktor estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki sözleşme istisna sözleşmesidir. İstisna sözleşmesinde de, vekalet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur. Bunun yanı sıra, estetik müdahalelerde hekimin hastayı aydınlatma ve sır saklama borçlarının diğer tıbbi müdahalelere nazaran daha geniş tutulması da müdahalenin niteliğine ilişkin önemli bir unsuru teşkil etmektedir.

Müteahhidin özen borcunun kapsamının çoğu kez vekile nazaran daha geniş tutulması ve tıbbi müdahale sırasında kullandığı malzemelerden (silikon, diş, dolgu malzemesi) satıcı gibi sorumlu tutulması gibi farklar hekimin sorumluluğunu arttıracaktır.

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ:

Teşhis koyma, uygun tedaviyi seçip uygulama, sadakat ve özen, sır saklama, kayda geçirme gibi yükümlülükler hekimlik mesleğinin doğal sonucudur.

HEKİMİN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ SORUMLULUĞU:

Estetik müdahalenin zorunluluk teşkil etmemsi hekime kaçınma hakkı tanımakta, tehlikenin büyüklüğü ve rızaya rağmen müdahalede bulunmanın hukuka aykırı sayılması nedeniyle sebebiyle hukukun izin verdiği risk anlamında hekimin sorumluluğunun daha ağır olduğu görüşü yaygındır. Hekimin riskin varlığı halinde hastasının ısrarına rağmen müdahaleden kaçınması gerekmektedir.

Eser meydana getirme borcu

Hastayı aydınlatma borcu: Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi hastanın müdahaleye rıza göstermesidir. Kural olarak tıbbi müdahale hastanın gereği gibi ve tam olarak aydınlatılması sonucu "aydınlatılmış rıza"nın verilmesi üzerine yapılır.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde ise, operasyon neticesinin, hastanın beklentisini karşılayıp karşılamayacağını, tüm riskleri, görsel, işitsel anlamda öngörülen şekli, müdahalenin verebileceği ezayı, komplikasyonları ve benzeri hususları anlatmak anlamında özellikle riziko aydınlatması büyük önem arz etmektedir. Fransız hukukunda estetik müdahalelerde hekimin kuvvetlendirilmiş aydınlatma borcundan söz edilmektedir.

Hukukumuzda da estetik müdahalelerde kimi zaman diğer yöntemlere göre tehlikeli ve ağır sonuçlar doğurması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğünün daha kapsamlı biçimde yerine getirilmesi, hastaya bu ameliyatın etkileri, sonucu ve bütün tehlikeleri ayrıntılarıyla anlatılmalıdır.

Sadakat ve özen borcu: Hekimin hastanın yararına davranışta bulunması, ona zarar verecek davranışlardan kaçınması, onun çıkar ve değerlerine saygılı olması dürüst davranmasını kapsar. Sadakat yanında hekim hastasına karşı özenli hareket etmekle de yükümlüdür. Estetik müdahalelerde, çoğunlukla zorunluluk unsurunun olmaması ve kimi müdahale türlerinin ağır sonuçlar doğurması sebebiyle, özen borcunun kapsamı daha da genişler. Zira tehlike arttıkça özen borcu da artar.

Somut olaydaki davranışının, mensubu bulunduğu ihtisas sahasına dahil ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranış tarzından sapma niteliği taşımadığını, yani kusursuz olduğunu ispat külfeti hekimin üzerindedir.

Kayıt tutma borcu: Hekim, tıbbi müdahalede bulunduğu hastaya ilişkin belge, rapor, tetkik, vs. bilgileri kayda geçirerek ilgili belgeleri saklamak zorundadır.

Sır saklama borcu: Hekim teşhis, tedavi ve müdahale esnasında öğrendiği hastasına ait sırları gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Hastanın rızası bu borcun istisnasıdır. Sırların açıklanması kişisel değerlere saldırı oluşturacağından maddi ve manevi açıdan zararların ortaya çıkması mümkündür.

Şahsen ifa borcu: Bu tür müdahalelerin yapısı ve konusu gereği hekimin tecrübesi, el becerisi ve mahareti önem arzettiğnden, hekimin şahsen ifa borcunun önemi büyüktür.

-Araç, gereç ve malzeme sağlama borcu

-Genel ihbar yükümlülüğü

-İşe zamanında başlama, devam etme ve işi teslim borcu

-Ayıba karşı tekeffül borcu

ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK:

Hekimin bu çerçevede sorumlu tutulması hali üç durumda mümkündür.

İlk olarak, hekim uyguladığı tıbbi müdahale **esnasında** hastanın, iznini almak mümkün olmaksızın **estetik müdahalede** bulunması halidir.

Hekim estetik müdahalede bulunurken hastanın rızasını almaksızın **bir başka estetik müdahalede** bulunabilir.

Hekim estetik müdahale esnasında, hastanın sağlığı açısından tehlikeli gördüğü bir durumu bertaraf etmek, **yani tedavi amacıyla** başak bir tıbbi müdahale gerçekleştirebilir.

Hekim hr üç durumda da tıbbi müdahalelerdeki kusurundan vekaletsiz iş görme hükümleri dahilinde sorumlu olacaktır.

HEKİMİN HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU:

Estetik müdahalelerde hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu

ile diğer hekimin tıbbi müdahalelerdeki haksız fiilden doğan sorumluluğu arasında hukuki bir fark yoktur. Bu nedenle aşağıda yapılan genel açıklamalar estetik müdahaleler için de geçerlidir.

Hekim ile hasta arasında ne sözleşme ilişkisinin ne de vekaletsiz iş görme şartlarının bulunmadığı durumlarda sorumluluk meselesi BK'nun 41 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre çözülecektir. Haksız fiil sorumluluğu da kusura dayanan ve kusura dayanmayan olmak üzere ikiye ayrılır.

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkacak haksız fiil sorumluluğu kusura dayalı bir sorumluluk halini oluşturur. Hastanın akli ve bedensel bütünlüğüne zarar veren her tür müdahale BK nun 41. maddesine göre haksız fiildir. Hasta ile hekim arasında sözleşmeye aykırı hastaya zarar veren her davranış haksız fiil olduğundan sözleşme ve özleşme dışı sorumluluk yarışacaktır.

Hekimlere karşı genellikle fiziki zarar nedeniyle tazminat davası açılmaktadır. Başkasının ruh ve beden bütünlüğüne zarar vermek yasaktır. Bu yasak "kimseye zarar verme" ile ifade edilen temel koruma normundan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple hekimin hastanın vücut bütünlüğünü ihlali **hukuka aykırılık, fiil, zarar, kusur, illiyet bağının** varlığı ise haksız fiil teşkil etmektedir.

Zarar: hekim hastaya verdiği her türlü zararı tazminle yükümlüdür. Sözleşme ve sözleşme dışı sorumlulukta zararı ispat yükü hastadadır. Müdahale sonucu hasta maddi ve manevi açıdan zarar görebilir.

SONUÇLARI, SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI VE SONA ERMESİ:

Sorumluluğun unsurları:

Hukuka aykırı fiil: Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde (hastanın rızası, hastanın menfaatine hareket kamu gücünün hukuka uygun kullanılması) akit dışı sorumluluk ortadan kalkar.

Sözleşmenin gereği gibi yada hiç ifa edilmemesi yönündeki her davranış hukuka aykırıdır.

Zarar: İstisna sözleşmesine tabi hekimlik sözleşmelerinde taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi, yani ayıbın varlığı halinde zararın niteliği önem kazanır.

Sözleşmeden dönme, ücretten indirim, onarım hakları edim-karşı edim dengesini sağlamaya yöneliktir.

İlliyet Bağı: Sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında bağlantı olmalıdır.

Kusur: Hekimin sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğudur. Yargıtay, kusurun ölçüsü olarak tedbirli bir hekimin davranışlarıyla karşılaştırma yapılması kriterine önem vermektedir.

Kusur kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Hekimlerin kasta yönelik davranışları bulunmamaktadır. BK 96. maddesi hekimin kusurlu olduğunu varsaydığından, kusursuzluğunu ispat hekime düşer.

Bahsedilen kusurdan **meslek kusuru** anlaşılmalıdır. **Meslek kusurundan söz edebilmek için, hekimin, tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralı çiğnemesi, o kurala aykırı hareket etmesi gerekir.** Bunun içinse uygulanacak tedavi yöntemlerinin seçiminde en azından bir ihmalin, tıbbi özen borcuna aykırı davranışının bulunması gerekir.

Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranıştan sapmıyorsa, meslek kuralının objektif ihlaline rağmen artık kusurdan dolayısı ile meslek kusurundan söz edilemez.

SORUMLULUĞUN SONUÇLARI:

Hekim ortaya çıkan maddi ve manevi zararı tazmin etmelidir. Sorumluluğun akte dayanıp dayanmamasının BK 98 göre bir önemi bulunmamaktadır.

Maddi Tazminat: Hekim hastanın yapmak zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma gücünün kaybından doğan zararları, iktisadi yeteneğinin kaybından doğan zararları karşılamak zorundadır. Zarara hastanın da katkısı varsa tazminattan indirim yapılır.

Manevi Tazminat: Manevi zarar elem ızdırap hastanın yaşama sevincinin azalmasıdır. Manevi zarar adı altında yapılan ödemeler zararın tazmini olmayıp manevi tatmin ile acının dindirilmesi ve azaltılmasını sağlamaya yöneliktir.

Tazminat miktarı hakimin deneyimleri ve somut olayın özelliğine göre belirlenir.

SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ:

-Hekimin kendi kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması

-Hastanın Rızası

-Zorunluluk hali

OTURUM BAŞKANI - Ben de Sayın Boran'a "estetik cerrahi hekiminin hukuki sorumluluğu" konusunu bize Yargıtay Kararları ışığında ayrıntılı şekilde sunduğu için teşekkürlerimi sunuyorum.

Oturumumuzun son konuşmasını yapmak üzere sözü Sayın Profesör Doktor Doğan Soyaslan'a veriyorum, Hocam buyurun,

ESTETİK CERRAHİ MÜDAHALELER NEDENİYLE DOKTORLARIN SORUMLULUĞU

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ,
KAMU HUKUKU BÖLÜM BAŞKANI

Tıbbın gelişmesi bir yandan insan ömrünü uzatmakta, diğer yandan insanın kendi kendini fiziki, biyolojik ve psikolojik anlamda mükemmele ulaştırmasını sağlamaktadır.

Özellikle estetik cerrahi alanındaki gelişmeler kişinin daha güzel, daha umutlu, kendi kendisiyle daha barışık bir yaşam sürdürmesine ve yaşam rotasını kendine göre çizmesine, kendi kendine şekil vermesine, kendi kendini yönlendirmesine imkan vermektedir.

İnsanlar daha güzel olmak veya görünmek için, doğuştan veya sonradan bir etki sonucu meydana gelen görünüm bozukluklarını düzeltmek için bir takım tıbbi müdahaleler yaptırmaktadır.

Yayvan burun kanatlarını yukarı doğru çekme, kırışan yüze doku transferi yaptırma, kalçalardan vakumla yağ aldırma, dize estetik yaptırma, burun düzelttirme, gıdı aldırma, tombul yanakları incelttirme, silikonlu protez taktırarak dudak veya meme büyültme veya meme küçültme veya kepçe kulak durumunu düzeltme, estetik karın germe, estetik yağ alınması, yüz germe, kaş kaldırma, göz estetiği, çene estetikleri operasyonlarında olduğu gibi.

a) Yaşamak görevi ve kişinin kendisini geliştirme hakkı

Anayasanın 17. maddesinde, "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"

"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"

56. maddesinde ise "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir"

"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler" (md. 56/3)

denmektedir.

Herkes yaşama hakkına sahiptir denilse de aslında sözkonusu olan bir hak değil görevdir. Çünkü her ne kadar kanun intihar girişimini, intihara teşebbüsü cezalandırmamış olsa da, intihar edene yardım etmeyi, onu teşvik ve tahrik etmeyi cezalandırmıştır. Intihar girişiminde bulunanı, ne yapar intihar eder korkusuyla cezasız bırakmıştır. Bunun anlamı intiharı tasvip etmek, onu hak saymak değildir. O halde yaşamak bir görevdir.

Ancak kişi için daha iyi yaşamak bir haktır. Ilgili kişiye göre, güzelleşmek daha iyi yaşamak için gerekli ise o da bir hak'dır. Kişi daha iyi yaşamak için gerekli tedbirleri alabilir. Maddi ve manevi varlığını geliştirebilir. Geliştirmeyebilir de.

Geliştirme fiziki bedenini, manevi varlığını, kişiliğini geliştirme tarzında olabilir. Geliştirmenin amaç ve gayesi daha iyi yaşamdır. Etrafa ve doğaya egemen olmaktır. Çevrede saygın, itibarlı olmaktır. Içinde yaşanılan çevrede yapılan üretim ve üretilen değer ile para, saygınlık ve itibar kazanmaktır.

Güçlü, onurlu bir kişiliğe sahip olmaktır. Demokrat, eşitlikçi uyumlu bir kişiliğe sahip olmaktır.

Devlete düşen görev insanların madden ve manen kendi kişiliklerini geliştirecek tedbirleri almaktır. Uygun çevreye elverişli mekanı oluşturmaktır. Ortamı hazırlamaktadır. Bu ortam kişinin kendi kendisini maddi ve manevi kişiliğini geliştirmeye yarayacaktır.

Kişi, maddi manevi kişiliğini geliştirebileceği gibi geliştirmeyebilir de. Kendisine bakabileceği, sağlığına ve gıda rejimine dikkat edebileceği gibi etmeyebilir de. Kendisini tedavi ettirebileceği gibi ettirmeyebilir de. Bunun için kişinin rızası gerekir. İster tedavi ettirir ister tedavi ettirmez.

O halde tedavi amacıyla da olsa kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Çünkü daha iyi ve sağlıklı güzel yaşamak kişi için bir haktır. Kaldı ki güzellik ameliyatında Ceza hukukunun cezalandırma gerekçesi olan zarar yoktur.

Eğer kişinin bilinci yerinde değil ve hayatı için bir tehlike söz konusu ise kişinin rızası olmadan da hekimin hatta üçüncü kişilerin bile müdahale görevi vardır. Çünkü yaşamak bir hak değil görevdir. Doktor da tehlikede olan insanı yaşatmakla görevlidir.

Tıbbi müdahaleyi herkes yapamaz. Zorunluluk hallerinde herkes yapabilir. Dağ başında yaralanan birine müdahalede olduğu gibi.

b) Estetik cerrahi müdahaleler ve nedenleri

Kural olarak tıbbi müdahale, müdahaleye yetkili, ehil kimse, kanunlarla yetkili kılınmış, kendisine izin verilmiş kimse tarafından yapılabilir. Şu durumda tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.

O halde Estetik müdahale de bir tıbbi müdahale olduğuna göre o halde herşeyden önce müdahale için birinci şart kişinin rızasının olması gereğidir. Eğer rıza yoksa müdahale kasden yaralama olacaktır.

İkincisi müdahaleyi yapan, hukuken müdahale yapmak hakkı ile donanmış olacaktır. Estetik müdahaleyi yapmak için cerrah olmak gerekir hukuken. Eğer müdahaleyi yapan cerrah değilse yapılan fiil kasden yaralama olacaktır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. ve 23. maddelerine göre büyük estetik operasyonlar için, ihtisas sahibi cerrah gerekir. Küçük operasyonlar için cerrah olmak yeter.

Üçüncüsü, müdahele için tıbbi zorunluluk olacaktır. Tıbbî zorunluluktan kasdedilen, vücut organlarının fonksiyonunu yerine getirmesi için müdahalenin gerekli olmasıdır. Organların birinin fonksiyonunu yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirmemesidir. Yani müdahale tedavi, için yapılır.

Bir organın fonksiyonunu yerine getirip getirmediği, organın çalışmaması, veya sair birtakım belirtiler veya endikasyonlardan anlaşılır.

Organın görevini yerine getiremeyişi biyolojik yapıdaki bozukluktan meydana gelebilir veya tıbbi müdahaleye biyolojik yapı bozukluğu sebebiyet verebilir. Her durumda bunun bir belirtisi olmalıdır.

Belirti veya endikasyon maddi görülebilir nitelikte olabileceği gibi

manevi, psikolojik nitelikte de olabilir. O halde psikolojik rahatsızlık da tıbbi müdahaleyi haklı kılan bir belirti olabilir. Her durumda bu belirtinin de bir biyolojik dayanağı vardır. Estetik müdahale bu biyolojik dayanağı tedavi etmek, psikolojik rahatsızlık veren yanını ortadan kaldırmak üzere yapılan bir operasyondur.

O halde psikolojik rahatsızlıklar, çirkinlik, güzellik, saplantılar da tıbbi müdahaleyi gerektiren tıbbi zorunluluk halleridir.

Kişi bu müdahaleden sonra saplantılarından kurtulacaktır.

Eğer bir psikolojik belirti düzeyinde endikasyon yoksa, tıbbi müdahale yapılıp yapılamayacağı, yapılır ise fiilin kasden yaralama suçunu oluşturup oluşturmayacağı akla gelebilir.

Günümüzde insanlar kendilerini daha güzel, daha şık hissetmek, yeni bir hayata başlamak için ameliyat olmaktadırlar. Madem kişinin kendi kendisini geliştirmesi bir haktır, ister psikolojik, ister maddi anlamda olsun, kişinin istediği gibi kendini şekillendirmesi ve yönlendirmesi son derece doğal bir hak sayılmalıdır.

Eğer estetik müdahale karşılığında hayati bir tehlike doğmuyorsa kişinin daha mutlu daha umutlu yaşama istemine saygı gösterilmeli estetik ameliyatlara cevaz verilmeli, fiil hukuka uygun sayılmalıdır.

Eğer ameliyat olmak isteyenin hayatı için bir tehlike yok ise ameliyat bir hak sayılmalıdır. Hak sayılması halinde fiil hukuka uygun olacaktır. Nasıl ki traş olmak, saç kestirmek vücut fonksiyonlarına zarar vermiyor ve bir hak ise daha güzel olmak da bir hak sayılmalıdır. Sosyal zarar yoktur.

Kişinin rızası olmadan estetik müdahale, ehil olmayan hekimin estetik müdahalesi, sadece kasden suçuna sebebiyet vermez. Ölüm öngörülebiliyor, ancak doktor tarafından öngölürmemişse taksirle öldürme, öngörülmüş fakat istenmemişse bilinçli taksirle öldürme suçu gerçekleşecektir.

Ölüm öngörülmüş ise olası kasıtla insan öldürme suçu gerçekleşecektir. Tıpkı bir kişinin bir başka kişiyi yaralamasında olduğu gibi. Hekim burada hekim olmayıp normal bir kişi gibidir.

Elbette bunların somut olayda kanıtlanması kolay olmayacaktır.

c) Estetik cerrahi müdahalenin taksirli suç olarak işlenme şekilleri

Hastanın rızası mevcut, hastalık belirtisi var, doktor hukuken mesle-

ği icra etmeye, estetik ameliyat yapmaya ehil ise de bazı hallerde işlemiş olduğu fiil yine de suç sayılacaktır. Çünkü kusurlu olarak kişinin vücut bütünlüğünü bozmuş, gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olabilir. Bu durumda fiil taksirle insan yaralama suçunu oluşturacaktır.

Gerçekten doktor teşhis hatası yapabilir, teşhis hatasına bağlı olarak yanlış cerrahi müdahale yapabilir.

Teşhisin yanlış olması tedavinin de yanlış olmasının nedeni olacaktır. Örneğin yanlış ilaç verilmesinde olduğu gibi.

Tedavi hatasının en belirgin hallerinden birisi, tıbbi müdahalenin gerekli olmasına rağmen yapılmaması veya geç yapılmasıdır. Müdahalenin yapılmaması mahiyeti itibariyle ihmali bir harekettir.

Hekimin müdühaleden sonra hastanın vücudunda yabancı madde unutması.

Eksik ön muayene ve yetersiz hasta öyküsü alması, eğer hekim yeterli düzeyde ön muayene ve gerekli tahlilleri yaparak hastayı tanımamışsa, elbette uyguladığı cerrahi yöntem ve verilen ilaçlar da isabetli olmayacaktır.

Yanlış teşhis ve tedavinin nedenlerinden birisi de hastanın hayat öyküsünü almamak olabilir. Hastanın hayat öyküsü kendisinin daha yakından tanınmasına yardımcı olacaktır.

Teşhis konulmaksızın tıbbi müdahale yapılması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, gerçekten teşhis için yapılacak tetkikler, hastanın biyolojik yapısı ve bünyesinin ihtiyaçlarını ortaya koyacaktır. Böylece hekim isabetli bir şekilde müdahalesini yapacak, ilaçlarını verecektir.

Hastaya ilişkin verileri iyi tanımamak veya yanlış teşhis sonucu hastaya uygulanan tedavi yanlış olabilecektir.

Kontrol ve yönetim hatası: Hekim cerrahi müdahaleden sonra hastasını kontrol etmek ve gözetim altında tutmak, yapılan müdahalenin gidişatını incelemek zorundadır. Eğer hekim bunları gereği gibi yerine getirmiyorsa, elbette sorumluluğu sözkonusu olacaktır.

Tedavi sonrası danışma ve tavsiye hataları: Cerrahi müdahaleden sonra hekim neler yapıp yapmayacağı, nelere dikkat etmesi gerektiği hususlarında hastasını bilgilendirmek zorundadır. Eğer hekim tedavi sonrasında hastasını bilgilendirmemiş ve bundan dolayı hastanın bedeni bir zarar görmüş ise, doktor bundan sorumlu olacaktır.

Cerrahi müdahale sonrasında yanlış ilaç verme ve bunun sonucun-

da hastanın bedeninin zarar görmesi de doktor açısından sorumluluk doğuran bir harekettir. Yanlış ilaç vermenin yanlış teşhisten kaynaklanması durumu değiştirmez.

Hekimin hastaları karıştırması da sorumluluğu gerektiren bir fiildir. Gerçekten birçok hastası olan cerrah bazen hastaların kimliklerini birbirine karıştırabilir. Bu nedenle yanlış tedavi uygulayabilir ve yanlış cerrahi müdahalede bulunabilir. Hasta olmayan organın kesilmesi gibi.

Ölçüsüz ve yanlış cerrahi müdahale yapan hekimin elindeki teknik aletleri ölçüsüz amacı, aşarak kullanması, yanlış kullanması sorumluluğunu gerektiren fiillerdendir.

Cerrahi müdahaleden sonra doktorun komplikasyonları görmemesi, tedavi hatasına ilişkin bir başka kusurlu hareketi oluşturacaktır.

Hatalı ameliyat teknikleri kullanılması da doktor için sorumluluk doğuran bir nedendir. Örneğin burun ameliyatı yapılırken nefes veya yemek borusuna zarar verilmesi gibi.

Cerrahi müdahale esnasında kullanılan teknik aletlerin yanlış kullanılması sonucu vücut fonksiyonlarının bozulması sorumluluğu gerektiren fiillerden birisidir.

Cerrahi müdahale esnasında veya müdahaleden sonra hastanın yattığı yerde enfeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması sonucu hastanın organının mikrop kapması ve netice olarak hastanın vücudunun görevini yapamaması halinde doktor sorumlu olacaktır.

Cerrahi müdahaleden sonra doğan komplikasyonlar nedeniyle derhal hastaneye yatırılması gereken hastanın hastaneye sevk edilmemesi, hastaneye yatırılmaması ve bunun sonucunda hastanın vücut bütünlüğünün zarar görmesi de sorumluluğunu gerektiren nedenlerdendir.

Cerrahi müdahaleler diğer müdahaleler gibi bazen bir ekiple yapılır. Ekip elemanları arasında işbirliği gerçekleştirilir. Operasyonun nasıl gerçekleştirileceği, kimin ne iş yapacağı, hangi aletlerin hangi doktor tarafından, ne zaman nasıl kullanılacağı organize edilir, doktorlar arasında bir işbölümü yapılır. Hastanın vücut bütünlüğü organizasyon kusurundan ileri gelebilir. Oysa ameliyat ekibi veya hastane idaresi müdahalelerin başarıya ulaşması için gereği gibi organize olmak zorundadır. Tüm bunlar taksirle yaralama veya öldürme (ölüm halinde) suçlarını oluşturacak ve ekibi oluşturan doktor ve personel kusurlarının ağırlık veya hafifliğine göre sorumlu olacaklardır.

Eğer kusurlu hareket birlikte yapılmış ise tüm hekimler bu kusurlu

harekettten sorumlu olacaklardır.

Ancak kusuru ağır olana takdir edilecek ceza daha fazla olacaktır.

Tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali: Hekim cerrahi müdahale sonrasında oluşabilecek anomaliler, doğabilecek sorunlar hakkında hastayı aydınlatmalı ve gerekirse kendisi de her türlü müdahaleye hazır olmalıdır.

d) Yeni bir cerrahi müdahale yöntemi ve ilaç denenmesi

Hekimin hiç denenmemiş müdahale şeklini denemesi veya denenmemiş ilacı denemesi de sorumluluğunu gerektiren bir durumdur.

"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." (Ay.md. 17/2)

Hiç denenmemiş bir müdahale yöntemini denemek de kusurlu bir davranış olup suç teşkil edecektir. Deneyin suç teşkil etmemesi için deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli izin alınmalı, deney öncelikle insan dışı ortamda veya yeterli düzeyde hayvan üzerinde yapılmalıdır. (T.C.K. md. 90),

İnsan dışı ortamda veya hayvanlar üzerinde yapılan deney sonucu ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılması gerekli olmalıdır.

Deney insan sağlığı üzerinde kalıcı bir etki bırakmamalı,

Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemler uygulanmamalı,

Deneyle varılmak istenen amaç, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basmalı,

Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rıza yazılı olmalı ve herhangi bir menfaat teminine bağlı olmamalıdır. (T.C.K. md. 90)

Özetlemek gerekirse insan kobay gibi deneme konusu olamaz. Yeni bir cerrahi yöntem denemek için, hastanın yazılı rızası olmalı, bunun yanında yöntem önceden hayvanlar üzerinde yeteri kadar denenmeli, insana zarar vermeyeceği anlaşılmalı, en azından elde edilecek yararın zarardan fazla olması gerekir. (T.C.K. md. 90) Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 10-11.

O halde denenmemiş, insana zararlı bir yöntem denemek kasden insan yaralama suçunu oluşturacaktır.

Aynı şekilde denenmemiş bir ilaçla hastanın vücut bütünlüğüne zarar vermek de kasden yaralama suçunu oluşturacaktır.

1219 Sayılı kanundan kaynaklanan yetki veya hakkını kullanan tabib, tüm yukarıda belirttiğim hallerde doktor olmanın kendisine yüklediği yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmemiş, hastaya zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermemiş, ve tıbbi standartları uygulamamış konumdadır. Bu durumda taksirle yaralama suçunu işlemiş olacaktır. Eğer hastanın durumu netice sebebiyle ağırlaşmış haller kapsamına giriyorsa hekim veya hekimler yaralamanın bu derecesinden de sorumlu olacaklardır.

Eğer hekim cerrahi müdahale esnasında zarar verici ilacı kasden vermiş, kasden yanlış organa müdahale etmişse, elbette fiil kasden insan yaralama suçunu oluşturacaktır. Netice sebebiyle ağırlaşmış haller gerçekleşmiş ise hekim bundan da sorumlu olacaktır.

Hekimin taksirli sorumluluğunun kaynağı hareketinin zararlı neticesini öngörmenin mümkün olmasına rağmen öngörmemesidir. Öngörememesi dikkatsizliğinden, tedbirsizliğinden, yeteneklerinin yeteri kadar gelişmemesinden, meslek ve sanatında usta, ehil olmayışından ileri gelebilecektir.

Bir doktorun yapmayacağı hata'yımı yapmıştır? Cevap evet ise sorumludur denebilir. Hekim zararlı neticeyi öngörmüş, fakat istememiş ise bilinçli taksirle insan yaralamadan dolayı sorumlu olacaktır.

Bunların ölçüsü yapılan hataların normal bir hekimin yapmayacağı hatalar olmasıdır.

Hekim yaptığı hareketin sonucu doğacak neticeyi öngörmüşse olası kasıtla öldürme ya da yaralama suçunu işlemiş olacaktır.

Aslında teorik olarak hep böyle düşünülse de uygulamada bunlar taksirle işlenmiş yaralamalar olarak kabul edilecektir.

Veyahutta bazen, bilinçli taksir, taksir ve olası kasıt kavramlarının birbirlerine karıştırıldığı görülecektir.

e) Bilirkişiye başvuru

Bir hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve hata edip etmediğinin kusuru olup olmadığının kusurunun ağır veya hafifliğinin takdiri, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre, Yüksek Sağlık Şura'sına aittir.

O halde burada Yüksek Sağlık Şurası'nın konumu resmi bilirkişiliktir.

Hekim vicdanına göre karar verir. Vicdanını tatmin etmeyen bir bilirkişi raporunu kabul etmez. Hakim yeni bir bilirkişi tayin edebilir. Hakim bilirkişinin bilirkişisidir. Devlet adına hüküm verir. Mesela bir başka bilirkişiye başvurabilir. Bu bilirkişi de Adlî Tıp Kurumu'dur.

Aslında Adlî Tıp Kurumu'da resmi bilirkişidir. Yargıtay bazı kararlarında Yüksek Sağlık Şurası'nın raporlarından sonra, Mahkemenin Adlî Tıp Kurumu'na başvurabileceğine karar vermiştir. Yargıtay, Yüksek Sağlık Şura'sı ile Adlî Tıp Kurumu Dairesi raporları arasında çelişki mevcutsa Adlî Tıp Genel Kurulu'na başvurulmak gereğine karar vermiştir.

OTURUM BAŞKANI - Hocam biz de size teşekkür ediyoruz.

Sorularımız varsa onları alabiliriz, yazılı alıyoruz galiba değil mi soruları Cahid Bey? Hocam, buyurun, ben size bir söz vereyim, buyurunuz. O zaman Hocama bir söz veyim ben kürsüden,

MEHMET DEMİR - Şimdi ben çok kısa iki tane sorum olacak, birincisi Çağlar Özer Hocama, diğeri de Doğan Soyaslan Hocama; Çağlar Hocama tıbbi malpraktis ile ilgili olarak, merak ettiğim için soruyorum, tabii Erhan Hocam da sorunun muhatabı olabilir; bir kulak-burun-boğaz uzmanı veyahut da göz hastalıkları uzmanı bir buruna veyahut da göze estetik amaçlı müdahalede bulunursa tıbbi malpraktis sorununu nasıl bir yaklaşım ile çözebiliriz? Birincisi bu, kısa sorumun. Diğeri ikinci kısa sorum ise Doğan Soyaslan Hocama; bu da "tıbbi bilirkişilik kurumunun" Türkiye'de yani diğer bilirkişilik kurumunda olduğu gibi Adlî bilirkişilik sorunu olduğu için Türkiye'de, tıbbi bilirkişilik sorununu çözme bağlamında belki Hocam yaklaşacak, Adlî Tıp Kurumumuzla, biliyorsunuz Bakanlığa bağlı, siyasal otorite altında çalıştırılan bir Kurum, son günleri de izliyoruz, bir yerde Yüksek Sağlık Şurası, bu iki yüksek bilirkişilik kurumu arasındaki çelişkili raporları giderecek uzlaştırıcı, tabii, bu tıbbi ceza sorunu ile ilgili kamu davalarında söz konusu, bu iki çelişkili raporu uzlaştıracak yetkili resmi makam benim bildiğim kadarıyla yok ama Hocam nasıl yürürlükteki mevzuatımıza göre bunu kim çözecek? Onu merak ediyorum.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Adlî Tıp Genel Kurulu demiş, ikisinin arasında çelişki olduğu zaman. "Adlî Tıp Genel Kuruluna git" demiş. Şimdi

KATILIMCI - Pozitif mevzuatımız da yok mu?

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Pozitif mevzuatta yok, yalnız

şu var; sorun şu; devletin devlet hastanelerinde oluyorsa, diyeceksiniz ki, bunlar hep devlet kurumu, bunlar resmi bilirkişi Kanun tarafından, arkadaşlar, işin birde ahlaki yanı var, hukuki yanı da var, ideal hukuki yanı var. Yargıç, hukuken bilirkişilerin bilirkişisidir! Vicdanını tatmin etmeyen hiçbir şeye imza atamaz. Bu Kurumlar dışında da başka kurum varsa şayet, özel hastaneler falan, onlara da gidebilir arkadaşlar, hukuki bir engel yok. Zaten 75. madde diyor ki 1219 sayılı; "hâkimin serbestliği baki kalmak üzere" diyor ama uygulama evvela, o doğru olan da o, ondan sonra Adlî Tıp geliyor. Valla, şimdi ne kadar yürüyor, sizler içindesiniz, ne kadar sağlıklı oluyor bunlar tartışılır şeyler de, Türkiye'de bütün kurumlar gibi bunlar da tartışılıyor arkadaşlar. Basın sahip çıksın yani bu, bu olay için söylemiyorum, her şey için. Basın, Türkiye'de cinselliği yeni keşfetti herhalde, cinsel sorunları, haberleri yoktu, öyle geliyor bana! Basının eğer haberi yoksa Türkiye'de haberi yok diye düşünüyorum, bunlar Türkiye'de yaşayan, çevremizde gördüğümüz şeyler diye düşünüyorum ben. Yani hiç yokmuş gibi, öyle bir edayla yayın yapıyorlar, o kadar çok Türkiye'de zorla evlenen var ki, uhh! Erkekler bile! Erkekler bile yani azalıyor bu gittikçe, bizim kuşaktan mesela zorla evlenen çoktur, erkek de bayan da, olmasın bu, yanlış anlamayın da! Haberleri yok bunların yani afalladılar. Benim kanaatim bu, hâkimi hiçbir şey bağlamaz, istediği kuruma gider.

Şimdi şöyle ama gideceği kurumların belki üniversiteler dediğin gibi, en sağlıklı olur, en sağlıklı olmasını diliyoruz da. Valla, inşallah diyelim, şimdi biz de bilirkişilik yaptık, yapıyoruz yani azami özeni gösteriyoruz ama yine de hata olabilir diye düşünüyorum. Ben bu kadar diyeyim bu konuda,

Av. Cahid DOĞAN- Yargıtay 'a göre, "... Adlî Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 29.09.2009 tarihli raporunda ameliyat sırasında özafayus yırtılmasının beklenen akıbet olmayıp bir kusur olduğunun bildirildiği hükme alınan Yüksek Sağlık Şûra'sının raporunda ise, sanıkların kusursuz olduklarının bildirilmesi karşısında, raporlar arasında mübayenetin giderilmesi için olayda sanıkların kusurlarının olup olmadığı, kusurlu iseler kusur oranlarının belirlenmesi için Adlî Tıp Kurumu Büyük Genel Kurulu'ndan rapor alınarak sonucuna göre sanıkların hukukî durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiş..."demektedir (Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 16/06/2004 tarih ve E:2003/3621, K:2004/11975 sayılı kararı).

OTURUM BAŞKANI - Buyurunuz,

KATILIMCI - Sayın Başkan soruya bir katkı sağlayabilir miyim?

OTURUM BAŞKANI - Tabii efendim, buyurun, buyurun,

Av. Cahid DOĞAN- Evet. Ancak Yargıtay bir Kararında, "... 1219 sayılı Yasanın 75. Maddesinin, mahkemelerin uygun görecekleri bilirkişilerin görüşlerine başvurma imkânı saklı kalmak üzere, doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlarından dolayı Yüksek Sağlık Şûra'sından düşünce sorulmasını zorunlu kılması dikkate alınarak; sanığın kusurlu olup olmadığının öncelikle Yüksek Sağlık Şûra'sından rapor alınması suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre sanığın hukukî durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile hüküm tesisi , ..." Kanuna aykırı bulunarak bu sebepten hükmün bozulmasına karar vermiştir(Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 01/06/2006 târih ve E:2006/2124, K:2006/3000 sayılı kararı).

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Şimdi Türkiye'nin sorunu başka oldu aslında bilirkişilikte; bir şekilde bildiğiniz, tanıdığınız insanlar yani sıkıntılar buralardan çıkıyor diye düşünüyorum. Öyle tabii,

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Sayın Başkan ben de cevap vereyim mi?

OTURUM BAŞKANI - Tabii, ben size sözü vereceğim zaten, buyurunuz,

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Teşekkür ederim.

Mehmet Demir Hocamın söylediği bağlı olarak, kural olarak biraz öncede söyledim; kendi uzmanlık alanıyla ilgili cerrahi müdahaleleri yapabilir. Bu cerrahi müdahaleleri yapmayıp bir başka alandaki alana geçip orada cerrahi müdahale yaparsa, bu cerrahi müdahale tıbbi müdahale olma özelliğini kaybetmiş sayılmaz. Sonuç olarak yine tıbbi müdahaledir ama özen yükümlülüğünün ihlali gerçekleşir, ondan dolayı hastasına karşı sorumluluğu söz konusu olur. Malpraktis olarak değerlendirilir mi bilmiyorum,

MEHMET DEMİR - *(Mikrofonsuz)*

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Her ikisinde de,

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Ben o konuda sizin gibi düşünmüyorum, şöyle; alanınım dışına ben nasıl müdahale edebilirim alanımın dışına? Alanının dışına müdahale ettiğim zaman benim sıradan bir Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşından farkım olmaz diye düşünüyorum. Alan dışında müdahale etmek ancak zaruret halinde olur diye düşünü-

yorum. Zaruret hali de zaten bütün insanların canlıyı kurtarmak için müdahale yetkisi var, bilmiyorum paylaşıyor musunuz?

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Zaruret halinde zaten dediğiniz gibi herhangi bir sorun yok ama tıbbi müdahale konusunda kendisine yetki verilmiş hekimden bahsediyoruz biz, kural olarak hekim kendisine tıbbi müdahale yetkisi verilmiş kişidir.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Ha, tamam o zaman.

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Uzmanlık alanı çerçevesinde ama bunları böyle herhalde bıçak gibi kesmek mümkün değil, "burun için uzman da ağız için değil" denilen bir durumda belki burun uzmanı ağızla ile ilgili bir müdahalede bulunmuşsa bu tıbbi müdahale kavramını ortadan kaldırmaz ama söylediğiniz gibi sadece özen estetiği olur ve ondan dolayı sorumluluk olur.

OTURUM BAŞKANI - Tabii, buyurunuz,

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Alman hukukuna göre olayı değerlendirdiğimizde şöyle bir somutlama yaparsak herhalde anlaşılması daha kolay olur; dedik k, prensip itibariyle Alman hukukunda kişinin estetik ameliyat yapabilmesi için estetik cerrah olması, uzman olması şart değil, estetik cerrahi uzmanı ki, bunların sayısı Almanya'da 500. yan dal olarak estetik ameliyat yapan kulak-burun-boğaz hekimleri var, burun estetiği yapan, uygulayan kulak-burun-boğaz hekimleri var. Sayın Mehmet Demir arkadaşımın sorusunu şöyle somutlaştırırsak; göz cerrahı, efendim, gözün altında oluşan torbaların giderilmesi için bir ameliyat uygularsa bundan ortaya çıkan zarardan sorumlu mudur? Anlaşmanın niteliğine göre istisna diyorsa, sorumludur, değilse eğer göz ameliyatı göz konusunda operatör olan bir hekimin burun ameliyatı, burun estetiği konusunda bir uygulama gerçekleşmesi durumunda Almanca'sı *uvanamefeşhın* dediğimiz yani kendi konusunu, kendi yetkisini aşan bir dalda hizmet verdiği için direk olarak sorumludur. Yani hekimin tedavi hatasından *bihanglas* dediğimiz şeylerden bir tanesi de budur. Kulak-burun-boğaz cerrahının saç ekimi uygulaması yapması gibi. Teşekkür ederim, evet.

OTURUM BAŞKANI - Şimdi Çağlar Hocama iletilmek üzere bana bir soru ulaştırıldı, ben dilerseniz okuyayım, daha sonra notu ulaştıracağım Çağlar Hocaya; "cinsiyet değişikliğini içeren müdahaleler estetik cerrahi kapsamında değerlendirilebilir mi?". Evet ise, "taraflar arasındaki ilişki ne olur?" tarzında bir soru var. Ve ikinci bir soru daha sorulmuş;

hekimin sorumluluğu kullandığı araçlar açısından Borçlar Kanunu 58. maddesi anlamında "eser malikinin sorumluluğu" kabul edilip kusursuz sorumluluk uygulaması daha iyi olmaz mı?" tarzında bir sorumuz var, iki ayrı soru, şöyle ileteyim size.

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZER - Hemen yanıtlayalım; cinsiyet değişikliği konusu farklı bir alan, cinsiyet değişikliği konusu bu anlamda estetik operasyon kavramı içerisinde değerlendirilmiyor. O çerçevede de estetik operasyon sayılmaz.

İkincisi, "58. madde çerçevesinde değerlendirilebilir mi?", 58 anlamında eser olarak değerlendirilebilir mi? Ondan bahsettik; eser olarak değerlendirilebilmesi için sonucun öngörülebilmesi ve tecessüm etmiş olması ve bunun yüklenilebilir, taahhüt edilebilir olması aranacak, bizim Hukukumuz açısından bu kıstaslar çerçevesinde. Eğer hekim, bunu taahhüt edebilir durumdaysa ve ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde, daha sonradan muayene, yoklamaya uygun olacak bir şey üzerinde tecessüm etmişse o zaman ancak ve taahhüt edilmek koşuluyla, taahhüt edilmediği durumda bunun yine vekâlet sözleşmesinin çerçevesinde değerlendirmemiz lazım ve bu anlamda da eser olarak nitelendiremeyiz. Bu koşullar çerçevesinde, istisnai olarak söylediğim gibi varsa tabii, buna karar verecek olan yine söylediğimiz gibi tıp biliminin ulaştığı seviyedir. O çerçevede belirlenmesi gerekecektir. Bu gerçekleşirse istisna sözleşmesi ve sonuçta da o ortaya çıkan sonuç, belirlenen sonuç "eser" olarak adlandırılabilir.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocam teşekkür ederiz.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Cinsiyet değişikliği ile ilgili iki şey söyleyebilir miyim?

OTURUM BAŞKANI - Hocam, size yöneltilmiş bir soru var, dilerseniz ben öncelikle size ileteyim, daha sonra siz aklınızdakini aktarın; diyor ki Hocam soruda; "estetik ameliyat sonucu güzelleşemeyen şahıs, intihar ederse hekimin cezai sorumluluğu ne olacaktır?" şeklinde bir sorumuz var.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - O, yeni bir nedensel bağ girmiştir. İntihar etmesi bunun dengesinin bozulması anlamına gelir. Ceza Hukukunda dengenin bozulması, yaralamaya bağlı olarak ruh sağlığının bozulması olur, ağırlatıcı sebeptir, netice sebebiyle ağırlaştırılmıştır. Ha, ondan sonra yeni ...girmiştir, kesmiştir, intihardan adamı sorumlu, ölümünden sorumlu tutamayız. Ruh sağlığının bozulmasından sorum-

lu tutarız onu, netice sebebiyle ağırlaşmış suç.

Cinsiyet değişikliğinde, beni bağışlayın, belki siz daha yakınsınız bu kavramlara yani bence ceza hukukçusuyum, cinsiyet değişikliği bence tedavi amacıyla yapılan bir operasyondur, şunun için tedavi amacıyla yapılan operasyondur; tıpçı arkadaşlarla zaten konuşmak istediğim bir konuydu da, geciktik, sanıyorum, bütün canlılarda, dişilerde ve erkeklerde karşı cinse ait hormon var. İşte, bizim göğüsteki kime karşı cinse ait hormon var. Şimdi iç hormonal denge ile, gülüşüyorsunuz ama bir realite, iç hormonel dengeyle dış yapı arasında dengesizlik oluyor bazen. Medeni Kanunun 40. maddesi sanıyorum, değil mi? Evet, eğer bunu belirlerse, bunun cinsiyeti budur diye o konuda değişiklik ihtiyacı doğar, ee, tedavi, hastalık, anormallik! Düzgünleştiriyoruz, cinsiyetine uygun tedavi yapıyoruz. Bunun hukuki anlamı bu. Dolayısıyla estetik ile ilgili değil yani bir başka alan. Ha, tabii ki, güzel yapmak vesaire ayrı bir sanat ama özünde tedavi amacı var. Yani talihsiz bir yapılanma olmuş çeşitli faktörlerin sonucu.

Ezel Hanım, şimdi insanoğlunun Adem'in önce yaratıldığı tezine da sanıyorum oradan gidiyorlar. Çünkü erkeklerde hem dişilik hormonu daha gözüküyor dışarıdan. Bayanlarda erkeklik hormonu gizli, öyle tahmin ediyorum çünkü başka türlü bu doğumlar olmaz. Görüldüğü için herhalde insan yani Adem'in Hava'nın bir parçası olduğu söylenir, belki ondandır diye, bilmiyorum hiç düşündünüz mü?!

Evet, benim size bir sorum vardı, düşündünüz mü onu? Buyurun,

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Düşündüm Hocam, yanlış anlamadıysam

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çünkü çok enteresan kavramlara değindiniz.

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Evet. İnsanlar neyi güzel buluyor?

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - "İnsanın doğasında niye güzelliğe eğilim var?" Onun kaynağı nedir? Dedim ben.

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - İyisinin kaynağını bilemeyeceğim ama neden güzel buluyor bir yüzü insanlar; ortalamaya yakın ise o yüz.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Tamam. Peki, ortalama nasıl oluşuyor?

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Doğurganlık vardı bir de yani. İkinci unsur da organların fonksiyonlarına uygunluğu yani bebek yüzlü bayanların güzel bulunmasının nedeni, bunlar, genç, sağlıklı sayılıyor, genç ve

sağlıklı bir bayan da doğurgan olur şeklinde bir bilinçaltına yerleşmiş. Yine aynı şekilde, uzun bacaklı bayanların güzel bulunmasını antropologlar şöyle açıklıyorlar; uzun bacaklı insanlar daha hızlı koşarlar, daha hızlı koşacakları için tehlikelerden daha çabuk kurtulabilirler ve hayatta kalma şansları daha fazladır. Bu, nesilden nesile aktarılmıştır diyorlar antropologlar.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Tamam. Ben "güzellik" kavramının da bir zevk olduğuna inanıyorum, alışmak ile ilgili olduğuna inanıyorum. İnsanın duygularını okşamasıyla ilgili olduğuna inanıyorum. Kültürle ilgili olduğuna inanıyorum.

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Tabii, mutlaka.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Kültürel yapıyla, göre göre alışıyorsunuz onu, o güzellik imajı doğuyor, o da herhalde genlere falan geçiyor. Aslında yeniden tahsil yapacak olsam gen hukuku, tıp yapardım ben, peki. Sanıyorum orada da tabii, bu ayrı bir ilgi alanı ben yani o konuda sizden cevap beklemem belki anormal bir şey de, belki bir yerde gözünüze takıldıysa diye söyledim, kökü de odur diye düşünüyorum.

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Yani kültürden kültüre, zamandan zamana farklılık arz ettiği herkes tarafından biliniyor,

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Bir siyaha beyaz çirkin gelebilir, siyah çevrede alışmıştır o yaşamaya, ha bize de siyah, koyu siyahlar mesela bana çirkin geliyor, beni etkilemiyor. Çevreyle ilgili, yaşanılan çevreyle ilgili.

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Alışkanlıkla ilgili şöyle bir tespit var, çekiç gözlü insanları gördüğümüzde işte, hemen Çinli, Japon deriz, birbirlerinden ayırt edemeyiz. Şu bir gerçektir ki, onlar da çekiç gözlü olmayanları birbirinden ayırt edemezler,

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - İşte ha, zevk denilen şey o çevrede oluşuyor...

DOÇ. DR. ERHAN TEMEL - Aynı şekilde siyahları hep birbirine benzetiriz beyaz ırktan olanlar. Siyahlarda aynı şekilde beyazları birbirine benzetirler yani onlar da ayırt edemezler.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Yani neticede de arkadaşlar, şuna varıyoruz; bu güzellik kavramları falan çevreyle şekillenen nispilik, şu beyinden çıkan nispilik netice itibariyle.

DOÇ. DR. ÇAĞLAR ÖZEL - Evet. Ona ne demişler yalnız Hocam? "Güzelliğin on para etmez, şu bendeki aşk olmasa!"

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Şimdi güzele güzel dedirten içerideki tutku diyorsunuz, doğru söylüyorsunuz. O tutku da insanın doğasında var. İşte, o da o dağda çevrede şekilleniyordu.

OTURUM BAŞKANI - Tabii, bu konu öyle renkli ve farklı açılımları birbirinin arkasına getirecek bir konu.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Buraya konuşmaya geldik, konuşalım!

OTURUM BAŞKANI - Dolayısıyla ben müsaade ederseniz Oturumu kapatmak istiyorum. öncelikle Katılımcılara değerli sunumları için teşekkür ediyorum. Daha sonra bu Organizasyonu gerçekleştiren Ankara Barosuna ve son olarak da ilgililerini ve sabırlarını gözlemlediğimiz değerli katılımcılara teşekkür ediyorum, Oturumu kapatıyorum bu çerçevede.

SUNUCU - Değerli Konuşmacılarımıza çok teşekkür ediyoruz. Teşekkür Plaketlerini kendilerine sunmak üzere Türk Hukuk Kurumu Başkanı ve Ankara Barosu Önceki Başkanı Avukat Tuncay Alemdaroğlu'nu kürsüye davet ediyorum.

PLAKET TÖRENİ

ANKARA BAROSU

II.
SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

08 KASIM 2008

DÜZENLEME KOMİTESİ

AV. V. AHSEN COŞAR - *Ankara Barosu Başkanı*
AV. HAVA ORHON - *Ankara Barosu Genel Sekreteri*
AV. CAHİD DOĞAN - *Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri*
AV. BERNA ÖZPINAR - *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı*

YER - ANKARA BAROSU EĞİTİM MERKEZİ (ABEM)

I.
OTURUM

İLAÇ HUKUKU -1

OTURUM BAŞKANI
AV. BERNA ÖZPINAR

ANKARA BAROSU SAĞLIK HUKUKU KURULU BAŞKANI

Ankara Barosu olarak 2 gündür devam eden Sağlık Hukuku Kurultayımızın ikinci gününe hoş geldiniz. Evet,

Her gün bir yerden göçmek ne iyi,
Her gün bir yere konmak ne güzel.
Bulanmadan, donmadan akmak ne hoş.
Dünle beraber gitti düne ait her şey,
Bugün yeni şeyler söylemek lazım.

Dünkü Kurultayımız da farklı konu başlıklarımızda sağlık hukukunun değişik alanlarında hukukçular olarak sorunları tartışmaya başladık. Bugün daha özel konulara girdik. Sabahın erken saatlerinde uyandırabildiğimiz konuklarımızla burada, kurultayımızda başlayalım düşüncesindeydik. Simyacıların ilaç karışımlarından, kocakarı ilacı diye tabir ettiğimiz Anadolu kültürümüzdeki yere kadar gerçekten çok önemli bir

konu başlığında; ne şifa veriyor bize, bunu tartışacağımız ve bunun hukuki boyutlarını görüşeceğimiz kurultayımızın bugün ki ilk oturumuna başlamak istiyorum. Ben öncelikle konuşmacılarımızı kürsüye davet edeyim. "İlacın Tanımı Ve İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı" gibi gerçekten çok temel bir konuyu bizle paylaşacak olan değerli Hocamız Profesör Doktor Erdem Büyükbingöl, Sayın Hocam buyurun. "Deneysel Ve Klinik Araştırmalarda Cezai Sorumluluk" konusunda sayın hocamız Profesör Doktor Hakan Hakeri, "İlaç Kullanımından Oluşan Zararlarda İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" konusunda Sayın Hocamız Mehmet Demir.

Konuşmacılarımıza öncelikle hoş geldiniz diyorum, konuşma sürelerimiz yirmişer dakika. Sonraki oturumlarımızda gerçekten önemli konulardan, onlardan hak çalmayalım, hukukça adil davranalım diye ben konuşmaların son beşer dakikalarınıza girdiğinizde sizleri uyaracağım. Konuşmacılarımızın kaydedilmesi imkânı yönünden ancak mikrofonla olması halinde kaydediliyor, bu sebeple soruları konuklarımızdan yazılı olarak alacağız, arkadaşlarımız gezecekler, bu aşamadan itibaren sorularınızı da alabilirim. İlk olarak sözü Sayın Profesör Doktor Erdem Büyükbingöl'e bırakıyorum. Buyurun Hocam.

İLACIN TANIMI
(İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)

PROF. DR. ERDEM BÜYÜKBINGÖL

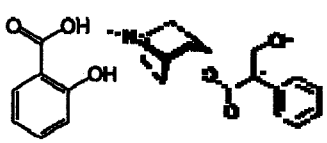
ANKARA ÜNİVERSİTESİ ECZACILIK FAKÜLTESİ



İLAÇ TANIMI

İnsanlara bir hastalığın önlenmesi, teşhisi ve tedavisi amacıyla verilen, uzun ve ayrıntılı klinik çalışmalar sonucunda, canlı organizması üzerindeki fizyolojik ve farmakolojik etkileri optimize edilmiş (yan etkilerinin ve toksisitesinin insan metabolizması üzerindeki aktiviteleri belirlenmiş) ve etken maddesinin çağdaş standartlara göre formülasyonunun yapılarak biyoyararlanım düzeyleri saptanmış, **kimyasal bileşiklerdir.**

İlaçlar, doğal kaynaklı (bitkisel, hayvansal) olabildikleri gibi, sentetik ya da yarı-sentetik olabilirler.

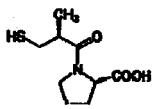


Salisilik asit

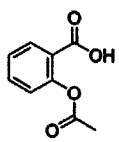
Atropin



İnsülin



Captopril



Asetil salisilik asit

Gıda Desteği

Gıda desteği nedir sorusuna cevap verebileceğimiz bir tanımlama bulunmamaktadır.

Gıda nedir? İnsanlar tarafından yenilip içilebilen besinler olarak tanımlanabilir.

Canlılar, yaşamlarını sürdürebilmek ve enerji sağlamak için düzenli beslenmeye gereksinim duyarlar.

Genelde gıdalar üç tip moleküler grup içerirler.

1. Karbonhidratlar
2. Yağlar
3. Proteinler

Bunlara ilave olarak,

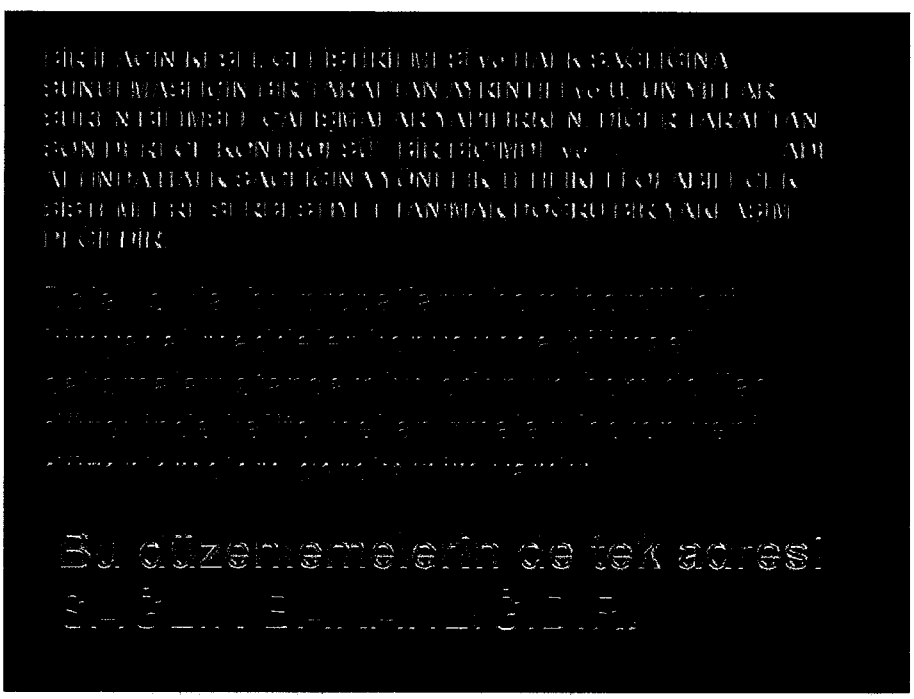
- Vitaminler
- Mineraller
- Su

EĞER BİR İLAÇ ŞEKLİNDEKİ BİR PREPARATTA Biyoaktif Etken MADDE VARSA VE MİKTARI NORMAL GIDA İLE SAĞLANANDAN ÇOK DAHA FAZLA İSE, BU PREPARAT İLAÇ OLARAK TANIMLANMAK ZORUNDADıR.

Bitkilerden elde edilen her preparat olarak nitelendirilemez ve mutlaka belirli standartlara göre hazırlanmak zorundadır.

GIDA DESTEĞİ ADI ALTINDA PİYASADA BULUNAN ÜRÜNLER, İLAÇ FORMUNDA ve AMBALAJINDA OLMASINA RAĞMEN, TARIM BAKANLIĞI TARAFINDAN RUHSATLANDIRILMAKTADIR!

BU UYGULAMA YANLIŞTIR. **ÇÜNKÜ, BU ÜRÜNLERE YÖNELİK OLARAK HİÇBİR ŞEKİLDE KALİTE ve ETKİNLİK ANALİZLERİ YAPILMAMAKTADIR. BU BİTKİSEL PREPARATLARIN İÇİNDEKİ KİMYASAL MADDELERİN MİKTARLARI (DOZAJI), TOKSİSİTELERİ, DİĞER İLAÇLARLA GEÇİMSİZLİKLERİ ve YAN ETKİLERİ KONULARINDA BİLİMSEL ARAŞTIRMALAR YAPILMAMIŞ ya da SON DERECE YETERSİZ DÜZEYDE KALMIŞTIR.**



%100 doğal hammaddelerden üretildiği için, yan etkisi bulunmamaktadır !!!!

En önemlisi xxxxxx yalnızca belirli bir hastalığı iyileştirme konusunda değil, vücuttaki tüm biyolojik ve fizyolojik fonksiyonlar için de iyileştirici bir etki yaratmaktadır.

BİTKİSEL İLAÇLAR GÜVENLİ MİDİR?

• Bu tür ürünler vücutta birikim yapan toksik maddelerle ve hastalık nedeni mikroplarla kontamine (bulaşık) olabilir.

Özellikle doğu ülkelerinden ithal edilen ürünlerin büyük bir yüzdesinde yabancı katkı maddelerinin çoğunlukta olduğunu, bitkisel etken maddenin oranlarının da etikette yazılandan çok daha az olduğunu söyleyebilriz.

HİÇ BİR BİTKİSEL ÜRÜNDE KALİTE KONTROL UYGULANMAMAKTADIR!

•Kendi başlarına kullanıldıklarında güvenli olabilen bazı bitkisel ürünler, bazı yüksek tansiyon, şeker, depresyon ilaçlarıyla birlikte kullanıldığında çok tehlikeli sonuçlara neden olabilir.

Aspirinin diğer ilaçlarla etkileşime girdiğinde kanama ve kan basıncının yükselmesi riskini artırabilmektedir, Özellikle romatizmal hastalıkların tedavii edici bitkisel ilaçlarla kullanıldığında daha çok yaşlı hastalarda ölüme varan sonuçlara neden olabilir!

İlaçların bilinçsizce gıda takviyeleriyle kullanımının da ölümcül olabileceğine dikkat etmek gerekmektedir, Sarımsak, zencefil, ginkgo biloba gibi bitkilerin kandaki pıhtılaşmayı azaltmaktadır. Bu nedenle, asprin ve ağrı kesici kullananlar ile cerrahi müdahalede bulunulacak kişilerin bu gıda takviyelerinikullanmamaları gerekmektedir (Bunun gibi örnekleri çoğaltmak mümkündür).

•Etkinliği kanıtlanmış ilaç tedavileri yerine bitkisel ürünleri kullanmak, hem hasta için değerli olan zamanın kaybına hem de para kaybına neden olabilmektedir

* "Faydalı" etkileri tamamen psikolojik olabilir. Tıpta buna plasebo etkisi denir.
* Diğer yandan "bilinçli ellerden çıkan ve doğru kullanılan" bitkisel ürünler, standart ilaç tedavileri kadar etkili ve daha ucuz olabilirler. Ancak bitkisel tıp konusunda, bilimsel metodlarla yetişmiş uzmanların gerekli düzenlemeleri yapması şarttır.

Ginkgo Biloba, devamlı dikkat gerektiren veya yoğun ve stresli işlerde çalışanların; dikkat, enerji ve performansını arttırmak için öneriliyor. Stresten veya yoğun iş temposundan kaynaklanan unutkanlık sorunu olanlar için doğal bir çözümdür. Hafıza ve konsantrasyonu güçlendirirken aynı zamanda enerji takviyesi de sağlar. Ginkgo bağışıklık sistemini güçlendirir ve Alzheimer hastalığında yardımcıdır.

Vitiligonun (*ala*) durdurulmasına ve yeniden pigment oluşumuna yardımcı olabilir.
Troid bezinin düzenli çalışmasına katkıda bulunur (özellikle **hipertroid** durumunda).
Zihni açar, yorgunluk ve stresi azaltır.
Beynin beslenmesine yardımcı olur ve hafızayı güçlendirir.
Öğrenme yeteneğini arttırır, aktif ve zinde bir vücut oluşmasına yardım eder.
İktidarsızlık ve **sertleşme** problemlerinde faydalıdır.
Bağışıklık sistemini güçlendirir.
Grip ve **soğuk algınlığına** karşı koruyucudur.
Metabolizmayı hızlandırabilir ve **sindirime yardımcı** olur.
Sinerjetik etki ile vücut dayanıklılığını arttırır, enerji verir, yorgunluğu azaltır.
Vücudun enerji muhafaza etmesine yardımcı olur, nükleik asit ve protein sentezini hızlandırır.
Kan şekerininin dengelenmesine yardımcı olur.
Çiçeklerin tozlanma zamanında **allerjik reaksiyonların** önlenmesinde faydalıdır. Anti-allerjik özelliği vardır.
Zihinsel dayanıklılığı arttırır.
Serbest radikallerin **hücre tahribatını** azaltır.
Kan yapıcıdır. Soğuk el ve ayaklarda faydalı olabilir.
Yaşlılarda,bunama belirtilerini azaltabilir. **Alzheimer** hastalığında yardımcıdır.
Kulak çınlamasını önlemede faydalı olabilir.

ZAYIFLAMA İLAÇLARI

"Doğal gıda takviyesi olarak pazarlanıyor, ama aslında içinde kimyasal madde bulunan bir bileşen. Yeme isteğini baskıladığı için yemek yemiyor ve zayıflıyorsunuz. Ancak bu ilaçların bir çok yan etkisi var; ağız kuruluğu, kabızlık, tansiyon ve nabız yükselmesi gibi. En önemlisi de kalbe yükleniyor ve kalp krizlerine neden olarak ani ölümlere yol açabiliyor."

Türkiye'de Sağlık Bakanlığı ruhsatlı iki zayıflama ilacı bulunmaktadır. Reçeteyle satılan bu ilaçlar dışındaki ürünlere yönelmek tehlikelidir. Bu ürünler ilaçlarla etkileşime girerek kalbe ve diğer organlara zarar verebilmektedir. İ

İlaç Etkileşme çalışmalarının mutlaka yapılması lazımdır. Bu amaca yönelik olarak Sağlık Bakanlığındaki Bilimsel Komisyonların oluşturulması gerekmektedir.

Greyfurt

Sürekli tükettiğimiz bu meyvenin bazı ilaölarla kullanımında bile ciddi tehlike boyutlarına erişebilen ilaç etkileşmeleri söz konusudur. Örneğin felodipine adlı ilaçla birlikte alındığında, diastolik kan basıncında düşme, kalp atım hızında ise yükselmeler yapabilmektedir.

Greyfurt kullanımı, bir takım ilaçların vücut tarafından emilmesini, metabolizmasını ve farmakokinetiğini etkilemektedir. Bu ilaçlar arasında, statinler, kalsiyum kanal blokörleri ve antibiyotikler ön sıralarda yer almaktadır ki, toplumun önemli bir kısmı bu ilaçları kullanmaktadır.

ABD'de FDA (Food and Drug Administration) tarafından bir çok ilaç (Cyclosphorin, sirolimus, simvastatin, lovastatin, nifedipine) etiketi üzerine (aynı sigara paketlerinde olduğu gibi) uyarılar konulmasını zorunlu kılmıştır.

Greyfurt yanı sıra, diğer turunçgiller de ilaç-gıda etkileşimlerinin odağında bulunmaktadır.

Table 1 Examples of Phenolic Compounds in Selected Citrus Varieties with Drug Interactions

Phenolic compound[a]	Citrus variety	Drug-interaction
Hydroxycinnamic acids		
Sinapic acid	*C. sinensis*	
p-Coumaric acid		
Ferulic acid		
Caffeic acid		
Flavonoids		
Flavanones		
Narirutin	*C. paradisi, C. aurantium, C. sinensis, C. clementina, C. tangerina*	
Hesperidin	*C. paradisi, C. aurantium, C. sinensis, C. clementina, C. tangerine, C. limon*	
Neohesperidin	*C. paradisi, C. aurantium, C. limon*	
Naringin, Naringenin	*C. paradisi, C. aurantium, C. limon*	vt (41–43), an (44)
Neoponcirin	*C. paradisi, C. aurantium, C. sinensis, C. clementina, C. tangerina*	

-Berhow MTB, Kanes K, Vandercook C. Survey of Phenolic Compounds Produced in Citrus. Technical Bulletin Number 1856. United States Department of Agriculture, 1998.
- Kawali S, Tomono Y, Katase E, Ogawa K, Yano M. Quantitation of flavonoid constituents in citrus fruits. J Agric Food Chem 1999; 47(9):3565–3571.
- Gil-Izquierdo A, Gil MI, Ferreres F, Tomas-Barberan FA. In vitro availability of flavonoids and other phenolics in orange juice. J Agric Food Chem 2001; 49(2):1035–1041.

Drug Interactions of Grapefruit and Other Citrus

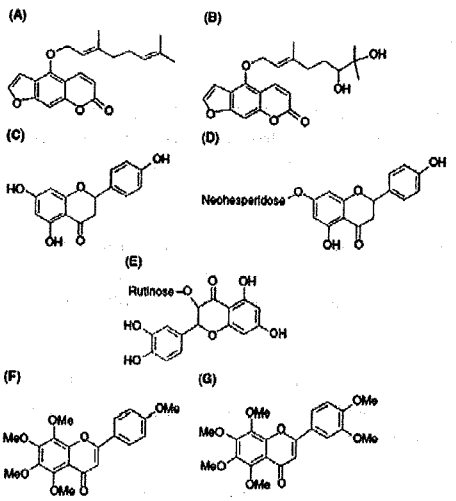


Figure 1 Chemical structure of polyphenolics in citrus. (A) Bergamottin, (B) 6',7' dihydroxybergamottin, (C) Naringenin, (D) Naringin, (E) Rutin, (F) Tangeretin,



- Tassaneeyakul W, Guo LQ, Fukuda K, Ohta T, Yamazoe Y. Inhibition selectivity of grapefruit juice components on human cytochromes P450. Arch. Biochem Biophys 2000; 378(2):356–363.
-Manners GD, Breksa AP III, Schoch TK, Hidalgo MB. Analysis of bitter limonoids in citrus juices by atmospheric pressure chemical ionization and electrospray ionization liquid chromatography-mass spectrometry. J Agric. Food Chem 2003; 51(13):3709–3714.
- Malhotra S, Bailey DG, Paine MF, Watkins PB. Seville orange juicefelodipine interaction: comparison with dilute grapefruit juice and involvement of furocoumarins. Clin Pharmacol Ther 2001; 69(1):14–23.

Table 5 Inhibition of Human Cytochrome P450-Mediated Metabolism by Aliquots of Aqueous Extracts of Herbal Tea and Bulk Spice (Country of Origin) (25mg/mL Stock Solutions)

	2C9	2C19	2D6	3A4
Single-entity herbal teas				
Cat's Claw bark	11.4 ± 4.35	5.2 ± 9.03	13.4 ± 0.91	56.8 ± 0.72
Chamomile herb	60.7 ± 4.38	63.7 ± 4.36	53.6 ± 1.59	56.5 ± 0.52
Feverfew leaf	51.1 ± 10.81	46.2 ± 5.27	54.1 ± 1.10	64.7 ± 1.69
Goldenseal herb	72.9 ± 4.83	80.3 ± 4.85	77.4 ± 1.60	88.3 ± 0.45
Gotu Kola herb	24.8 ± 3.99	42.2 ± 11.34	23.9 ± 1.74	51.5 ± 0.99
Kava Kava	57.0 ± 2.87	48.9 ± 6.13	24.5 ± 2.39	49.5 ± 2.57
Siberian ginseng	25.2 ± 2.88	30.9 ± 2.75	59.6 ± 0.78	24.0 ± 2.49
SJW	68.7 ± 0.83	84.6 ± 2.77	33.0 ± 1.05	64.1 ± 1.35
Botanical mixtures				
Echinacea plus	65.0 ± 2.01	61.2 ± 6.13	66.8 ± 1.46	66.1 ± 0.73
Echinacea special	74.7 ± 3.23	81.5 ± 1.85	85.7 ± 0.58	59.2 ± 1.35[a]
Echinacea and Goldenseal	52.4 ± 6.42	77.1 ± 7.35	80.0 ± 0.61	79.9 ± 0.49
Ginger	67.6 ± 2.74	51.9 ± 16.43	57.0 ± 1.57	85.6 ± 0.80
Ginkgo biloba special	79.3 ± 5.50	61.6 ± 7.87	60.9 ± 0.98	69.4 ± 1.71[a]
Green tea with triple *Echinacea*	73.1 ± 1.39	68.8 ± 7.64	66.5 ± 1.34	73.0 ± 1.62[b]

Bitkisel ya da hayvansal kökenli gıda takviyeleri insanlarda karaciğer enzimlerini etkilemekte, metabolizmayı ve farmakokinetik sistemi değiştirmektedir.

Bu enzimlerin başında cytohrome P450-bağımlı enzimler gelmektedir.

Table 5 Inhibition of Human Cytochrome P450-Mediated Metabolism by Aliquots of Aqueous Extracts of Herbal Tea and Bulk Spice (Country of Origin) (25 mg/mL Stock Solutions) (*Continued*)

	2C9	2C19	2D6	3A4
Sage, ground (Turkey)	97.2 ± 1.42	99.9 ± 0.34	99.8 ± 0.59	97.0 ± 3.73
Thyme leaves (Spain)	93.1 ± 5.86	91.1 ± 5.65	96.1 ± 1.57	96.9 ± 1.67
Tumeric, ground (India)	82.3 ± 6.05	92.7 ± 4.83	48.6 ± 6.42	92.8 ± 2.28

[a]625 μg/mL.
[b]156 μg/mL.
Abbreviation: SJW, St. John's wort.

Spices				
Cloves, ground (Sri Lanka)	99.0 ± 0.76	98.6 ± 0.85	97.9 ± 1.41	94.0 ± 2.21
Ginger, ground (China or India)	53.2 ± 2.60	83.3 ± 4.43	69.8 ± 2.05	88.4 ± 3.42
Oregano leaves (Turkey)	35.4 ± 2.59	80.2 ± 7.69	94.6 ± 4.26	98.6 ± 0.46

Sage : Adaçayı
Oregano: Keklikotu, güveyiotu, yabani mercankösk, farekulağı

Botanical Products–Drug Interactions: Focus on Garlic, Ginkgo and Ginseng

Table 3 Case Reports of Interactions Between Ginseng and Synthetic Drugs

Ginseng dosage/ duration	Sex/age	Diagnosis	Interacting drug dosage/ duration	Other concomitant drugs	Clinical result of interaction	Possible mechanism
Ginseng tea (38)	Female/64	Depression	Phenelzine 45–60 mg/d (dose and duration not reported)	None mentioned	Insomnia, headache, tremulousness	Increased cAMP levels by ginsenosides
Ginseng (39)	Female/42	Depression	Phenelzine 45 mg/d	Bee pollen, triazolam, lorazepam	Manic symptoms (irritability, hallucinations)	Increased cAMP levels by ginsenosides
Ginseng (41) (Ginsana®) capsules t.i.d. for 2 wks	Male/47	Heart valve replacement	Warfarin 5 mg/d for 5 yrs; 7.5 mg each Tuesday	Diltiazem, nitroglycerin, salsalate	Decreased INR (from about 3.3 to 1.5)	Not known
Ginseng product (42)	Male/58	Coronary heart disease, diabetes	Warfarin	Several (but no details mentioned)	Decreased INR to 1.4, thrombosis	Not known

Abbreviations: INR, international normalized ratio; cAMP, cyclic adenosine monophosphate.

Kozmetik

İnsan vücuduna sürülen veya sprey şeklinde uygulanabilen, deriyi koruma, temizleme, nem ve sıcaklık dengesini sağlama ve güzelleştirme amacıyla kullanılan kimyasal maddeler karışımıdır.

Deriye haricen uygulanan preparatlarda kozmetik ürünlerin yanı sıra ilaç niteliği olan kimyasal bileşikler de vardır.

1. Lipid tabakasını etkileyen ajanlar (antiseboreik ürünler)
2. Stratum korneumu etkileyen ajanlar (nemlendiriciler)
3. Melanositleri(deriye renk veren hücreleri) hedef alan pigmentojenik (renklendirici) ürünler
4. Terbezlerini hedef alan antiperspiranlar
5. Hipodermisi (deri altı dokusu) hedef alan zayıflatıcı ve inceltici ajanlar

MONO SODYUM GLUTAMAT (MSG) NEDİR? (E621)

MSG adında bir gıda katkı maddesi var.

- Yiyeceklere katıldığında, o yiyeceğin tadının beyin tarafından güzel olarak algılanmasını sağlıyor.
- Tatlı, tuzlu, acı fark etmiyor. Hangi yiyeceğe katılırsa lezzetliymiş gibi geliyor.

Gıda üreticilerinin bir çoğu MSG'yi karlı olduğu için kullanıyorlar.

MSG ZARARLI MI ?

- Bu madde nörotoksin.
- Sinir hücrelerine zarar veriyor. Merkezi sinir sistemi tahribatı ve buna bağlı olarak ALZHEIMER, PARKINSON, HUNTINGTON hastalıkları, SARA (Epilepsi), Retinal dejenerasyon (Göz retina tabakası hasarı), Yağ birikimi, doyma mekanizmasında bozukluk, obezite.
- Büyüme hormonu baskılanması, Pankreas hasarı, insülinde artış, ve buna bağlı diyabet, böbrek ve karaciğerde ciddi hasarlar.
- Hamilelerde plasenta bariyerini geçebiliyor, anne karnındaki bebek de aynı tahribatlara maruz kalıyor.Özellikle çocuklarımızın hatta büyüklerin de çok severek yediği CİPS'lerde çok kullanılmakta.

Hazır köfte harçları, Et suyu tabletleri, Hazır çorbalar, DONDURMALAR, renkli yoğurtlar ve benzeri bir çok üründe var.

İlaçlar halk sağlığı yararına sunulmadan önce uzun yıllar süren ve bir çok klinik aşamalardan geçmektedir. Bir ilacın maliyeti yaklaşık olarak 300 milyon Amerikan Dolarıdır. Bu süreç sonunda ilaçlar etkinlik ve güvenilirlik anlamında uluslararası belli standartlara sahip olurlar. ABD'de bu standartları belirleyen kurum FDA dir.

Türkiye'de ise Sağlık Bakanlığı çatısı altında kurulan ve Üniversite Öğretim Üyelerinden müteşekkil bir çok Komisyon bu standartları sağlamaktadır. Türkiye'de bir ilacın ruhsatlandırma süreci de yaklaşık 1-2 yıllık bir çalışma planını gerektirmektedir. Bu standartlara sahip olmayan bir ilaç, tedavi ya da teşhiş edici olarak asla onay alamaz.

Gerek gıda desteğinde ve gerekse kozmetik ürünlerde, ilaç gibi standartların olmaması, bu ürünlerin yeterli düzeyde denetimden geçmemesini sağlamaktadır.

Dolayısıyla bir ürünün gıda desteği ya da kozmetik olarak pazara sürülmesi çok daha kolay, çok daha ucuz ve çok daha cazip görünmektedir. Bu da hem gıda destek ürünlerinde hem de kozmetik ürünlerde bilimsel verilere dayanmayan ve giderek halk sağlığını tehdit eden bir yapılanma içine dönüşmektedir.

Her iki sektör de kontrolsüz büyüme içindedir ve bu da gün geçtikçe kontrolü daha da güçleştirmektedir.

İLACIN TANIMI (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)

PROF. DR. ERDEM BÜYÜKBINGÖL

İlacın tanımı, ilaç nedir, gıda desteği nedir, kozmetik nedir konularında sizlerle bazı bilgileri kısa da olsa paylaşmak istiyorum. Aslında Sayın Başkanın da söylediği gibi bu konular bizim kültürümüzde yüzyıllardan beri olan konular fakat son derece bilinçsizce sadece halkın deneyip ve gördüğü yaklaşımlarla bugüne kadar gelmiş ve bundan sonra da biraz daha bilinçli bir davranış içerisinde olunması için bizler akademik personel olarak gayret içerisinde oluyoruz.

Şimdi öncelikle ben ilacın tanımıyla başlamak istiyorum; bir hastalığın önlenmesi, teşhisi ve tedavisi amacıyla verilen ve uzun ayrıntılı klinik çalışmalar sonucu ki bu çalışmalar; faz bir, faz iki, faz üç, faz dört evrelerini de içeriyor. Canlı organizma üzerindeki fizyolojik ve farmakolojik etkileri optimize edilmiş yani yen etkileri ve toksitesi mümkün

olabildiğince insanlardaki metabolizmayı çok fazla uyarmadan, çok fazla rahatsız etmeden oluşturulmuş ve etken maddesinin çağdaş standartlara göre formülasyonunun yapılarak bir yararlanım düzeyleri saptanmış kimyasal maddeler.

İlaçlar genellikle çok genel bir tanımla bu şekilde tanımlanabilir. Tabii ilaçları hepimiz biliyoruz ki doğal olabiliyor, bunlar bitkisel olabiliyorlar ya da hayvansal kökenli olabiliyorlar ya da sentetik veya yarı sentetik olabiliyorlar. Yani hiç doğada yok ve biz bu ilaçları kimyasal birtakım prosedürlerle sentezliyoruz ve ilaç haline getiriyoruz. Bunlar başında Salisilik Asit, ben örnek olarak çok basit bir molekülü vermek istedim, kimyasal yapı görüyorsunuz. Bu Salisilik Asit aslında doğada olan bir bileşik, birtakım gıdalarda var mesela ben şöyle söyleyeyim işte karnabaharda var, taze mantarda, soğanda var çok düşük de olmasına rağmen ama yeşilbiberde, zeytinde, işte domateste, kırmızıturpta işte kayısı da, böğürtlen gibi birtakım sebze, bitkilerde de oldukça yüksek bir oranda bulunuyor. Salisilik Asit aslında akne tedavisinde kullanılıyor halk arasında, bir bitkisel madde. Berna Hanım'ın tam arkasında gördüğümüz bir madde daha var; Asitil Salisilik Asit diye geçiyor, bu da Aspirin, bildiğimiz Aspirin maddesi ve ağrı kesici ve görüyorsunuz Salisilik Asitten bir kimyasal sentez yoluyla elde ediliyor. Aslında Aspirin alındığı zaman vücudumuza midede Salisilik Asite dönüşerek etkisini gösteriyor.

Dolayısıyla bu ilaç olarak kullandığımız bir madde ve gıdalarda bulunan bir madde. Ayrıca Atropin formülde görüyorsunuz, bu da önemli bir kimyasal madde, ameliyatlardan önce kullanılabiliyor. Pek çok *insentive* zehirlenmesinde kullanılabiliyor ve Atropin de bitkisel kaynaklı, Atropa Bellodona Adlî bir bitkiden elde edilen bir madde. İnsülin var ortada renkli görüyorsunuz; şeker hastalığının baş etkeni olarak rol oynayan bir protein. Bunun yetersizliğinde de dışarıdan İnsülin elde etmemiz, almamız söz konusu. Bu da bir doğal kaynaklı yani hayvansal kaynaklı bir ilaç.

Tabii Katropil var ortada, İnsülinle aspirinin arasında formülünü gördüğümüz. Bu da sentetik bir ilaç, doğa da yok. Bilim insanları tarafından tasarlanmış, keşfedilmiş ve özellikle kalp rahatsızlıklarında ve tansiyonda kullanılan bir ilaç. Genelde biz ilaçları bu şekilde tanımlamasını yapabildikten sonra gıda desteği diye son yıllarda ortaya çıkan bir kavram var. Aslında bu kavram bana göre oldukça karmaşa yaratan

bir kavram çünkü, ben bir gıda desteği sorusuna ne yanıt verebileceğimizi tam olarak bulamadım. Yani eğer bizde bir diyelim ki beslenme bozukluğu söz konusuysa, herhangi bir gıdayı yeterince alamıyorsak ve o gıdadan alamadığımız bazı besinler nedeniyle bir rahatsızlık, bir farmakolojik ya da fizyolojik bir bozukluk söz konusuysa bunu yine o besinlerle bizim tamamlamamız gerekiyor. Şimdi tabii gıda dediğimiz zaman insanlar tarafından yenilip içilen besinler olarak biz tanımlayabiliyoruz ve biz canlılar sürekli beslenmek durumundayız ki belli fizyolojik, biyokimyasal işlevlerimizi sürdürebilelim. Genelde gıdalarda üç tip molekül grubu var, karbonhidratlar biliyorsunuz yağlar, proteinler. Bunlara ilave olarak da vitaminler, mineraller ve su geliyor. Şimdi son yıllarda bu olgu pek çok batılı ülkede de var. Ama orada da bazı kavram karışıklıkları nedeniyle giderek bu konuların belli bir standardizasyon altına alınması yönünde de çok ayrıntılı çalışmalar yapılıyor.

Biliyorsunuz gıda desteği olarak piyasada kapsül şeklinde, tablet şeklinde ya da benzeri formülasyonlar şeklinde ürünler bulunuyor ve bu ürünler eğer kapsül, tablet işte draje şeklinde ise yani ilaç şeklindeki bir preparattaysa ve bunda bir biyo etken varsa miktarı ve normal gıdayla sağlanandan daha çok fazla ise bu preparat ilaç olarak tanımlanmak zorunda. Ancak biz de Tarım Bakanlığı bu tür ilaçlara, bu tür gıda desteği, gıda takviyesi adı altında sunulan, pazarlanan preparatlara ruhsat veriyor ve Sağlık Bakanlığı bu konuda herhangi bir fonksiyon gösteremiyor. Dolayısıyla bitkilerden elde edilen her preparat gıda desteği olarak nitelendirilmiyor.

Biraz önce ilk slaytta gösterdiğim gibi Atropin de bir bitkiden elde edilen bir madde, Morfin de bir bitkiden elde edilen bir madde, Marihuana da bir bitkiden elde edilen bir madde. Dolayısıyla bitkilerden elde edilen her madde, bu bitkisel kökenlidir, bu ilaç değildir demek son derece yanlış.

İşte burada bulunmamızın birinci nedeni Sağlık Hukuku olması nedeniyle de bu konunun ciddi boyutlarda ilerdeki dönemlerde ele alınması da gerekiyor. Şimdi bitkilerden elde edilen her preparatın gıda desteği olarak nitelendirilemediğini ve mutlaka bunların belli bir standartlara göre hazırlanmak zorunda olduğunu özellikle vurgulamak istiyoruz ki bunu yapacak tek kuruluş da Sağlık Bakanlığı olmak zorunda. Çünkü Sağlık Bakanlığı'nın ilaç konusunda bugüne kadar yapmış olduğu çalışmalar, elde edilen birikimler ve Dünya Sağlık Teşkilatı'yla

ortaklaşa yürüttüğü projeler ile bu tür preparatların nasıl standardize edilebileceğini, ne şekilde kontrol altında tutulabileceğini, nasıl kalite kontrolünün uygulanabileceği konusunun en ileri bilinç düzeyine sahip olduğunu düşünüyoruz.

Dolayısıyla biraz önce de söylediğim gibi gıda desteği adı altında piyasada bulunan ürünler ilaç formunda ve belli ambalajlarda olmasına rağmen Tarım Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılıyor ve bu ruhsatlandırmada oldukça basit bir süreçten geçiyor. Şöyle, yurt dışından ithal edilecek işte bu gıda desteği kisvesi altında bir preparat belli bir dosya formunda Bakanlığa sunuluyor, Tarım Bakanlığı'na ve Tarım Bakanlığı çok kısa bir süre içerisinde tamam diyor, onay veriyor ve preparat piyasaya çıkıyor. Hâlbuki ilaç niteliği taşımasına rağmen, ilaçların halk sağlığına ulaşması Sağlık Bakanlığı tarafında çok uzun bir süreçte değerlendiriliyor ki bu süreç en kısa olarak iki yıl. İki yıl bir ilacın her türlü analizlerinin yapılıp yapılmadığı ve bu analizlerin özellikle yetkili kuruluşlarca yapılıp yapılmadığı, toksitelerinin yapılıp yapılmadığı, yan etkilerinin, ilaç etkileşmelerinin yapılıp yapılmadığı, dozajlarının yapılıp yapılmadığı bunlar inceleniyor. Ama bu gıda takviyesi adı altında piyasaya sunulan ve halkın sağlığını by-pass ederek Tarım Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılan bu ilaçlar da bu tür standart çalışmalar, bir ilaç olma niteliğini kazanan bir preparat için gerekli standart çalışmalar hiçbir zaman yapılamıyor.

Tabii bir ilacın keşfi, o ilacın geliştirilmesi, halk sağlığına sunulması çok uzun ve ayrıntılı çalışmalar içeriyor, bilimsel çalışmalar içeriyor ve bu gıda desteği olan preparatlarda bu tür çalışmalar yok. Bunun yanı sıra burada çok fazla değinmeyeceğim ama değinilmesi gereken bir konuda genetiği oynanmış ürünler, genetik ürünler biliyorsunuz işte domates olsun, patlıcan olsun, mısır özellikle biliyorsunuz piyasada süpermarketten mısır alıyorsunuz, o mısırda büyük olasılıkla genetiği oynanmış bir tür olduğunu söylemek herhalde yanlış bir şey olmaz. Bu da çok ayrı bir konu ama bunun da üzerinde çok özellikle durulması gereken bir konu olarak kısa bir bilgilerinize sunuyorum kısaca.

Şimdi bitkisel ilaçlar güvenli midir diye bir kanı var. Aslında yüzde yüz doğal hammaddelerden üretildiği için yan etkisi bulunmamaktadır diye bir düşünce olabilir. Bu son derece yanlış. Diyelim ki belli bir bitkisel ya da gıda takviyesi olarak hazırlanan bir preparatın bir hastalığı iyileştirme konusunda değil tüm vücuttaki biyolojik ve fizyolojik fonk-

siyonlar içinde iyileştirici bir etki yarattığını söylememiz mümkün müdür? Bu son derece tartışmaya açık bir konu olarak karşımıza çıkıyor. Dolayısıyla biz zaman zaman Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi olarak bu tür bitkisel kökenli gıda takviyesi konularında bazı sorunlarla karşılaşıyoruz ve bunun sonunda yalnız bizim Üniversite değil, Hacettepe Üniversite olsun, oradaki arkadaşlarımız da, akademisyenlerle de belli iletişim içerisindeyiz ve şunu görüyoruz; bugün piyasada gıda takviyesi adı altında sunulmaya çalışılan ve tabii, bu neden sunuluyor çünkü Tarım Bakanlığı tarafından son derece kolay bir süreçte ruhsatlandırılıyor. Sunulmaya çalışılan bitkisel ürünlerde toksit maddeler olduğu, mikroplarla kontamine edilmiş olduğunu görüyoruz. Özellikle doğu ülkelerinden ithal edilen ürünlerin büyük bir yüzdesinde bu yabancı maddelerin çoğunlukta olduğunu görüyoruz. Üzerinde diyelim ki yazıyor, biraz sonra bir örnek vereceğim, örneğin ginko bloba diyor, biliyorsunuz dinko bloba işte mental düzenin insanlarda korumaya yönelik kullanılabilecek bir bileşik ama bu bileşiğin etken madde yüzdesine baktığımız zaman üzerinde yazanın çok daha altında ve toksit maddeler içerdiğini de görebiliyoruz. Neden, çünkü hiçbir bitkisel üründe kalite kontrolü uygulanmıyor. Tabii kendi başlarında kullanıldıklarında bu ürünlerin, güvenilir olabilecek bu ürünlerin, yüksek tansiyon, şeker, depresyon ilaçları ile birlikte kullanıldığında çok tehlikeli sonuçlara da neden olabileceğini söyleyebiliyoruz. Örneğin Aspirin diğer ilaçlarla etkileşime girdiğinde kanama ve kan basıncını yükseltmesi riskini artırabiliyor. Özellikle romatizma ilaçlarında bu kavram söz konusu ve bitkisel ilaçlarla kullanıldığında ölüme varabilecek semptomlar ortaya çıkabiliyor. O nedenle ilaçların bilinçsizce gıda takviyeleri ile kullanımının ölümcül olabileceğine burada dikkat etmek gerekiyor. Tabii bunları ben çok örnek olarak veriyorum, bu tür örnekleri de çoğaltmak mümkün. Sarımsak, zencefil, ginko bloba gibi bitkiler kandaki pıhtılaşmayı azaltıyorlar. Bu nedenle Aspirin ile örneğin kullanılırsa ya da başka ağrı kesici ilaçlarla kullanılırsa ya da cerrahi müdahalelerde bulunulacak kişilerde kullanılmışsa son derece sakıncalı ciddi sonuçlar alınabiliyor. Bazı faydalı etkileri olduğu söyleniyor gıda takviyesi preparatlarının. Buna da işte biz tıpta *plesaba* diyoruz aslında hiçbir şeyi de olmayabiliyor.

Dolayısıyla bitkisel ürünlerin standart ilaçlar benzeri belli bir kalite kontrol aşamasından mutlaka uzman kişilerce geçirilmesi gerekiyor. Bakın burada ginko globa, belli içinizde kullananız da vardır ya da aileni-

niz de yaşlı kişilerin daha çok kullanması söz konusu, işte hafıza kaybını, unutkanlığı ya da yoğun stresli işlerde çalışanların enerji performanslarını artırması için önerilen bir preparat. Dolayısıyla işte Alzheimer hastalığına karşı kullanılıyor, başka birtakım gördüğünüz gibi özellikleri de var ama bu preparat alındığında ve başka ilaçlar, Aspirin kullanımı ya da başka farklı ilaçların kullanılması durumunda da ilaç-ilaç etkileşmesi ya da ilaç-gıda takviyesi etkileşmesi söz konusu olabiliyor. Bir başka önemli konu zayıflama ilaçları. Piyasada biliyorsunuz uzun zamandan beri tartışması yapılan ve reklamı da yapılan bir ilaç. Doğal gıda takviyesi olarak pazarlanıyor ve deniyor ki bu doğal bir besindir, doğal bir gıdadır, doğal bir bitkisel üründür, zararlı değildir. Hâlbuki son derece zararlı çünkü kişilerde yemek yeme isteğini baskıladığı için yemek yiyemiyor ve zayıflıyorsunuz, bu şekilde pazarlanıyor.

Ancak bu ilaçların, bu bitkisel ürünlerin birçok yan etkisi var, işte ağız kuruluğu, kabızlık, tansiyon, nabız yükselmesi, kalbe etki etmesi, kalp krizlerine ve ölümlere gençler de dahi özellikle gizli kalp hastalığı dediğimiz durumlarda oldukça etkili. Bu nedenle bu tür ilaçların ya da şu andaki deyimiyle gıda takviyelerinin mutlaka ilaç-gıda etkileşimi çalışmalarının yapılması gerekiyor ki bu da yine Sağlık Bakanlığı'yla ilgili komisyonlara özgü bir alan oluyor.

Greyfurt biliyoruz hepimizin tükettiği ve sürekli bu Greyfurdu özellikle kış aylarında tüketiyoruz ancak bazı ilaçlarla ciddi boyutlarda etkileşime neden olabiliyor. Bunun bilimsel çalışmaları uzun zamandan beri yapılıyor. Hatta bakın Amerika Birleşik Devletleri'nde (*Anlaşılmıyor)* yani İlaç ve Gıda Kontrol Kurumu'nda birçok ilacın işte *Sklospolin Srilomus, Sinmastatin, Rovastatin, Pedifin* gibi ilaçların etiketleri üzerinde aynı sigara paketinde olduğu gibi greyfurtla alınmamalıdır diye uyarılar var. Ha bugüne kadar belki belli bir kulak dolgunluğu olarak biliyorsunuz işte bazı ilaçlar sütle alınmaz, onun da birtakım etkileri var çünkü süt metabolizmasıyla ilacın metabolizması arasında bir etkileşme olduğu zaman ilaç faydadan çok zarar getirebiliyor. Buna benzer örnekte greyfurdun yanı sıra turunçgiller için de geçerli. Ama greyfurt çok daha bariz bir bu konuda etkinliği var. Şimdi bakın burada greyfurdun içindeki bazı maddeleri görüyoruz, şeyde yapılan altta da bu tablonun elde edildiği bilimsel yayınlar da söz konusu, bir sürü madde var içerisinde ve bunlar bizim kullandığımız ilaçlarla hatta bazı besinlerden aldığımız kimyasallarla da etkileşebiliyor. İşte greyfurdun içerisindeki

bu bileşiklerin kimyasal gösterimleri ve bunların da her birisinin ayrı bir ilaç olma niteliği taşıdığını bu slaytta görebiliyorsunuz. Burada gıda takviyesi dediğimiz bazı preparatların Amerika'da yapılan bir çalışma sonuçları var. İnsanlarda karaciğerde belli enzimler var ve bu enzimler bizim aldığımız, gıdalarla aldığımız besinlerle aldığımız bu kimyasalları metabolizma ediyor ve bunları daha zararsız hale getirip ya da vücuda daha yararlı hale getirip kullanılmasını sağlıyor. İşte burada bu enzimleri görüyoruz mesela iki C9 diyoruz ki bunlar başında *stekrompe 450* dediğimiz birtakım karaciğer enzimleri söz konusu, bunların da alt birimleri iki C9 diyoruz, iki C19 diyoruz ve onların çeşitli bitkisel preparatlarla yapılan etkilerini görüyoruz. Mesela ekinase, ekinaseyi de biliyorsunuz çok kullanılan bir *(Anlaşılmıyor)* mesela papatya ya da ginko bloba ya da yeşil çay gibi preparatlar burada yer alıyor. Mesela Türkiye'de ada çayı yapılmış, Türkiye'den alınan ada çaylarında ya da işte kekiklerde ya da işte keklik otu, yabani mercan köşk dediğimiz *oregano* türlerinde bu tür çalışmalar yapılmış ve buna göre bu biz gıda takviyesi dediğimiz preparatları tükettiğimizde vücudumuzda ne gibi bir tepkiler oluştuğunu, metabolizmamızda nasıl bir değişiklik olduğunu görebiliyoruz.

Yine aynı şekilde bu tür çalışmalar, bu tür maddelerin mesela işte kadınlarda 64 yaşındaki bir kadında yapılmış, depresyonla sonuçlanabilen ya da işte uykusuzluk yapabilen birtakım oldukça önemli tabii biyokimyasal biraz belki sizin alanlarınızın dışında olabilir ama EMP düzeylerinin çok arttırıldığı durumlar söz konusu olabiliyor.

Tabii zamanınız 20 dakika bilmiyorum aştım mı? Hemen ben de toparlamak istiyorum, kozmetikte aynı şekilde geçerli, çünkü deriye sürüyorsunuz ve deriden içeriye, deri altına absorve oluyor ve bunun sistemik dolaşıma katılması, kan dolaşımına katılması vücutta toksik nedenleri olabilir. Örneğin bilmiyorum kadınlar daha bilebilirler saçlarını boyadıkları zaman kaşlarını boyamazlar neden çünkü o bölgeden o boya içerisindeki birtakım toksik kimyasalların deri altına geçip, kan dolaşımına geçmesi ve zararlı etkilerinin olması söz konusu olabilir. Bir de son olarak bu gıdalarda kullanılan bazı kimyasallar var, koruyucu olarak kullanılan kimyasallar. Bunlar da bize göre oldukça önemli. Mesela bunların başında -bunlar kodlu biliyorsunuz, kod veriliyor- E621 koduyla *Monosodyumglitomat* geliyor ki bu gıda katkı maddesi olarak birtakım besinlerde kullanılıyor. Özellikle hazır köfte harçları, et suyunda, çorbalarda, dondurmalarda, renkli yoğurtlarda falan birçok ürün-

lerde var. Bu cips dediğimiz hani çocuklarımızın çok sürekli tükettikleri gıdalarda var. O yiyeceğin tadını artırıyor, tadının beyin tarafından son derece lezzetli olmasını sağlıyor. Bu tat acı ya da tuzlu fark etmiyor. Hangi yiyeceğe katılırsa o yiyeceği biraz daha çekici hale getiriyor lezzet olarak ve dolayısıyla bir bağımlılıkta yaratabiliyor. Sürekli bir şey aldığımız zaman, sürekli almak isteği duyuluyor. Bu madde zararlı mı? Evet, bir *nerotoksin* yani beyini zehirleyen maddelerden bir tanesi ki ileride Alzheimer, *Sönhantingon* gibi ya da sara gibi birtakım ciddi sendromları ortaya çıkartabilir. Dolayısıyla bu konu çok önemli tabii bunun hukuksal olarak Türkiye durumu nedir, nasıl bir süreç gerektiriyor bu tür olaylar için? Biz Amerika'yla ya da Avrupa Birliği'yle bu tür konularda belli bir paralellik göstereceksek orada şunu da söyleyebiliriz; Amerika'da da, Avrupa Birliği'nde de bu konular şu anda çok ayrıntılı olarak incelenmekte ve mutlaka bir düzene bağlı olacak şekilde bir gelişme göstermektedir. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocam, biz de size çok teşekkür ediyoruz. Biz hukukçular için gerçekten değişik bir açılım oldu. Kimyasallar etrafında biraz dolandık, gerçekten çok değişik bir perspektiften bakmışsınız. Şimdi sözü ikinci konuşmacımıza vereceğim. İkinci konuşmacımız bizim kurulumuzun fahri üyesi olarak addedeceğimiz her kurultayımızda, her çalışmamızda yanımızda olan çok değerli bir hocamız, kendisi Deneysel ve Klinik Araştırmalarda Cezai Sorumluluk konusunu bizimle paylaşacak. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Sulh Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, aynı zamanda Tıp Hukuku Derneği'nin Kurucu Başkanı. Diğer görevlerini herhalde ben sayarak bitiremeyeceğim sayın hocam. Buyurun ben de yine aynı şekilde son beş dakikada size hatırlatacağım.

İNSAN ÜZERİNDE DENEY - DENEME VE CEZA SORUMLULUĞU

PROF. DR. HAKAN HAKERİ

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ, CEZA HUKUKU VE CEZA SULH HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANI

A. GİRİŞ

Bir yandan hekimden tıbbi standarda uyması istenirken, öte yandan bilimsel araştırmalar yoluyla da, mevcut standardın aşılarak yeni standartların oluşturulması istenmektedir. Şu anki tıbbi standardın geçmişteki deneyler ve denemelerin sonucu oluştuğunda şüphe yoktur. Deney ve denemeler, bilimsel araştırmanın rutini halini almıştır[1]. İster klinik araştırma, ister deney, isterse deneme olsun, hepsinin ortak noktası, tıp alanında yeni olan bir hususun standart hale dönüşüp dönüşmeyeceğinin belirlenmesi çalışmasının yapılmasıdır. Tıbbi müdahalelerde ön planda olan bilimsel ve genel tıbbi yarardır[2]. Aynı husus, klinik araştırma, deney veya deneme açısından da geçerlidir.

Deney standardın aşılması demektir. Deneysel müdahale alışılmış müdahaleden sadece çıkış noktasının belirsizliği yönünden ayrılmamaktadır. Tıp bilimi şüpheli sonuçlara yol açabilecek birçok tedavi yöntemleri kullanmaktadır. Deney yapan kimse, ampirik-bilimsel bilinme-

1 DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 649.
2 L/U-LAUFS, §130, kn. 7.

yen (Neuland) alanına giriyor demektir[3]. Bu bakımdan sınır, emin olan ve emin olmayan teşhis ve tedavi yöntemleri arasında değil; tanınan ve henüz gelişmekte olan veya deneme aşamasında olan teşhis ve tedavi yöntemleri arasında çizilmelidir. Başka ifadeyle ayırım deney ve başarı arasında değil, deney müdahalesi ile standart müdahale arasında yapılmalıdır[4].

Yeni metotlara ilişkin yapılan araştırmalardan dolayı ortaya çıkan sonuçlardan ötürü sorumlu kişilerin kim olacağı sorusuna karşılık, bunların araştırmayı yapan kişi veya kurumlar olduğunu söylemek gerekir (Krş. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik md. 9). Hekim, mümkün olan en yüksek tedavi faydasını, mümkün olan en az yükle elde etmekle yükümlüdür. Çok rizikolu alternatiflerin seçimi uygulama hatası teşkil edebilir. Tıbbi deneyler ve denemeler de mevcut tıbbi standartlara ve tedavi alternatiflerine göre meşru kabul edilebilirler[5].

Tarihsel açıdan bakıldığında ABD'de konuya ilişkin verilen ilk kararlarda, hekimin tıbbi standardın dışına çıkması durumunda meydana gelecek zararlardan sorumlu olacağına hükmedilmiştir. Böylece hekim, teşebbüsünün işe yaramaması durumunda, meydana gelecek zararları karşılama yükü altında bırakılmıştır. Ancak geçtiğimiz yüzyılın başından itibaren verilen kararlarda şu kural benimsenmiştir: Tedavinin deneme niteliği hastaya bildirildiği ve hasta da bu tedaviyi kabul ettiği takdirde, meydana gelen zararlardan sorumluluğu hasta taşıyacaktır[6].

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 10. maddesine göre, "araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmiyeceğine kanaat getirmedikçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilâve etmek şartı ile bu keşfi tavsiye edebilir". Aynı tüzüğün 11. maddesinde "tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez" denilmektedir. Buna karşılık İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'ne göre klinik araştırmalar yapılabilmektedir. Böylece yönetmelik tüzüğe aykırı olmaktadır. Bu nedenle, öğretide yeni Türk Ceza Kanunu hü-

3 L/U-LAUFS, §130, kn. 4.
4 DEUTSCH, Medizin und Forschung, 42.
5 L/U-LAUFS, §130, kn. 46.
6 DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 657.

kümleri öncesinde savunulan görüş, insanlar üzerinde hiçbir şekilde bilimsel deney yapılamayacağı şeklindeydi[7]. Bununla beraber, yeni Türk Ceza Kanunu'nda, deney ve denemelerin koşulları düzenlenmiş bulunduğundan, bu hükümler göz önünde bulundurulacaktır.

Konu Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de düzenlenmiştir:

Tıbbi Araştırmalarda Rıza

Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.

Tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.

Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmayan yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür.

Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (md. 32).

Gönüllünün Korunması ve Bilgilendirilmesi

Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz.

Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir (md. 33).

Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli

Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir.

Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir (md. 34).

Küçüklerin ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu

Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına

7 ÇİLİNGİROĞLU, 31; Krş. YENERER ÇAKMUT, 40.

bağlıdır.

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, 24 üncü maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır (md. 35).

İlaç ve Terkiplerin Araştırma Amacıyla Kullanımı

Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz.

İlaç ve terkiplerin tıbbi araştırmada kullanımı, 29/11/1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik hükümlerine tabidir (md. 36).

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nda da bu konuda bazı önemli kurallar getirilmiş bulunmaktadır[8].

B. KAVRAM

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik[9] klinik araştırmayı şöyle tanımlamaktadır[10]: "İlaçların etkilerini ve/veya yan etkilerini, emilim,

8 *3.2. İKU'nun İlkeleri*

3.2.1. İnsanlara ilaç uygulanarak yapılan araştırmalar, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ve diğer ilgili mevzuata ve Helsinki Bildirgesinin güncel şeklinde belirtilen esaslara uygun olmak ve üç temel etik ilkeyi (adalet, insana saygı, zarar vermemek), dikkate almak zorundadır.

3.2.2. Bir araştırma başlamadan önce, her bir gönüllü ve toplum için, öngörülebilir riskler ve rahatsızlık durumları, beklenen yararlarla karşılaştırılır. Bir araştırma, ancak beklenen risklerin yararlara oranı kabul edilebilir düzeyde ise, başlatılabilir ve devam edilebilir.

3.2.3. Araştırmada yer alan gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliği dikkate alınacak en önemli hususlardır. Bu hususlar, bilimin ve toplumun çıkarlarından daha önde gelir.

3.2.4. Bir araştırma ürününe ait mevcut klinik veya klinik-dışı bütün bilgiler, yapılacak araştırmayı destekleyebilecek yeterlilikte olmalıdır.

3.2.5. Araştırmalar, bilimsel kurallara uygun, bilimsel bakımdan geçerli, açık ve ayrıntılı olarak ifade edilen bir protokolle belirlenir.

3.2.6. Araştırma, ilgili etik kurullarca önceden onaylanan protokol, ekleri ve değişikliklerine uygun şekilde yapılır.

3.2.7. Gönüllüye yapılan tıbbi işlemler ve onun için verilen tıbbi kararlar, yetkili bir doktorun veya uygun durumlarda, yetkili bir diş hekimnin sorumluluğundadır.

3.2.8. Araştırmanın yürütülmesinde rol alan her bir kişi, kendisine verilen görevleri yapmasına uygun öğrenim, eğitim, deneyim ve yetki sahibi olmalıdır.

3.2.9. Araştırmaya katılmadan önce her gönüllüden özgürce verdiği bilgilendirilmiş olur formu alınması zorunludur.

3.2.10. Araştırmaya ait bütün bilgiler, doğru bir şekilde raporlanmaya, yoruma ve kanıtlanmaya olanak verecek şekilde kaydedilir, işlenir ve saklanır.

3.2.11. Gönüllülerin kimliğini gösterebilecek nitelikteki kayıtların gizliliği, özel yaşamın gizliliği ile ilgili kurallara saygı gösterilerek sağlanır.

3.2.12. Araştırma ürünleri, İİU' na uygun üretilmiş olmalıdır.

3.2.13. Araştırmada, araştırmanın kalitesini her yönüyle garanti edecek işlemleri içeren sistemler uygulanır.

9 RG. 29.01.1993, 21480.

10 Konu Almanya'da İlaç Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 40. maddesi sağlıklı insanlar üzerinde klinik testleri düzenlemektedir ve burada düzenlenen husus, somut bir tedavi tedbirine yönelik tıbbi bir endikasyon olmaksızın öncelikle araştırma amaçlı olarak klinik deney yapılmasıdır. Buna karşılık 41. madde, 40. maddede düzenlenen genel prensipleri hasta insanlar üzerinde yapılacak klinik testler

dağılım, metabolizma ve atılımlarını araştırmak ve değerlendirmek amacıyla insanlar üzerinde yürütülen tüm çalışmalar" (md. 4/C). Öğretide de klinik araştırma, ilaçların hekim gözetimi altında insanlarda test edilmesi olarak anlaşılmaktadır. Sadece klinikte, kontrol altında yapılan klinik deneyler değil, bir ilacın hekim tarafından mesleki faaliyet çerçevesinde pratik açıdan denenmesi de bu kapsamdadır[11]. Helsinki Bildirgesi de "araştırma" kavramını tercih etmektedir.

Türkçe'de günlük dilde deney ile deneme arasında belirgin bir ayrım bulunmamaktadır. Sözlük anlamı itibarıyla karşılaştırıldığında;

Deney: Bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübe.

Deneme: Denemek işi, sınama, deneyim, tecrübe; son biçimini bulmamış, taslak durumunda olan şeklinde tanımlanmaktadır[12].

Türk Ceza Kanunu 2003 Tasarısı'nda deney kavramı kullanılmıştı ve bu kavram hastalar üzerinde yapılan deneyleri ifade etmekteydi.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin gerekçesine göre, **insan üzerinde deney** kavramı "bilimsel çalışmanın ilk aşamalarını", **insan üzerinde deneme** kavramı ise "bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemini" ifade etmektedir. Alman Hukuku'nda da bu ayırım yapılmaktadır. Tedavi amaçlı deney ve salt bilimsel deney. Bir deneyin, deneye katılan hastayı doğrudan iyileştirme amacına yönelik olması durumunda tedavi amaçlı deney söz konusu olmaktadır. Buna karşılık salt bilimsel amaçlı deneylerde deneğin sağlığının iyileştirilmesi amaçlanmamaktadır[13]. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, klinik araştırma, deney ve denemenin ilaçlarla ilgili yapılmasını ifade etmekte ve bu anlamda bir üst kavram olmaktadır. Ancak deney ve denemenin bir ilaçtan bağımsız olarak da yapılması mümkündür ki, bu takdirde klinik araştırmadan söz edilmemektedir. Fakat ortada yine de bir deney ve denemenin olacağında kuşku yoktur.

---

bakımından düzenlemekte ve dolayısıyla belirli bir hasta üzerinde ve tıbbi bilgilere göre hastanın somut hastalığının tedavisinde muhtemelen başarılı olacak bir ilaç denenmektedir ve bu nedenle ilacın kullanılmasına yönelik bir endikasyon mevcuttur. Dolayısıyla bu tür tedavi amaçlı denemelerde, hasta bakımından tedavi yararının bulunması gerekmektedir, Elmer/Lundt/Schwiy, Arzneimittelgesetz, §41, kn. 2, ULSENHEIMER, I §11, kn. 394, dn. 5'den.

11 Alman İlaç Kanunu Resmi Gerekçesi, ULSENHEIMER, I §11, kn. 393, dn. 4'den.

12 www.tdk.gov.tr.

13 DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 652; BAYRAKTAR; 159-161.

İlaç Araştırmaları Yönetmeliği hükümlerinde öngörülen dönemlere bakıldığında öncelikle 7. maddede "klinik öncesi araştırmalar"ın düzenlendiğini görmekteyiz. Bu maddeye göre,

Yeni geliştirilen bir ilacın, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve farmasötik araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan I. dönem klinik araştırmalarına geçilemez.

Bu çalışmaların değerlendirilmesinde aşağıda belirtilen hususlar öncelikle dikkate alınır:

A)Klinik öncesi araştırmaların uygun deney hayvanlarında ve uygun metodlarla yapılmış olması,

B)İlacın ve etkinin özelliğine göre uygun sayıda deney hayvanı kullanılmış olması,

C)Etki, yan etki, diğer maddelerle etkileşim, toksisite, teratojenite, mutajenite, fertilite, kanserojenite ile ilgili çalışmaların uygun doz aralıkları ve uygun sürelerde yapılmış olması,

D)Farmakokinetik çalışmaların uygun biyolojik örneklerde ve uygun parametreler değerlendirilerek yapılmış olması,

E)Araştırılacak ilacın fizikokimyasal özellikleri, farmasötik üretim yöntemleri, safsızlık limitleri ve analiz metotları, stabilitesi, gerektiği takdirde in-vitro biyoyararlanım araştırma sonuçlarının tam olarak verilmiş olması.

Yukarıda belirtilen esaslara uygun olarak yapılan klinik öncesi araştırmalar sonrası, klinik araştırmalar safhasına geçilebilmektedir. Burada da diğer ülkelerde de yaygın olarak düzenlendiği üzere, dört dönemin düzenlendiği görülmektedir. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, yönetmelikte "klinik araştırma" adı altında belirtilen çalışmalar sırasında takip edilen bu 4 dönem açısından şu belirlemeler yapılabilir:

Birinci aşamada hayvanlar üzerinde yapılan deneylerin tamamlanmasından sonraki aşama söz konusu olup, burada esas olarak az sayıdaki sağlıklı denekler üzerinde ilacın uyumluluğu, vücut tarafından kaldırılıp kaldırılmadığı denenmektedir. Bu denekler şimdiye kadar bahsettiğim somut hastalardan farklı olarak, yapılan deney ile sağlıkları bakımından herhangi bir yarar kazanmak durumunda değildirler ve bu itibarla bu kimseler üzerinde yapılan deneyin gönüllü olmasına büyük önem verilmektedir. Esasen hastalar da serbestçe karar verme yetkisine ve yeteneğine sahip oldukları sürece denek olarak kullanılabilirler.

Bunun için hekimin, hastanın denek olarak görev almasının fiziki veya ruhsal bir negatif yönü olmayacağını belirlemesi gerekir. Bu aşama uygun kliniklerde veya ilaç endüstrilerinin bölümlerinde yürütülmektedir[14]. Bu dönem (faz), İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde şöyle belirlenmiştir:

"I.Dönem: İlacın farmakokinetik özellikleri (emilim, dağılım, metabolizma, atılım), toksisitesi, biyoyararlanımı, vücut fonksiyonlarına etkisi ve biyolojik aktivitesi, az sayıda sağlıklı gönüllüler üzerinde denenir. Bu araştırmaların yapılacağı yerde, her türlü acil tıbbi desteği sağlayacak imkânların ve araştırmaların mahiyetine uygun laboratuarların bulunması gereklidir. Bu dönem çalışmalar, klinik farmakolog ve/veya tıp doktoru farmakologlar ile uzman tıp doktorları tarafından birlikte yürütülür".

İkinci aşamada sınırlı sayıda hasta üzerinde kontrollü ilk uygulama yapılarak hedeflenen endikasyonun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaktadır. Bu aşamada farmakolojik etki, özellikle ilacın etkisi, en iyi doz, kaldırabilirlik ve eşlik eden hastalıklardaki farmakokinetik özelliler açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu tür ilaç araştırmalarında hekimler somut bir hastanın bireysel bakımından ziyade, bir ilacın sistematik kullanımı suretiyle o ilaca ilişkin genel bilgilere ulaşmaya çalışmaktadırlar. Bu aşamada somut hastanın yararı ağırlık arz ettiğinden, rıza gerekliliği noktasında birtakım hafifletmeler söz konusu olmaktadır[15]. Bu dönem İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde şöyle belirlenmiştir:

II. Dönem: Az sayıda seçilmiş hasta üzerinde, ilacın etkili doz sınırları, klinik etkinliği, biyolojik aktivitesi, yararı, güvenilirliği, hastalık halinde farmakokinetik özellikleri ve toksisitesi araştırılır.

Bu dönem çalışmaların deneklerle yürütülecek bölümü, uzman tıp doktorlarının sorumluluğu altında, ilgili deneyleri yapabilecek ve bir klinik farmakolog ve/veya tıp doktoru farmakologun bulunduğu bir ekip tarafından yürütülür.

Üçüncü aşamada daha genişletilmiş bir klinik araştırma yapılmakta ve bu aşamada ilacın etkisi ve kaldırılabilirliği daha yüksek sayıda hastalar üzerinde kliniklerde ve hekim muayenehanelerinde yapılmaktadır. Bu suretle ilaca müsaade edilmesi için yapılacak müracaatın gerekçeleri

14 L/U-LAUFS, §130, kn. 37.
15 L/U-LAUFS, §130, kn. 38.

hazırlanmaktadır[16]. Bu dönem İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde şöyle belirlenmiştir:

III. Dönem: I. ve II. dönemlerde olumlu bulunan ilaç, daha geniş sayıda hasta üzerinde etkinliği, emniyeti ve değişik dozları yönünden denenir. Bu araştırmalar, uzman tıp doktorları tarafından yürütülür.

Dördüncü aşamada, müsaade edilmiş olan ilaçların kullanılması ve bu suretle az rastlanan yan etkileri belirlemek ve ayrıca etkililik ve kaldırılabilirlik hususundaki tespitlerin daha ayrıntılaştırılması amaçlanmaktadır[17]. Bu aşamanın normal tedaviden farkı ilacın kullanılmasında değil, kullanılan ilacın etkilerinin kontrol edilmesinde yatmaktadır. Burada normal kullanımdan farklı olarak kontrol daha esaslı yapılmakta ve bilimsel yöntemler kullanılmaktadır[18]. Bu dönem İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde şöyle belirlenmiştir:

IV. Dönem: İlaçların, farmasötik müstahzar olarak ruhsatlandırılmasından sonra, kabul edilen endikasyonları üzerinde emniyeti, doz farklılıkları ve yan etkileri gibi konular araştırılır. Bu araştırmalar, uzman tıp doktorları tarafından yürütülür.

Bu çalışmaları ceza kanunumuz açısından değerlendirdiğimizde, I. dönem çalışmalarının az sayıda sağlıklı gönüllü üzerinde yürütüldüğü görülmektedir. Bundan anlaşılacağı üzere, I. dönem çalışmaları, ceza kanunun kabul ettiği manada "insan üzerinde deney"dir, zira sağlıklı insanlar üzerinde yürütülmektedir. Bu nedenle, İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nun bu konuya ilişkin hükümlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. II., III. ve IV. dönem çalışmalar ise hasta üzerinde yürütülmektedir. Böylece bu çalışmalar ceza kanunumuz manasında "insan üzerinde deneme"yi ifade etmektedirler.

C. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEMENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNA İLİŞKİN KOŞULLAR

Öncelikle belirtmek gerekir ki, insan üzerinde deney ve deneme kural olarak kasten yaralama ve duruma göre kasten öldürme suçlarını oluşturmaktadır. Öğretide de, tıp biliminin kabul ettiği denemelerin zorunluluk halinden yararlanacağına işaret edilmiştir. Hastanın başka

16 L/U-LAUFS, §130, kn. 38; İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesine göre, "Türkiye'de ruhsatlı olmayan, ancak dış ülkelerde ruhsatlı ve ruhsat aldığı ülkede kullanılmakta olan bir ilaçla yapılacak araştırma, "III. dönem" içinde kabul edilir".

17 L/U-LAUFS, §130, kn. 39.

18 KOLLHOSSER, 187.

türlü tedavisinin mümkün olmadığı hallerde, denemeler suretiyle hastanın tedavisi cihetine gitmek, zorunluluk halinin tıp alanında uygulanışı olarak kabul edilmiştir[19].

Bugün için yeni Türk Ceza Kanunu bu konuyu açıkça düzenlemiş bulunduğundan, ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, bu çalışmalar bakımından İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik hükümleri göz önünde bulundurulacaksa da, hem sonraki tarihte çıkarılmış olması, hem de kanun olması itibarıyla Türk Ceza Kanunu hükümlerinin öncelikli olduğunu belirtmek gerekir. Bu itibarla, söz konusu yönetmelik ile ceza kanunu arasında çelişki bulunması durumunda Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Konu, Türkiye tarafından onaylanmış bulunan ve böylece bir iç hukuk metni haline gelen Biyotıp Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir. Bu nedenle, konuya ilişkin açıklamalar yapılırken bu sözleşme hükümleri de göz önünde bulundurulacaktır[20]:

Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir (md. 15).

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesine göre, insanlar üzerinde bilimsel amaçla ilaç kullanılarak yapılacak tıbbi araştırmaların yürütülmesinde Helsinki Bildirgesi ve ekleri kararlar ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'ne tam olarak uyulur. Araştırmacı hekim, bilimsel niyetinin bir bütün olarak etik ölçülere uymasına riayet etmek ve insancıl olmasını sağlamak zorundadır. Dünya Hekimler Birliği'nin biyo-tıp araştırmalarına ilişkin Helsinki Bildirgesi bu bakımdan önemli ölçüler içermektedir[21].

Dolayısıyla konu bakımından öncelikle Türk Ceza Kanunu hükümlerinin ele alınmasında yarar bulunmaktadır. Bu incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu hükümler ile ülkemizde ilk defa insan üzerinde deney ve denemeler yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanunun bu düzenlemesinin ABD ve Kanada hukuklarında yapılmış olan düzenlemeler dikkate alınarak yapıldığı; ülkemizde özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı için deneyin ceza kanununda tarif edilerek, söz konusu şartların gerçekleşmemesi durumunda suç olarak belirlenmesi cihetine gidildiği ifade edilmektedir. Ayrıca bugün Türkiye'de insan üze-

19 BAYRAKTAR, 163.

20 Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği, md. 27, 32–36.

21 L/U-LAUFS, §130, kn. 13; Helsinki Bildirgesi son olarak Ekim 2008'de Seul toplantısında revize edilmiştir.

rinde yapılan bilimsel deneylerin belirli bir standarda sahip olmaması dolayısıyla böyle sert bir düzenleme yapıldığı; zamanla Türkiye'de özellikle etik kurullar olarak denetim imkânının sağlanması durumunda bu hükümlerin gevşetilmesi yoluna gidilebileceği açıklanmıştır (Meclis Tutanakları).

Kanunumuzun 90. maddesi, bir ceza normundan ziyade, düzenleyici bir norm görüntüsü arz etmektedir. Gerçekten de, maddede esasen insan üzerinde deney ve denemenin cezalandırılmasından çok, insan üzerinde deney ve denemenin koşullarının belirlenmesinin amaçlandığı görülmektedir. Nitekim sadece insan üzerinde deney ve denemenin cezalandırılması amaçlanmış olsaydı "insan üzerinde yapılan hukuka aykırı deney ve denemeler ... cezalandırılır" şeklindeki bir hüküm yeterli olurdu. Türk Ceza Kanunu 2003 Tasarısı'nın bu yöntemi tercih ettiği görülmektedir[22].

TCK 90 hükmü ile birlikte Anayasa'nın 17/2. maddesinde yer alan *"kimse rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* şeklindeki yasak ilk defa bir yaptırım ile güvence altına alınmış olmaktadır.

1. İnsan Üzerinde Deneyin Koşulları

a. Yetişkinler Üzerinde Deneyin Koşulları

Türk Ceza Kanunu'nun *"insan üzerinde deney"* deney başlıklı 90. maddesine göre[23],

"(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda

22 Söz konusu tasarının 169. maddesi şöyleydi: "Rızası olsa bile bir kişi üzerinde, durumun haklı kılmadığı bilimsel veya tıbbi bir deneyde bulunan kimseye altı yıldan iki yıla kadar hapis ve yediyüzellimilyon liradan iki milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Onsekiz yaşını bitirmemiş olanların rızası geçerli değildir.

Tüzel kişiler de bu suçtan dolayı sorumludur".

23 TCK 2003 Tasarısı'nın konuyu düzenleyen 169. madde gerekçesine göre, insan üzerinde deneye değil, denemeye müsaade edilmişti:

"Madde, böylece, belirli koşullarla, kişi üzerinde bilimsel veya tıbbi amaçla yeni ilaçların ve tedavi usullerinin ve müdahalelerin yapılmasına izin vermiş olmaktadır.

Koşulların başında, hakkında işlem yapılacak kişinin durumunun "deneyi haklı kılması" gelmektedir. Demek oluyor ki, sırf bilimsel tecessüsü tatmin maksadıyla kişi üzerinde bazı madde veya usullerin denenmesi suç oluşturacaktır. Kişinin durumu itibarıyla yapılan müdahalenin haklı görülmesi gereklidir. Bu itibarla temel amaç o kişinin durumunu ıslah etme, ona şifa vermek olmalıdır. Bir trafik kazası sonucu yüzü perişan hale gelmiş bulunan kişi hakkında estetik yönden yepyeni bir cerrahi yöntemin denenmesi veya tedavi için alışılmış yolların esasen denendiği bir kanserli hastada yeni bir maddenin denenmesi gibi. Bilimsel maksadın da mutlaka belirtilen amaç yönteminde bulunması şarttır".

hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

gerekir.

İnsan üzerinde deneyin ceza hukuku açısından hukuka uygun olabilmesi için, öncelikle **yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması** gerekir. Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 16/iii maddesinde de bu koşul öngörülmüştür:

"Araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tâbi tutulması dâhil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması".

Klinik araştırmalar yapan hekim etik konularda bilim komisyonlarından yardım talep etmelidir. Bu etik komisyonları hekimlerle, hukukçu, ilahiyatçı ve diğer uzmanları bir araya getirmelidir[24]. Etik kurulların görevi insan üzerindeki klinik araştırmaların değerlendirilmesidir. Bu da ilaç deneyi, tıbbi ürünlerin deneyi veya insanlar üzerinde temel nitelikli araştırmalar (deney) niteliğinde olabilir[25]. Bu konuda aşağıda "Etik Kurullar" başlığı altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

İkinci olarak, **deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması** gerekir. Aslında bütün deneylerin öncelikle hayvanlar üzerinde yapılmasında yarar vardır. Ancak bütün deneyler açısından bu olanaklı olmadığından, insan dışı deney ortamında çalışma yapılmış olması da yeterli görülmüştür.

24 L/U-LAUFS, §130, kn. 14.
25 DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 730.

Kanımca, hem insan dışı deney hem de hayvan deneyinin öncelikle şart koşulması daha uygun olacaktı. Kanunun bu haliyle, masraftan kaçınmak ve süreyi uzatmamak amacıyla bunlardan birisinin devre dışı bırakılması söz konusu olabilecektir. Sadece hayvanlarda mümkün olmayan deneyler açısından insan dışı deney yeterli görülmelidir[26].

Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 16/i maddesi esasen daha geniş bir koşul getirmektedir:

"İnsanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması".

Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması gerekir[27]. Somut hastanın yararına değil de tıpta genel olarak elde edilecek bir ilerlemeye hizmet edecek deneyler, tedavinin muhatabı olan kimseye yük getirmemelidir. Ayrıca pazarlama çalışmaları malın revaç görüp görmeyeceğine hizmet etmekte ve böylece bilimsel bir hedef taşımadığından müsaade edilmemektedir[28].

Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemler uygulanmamalıdır. Bu hususun etik kurul tarafından araştırılarak, izin verilirken buna dikkat edilmesi gerekmektedir[29].

Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir. Bu koşul bütün zorunluluk hallerinde aranmaktadır. Ancak zorunluluk halinde amaç ile tehlikenin eşit olması da yeterli görülür. Burada ise, eşit olması yeterli olmayıp, deneyle varılmak istenen amacın daha ağır basması aranmaktadır[30].

Öğretide denemelerde, denemenin somut hasta açısından yarar ve zararlarının tartılmasının mümkün olduğu; buna karşılık bu tartının salt bilimsel deneylerde mümkün olmadığı belirtilmektedir. O nedenle bu tür deneylerde, deneyin toplum, insanlık için yararları ile birey açısından tehlikeleri tartılmaktadır[31].

26 ÜNVER, Türkiye'de, 100; aynı görüşte, CİN, 200.

27 "Maddenin ikinci fıkrasında, tüm sayılan koşulların varlığına rağmen, uygulanan deney veya denemenin denek açısından hayati bir tehlikeyi içermesi durumunda bu deney/denemenin yapılmaması gerektiğinin kanun metnine yazılması gerekmektedir. Madde şu haliyle bu tür bir tehlikeyi içeren bir metodun uygulanmasını engellememekte ve suç saymamaktadır. Sadece bu tehlikeyi gören kurulun müdahaleye izin vermemesi olasılığı bu endişeyi biraz azaltmaktadır. Ancak bu sorun ve tehlike ortadan tamamen kaldırılmış değildir. Bazı hukukçuların iddiasının aksine, maddenin mevcut hali muhafaza edilirse, bu gibi durumlarda eylem hukuka aykırı sayılamaz", ÜNVER, Türkiye'de, 101.

28 L/U-LAUFS, §130, kn. 24.

29 Krş. ÜNVER, Türkiye'de, 101.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHREIBER, Tıbbi Araştırmada, 81 vd.

31 DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 652.

Alman İlaç Kanunu'nun 96/10 maddesi de, "ilacın tıp bilimine sağlayacağı muhtemel faydalara nazaran, denek üzerindeki rizikolarının tıbben ağır olması" halinde deney yapılmasını cezalandırmaktadır.

Dünya Tabipler Birliği'nin Ekim 2008'de Seul'deki 59. Genel Kurulu'nda değiştirilen Helsinki Bildirgesi'nin 18. maddesine göre,

"*İnsanlar üzerindeki her tıbbi araştırma öncesinde araştırmaya katılan popülasyon ve toplumların veya araştırma konusu olan hastalıktan etkilenen diğer birey ve toplumların araştırmadan görecekleri yarara kıyasla araştırmanın doğurabileceği tahmini risk ve külfetler dikkatli bir biçimde değerlendirilmelidir*".

Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 16/ii maddesi de aynı koşulu öngörmektedir:

ii) araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması;

Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında kişi ayrıntılı olarak aydınlatılmalı ve bundan sonra yazılı rızası alınmalıdır[32].

Bu husus, gerek ulusal ve gerekse uluslar arası mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır:

Anayasamızın 17/2 maddesine göre, *kimse rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.* Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi'nin 7. maddesi de aynı yönde bir hükmü içermektedir: "*Hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz*".

Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 16/v maddesine göre,

"muvafakat açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olmalı ve bu husus belgelendirilmelidir. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir".

İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 8 C maddesine göre,

Yapılacak araştırmaların kapsamı, amacı, zarar ve tehlikeleri, gönüllülere tam ve yazılı olarak anlatılır.

Böylece klinik araştırmalara ilişkin aydınlatma şartı düzenlenmiş bulunmaktadır. Aynı yönetmeliğin 8/B maddesine göre de,

"dokuzuncu maddede belirtilen I., II., III. Dönem denemeler, gönül-

32 Türk Ceza Kanunu 2003 Tasarısı'nda da rıza konusu özellikle vurgulanmıştı: "Tıbbın gelişimini sağlamak amacıyla belirli koşullarla ve özellikle kişinin rızası alınmak suretiyle tıbbi ve bilimsel deneylere olanak sağlamak gerekir. Nitekim uluslar arası sözleşmeler de, yine belirli koşullarla ve özellikle kişinin rızasıyla tıbbi ve bilimsel deneylere müsaade etmektedir. Ülkemizde bu konu hukuk bakımından bir düzenlemeye tabi tutulmadığı için bilimsel araştırmalar yönünden engeller ve tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Ceza mevzuatımıza böyle bir maddenin eklenmesi, bir noksanın giderilmesine hizmet edecektir" (169. madde gerekçesi).

lülerde ve kişinin yazılı rızası ile yapılır".

Biyo-tıp Sözleşmesi daha geniş bir bilgilendirme zorunluluğu öngörmüş bulunmaktadır (md. 16/iv):

"Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları".

Biyo-tıp Sözleşmesi TBMM tarafından onaylanmakla[33] bir iç hukuk metni haline geldiğinden, bu hüküm gözetilmeli ve en azından ceza hukuku alanı dışında bir hukuka uygun deney veya deneme için bu koşula uyulması gerekmektedir.

Alman İlaç Kanunu'nun 96/10 maddesi de, deneğin deneye ilişkin onayını, bir hekim tarafından deneyin esası, anlamı ve sonuçlarına ilişkin yapılan bir aydınlatma sonrası vermemiş olmasını cezalandırmaktadır.

Rıza konusunda genel kurallar geçerli olmakla birlikte, irade yeteneği bulunmayan akıl hastaları gibi kimseler üzerinde deney kanuni temsilcinin rızasıyla dahi yapılamaz. Keza "rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz" (Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 78/3). Alman İlaç Kanunu da hükümlü üzerinde yapılan klinik araştırmaları açık bir hüküm ile cezalandırmaktadır (md. 96). Gözlem altına, göz altına alınmış veya tutuklanmış kimseler üzerinde de deney yapılamaz[34].

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Avrupa Cezaevi Kuralları" başlıklı (87) 3 nolu Tavsiye Kararı ile Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallar (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallar"a İlişkin (73)5 Sayılı Kararı)'nın 22. maddesine göre, "*tutuklular kişilik bütünlüğüne, fiziksel ya da moral yapılarına zarar verecek tıbbi ya da bilimsel deneye tabi tutulamazlar*"[35].

Deney herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmamalıdır. Bu koşul eleştirilmelidir. Hasta olmayan bir kimsenin, herhangi bir menfaat karşılığı olmaksızın, tıbbi deneyleri kabul etmesi hayatın gerçeklerine aykırıdır. Nitekim yurt dışında bu işlemler için kişilere bir miktar para ödenmektedir[36]. Bu koşul ceza hukuku korumasının alanını daralt-

33 İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5013 Sayılı Kanun, RG. 09.12.2003, S. 25311.

34 DOĞAN, 107.

35 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 181.

36 ÜNVER, Türkiye'de, 101.

maktadır ve gereksiz cezalandırmalara neden olacaktır[37]. Ülkemizde de halen yürütülen araştırmalarda kanunun açıkça yasaklamasına rağmen deneklere maddi menfaat sağlanmaktadır. Araştırmacıları, hekimleri ceza hukuku sorumluluğu ile karşı karşıya bırakmaktansa, bu yasak kanundan çıkarılarak, konunun bir yönetmelikle düzenlenmesinde yarar vardır.

Belirtilen şartlar dışında Alman İlaç Kanunu'nun 96/10 maddesi, deneyin bir mahkeme veya idari karar sonucu bir ceza veya tutukevinde bulunan bir kimse üzerinde yapılmasını; ilaç deneyleri üzerinde en azından iki yıllık bir tecrübesi olan bir hekim tarafından yapılmamış olmasını ve sigorta yapılmamasını da cezalandırmaktadır.

b. Çocuklar Üzerinde Deneyin Koşulları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8/D maddesinde kural olarak 18 yaşını tamamlamamışlar üzerinde deney yapılması yasaklanmıştır[38]. Ancak kesin bir zorunluluk varsa ki, bu şart Türk Ceza Kanunu açısından da öngörülmüştür, buna olanak tanınmıştır. Böylece yönetmelik hükümleri çocuklar bakımından Türk Ceza Kanunu'na nazaran daha sınırlayıcı niteliktedir. Bununla beraber, kanun niteliğinde olması ve daha sonra yürürlüğe konması iti-

37 ÜNVER, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi, 187.

38 Ulusal programda yer alan 2001/20 sayılı "İnsanlar Üzerinde Beşeri Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmalarının İyi Klinik Uygulamaları Prensipleri Doğrultusunda Yürütülmesine Yönelik" AB Direktifi doğrultusunda hazırlanan "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Taslağı"nın 7. maddesinde "çocukların araştırmaya iştirak etmeleri" konusu düzenlenmektedir:

"(1) Çocuklar üzerinde klinik araştırmalar, 5 inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlar çerçevesinde yapılabilir:

a) Kanuni temsilcisinin, Yönetmeliğin 5 inci maddesinin (g) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra, yazılı olarak oluru alınır. Kanuni temsilci yazılı olarak verdiği oluru, çocuğun sağlığı üzerinde klinik araştırmanın olumsuz bir etkisinin olmasına bağlı olmaksızın, istediği zaman geri alabilir.

b) Kanuni temsilcinin oluru olsa dahi, araştırmaya iştirak edecek çocuğa, anlayabilme kapasitesine göre araştırma ile ilgili bilgiler, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı olan veya bu alanda etik, klinik ve psikososyal problemler konusunda mesleki tecrübesi bulunan tıp doktoru veya psikolog tarafından verilir ve bu husus, bilgilendirilmiş gönüllü olur formunda gösterilir.

c) Kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yaparak, bu konuda kanaate varabilme kapasitesine sahip olan bir çocuğun, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesinin veya herhangi bir safhasında klinik araştırmadan çekilme yönündeki açık isteğinin, araştırıcı veya sorumlu araştırıcı tarafından dikkate alınarak, araştırmaya iştirak etmemesi veya araştırmadan çıkarılması halinde, bu kişinin sağlığı üzerinde ortaya çıkabilecek olumsuz etkiler tıbbi yönden ayrıntılı olarak değerlendirilir.

ç) Çocukların klinik araştırmaya iştirakini veya çocuklar üzerinde araştırmanın yürütülmesinin devamını sağlamak için, herhangi bir ikna edici bir teşvikte veya mali teklifte bulunulamaz. Ancak, çocuklar araştırmaya iştiraki nedeniyle ortaya çıkan masraflar araştırma bütçesinde belirtilerek karşılanır.

d) Çocuklarda klinik araştırma yapmanın ön koşulu, araştırmaya dahil olan gönüllülere klinik araştırmanın doğrudan bir fayda sağlayacağının öngörülmesidir. Ayrıca,çocuklarda klinik araştırma yapmak için, şu gerekçelerden en az biri de bulunmalıdır: Yetişkin kişiler üzerinde yapılmış klinik araştırmaların sonucunda elde edilen verilerin çocuklarda geçerliliğinin kanıtlanması veya araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendiren bir klinik durum olması veya sadece çocuklarda incelenebilir bir durum olması gereklidir".

barıyla, ceza kanunumuzda belirtilen ve aşağıda ele alınacak koşulların gerçekleşmesiyle çocuklar üzerinde deney yapılabilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun "*insan üzerinde deney*" başlıklı 90. maddesinin 3. fıkrasına göre, Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

Somut kişilerin tedavisine yönelik olmaksızın yapılan deneyin çocuklar üzerinde yapılabilmesi daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Esasen kanunumuz ilk şeklinde kendileri için bir yararı söz konusu olmayan sağlıklı çocuklar üzerinde deney yapılmasına müsaade etmemişti. Ancak, bazı araştırmaların çocuklar üzerinde yapılması zorunluluğu karşısında, yapılan bir değişiklikle[39] çocuklar üzerinde de deney yapılmasına olanak tanınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çocuklar üzerinde yapılan deneyler bakımından da, yetişkinler üzerinde yapılan deneylere ilişkin TCK 90/2'de belirtilen koşulların tümünün gerçekleşmiş olması gerekir. Nitekim Biyo-Tıp Sözleşmesi de aynı hükmü içermektedir (md. 17/1-i):

"Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması".

Bu konuda ceza kanunumuzun aradığı ilk şart, yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılmasıdır. Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin Ekim 2000'de Edinburgh'taki 52. Birleşimi'nde değiştirilen Helsinki Bildirgesi'nin rıza gösterme yeteneği olmayan kişilere ilişkin 24. maddesinin ikinci cümlesi hükmü de şöyledir:

"Bu kimseler üzerinde araştırmalar yapılabilmesi ancak ait oldukları grubun sağlığının geliştirilmesi için araştırmanın gerekli olması ve tam rıza yeteneğine sahip kimselerle bu araştırmanın yürütülememesine bağlıdır".

39 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı kanun md. 7.

Görüldüğü üzere Helsinki Bildirgesi belirtilen şartlarla sağlıklı çocuklar üzerinde deneye müsaade etmektedir[40].

Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 17/1-iii maddesine göre,

"muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması" gerekir. Aynı sözleşmenin 17/2-i maddesine göre de:

"araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılması amacını taşıması" gerekmektedir.

Hemen ifade etmek isterim ki, sözleşme çocuklar üzerinde, daha doğru ifadeyle irade yeteneğine sahip olmayan kimseler üzerinde deney yapılmasına imkân tanımaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin çocuklar üzerinde deneyi yasakladığı söylenemez. Ancak sözleşme bunu bazı ek koşullara tabi tutmuştur. Öğretide aksi yönde belirtilen görüşlerin[41], sözleşmenin Türkçe metnindeki tercüme hatasından kaynaklandığını düşünmekteyim. Gerçekten de Türkçe metinde[42] "**hasta**nın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı"ndan bahsedilmektedir. Bu çeviri hatalıdır. Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde kullanılan ifade "individual" (kimse, birey)[43], Almanca çevirisinde de "person" (kişi, birey)[44] kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü gibi Türkçe metinden farklı olarak

40 Aksi görüşte, CİN, 200.

41 CİN, 200.

42 Bkz. http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/ETS%20164.doc.

43 2. Exceptionally and under the protective conditions prescribed by law, where the research has not the potential to produce results of direct benefit to the health of the person concerned, such research may be authorised subject to the conditions laid down in paragraph 1, sub-paragraphs (i), (iii), (iv) and (v) above, and to the following additional conditions:

i. the research has the aim of contributing, through significant improvement in the scientific understanding of the **individual**'s condition, disease or disorder, to the ultimate attainment of results capable of conferring benefit to the person concerned or to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition.

ii. the research entails only minimal risk and minimal burden for the individual concerned.

44 (2) In Ausnahmefällen und nach Maßgabe der durch die Rechtsordnung vorgesehenen Schutzbestimmungen darf Forschung, deren erwartete Ergebnisse für die Gesundheit der betroffenen Person nicht von unmittelbarem Nutzen sind, zugelassen werden, wenn außer den Voraussetzungen nach Absatz 1 Ziffern i, iii, iv und v zusätzlich die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

i) Die Forschung hat zum Ziel, durch eine wesentliche Erweiterung des wissenschaftlichen Verständnisses des Zustands, der Krankheit oder der Störung der **Person** letztlich zu Ergebnissen beizutragen, die der betroffenen Person selbst oder anderen Personen nützen können, welche derselben Altersgruppe angehören oder an derselben Krankheit oder Störung leiden oder sich in demselben Zustand befinden, und

ii) die Forschung bringt für die betroffene Person nur ein minimales Risiko und eine minimale Belastung mit sich.

burada hasta kavramından bahsedilmemektedir. Hasta kavramının kullanılması, sözleşmenin sadece denemeye müsaade ettiği şeklinde yorumlanmasına neden olmaktadır. Hâlbuki sözleşme örneğin aynı yaş grubuna ait kimselere yarar sağlanması durumunda da deneye müsaade etmektedir. Dolayısıyla sözleşme çocuklar üzerinde deneye de maddede belirtilen şartlarla müsaade etmektedir[45]. Bununla beraber, sözleşmenin aradığı şartları kanunumuz aramamaktadır. Bundan çıkan sonuç ise, bir iç hukuk kuralı halini almış bulunan sözleşmedeki bu şartlara uygulamada uyulması gerektiği, uyulmaması halinde etik kurulların izin vermemesi; ancak buna rağmen bu şartlara uyulmadan yapılan araştırmalarda, özel hukuk veya idare hukuku yaptırımlarının uygulanabileceği, fakat kanunilik ilkesi karşısında, ceza hukuku kurallarının, yaptırımlarının uygulanamayacağıdır.

Sözleşme ayrıca 17/2-ii maddesinde "*araştırmanın, ilgili kişi bakımından sadece asgarî bir tehlike ve asgarî bir külfeti gerektirmesi*" şartını aramaktadır. Bu koşul esasen TCK 90/2-d'de ifade edilmiş bulunmaktadır.

Öğretide bu kanuni düzenlemeden önce, insan üzerinde deney bakımından küçükler ve akıl hastalarının rızalarının geçerli olmadığı, bunlar adına kanuni temsilcilerinin de muvafakat etmesinin kabul edilemeyeceği savunulmaktaydı[46]. Ancak kanunumuz buna yasal olarak olanak tanımıştır: **Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması** gerekmektedir. Bununla beraber, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuk bakımından sorunun nasıl halledileceği belirtilmemiştir[47]. Bu durumda rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuk bakımından kanuni temsilcinin tek başına yetkili olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Helsinki Bildirgesi'nin 24. maddesinin birinci cümlesi de aynı hükmü içermektedir:

"Tam rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan, bedeni veya ruhsal

45 Öğretide bazı yazarlar, Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddede "araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması" şartını araması nedeniyle de çocuklar üzerinde deney yapılmasını öngören Türk Ceza Kanunu'nun sözleşmeye aykırı olduğunu belirtmektedir (bkz., ÖZBEK/DOĞAN, 518; KATOĞLU, 180). Belirtmek gerekir ki, sözleşme aynı maddenin ikinci fıkrasında, "araştırmanın ilgilinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda" ek bir takım koşullarla çocuklar üzerinde de deney yapılmasına müsaade etmiştir. Bu koşullar TCK 90/3'te de öngörülmüş bulunduğundan, kanaatimce kanunun sözleşmeye aykırılığı söz konusu değildir (aynı yönde, PETEK, 55).

46 AYAN, 15; Aksi görüşte, DEUTSCH, Özellikle, 181, 182.

47 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 165.

bir engel dolayısıyla rızasını bildiremeyen veya reşit olmayan bir kimse üzerinde deney yapılacak olduğunda, rıza yasal olarak yetkili temsilcinin aydınlatılmasından sonra geçerli olan hukuka göre alınmalıdır".

Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 17/1-iv maddesine göre de *gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve ilgili kişinin itirazda bulunmaması* gerekmektedir. Kanunumuz da çocuğun kendi rızasını aramak suretiyle, sözleşmedeki "ilgili kişinin itirazda bulunmaması şartı"nı düzenlemiş bulunmaktadır.

2. İnsan Üzerinde Denemenin Koşulları

Belirli somut bir hastanın iyileştirilmesi amacına yönelik olarak yapılan denemeler açısından, deneylere nazaran daha hafif koşullar belirlenebilir. Ancak sonuçta bunların da yeni yöntemler olması dolayısıyla, tıpta standartlaşmış yöntemlere nazaran daha katı koşulların aranması gerektiğinde şüphe yoktur[48].

Esasen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de, denemeye müsaade etmiştir:

"*Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır.*

Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir".

a. Yetişkinler Üzerinde Denemenin Koşulları

Türk Ceza Kanunu'nun 90/4. maddesine göre,

"*hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir*".

48 AYAN, 14.

Konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, yukarıda belirttiğim insan üzerinde deneye ilişkin uluslar arası düzenlemeler ile yönetmelik hükümleri denemeler için de geçerlidir.

İnsan üzerinde denemenin hasta olan bir kimsenin tedavisine yönelik olduğunu yukarıda açıklamıştım. Nitekim ceza kanunumuz da bunu açıkça belirtmektedir: "Hasta olan insan üzerinde...". Ancak önemle belirtmek gerekir ki, madde herhangi bir hasta kimse üzerinde denemeye imkân vermemektedir. Bir kimsenin birçok hastalığı olabilir. Maddenin hukuka uygun kıldığı eylem, bizzat hastanın tedavisi istenen hastalığına ilişkin olarak yapılan denemelerdir[49]. Dolayısıyla maddedeki hüküm kötüye kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, hasta bir kimsenin bizzat hastalığına yönelik olarak değil de, başka bir hastalığa yönelik olarak yapılan çalışmalar artık deneylerin tabi olduğu koşullara tabi olacaktır.

Tedavi amacının bulunmadığı hallerde deney söz konusu olabilecektir. Buna karşılık bir hasta üzerinde yapılmasına rağmen, tedavi amacının bulunmadığı hallerde ise, endikasyon şartı da gerçekleşmemişse, tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağından, yaralama suçu oluşacaktır[50].

Maddede belirtilen şartlara baktığımızda yetişkinler üzerindeki denemelerin cezalandırılmaması için aranan şartları şöylece belirleyebiliriz:

Hastanın tedavisine yönelik bilinen klasik, geleneksel yöntemlerin sonuç vermeyeceğinin anlaşılması gerekir. Esasen yukarıda da izah ettiğim gibi, tıbbi müdahalelerde tıbbi standardın uygulanması gerekmekle beraber, ceza kanunumuzun da belirttiği bu takdirde tıbbi standardın dışına çıkılması mümkündür. Ancak kanımca kanunumuzun hekimin tedavi özerkliğine aykırı olarak öncelikle bilinen tıbbi yöntemlerin uygulanması şartını araması doğru olmamıştır. Hastanın tedavi yöntemini seçme hakkına da aykırı olan bu hüküm hekim ve hastanın geniş bir aydınlatma üzerine bilinmeyen bir tıbbi yöntemi doğrudan tercihini engellemektedir.

Bu şartın gerçekleşebilmesi için öncelikle klasik yöntemlerin uygulanıp, sonuçlarının beklenmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. "Tedaviye yönelik bir denemenin gerçekleştirilmesi için bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının uygulanması şart koşulmamakta-

49 ÜNVER İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 155.
50 a.g., ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 156.

dır". Bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağı esasen önceden anlaşılabiliyorsa, doğrudan denemeye geçilebilecektir[51].

Deneme hastanın rızasıyla yapılabilir. Bu koşul da, tıbbi müdahalelerin genel hukuka uygunluk koşullarından birisidir ve bu nedenle ayrıca belirtilmese dahi aranmak gerekir. Bununla beraber, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8/B maddesi, sadece I., II. ve III. dönem araştırmalar için rıza öngörmüş, buna karşılık IV. dönem araştırmalar için rıza şartı aramamıştır. IV. dönem araştırmalar ceza kanunumuzun ifadesiyle "denemeleri" kapsamaktadır. Dolayısıyla ceza kanunumuzun 90/4 maddesi hükmü karşısında yönetmelik hükmü açıkça kanuna aykırıdır. Bu itibarla, cezalandırılmayan bir deneme için ceza kanunu hükmünün göz önünde bulundurulması ve denemelerde de rızanın alınması gerekmektedir. Hastanın şuurunun açık olmaması durumunda bu konuda yakınlarından rıza alınabilir veya varsayılan rızaya ilişkin kurallar uygulama alanı bulabilir. Keza Alzheimer hastaları gibi, irade yeteneğine sahip olmayan hastalar bakımından da rıza, kanuni temsilci tarafından verilebilir.

Rıza, hukuka uygun bir aydınlatma sonrasında verilmiş ve yazılı olmalıdır.

TCK 2003 Tasarısı, onsekiz yaşından küçüklerin rızasını geçerli saymamıştı: "*İkinci önemli koşul, hakkında uygulama yapılacak kişinin rızasının var olmasıdır. Rızanın sağlıklı olması yani rıza beyanına ehil bir kişi tarafından belirtilmesi zorunludur. Bu nedenledir ki, madde, onsekiz yaşını bitirmemiş olanların rızasının geçerli olmayacağını ve suçu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Eğer rıza yoksa eylem, etkili eylem veya hürriyeti sınırlama (tahdit) suçunu oluşturabilecektir*"[52].

Son olarak, tedavi bir uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılmalıdır. Bu nedenle, hekim dışındaki kimseler, örneğin hemşire veya bilimsel araştırıcılar tarafından ve/veya ilaç araştırma merkezleri veya bilimsel merkezlerde yapılacak denemeler ceza hukuku bakımından hukuka uygun sayılmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu denemeler bakımından etik kuruldan izin alınma şartı öngörmemiştir. Alman Uygulaması'nda da denemeler hastanın geniş olarak aydınlatılması ve rızasının alınması kaydıyla, etik kurulun görüşü alınmaksızın yapılabilmektedir[53]. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin

51 CİN, 201.
52 169. madde gerekçesi.
53 DEUTSCH, Ethik-Kommissionen, 70.

32/1. maddesi de sadece tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı müdahalelerde bakanlığın iznini aradığından, denemeler açısından herhangi bir izne gerek görülmemektedir.

b. Çocuklar Üzerinde Denemenin Koşulları

Kanunumuz çocuklar üzerinde deneyden farklı olarak, çocuk üzerinde denemeye ilişkin ayrı koşullar belirlememiştir. Bu itibarla, yukarıda yetişkinler açısından belirtilen koşullar çocuklar açısından da geçerli olacaktır[54]. Ayrıca, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8/D bendine göre, III. dönem denemeler, velayet veya vesayet altında bulunanlar için, ancak veli ve vasilerinin yazılı muvafakati ile yapılabilir.

Burada ayrıca Biyo-tıp Sözleşmesi'nin rıza yeteneği olmayan kişilerle ilgili olarak getirilen şartlarına işaret etmekte yarar görüyorum. Bu şartlar ceza hukuku sorumluluğu dışındaki sorumluluk açısından göz önünde bulundurulacaktır (md. 17). Buna göre,

i) madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması".

ii) araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;

iii) muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması;

iv) Madde 6'da öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve

v)ilgili kişinin itirazda bulunmaması.

Görüldüğü üzere sözleşme kanunumuzdan farklı olarak araştırma sonuçlarında rıza gösterme yeteneği bulunmayan kişinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması ve rıza yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamamasını aramaktadır. Yukarıda da ifade ettiğim gibi, bu hükümler esasen iç hukuk normu niteliğinde olup, bağlayıcıdır. Bununla beraber, dikkat çekmek isterim ki, ceza kanunumuz sözleşmenin onaylanmasından sonra yürürlüğe konmuştur. Bu sebeple, şöyle bir yorumun hukuka uygun olacağını düşünmekte-

54 Kanunumuzun ilk şeklinde çocuklar üzerinde deneyler yasaklanmış bulunduğundan, çocuklar üzerinde denemelere ilişkin şöyle bir yorum yapmıştım: "Çocuklar üzerinde deney yapılması açık bir şekilde yasaklanmışken, çocuklar üzerinde denemeye ilişkin olarak kanunumuz bir hüküm getirmemiştir. Kanaatimce, deneme, deneyin bir sonraki aşamasını oluşturduğundan; hasta üzerinde uygulandığından ve bir hastalığın tedavisi amacı ile daha yakın bağlantılı olduğundan, kanunumuzun bu konudaki susmasını, çocuklar üzerinde velilerinin izniyle deneme yapılmasına müsaade ettiği şekilde anlamak gerekecektir", HAKERİ, Yeni Türk Ceza Kanunu, 38.

yim: Ceza hukuku yaptırımları ultima ratio, yani son araçtır. O nedenle, öncelikle diğer hukuk dallarındaki yaptırımların uygulanması ve bunun yeterli olmaması durumunda, ceza hukuku araçlarına başvurulması gerekmektedir. Bu itibarla, çocuklar üzerinde denemenin genel hukuka uygunluğu bakımından, sözleşmedeki bu şartlara riayet edilmesi gerekir. Ancak bu şartlara uyulmaması, hekimin hemen de cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. Bu şartlara uyulmaması durumunda örneğin tazminat sorumluluğu veya disiplin sorumluluğu söz konusu olabilecek, ancak ceza hukuku sorumluluğu bakımından, ceza kanunun belirlemiş olduğu şartlara uyulmaması gerekecektir.

Bu noktada Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün farklı bir yorumu gerektirip gerektirmediği de ele alınmalıdır. Bilindiği üzere söz konusu hükme göre, "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*". Biyo-tıp Sözleşmesi'nin çocuklar üzerinde denemeye ilişkin söz konusu hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle, bu antlaşma hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Nitekim yukarıda yaptığım açıklamalar ile bu sözleşme hükümlerinin özel hukuk ve idare hukuku yönünden esas alınması gerektiğini belirttim. Ancak ceza hukuku açısından durum farklıdır. Suçların kanuniliği ilkesi karşısında, ceza kanunlarında veya ceza normu içeren kanunlarda açıkça belirtilmemiş bir norm bulunmaksızın veya TBMM tarafından onaylanmış olmakla beraber, suç oluşturan eylemi ve uygulanacak yaptırımı belirleyen açık bir ceza normu içermeyen bir hukuksal metnin ceza normu olarak anlaşılması ve kişilerin bu şekilde cezalandırılması kabul edilemez. Esasen bu husus, bahse konu anayasa hükmünün özüne ve amacına da aykırı olur.

D. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEMENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

Tıbbi deneye konu olan ilk dava olduğu belirtilen 1767 tarihli Baker/Stapelton davasında, bir hekimle bir eczacı, iyileşmekte olan bir kırığı, bir makineyi denemek için, bu makineyi kullanarak yeniden kırmışlardır. Mahkeme hastanın rızası olmadığından, mahkûmiyet kararı vermiştir[55]. Ülkemizde ise 2005 yılına kadar bu konuya ilişkin açık bir ceza

55 Bkz. DEUTSCH, Özellikle, 178.

normu bulunmamaktaydı.

Yeni Türk Ceza Kanunu hukukumuzda ilk defa insan üzerinde deney isimli bir suç tipi sevk etmiş bulunmaktadır[56]. Bu noktada, böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığı, zira insan üzerinde deney veya denemenin esasen yaralama veya öldürme suçlarını oluşturacağı söylenebilirse de, kanımca TCK 90. madde hükmünün en önemli özelliği, insan üzerinde deney ve denemenin koşullarını belirlemiş olmasıdır. Dolayısıyla norm esasen bir ceza normundan ziyade, düzenleyici bir norma benzemektedir. Yukarıda belirttiğim koşullara uyulmaması durumunda, insan üzerinde yapılan deney veya denemeler cezalandırılmaktadır. 90. maddenin 2. fıkrasının a-g bentlerinde düzenlenen hususlardan birinin eksikliği, TCK 90/1 nedeniyle ceza sorumluluğunu gerektirir. Dolayısıyla insan üzerinde deneyin cezalandırılmaması için 90/2'deki bütün şartların gerçekleşmesi gereklidir. Buna karşılık insan üzerinde deneme bakımından kanunun düzenlemesi değişik yorumlara müsaittir. TCK 90/4 rıza olmaksızın yapılan denemelerin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını belirtmektedir. Bu itibarla, rıza olmasına rağmen örneğin tedavinin bir uzman hekim tarafından yapılmaması halinde, kanunilik ilkesi gereği TCK 90/4'teki yaptırım uygulanamayacaktır. Dolayısıyla sadece rıza olmaksızın yapılan denemeler cezalandırılacak, diğer şartlara uyulmaması halinde genel kurallara göre cezalandırma (kasten/taksirle yaralama gibi) yapılabilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun "*insan üzerinde deney*" deney başlıklı 90. maddesine göre,

"(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur".

Bu suç ile korunan yarar insanın bizzat kendisi, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıdır.

56 Maddede insan üzerinde deney ve deneme suçları düzenlendiği halde, madde başlığında sadece deneyden bahsedilmektedir.

Suçun faili herkes olabilir[57]. Bu kapsamda uygulamada özellikle hekim veya tıp alanında insanlarla ilgili araştırmalar yapan bilim adamları, araştırıcıların bu suçun faili olacağı anlaşılmaktadır.

Bu noktada ortaya çıkan sorun, maddede "bilimsel" deneyden bahsedildiğine göre, bu kavramın kullanılmasının amacının ve sonuçlarının neler olacağıdır. Hemen belirtelim ki, bir deneyin bilimsel niteliği, "o deneyin, bilimsel bir çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, bir inceleme ve araştırma içerip içermediği ve sonuçlarının bilim alanında kullanılıp kullanılmayacağıyla ilgilidir"[58].

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa ile Türk Ceza Kanunu 2003 Tasarısı da "**bilimsel ve tıbbi** deney" kavramını kullanmaktadır. Anayasamızın 17/2. maddesine göre, "kimse rızası olmadan *bilimsel ve tıbbi* deneylere tabi tutulamaz". TCK Tasarısının 169. maddesinde de, "rızası olsa bile bir kişi üzerinde, durumun haklı kılmadığı *bilimsel* veya *tıbbi* bir deneyde bulunan kimseye ... cezası verilir" denilmekteydi. Maddenin gerekçesinde de "bilimsel maksadın da mutlaka belirtilen amaç yönteminde bulunması şarttır" açıklaması yer almaktaydı.

Kanunumuzda "*bilimsel*" kavramının kullanılmasının, bu suçun faillerini sınırlama amacını güttüğü ve böylece sadece hekim veya bilim adamlarının bu suçun faili olabileceği düşünülebilirse de, kanımca bilimsel çalışma yapmak sadece bilim adamlarının tekelinde olmayıp, kanun koyucunun böyle bir amacı olsa bile, bunu açıkça düzenlemesi gerekirdi. Dolayısıyla bilim adamları dışındaki kimseler de bu suçun faili olabilir. Bu yorum failin kim olabileceği sorununu çözmekteyse de, bilimsel amaçlı olmayan deneylerin nasıl cezalandırılacağı sorusu hala cevaplanması gereken bir soru olarak ortada durmaktadır. Kanımca, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ancak bilimsel amaçlı deneyler açısından uygulanabilir. Bilimsel amaç yoksa o zaman eylemin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir koca karı ilacını kişiler üzerinde deniyorsa o zaman bunları genel hükümler çerçevesinde, yaralama veya netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya öldürme olarak değerlendirmemiz gerekir.

Öğretide bilimsel faaliyetin hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle, deneyin de hukuka uygun olduğunu kabul etmenin zorunlu ola-

57 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 151; Krş. MERAN, Kişilere, 153.
58 ŞEN, 614.

cağı savunulmaktadır[59]. Ancak kanımca, kanun tam da bu nedenle, bu tür faaliyetleri bazı koşullara bağlamış ve bu koşullara uyulmaması halinde genel hukuka uygunluk sebebinin geçerli olmayacağını göstermek bakımından bu suç tipini benimsemiştir.

Kanunumuz sadece deney bakımından "bilimsel" olma şartını aramış, denemeler bakımından böyle bir şart öngörmemiştir.

Bilimsel deneyin sadece tıbbi nitelikli olması gerekmemektedir[60]. İnsan üzerinde gerçekleştirilmek kaydıyla, tıp alanı dışındaki alanlarla ilgili olarak insan üzerinde yapılan bilimsel deneyler bu maddedeki koşullara tabidir.

Suç çok failli suç değildir, bir hekim veya bilim adamı tek başına da deney veya deneme yapabilir. Yönetmelik ekip çalışması söz konusu olduğunda, araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple çalışma şartını koşmaktadır[61].

Suç tehlike suçudur[62]. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi için deney veya deneme neticesinde kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi gerekli değildir. Dolayısıyla mağdura yönelik bir zarar söz konusu olmasa bile sadece kanunda belirtilen şartların gerçekleşmemesi bu suç tipinin uygulanması için yeterlidir. Ancak kanunda belirtilen koşullara uyulmaksızın yapılan bir deney neticesinde ayrıca kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda TCK 90/5 gereğince kasten yaralama veya kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yapılan deneme kanunda belirtilen şartlara aykırı ise ve hastanın sağlığı bozulmuş veya hasta ölmüş ise, kasten yaralama veya netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yapılan deneme kanunda belirtilen şartlara uygun olmakla beraber, yine de hastanın sağlığı bozulmuş veya hasta ölmüş ise ve bir kusur söz konusu ise bu takdirde taksirle yaralama veya taksirle öldürme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Maddede "insan üzerinde" denildiğinden, suçun mağduru gerçek kişiler ve hayattaki kişiler olabilir. İnsan cesedi veya cenin üzerinde yapılacak deney ve denemeler bu madde kapsamında değildir. Otopsi sırasında yapılacak deneyler insan üzerinde deney olarak kabul edilemez.

Aynı şekilde bitki ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler ile embri-

59 ÖZBEK/DOĞAN, 519.

60 ŞEN, 612, 613.

61 İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesine göre, "klinik araştırmaları yürütecek sorumlu araştırıcıda aranacak özellikler şunlardır: A) Tıp doktoru olmak ve uzmanlık dalında veya doktoradan sonra kendi uzmanlık dalında en az 5 yıl tecrübesi bulunmak, B) Araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple çalışmak".

62 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 154.

yon üzerinde yapılan deneyler bu hükümlere tabi değildir. "İnsan üzerinde" kavramına psikolojik nitelikli çalışmalar da girmektedir[63]. İnsan üzerinde yapılan ilaç araştırmalarının da bu madde kapsamında olduğunda tereddüt yoktur. Tüp bebeğin de anne rahmine yerleştirmesinden itibaren deney ve deneme çalışmalarının konusu olacağı açıktır[64]. İnsan üzerinden deney veya deneme amacıyla parça alınması da bu maddenin maddi unsuruna dâhildir[65]. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Avrupa Cezaevi Kuralları" başlıklı (87) 3 nolu tavsiye kararı ile Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallar'ın (Avrupa Konseyi (73)5 sayılı kararı) 22. maddesine göre, "*tutuklular kişilik bütünlüğüne, fiziksel ya da moral yapılarına zarar verecek tıbbi ya da bilimsel deneye tabi tutulamazlar*". Bu hüküm göz önünde bulundurularak, bu kimseler üzerinde rızaları olsa bile bu tür deneylere müsaade edilmemelidir[66].

Suç kasten işlenebilir, teşebbüse müsaittir.

90. maddenin 5. fıkrasındaki hükmün, "yaralama" suçuna ilişkin kısmı anlamsız ve hatalıdır. Esasen hastanın vücudu üzerinde yapılan deney ve denemeler yaralama suçunu oluşturmaktadır. Burada bilinen bir hususun ayrıca kanuna eklenmesi gibi gereksiz bir düzenleme yapılmıştır. Burada 91. maddenin 8. fıkrasında olduğu gibi "birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır" şeklindeki bir hüküm yeterlidir. Keza bu tür bir özel içtima hükmünün sadece 90. maddenin 1. fıkrasıyla sınırlandırılması da anlaşılmamaktadır. Aynı mantıkla 3. ve 4. fıkralardaki düzenlemelere ilişkin de benzer bir hüküm sevk edilmeliydi[67]. Deney ve denemenin yukarıdaki koşullara uygun olarak gerçekleştirilmesine rağmen, yaralama veya ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda, şartları gerçekleşmiş olmak kaydıyla, faillerin genel taksirle yaralama veya öldürmeye ilişkin hükümlerden dolayı sorumlu tutulmaları mümkündür. Bu koşullara uyulmaması halinde ise kasten yaralama; bu koşullara uyulmayarak bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmişse kasten öldürmeye ilişkin hüküm uygulanacaktır[68].Yine belirtelim ki, TCK 90/5'deki hüküm bazen adil olmayan sonuçlara da yol açabilir. Örneğin, bir kimseye deney sırasında menfaat sağlanır ve sonuçta da gönüllü kişi ölürse, TCK 90/5'in uygulanması gerekir ki, bu

63 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 152, 168.
64 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 168.
65 Krş. ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 152.
66 ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 181.
67 ÜNVER, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi, 190.
68 Bkz. HAKERİ, Yeni Türk Ceza Kanunu, 38.

sonuç çok ağır ve hakkaniyete uymayan bir sonuç olacaktır.

Deneylerin yapıldığı kliniğin sahibi organizasyon yükümlülüğünü haizdir. Buna göre, araştırmanın düzenli bir şekilde yapılmasını sağlamak durumundadır. Bu noktadaki hatalar organizasyon kusurunun varlığını gösterir[69]. Resmi bir kamu kuruluşunda yapılan araştırmalardan doğan zararlar için sorumlu, üniversite veya ilgili kurumun bağlı bulunduğu bakanlıktır. Bu sorumluluk özel hukuk sorumluluğudur. Ceza hukuku sorumluluğu açısından bu kimselere yüklenebilecek bir ceza hukuku kusuru söz konusu olmalıdır.

Deneme suçu bakımından failin saikinin tedaviye yönelik olması gerekir. Tedavi dışındaki amaçlarla yapılan müdahaleler yaralama ve eziyet gibi suçları oluşturabilir.

Deneme suçu bakımından herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir.

Deney ve deneme suçları arasında herhangi bir içtima ilişkisi yoktur[70]. Esasen böyle bir ilişki mümkün de değildir. Sağlıklı bir kimse üzerinde yapılan hareketlerin aynı zamanda deneme suçunu oluşturabileceği söylenebilirse de, deneme suçu için bir hastanın söz konusu olması gerektiğinden, deney suçunun oluşması deneme suçunun da oluşmasını sonuçlamaz. Benzer sonuç, hasta üzerinde yapılan hareketlerin, aynı zamanda deney suçunu oluşturacağı iddiası ile ilgili olarak da geçerlidir. Dolayısıyla her iki suç birbirinden bağımsız olarak işlenebilir, içtima ilişkisi söz konusu olmaz.

Bu suçların örneğin bir ilaç firması gibi bir **tüzel kişi** faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişiye yönelik güvenlik tedbirlerine de hükmolunacaktır (TCK md. 90/6). Bu suçun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin cezayı artıran nitelikli hal olarak ayrıca düzenlenmesinde yarar vardır[71].

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

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

Cin, M. Onursal, "Yerel ve Uluslar arası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney", KHukA, 2 (2005), 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, S. 199–201.

Çakmut (Yenerer), Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2002.

69 L/U-LAUFS, §130, kn. 46.

70 a.g., ÜNVER, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, 156.

71 ÜNVER, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi, 190.

Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

Deutsch, Erwin, „Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu", çev. İrfan Yazman, AÜHFD, C. XXXVI, 1979, s. 1-4, S. 171-186 (Deutsch, Özellikle).

Deutsch, Erwin, Die rechtlichen Grundlagen und Funktionen der Ethik-Kommissionen, Die Ethik-Kommission in der Medizin, Stuttgart 1990 (Deutsch, Ethik-Kommissionen).

Deutsch, Erwin, Medizin und Forschung vor Gericht, Heidelberg, Karlsruhe 1978 (Deutsch, Medizin und Forschung).

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 5.B., Berlin Heidelberg New York 2003.

Doğan, Cahid, "İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2008, S. 93-114.

Hakeri, Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, İşkence ve Eziyet, Terk ve Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi, Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", Şanlıurfa Barosu Dergisi, 2005/1, s. 23-50 (Hakeri, Yeni Türk Ceza Kanunu).

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.

Katoğlu, Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", AÜHFD, 2006, s. 157-193.

Kollhosser, Helmut, „Probandenversicherungspflicht für die klinische Prüfung von Arzneimitteln in der Phase IV?", MedR 1991, S. 184-188.

L/U- Yazar: Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, 3. B., München 2002.

Meran, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005 (Meran, Kişilere).

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C.II, Ankara 2008 (Özbek/Doğan).

Petek, Hasan, "Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması", Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2007, s. 45-82.

Schreiber, Hans-Ludwig, "İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmada Fayda-Risk Tartımı", çev. Veli Özer Özbek, Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, S. 81-90 (Schreiber, Tıbbi Araştırmada).

Şen, Ersan, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, S. 588-646.

Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. B., Heidelberg 2003.

Ünver, Yener, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, S.150–183 (Ünver, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları).

Ünver, Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, S. 86–118 (Ünver, Türkiye'de).

Ünver, Yener, „Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", KHukA, 2 (2005), 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, S. 182–198 (Ünver, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi).

OTURUM BAŞKANI - "Özel Hukuk boyutunda ilacın bireye varış süreci" gerçekten çok kapsamlı. Eczaneye gidip bireysel tercihimizle almamız gibi reçete mukabili almamız da mümkün. Her hizmet biriminin sorumluluğu oldukça kapsamlı. Bu sebeple Mehmet Hocamızın konusu oldukça genel, geniş bir konu. Nasıl toparlayacak çok merak ediyorum, beklediğim konulardan biri. Kendisi de Kurultayımızın her aşamasında destek olan fahri üyelerimizden biri, Sayın Hocam buyurun.

İLAÇ KULLANIMI SONUCUNDA DOĞAN ZARARLARDAN İLAÇ ÜRETİCİSİNİN, ECZACININ VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

DOÇ. DR. MEHMET DEMİR

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
TÜRK HUKUKU DERNEĞİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ

I. GENEL OLARAK

En başta klinik ilaç araştırmaları aşamasından başlamak üzere, ilacın üretilmesi, pazarlanması ve tüketilmesi süreçlerinde yaşanan bir dizi hukuksal sorun, sağlık ve tıp hukuku alanında her geçen gün giderek yaygınlaşıp, ciddî önem kazanmaktadır. İlaç sektöründe belirtilen bu süreçlerin izlenmesinde, hastaların ilaçla tedavilerine yönelik olarak üretilip, tüketimlerine sunulan ilaçlara bağlı ciddî bazı risklerin sıklıkla gerçekleşebilmesi olasılığı ve sonuçta, bireylerin ağır zararlara uğrayabilmesi durumları ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Ulusal ilaç üretimimizin, uluslararası ilaç piyasasındaki buluş (patent), tasarım ve üretim rakamları yönünden çok düşük düzeylerde kaldığı; ancak, ulusal ilaç tüketimi yönünden ise, Dünya'daki toplam ilaç tüketimindeki payının oldukça yüksek oranda olduğu istatistikî araştırmalarla anlaşılmış bulunmaktadır[1]. Bu olgusal gerçek karşısında, ulusal

1 Dünya ilaç piyasasının yaklaşık 550 milyar dolar civarında olduğu, bu tutarın yaklaşık 6 milyar doları kadarının Türkiye'nin payına düştüğü ve dolayısıyla küresel çaptaki ilaç pazarındaki ulusal tüketim payının %1.1; oysa ki, toplam 60 milyar dolarlık dünya ilaç araştırma bütçesi içerisinde ise, Türkiye'nin 30 milyon dolarlık payı ile dünya ilaç araştırmalarına ayrılan parasal kaynaklardan ulusal payımızın son derece düşük (% 0,5 düzeyinde) kaldığı geçmiş yıllarda yapılan istatistiklerle ortaya çıkmıştır. Ayrıca,

ilaç araştırmaları ve üretimindeki bir dizi olumsuz durumlara (insan ve araç-gereç kaynaklarındaki nitel ve/veya nicel yetersizliklere) bağlı olarak da yaşanan yönetsel ve hukuksal sorunların öncelikle saptanıp, pozitif çözümlere gidilmesi gereği ortadadır.

İlaç uygulamaları alanında yakın geçmişte yaşanan durum ve olaylar da göstermektedir ki, ilaç kullanımı sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçlar nedeniyle, analitik çözümler içeren hukuksal ve kurumsal düzenlemelere (örneğin, ilk olarak, temel nitelikli bir ilaç yasasının düzenlenmesi ve ulusal ilaç kurumunun kurulması gibi) gidilmesi artık zorunlu bir hal almıştır.

Bu noktada, ilaç hukukunun, ilaç sektörünün değişik aşamalarında karşılaşılan sorunların giderilmesinde önemli işlevleri yerine getirdiği ya da getireceği kabul edilmektedir. İlaç hukukuna özgü olarak kabul edilen temel, çok yönlü ve birbiriyle sıkı etkileşimleri olan hukuksal işlevleri, aşağıdaki gibi ana başlıklar halinde sıralamak mümkündür[2] :

Geniş halk kesimlerine yönelik olarak ilaç üretimi ve temini;

Yeni ilaçların geliştirilmesinin desteklenmesi;

Yeni hastalıkların ilaçlarla mücadelesinde izlenecek tüm süreçlerin belirlenmesi;

İlaçlarda patentlerin korunması;

Kombine (karma) ilaçlar yerine, tek yapılı ilaç üretimine gidilebilmesi;

Hastalar yönünden ilaçta açıklığın (saydamlık) sağlanması;

İlaçların uygun bedellerle temin edilebilmesi;

İlaç araştırmaları ve üretiminde, çoğulcu ve katılımcı uygulamaların yapılması;

Yasal yetkiler çerçevesinde, ilaç kullanımının teşviki ve kolaylaştırılması;

İlaç sektörünün yönetsel ve hukuksal kurallarla düzenlenip, denetlenmesi.

ilaç araştırmaları yönünden de Dünya ilaç pazarının 700 milyar dolar; Türkiye'nin ilaç pazarının ise, ancak 7,5 milyar dolar olduğu; 2007 yılında, Dünya'daki klinik ilaç geliştirme çalışmaları için 60 milyar, Türkiye'de ise 25 milyon dolar harcama yapıldığı bilinmektedir. Bu konularda bkz.: **Tokaç, Mahmut,** *Türk İlaç Mevzuatı ve Sağlık Bakanlığının Vizyonu,* Sempozyum No:2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü 01/06/07, İstanbul Eylül 2007, 43; **Alpan, Serdar,** *Türkiye'de Klinik İlaç Araştırmaları ve Yasal Alt Yapısı,* T.C. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver – Yard. Doç.Dr. Ali Kemal Yıldız-Arş. Gör. Onur Özcan, İstanbul 2008 79 vd.

2 Daha geniş olarak bkz.: **Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas,** *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelsrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht,* Fünfte, neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-Heidelberg 2003, 529 ff.

Öte yandan, ilaç hukukunun genel bir tarihçesine bakıldığında, ulusal ilaç mevzuatlarında kapsamlı hukuksal ve yönetsel düzenlemelerin yapılması bağlamında, pek de fazla geriye doğru gidilemediği görülmektedir. Örneğin, Almanya'da 1961 yılına kadar ilaç hukukunu düzenleyen geniş kapsamlı bir yasanın çıkartılamamış olduğu; ancak, 1961 tarihli ilaç yasası[3] ile birlikte, ilaç üretiminde gerekli yasal koşullar başta olmak üzere, ilaç ruhsatları, tescil yükümlülüğü ve denetim konularında özel bir takım yasal kurallar konulduğu bilinmektedir.

Ülkemizde ise, oldukça eski tarihli olan 1262 sayılı 'İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu[4]' çıkarılmış olup; bu Yasa'da *ispençiyarî preparat* anlamına gelen ilaçların üretimi, ruhsatlandırılması ve satışı ile ilgili özel bir takım kurallara yer verilmiştir. Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu[5] –ruhsatı veya izni alınmış olsa bile ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan kullanılamayacağı (m. 3 / bend k) gibi– ; 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun[6] –örneğin, ilaç tüketiminin her aşamasında Bakanlığın kontrol ve denetleme yetkisi (m. 2/d) gibi– ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[7]'de önemli yasal kurallar bulunmaktadır. Belirtilen bu yasal düzenlemeler dışında, 'Beşerî Tıbbî Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik' (RG.17.02.2005 tarih - 25730 sayı);'Beşerî Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'(RG.19.01.2005 tarih - 25705 sayı); 'Beşerî Tıbbî Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği' (RG. 12.08.2005 tarih - 25904 sayı); 'Beşerî Tıbbî Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği' (RG. 23.10.2003 tarih - 25268 sayı); 'Beşerî, İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarların Tıbbî Tanıtım Yönetmeliği' (RG. 7.9.1990 tarih-20628 sayı); 'Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'(RG. 27.05.1994 tarih - 21942 sayı); 'Radyofarmasötik Yönetmeliği' (RG. 23.12.1993 tarih - 21797 sayı); 'Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik' (RG. 13.10.1992 tarih - 21374 sayı); 'Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik' (RG. 20.10.1999 tarih -23852 sayı); 'Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik' (R.G.

3 Almanya'da, ulusal ilaç piyasasını düzenlemeye yönelik olarak çıkartılmış bulunan, 16.5.1961 tarihli bu özel yasa (AMG: *Arzneimittelgesetz*) metni için bkz.: *Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln* (1961), BGBl. 1961 I 533.

4 Resmî Gazete tarih – sayı : 26.5.1928 – 898.

5 Resmî Gazete tarih – sayı : 15.5.1987 – 19461.

6 Resmî Gazete tarih – sayı : 27.5.1983 – 18059.

7 Resmî Gazete tarih – sayı : 14.12.1983 – 18251.

23.12.2008 tarih - 27089 sayı) gibi ilaç ve ecza hukukunu düzenlemeye yönelik olarak çıkartılmış bulunan hukuksal ve yönetsel nitelikli pek çok düzenleyici yönetsel işlem ve özel uygulama kılavuzları bulunmaktadır[8].

Bu bağlamda, ilaç hukukuna özgü sorumluluklar ve özellikle tazminat hukuku sorunlarının 'İlaç Hukukunda Sorumluluk' üst başlığı altında ele alınıp, incelenmesi mümkündür. İlaç hukukuna özgü sorumluluk durumları ise, idare, ceza ve medenî (özel) hukuk bakımlarından söz konusu olabilir. İlaç hukukunda cezaî sorumluluk, genel olarak ilaç sektörünü ilgilendiren özel suç tipleri anlamında ele alınmakta ve daha çok, taklit-sahte ilaç üretimi ve satımı noktasında Türk Ceza Kanunu'nda, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu (m. 186) ve kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu (m.187) biçiminde bir ceza normu içeren maddelerle düzenlenmektedir[9]. Ayrıca, ilaç ve ecza sektörünün denetleyici organları olarak üst meslek kuruluşu (Eczacılar Birliği) ve devlet (T.C. Sağlık Bakanlığı) ilgili mevzuat hükümlerinden kaynaklanan resmi yetkileri çerçevesinde etik, disiplin ve yönetsel sorumluluk konuları gündeme gelmektedir. Yönetsel düzenlemeler çerçevesinde, özellikle de ilaçların ithal ve ihracı, üretim, dağıtım, ruhsatlandırma, izin ve fiyatlandırma ile tüketimine özgü yönetsel sorumluluk düzenini belirleyen kurallara aykırılıklar[10] ilgili sorumluluk davaları ise, yönetsel yargıda çözümlenmektedir. Bu nedenle, ilaç hukukuna özgü disiplin, ceza ve yönetim hukuku sorumlulukları ayrı birer incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, 'ilaç hukukuna özgü hukuksal sorumluluk' ile ilgili özel bazı durumlar üzerinde durulacak; esasen, sorumlulukların belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, sorumluluk hukukuna ilişkin temel yaklaşımlar da göz önünde tutulacaktır. Bu arada belirtmek gerekir ki, ilaç kullanımı sonucunda ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan hukuksal sorumluluk (tazmin yükümlülüğü) konusu ile ilgili olarak, aşağıda sırasıyla; önce, terminolojik çerçeveye giren önemli bazı temel kavram-

8 Türk İlaç ve Eczacı(lık) Hukuku'nun pozitif kaynakları ile ilgili olarak, resmî internet web sitelerine için bkz.: http://www.saglik.gov.tr ve http://www.saglik-info.com/index.php?p=453&l=&t=9.

9 5237 sayılı yeni TCK. ile 765 sayılı eski TCK. hükümleriyle karşılaştırmalı olarak ilaç hukukumuza özgü suçlar ve cezaî sorumluluk konusunda daha geniş bilgi için bkz.: **Çakmut, Özlem Yenerer**, *Taklit - Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyumu Özel Sayısı- 2, İlaç Hukuku Sempozyumu, 1 Haziran 2007, İstanbul, 126 vd.

10 **Deutsch / Spickhoff**, Rdnr. 1148-1151, 714 f.

lar üzerinde durulmakta ve daha sonra da, sadece ilaç üreticisi, eczacı ve hekim yönünden hukuksal sorumluluklar alt başlıklar altında ayrı ayrı ele alınıp, genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır.

İlaç kullanımına bağlı olarak oluşan zararlardan dolayı hukuksal sorumluluğun özneleri arasında, hasta ve hastaneler de yer almakta; ancak, bu iki öznenin ilaç kullanıma özgü hukuksal sorumluluğu ayrı bir incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

II. GENEL OLARAK ÜRÜN SORUMLULUĞU VE İLAÇ HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL BAZI KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK ÜRÜN SORUMLULUĞU

1. Ürün ve Üretici Kavramları ile Üretim Ayıbı - Üretim Riski Ayırımı

a) Ürün ve Üretici Kavramları

Üretici ve ürün kavramları arasındaki sıkı anlamsal ilişki, yapılacak hukuksal tanımlama ve nitelendirmelere de aynen yansıtılmaktadır. Bu nedenle, bu iki kavramın çoğu kez birbiri yerine kullanılabilmesi de mümkün olabilmektedir. Ancak, ürün ve üretici kavramlarının içeriğinin belirlenmesinde, üretimin kimin tarafından gerçekleştirildiğine; ürünün hangi endüstri sektöründe üretildiği veya endüstriyel bir üretime dayanıp dayanmadığı; seri üretime konu yapılıp yapılmadığına ya da taşınır eşya niteliğinde olup olmadığına bakılmaz[11].

Pozitif hukuk metinlerinde geniş anlamda ve kapsamda ele alınan ürün kavramından anlaşılması gereken, işletmesel bir üretimin konusu olan hizmet edimlerini de dahil olmak üzere, her türlü taşınır mal (elektrik, hayvansal ve tarımsal üretimler, ilaçlar), konut ve tatil amaçlı taşınmazlar ile maddi bir malda cisimlenmiş olsun olmasın gayrîmaddî mallardan ibaret, mali ve ekonomik değer taşıyan her türlü şeylerdir.

Özel ve teknik bir anlamı olan tıbbî ürünler ifadesinden ise, canlılar üzerindeki hastalıkların tedavi edilmesine veya önlenmesine yönelik herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu anlaşılmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, insan, bitki veya hayvan hastalıklarında tıbbi teşhis veya özellikle insanların fizyolojik fonksiyonlarının geri kazandırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacıyla kullanılan herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu da tıbbî ürün olarak kabul edil-

11 Bu anlamda, ürün kavramının kapsamına hizmet edimlerinin dahi sokulabilmesi olanağı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. ve krş.: **Havutçu,** age. 122-123; **Kırca,** age., 184.

mektedir[12]. Bu bağlamda olmak üzere, aşağıda, tıbbî ürünlerden sadece insana özgü hastalıkların önlenmesi, teşhisi ve/veya tedavisini yapmak; bir fizyolojik fonksiyonunu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal / sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu ifade eden 'Beşeri Tıbbî Ürünler (İlaçlar)' ile sınırlı olarak ilaç üreticisinin, eczacının ve hekimin hukuksal sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Üretici kavramı ise, yukarıda tanımı verilen mal ya da hizmetleri bir üretim etkinliği sonucunda ortaya çıkaranları (gerçek üretici sıfatını haiz olan asıl ürün, ara mal veya hammadde üreticilerini) ya da ürün üzerinde kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları ifade etmektedir. Üretici ifadesi yerine, imalatçı veya yapımcı terimleri de kullanılmakla birlikte, anlatılmak istenen ürünlerin neden olduğu zararlardan sorumlu süjedir. Üreticinin sorumluluğu ise, üreticinin üründeki bozuklukların kişilerin bütünlük değerleri üzerinde yarattığı üretime bağlı riskleri üstelenmesi anlamına gelmektedir[13].

b) Üretim Ayıbı – Üretim Riski Ayırımı

Üretim aşamasında karşılaşılabilecek olan ayıp ve risk durumları arasında üstlenilecek sorumluluğun türü ve niteliği bakımından önemli bir fark söz konusudur. Zira, ayıplı mal (hatalı ürün) üretimine bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan sorumlulukta, üreticinin sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirilemeyen türden bir olağan sebep sorumluluğu söz konusu iken; üretim riskinde, ürün güvenliğini ilgilendiren ve taşıdığı tipik tehlikeli olgular nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tüketicilerin bedensel ve ruhsal sağlıkları ile çevre (halk) sağlığını ciddi ve ağır olması tehlike sorumluluğunu kabul edilmesini gerektirir. Bu nedenle, üreticinin güvenli olmayan (tehlikeli) ürünlerden dolayı sorumluluğunda, güvenli ürünün belirlenmesinde, o türden ürünlere ilişkin standart veya teknik düzenlemelerde gösterilen objektif ölçütlere göre tipik tehlikeli olgular somutlaştırılacaktır[14].

Ayıplı Mal (Hatalı Ürün) Kavramları / Güvenli Ürün–Güvenli Olmayan Ürün Ayırımı

Ayıplı Mal (Hatalı Ürün) Kavramı

Tüketicinin korunması ve aydınlatılması bakımından, ayıp mal kavramının yasal tanımı 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı TKHK'da

12 Bkz. ve krş.: AB'nin ilaç hukukunun genel çerçevesini düzenleyen 2001 / 83 sayılı Yönergesi.
13 Üretim sorumluluğu ile ilgili temel kavramlar ve terminoloji için bkz.: **Havutçu,** age., 21-24.
14 Bu yönde bkz.: **Havutçu,** age. 125-126.

yapılmıştır. Buna göre, söz konusu yasanın 4 üncü maddesinde '*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ...*' ayıplı mal olarak tanımlanmıştır. Keza, piyasaya sürülen malın güvenli olmasının temel alınması noktasında 'Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'te de ayıp kavramı ile ilgili olarak şu biçimde bir hükme yer verilmiştir: "*Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır.*".

Bu pozitif hukuk tanımlamalarından da anlaşıldığı üzere, ayıplı mal kavramı, esasen güvenli olmayan ürün ifadesine oranla daha farklı bir anlam ve içerik taşımaktadır[15]. Zira, ürün güvenliğinden dolayı üreticinin tehlike sorumluluğu, güvenli olmayan, yani tehlikeli ürünlerden kaynaklandığı halde; ayıplı maldan dolayı satıcının ve dolayısıyla üreticinin üretim ayıbından kaynaklanan zararlardan dolayı olağan sebep sorumluluğu söz konusudur.

Üreticinin sorumluluğuna dayanak oluşturan hukuksal olguları, sadece ayıp ve ayıplı mal kavramı ile sınırlandırmaksızın, geleneksel ve modern hukuk yaklaşımlar da göz önünde tutulmak suretiyle, tamamen bir objektif ölçüt olan 'Güvenli Ürün' temeline dayandırmak da mümkündür[16]. Ancak, üretim riskleri analizi çerçevesinde öyle bazı tipik tehlikeli olgular söz konusu olabilir ki, bunlar, sonuçta kamu (halk, çevre) sağlığı bakımından çok ağır ve ciddi olumsuz sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Özellikle de, her türlü gıda ve ilaç üretimine özgü risklere bağlı zararların ortaya çıkabilme olasılığı ve büyüklüğü karşısında tehlikeli (güvenli olmayan) ürün kavramının temel alınması zorunluluk göstermektedir.

15 Öte yandan, doktrinde, yasadaki ayıplı mal tanımlamasının geniş anlamlı olduğu noktasından hareketle, bildirilen nitelikleri ya da niteliği etkileyen nicelik eksiklikleri ile birlikte güvenli olmayan ürünleri de kapsadığı görüşü bulunmaktadır. Bunun için bkz.: **Kırca**, age. 80-81; **Havutçu**, age., 31. Buna karşılık, görüşümüze göre ise, kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hukuku bakımından, üreticinin olağan sebep sorumluluğuna neden olan ayıplı mal kavramı, yasal temelde tipik tehlikeli olgu olarak kabul edildiği ve üretim risklerinden kaynaklandığı için, esasen daha teknik bir anlamı bulunan tehlikeli ürün kavramını kapsamamaktadır.

16 **Havutçu**, age., 31-33.

b) Güvenli Ürün / Güvenli Olmayan (Tehlikeli) Ürün Ayırımı

Avrupa Birliği'nin "Genel Ürün Güvenliği Yönergesi"[17] ndeki özel kurallar göz önünde tutulduğunda, güvenlik riski içeren tehlikeli ürünler nedeniyle hukuksal sorumluluğun güvenli ürün / güvenli olmayan ürün ayırımına bağlı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Oysa ki, üreticinin, sürüm kanalında yer alan diğer müteselsil sorumlularla birlikte ayıplı maldan doğan sorumluluğu, ayıplı mal kavramına dayanılmaktadır[18]. Bu durumda, ayıplı ürün kavramının dışında ele alınan ve tehlike sorumluğu bakımından esaslı bir önem taşıyan güvenli ürün - tehlikeli ürün ayrımı üzerinde 'Genel Ürün Güvenliği Yönergesi' hükümleri bağlamında göz önünde tutmak gerekir[19]. Zira, 2001/95 sayılı bu Yönerge'de, özellikle "Ayıplı Mal" kavramı yerine, genel ürün güvenliği bağlamında olmak üzere, "Güvenli Ürün – Tehlikeli Ürün" kavramları temel alınmak suretiyle; sorumluluk doğuran tipik tehlikeli olgular özel olarak belirlenmiş ve bu olgulardan kaynaklanan zararları tazmin yükümlülüğünün koşulları ile de ilgili olarak, önleyici ve düzenleyici nitelikte önemli kurallara yer verilmiştir. Bu Yönerge'ye göre:

"Güvenli Ürün": Normal ya da makûl ölçüler içerisinde, ürünün kullanım süresine ve gerektiğinde işletilmesine, tesisine (kurulumuna) ve bakımına ilişkin koşulları da kapsamak üzere, önceden öngörülebilir bir kullanım biçimi söz konusu olduğu takdirde, hiç ya da çok az bir ölçüde bu ürünün kullanımı ile bağdaşabilen ve özellikle de aşağıdaki durumlar bakımından, kişilerin sağlık ve güvenliği için yüksek bir korunma düzeyini sağlayacak içerikteki ürünlerdir:

a) Ürünün özellikleri, ezcümle bileşimi ve paketlenmesi ile monte

17 03.12.2001 tarih ve 2001 / 95 sayılı 'Genel Ürün Güvenliği Yönergesi" metni için bkz.: ATRG. 15.1.2002, L 11, S. 4). Bu Yönerge, Türk pozitif hukukuna, 4703 sayılı 'Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun' ile aktarılmıştır. (Bu özel yasa için bkz.: RG.11.7.2001 tarih – 24459 sayı). Yönergenin gerekçesi, konusu, amacı ve uygulanma alanı ile pozitif hukukumuzla karşılaştırması hakkında geniş bilgi için bkz.: **Demir, Mehmet,** *Genel Ürün Güvenliğine ilişkin 2001/95 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri,* Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, 263 vd.

18 Üreticinin sorumluluğuna ilişkin 85/374 AET sayılı AB Yönergesi'nin (ATRG. 7.8.1985, L 210, 29-33), "Bir ürünün üreticisi, bu üründeki **ayıbın** neden olduğu zarardan sorumludur." (m. 1) hükmü ile 'Ayıplı Mal' başlıklı TKHK (m.4), 4703 sayılı 'Ürünlere ilişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun' (m.5/5) ile 'Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik' (m.6-7) hükümleri birlikte değerlendirilerek, ayıp kavramının *'sözleşmeden beklenen niteliklerin sağlanmamasını'* değil de *'haklı ve beklenen güvenliğin sağlanmaması'* olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

19 Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'ne paralel bir biçimde, 4703 sayılı Yasa'da (m.5/5), güvenli ürünün *'... bileşimi, ambalajlanması, montaj ve bakımına ilişkin talimatlar da dahil olmak üzere özellikleri; başka ürünlerle birlikte kullanılması öngörülüyorsa bu ürünlere yapacağı etkiler; piyasaya arzı, etiketlenmesi, kullanımı ve bertaraf edilmesi ile ilgili talimatlar ve üretici tarafından sağlanacak diğer bilgiler ve ürünü kullanabilecek risk altındaki tüketici grupları açısından değerlendirildiğinde, temel gerekler bakımından azami ölçüde koruma sağlaması..'* gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

edilmesine ilişkin koşullar ile gerektiğinde kurulum ve bakımını;

b) Başka ürünlerle ortaklaşa (bir arada) kullanımı halinde, makûl bir biçimde önceden öngörülebilir olduğu ölçüde, diğer ürünler üzerindeki etkisi;

c) Ürününün dış görünüşü (dekoru), paketlenmesi, etiketlenmesi ve gerektirdiği ölçüde uyarıların yazılması ile kullanma kılavuzu, tasfiyesine yönelik talimatlara yer verilmesi ve ürüne ilişkin gerekli diğer tüm bilgiler ya da bilgilendirici işlemlerin neler olduğu;

d) Öncelikle, çocuk ve yaşlılar gibi, ürünün kullanımında risk altındaki hedef tüketici grupları.

Ürünün, soyut anlamıyla salt belli ölçüde bir yüksek güvenlik düzeyine ulaşmış olması ya da düşük tehlike kaynağı yaratan diğer (yan) ürünleri de içerme olanağı ve olasılığı taşıması, o ürünün tehlikeli görülebilmesi için yeterli bir neden değildir.

"Tehlikeli ürün" : Yukarıda b) bendi hükmünde yapılan güvenli ürün tanımlamasına uygun düşmeyen her türlü ürün tehlikeli ürün olarak kabul edilir.

"Ciddî tehlike" : Her ne kadar ürünün üzerinde doğrudan bir etkisi olmasa da, resmî birimlerin derhal (acil) müdahalesini gerektirecek derecede önemli ve kayda değer risklerdir.

3. Ürün Sorumluluğunun Esası, Hukuksal Niteliği ve Koşulları

Sorumluluk hukuku bakımından ürün sorumluluğu ifadesinden, genel olarak, üreticinin, üretim ayıbı ve /veya risklerine bağlı olarak gerçekleşen olumsuz sonuçlardan, kusurlu davranışta bulunmasa dahi sorumlu tutulabilmesi anlaşılmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, üreticiler, ürettikleri ürünün ayıplı ya da güvenli olmadığını bilmeseler ve ürünün ayıpsız ve güvenli üretiminde gerekli tüm önlemleri almış ve hatta denetim kusuru göstermemiş olsalar bile, sözleşme dışı sorumluluk esaslarına göre hukuksal sorumluluk altında kalabilirler[20]. Dolayısıyla, sorumluluğun süjesi (öznesi), söz konusu ürünün üretiminden ekonomik yararlar elde etmek ve güvenli ürün üretip, piyasada dolaşımını sağlamak amacıyla yaptığı masrafları fiyat endekslerine yansıtabilme olanağına sahip olan her bir gerçek veya tüzel kişi sorumlu üretici konumunda kabul edilmektedir. Ürün sorumluluğunda asıl sorumlu kişi, üretimi gerçekleştiren ürünün asıl üreticisi olmakla birlikte;

20 Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda, ürün sorumluluğunun hukuksal niteliği konusundaki görüşlerin açıklanması ve eleştirisi için bkz.: **Kırca,** age., 116 vd. ile 121-124.

gerçekte ürünün üreticisi olmadığı halde, ürünün tanıtıcı işaretlerinde kendisini üretici gibi göstermiş olanlar da üretici sayılıp, sorumlu tutulabilmektedir[21].

Ürün sorumluluğunda, üreticinin hukuksal sorumluluğunu kuran temel olgu, üretici tarafından haklı güvenlik beklentilerini karşılamayacak bir biçimde ayıplı ya da güvenli olamayan (tehlikeli) ürünlerin üretilip, piyasaya sürülmüş olmasıdır. Bu bağlamda, ayıplı ya da güvenli olmayan ürünlerin, zararlı sonuç doğurmuş olması değil de salt piyasaya sürülmüş olması dahi sorumluluğun doğması için yeterli görülmektedir[22]. Görüşümüze göre ise, bu konuda üreticinin ürün sorumluluğunu iki bakımdan ele alıp, değerlendirmek gerekir: Birinci durumda, üreticinin sorumluluğu ürettiği ayıplı ürün nedeniyle kurtuluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğu; ikinci durumda ise, yukarıda ayıplı mal (hatalı ürün) / güvenli olmayan ürün ayırımına paralel bir yaklaşımla, ürün güvenliğine özgü tipik tehlikeli olgu olarak kabul edilen üretim risklerinin kamu sağlığı ve güvenliği açısından ciddî (ağır) olumsuz etkilere yol açabilmesi durumu nedeniyle tehlike sorumluluğundan söz edilmektedir[23].

Öte yandan, üreticinin objektif ürün sorumluluğunun varlığı için, aşağıda genel olarak belirtilen üç temel koşulun bir arada gerçekleşmiş olması gerekir[24]:

21 Bu noktada, TKHK (m. 3/1 bendi) , Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Yönergesi'ndeki düzenlemeden (m.3) farklı bir kural getirmiş ve '*kendisini üretici imiş gibi gösteren*' ifadesine yer vermeyerek; hiçbir aşamada üretim etkinliğinde bulunmayan (ve dolayısıyla, asıl ürün, ara mal veya hammadde üreticisi gibi bir sıfatı da haiz olmayan) kişilerin de hukuken üretici olarak kabul edilebilmesi durumu yaratılmıştır. Bkz. ve krş.: **Kırca,** age. 215-217, 258.

22 **Havutçu,** age. 31-33; **Kırca,** age. 130 vd. ile haklı güvenlik beklentilerinin belirleyen ölçütler (ürünün sunumu; kullanım tarzı ve piyasaya sürülme zamanı) ve unsurlar (teknik düzenleme veya standartlara uyma; ürünün fiyatı; masraf-yarar dengesi ve ürün takibi gibi) konusunda bkz. 134 vd.. Aynı şekilde, ilaç üreticisinin de ilaç üretiminden kaynaklanan zararlardan dolayı tehlike sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, hastanın kullanımına (tüketimine) hazır bulundurmak amacıyla piyasaya sürülmüş olması gerekli ve yeterlidir. Bu yönde bkz.: **Quass, Michael / Zuck, Rüdiger,** *Medizinrecht, -Öffentliches Medizinrecht-Plegeversicherungsrecht-Arzthaftpflichtrecht-Atztstrafrecht,* 2., vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2008, § 58, Rdn. 1, 816.

23 Doktrinde, üreticinin sorumluluğu sorununun, tehlike sorumluluğu esası göz önünde tutularak ya da kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun birlikte uygulanması yoluyla çözümlenmesine ilişkin önerilerin hukuksal dayanakları ve özellikle de haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 41 gibi genel - temel bir tehlike sorumluluğu normu getirilmek suretiyle mevcut güçlüklerin ve yetersizliklerin çözümlenebileceği görüşü için bkz.: **Öztan, Bilge,** *İmalâtçının Sorumluluğu,* Ankara 1982, 250 vd. ile özellikle 281-283. Bu bağlamda, Alman İlaç Yasası'nda yasal terminolojiye uygun düşen belli ilaçların kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan ciddi zararlardan (ölüm, önemli ölçüde yaralanma ya da sağlığın bozulması gibi) dolayı ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel kurallar (§§ 84 ff. AMG) öngörülmek suretiyle; sadece, nedensellik bağının varlığını kanıt yükü ilaç kullanımından zarar gören hastalara yüklenmiştir. Bu konuda bkz.: **Gaßner, Maximilian / Reich-Malter, Miriam,** *Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln,* MedR 2006, Heft 3, 150 f.

24 Bu koşullar hakkında daha ayrıntılı olarak bkz.: **Kırca,** age. 125 vd; **Havutçu,** age. 67 vd.. Özellikle de üreticinin tehlike sorumluluğunun kabulü durumunda bu sorumluluğa ilişkin unsurlarının incelenmesi

a) Ürünün ayıplı veya tehlikeli olması (haklı güvenlik beklentilerini karşılamaması);

b) Ayıp veya tehlikeye bağlı zararlı sonucun doğması;

c) Zarar ile ürün ayıbı veya tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının kurulması.

B. İLAÇ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. İlaç Kavramı

Yukarıda, ürün kavramı ile ilgili yapılan açıklama sırasında belirtildiği üzere, beşerî (insansal) tıbbî ürün karşılığı kullandığımız 'İlaç' kavramının içeriğini ilaç hukukuna özgü teknik anlamıyla birlikte ele alıp, benzer ya da yakın anlamlara gelebilen bazı kavramlar karşısında sınırlandırmak gerekir[25]. Özellikle de, gıda destekleri ve kozmetik ürünler, birer tıbbi ürün olmakla birlikte ilaç olarak kabul edilmemektedir. Hemen belirtelim ki, temel bir tıbbi üretim konusu olarak ilaç, her hangi bir tüketim malı olmadığı gibi, ilaç kullanımı da olağan – sıradan bir tüketim etkinliği değildir. Bu bağlamda, ilaç kullanıcısı hastaların salt ekonomi bilimi anlamında birer tüketici olarak görülmeyip, sağlık ve ilaç hukukunun diğer iki temel unsuru (hekim ve eczacı) ile birlikte üçüncü temel bileşeni olarak görülmelidir.

Genel olarak, ilaç hukuku kaynaklarına bakıldığında[26], ilaç kavramının içeriğinin belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, teşhis ve/veya tedavi edici fonksiyonun temel alındığı görülmektedir. Örneğin, Alman İlaç Yasasında (§ 2 Abs. 1 AMG) yapılan tanımlamaya göre:

İlaç, insanda ya da hayvanda kullanılmak suretiyle,

-hastalıkları, ağrıları, vücut hasarları ya da hastalık şikayetlerini iyileştiren, hafifleten, önleyen ya da tanılayan;

---

ve tazmin yükümlülüğünün koşulları ile tazminatın tenkisi ve zamanaşımı sorunları için bkz.: **Öztan,** age. 284–290.

25 İlaç kavramının içeriksel yönleriyle birlikte, tanımlanması ve objektif amacının belirlenmesi konusunda bkz.: **Quass, / Zuck,** *Medizinrecht,* § 50, Rdn. 1-5, 796-797. Ülkemiz ilaç hukuku mevzuatına yeni kazandırılan 'Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te ise, (Resmî Gazete: 23.12.2008 tarih – 27089 sayı) ilaç / beşeri ilaç terimi şu biçimde tanımlanmıştır: " *Hastalığı önlemek, teşhis etmek ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde maddeler kombinasyonunu*".

26 Bu kaynaklardan bir kısmı, esasen, uluslararası ilaç hukukunda temellenmiş bulunan ve ülkelerin ilaç hukuku mevzuatlarını etkileyen en önemli dayanaklarını oluşturmaktadır. Özellikle de klinik ilaç araştırmalarını ilgilendiren A.B.D. deki *Tuskegee* Klinik Çalışması bulguları ile Almanya'da II. Dünya savaşı sonrasında kurulan *Nürnberg* Savaş Mahkemesi tarafından ortaya konulan ve literatürde *Nürnberg Kodları* ile olarak bilinen normlar öne çıkmaktadır. Bu hususta bkz.: **Doğan, Cahid,** *Klinik İlaç Araştırmalarının Hukuki Temelleri I,* Hastane ve Yaşam Akademik ve Aktüel tıp Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 35, Ankara 2008, 59-63; *Klinik İlaç Araştırmalarının Hukuki Temelleri II,* S. 37, 56-63.

-vücudun bedensel yapısını, durumunu, işlevlerini ya da ruhsal durumları gösteren;

-insan ya da hayvan yapısından üretilmiş etken maddelerin ya da vücut akışkanlarının yerine konulan;

-hastalık uyandırıcıları, parazitleri ya da yabancı maddeleri vücuttan atan, yok eden ya da zararsız hale getiren;

-vücudun yapısı, mevcut durumu ya da işlevlerini veya ruhsal durumları etkileyen

maddeler ya da madde müstahzarlarıdır.

Alman İlaç Hukukuna özgü yapılan yukarıdaki yasal tanım göz önünde tutulduğunda, kavramsal içerik olarak ilaç teriminin, yasa koyucu tarafından, işlevsel temelde ele alındığı ve hem teşhis edici (tanı koyucu) hem de tedavi edici ve önleyici madde olma özelliklerinin kapsamına alındığı anlaşılmaktadır[27]. Belirtilen bu hukuksal yön, ilaçların diğer tıbbi ürünlerinden ayrılmasında, belirleyici bir yasal ölçüt olarak kabul edilebilir. İlaca özgü temel işlevsel özellikleri taşımadıkları için ilaç kavramına dahil edilemeyen bu diğer ürünler arasında ise, besleyici değerleri esas alınarak üretilen gıda maddeleri ve gıda destekleri; tütün ürünleri; kozmetikler; hayvan bakımı ve sağlığı için üretilmiş olan yem vs. ürünler ile tıbbî üretim malzemeleri (medikal ürünler) sayılmaktadır[28].

İlaç kavramının içeriğini ve kapsamını belirlemede, orijinal ilaç–jenerik ilaç ayrımı üzerinde de önemle durulmaktadır[29]. Zira, bu ayrım çerçevesinde, AB ilaç hukukuna uyum süreçleri bakımından, ilaç sektöründe güvenli ilaç üretimi ve piyasaya girişinin sağlanması suretiyle ulusal ilaç endüstrisinin ve ilaç mevzuatımızın olumlu yönde gelişebilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, orijinal ilaç, uluslararası bir terim olup, uzun ilaç araştırmaları ve klinik çalışmaların sonucunda belli bir hastalık üzerinde olumlu etkileri olduğu kanıtlanmış; temeli patentli bir moleküle dayandırılan ve daha öncesinde bir benzeri de bulunmayan yeni ilaçlara verilen bir addır. Buna karşılık, jenerik ilaç ise, orijinalleri ile aynı etkinlik, kalite ve güvenilirlikte olmakla birlikte, daha ucuza mal edilip satılan türden ilaçlardır. Orijinal ilaçların dünya çapında güçlü

27 **Deutsch / Spickhoff**, Rdnr. 841, S. 544 f.; **Quass / Zuck**, Rn. 3-4, 797. Ayrıca, daha geniş olarak bkz.:**Kloesel, Arno / Cyran, Walter,** *Arzneimittelgesetz*, 3. Aufl. 1990, AMG § 2 Anm. 1.

28 İlaç kavramı dışında kalan diğer tıbbi ürünlerin (gıda destekleri ve kozmetikler gibi) farklı özellikleri ve işlevleri nedeniyle ayırımı konusunda bkz.: **Deutsch / Spickhoff**, Rdnr. 853-858, s.552-554; **Quass / Zuck**, Rn.5, s.797.

29 Bu konuda bkz.: **Süzer, Öner,** *Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar* (http://www.onersuzer.com).

patent ve veri koruma yasaları ile belli süreler boyunca korunması söz konusu olduğundan, yasal koruma süreleri içinde başka bir ilaç şirketinin bu ilacın benzerini üretmesi izni verilmemektedir. Ancak, T.C. Sağlık Bakanlığı, 2000 yılından itibaren, ilaç üretim şirketlerine ilacın *biyoyararlanımı*[30] ve *biyoeşdeğerliğini*[31] kanıtlama zorunluluğu getirmek suretiyle, jenerik ilaçlara özgü ruhsat verebilmektedir[32].

Orijinal ilaç–Jenerik ilaç ayrımı dışında ele alınması gereken sahte ilaç–taklit (kopya)ilaç ayırımı da özel bir önem taşımaktadır. Bu ayrıma göre ise, sahte ilaçlar, sahte etiketliler başta olmak üzere, etiketinde yazılı olanlardan daha farklı maddeleri içeren veya bileşiminde olması gerekenden farklı miktarlarda maddeler olan ya da etken maddeleri içermeyen ürünlerdir. Taklit (kopya) ilaçlar ise, orijinali olan ilacın yasal koruma süresi henüz bitmeden, orijinal ilaçla aynı etkiye sahip olacak biçimde piyasaya sürülen ürünlerdir. Her iki ilaç üretimi de yasalarla yasaklanmış etkinliklerden olup; ilaç hukukuna aykırılıkları nedeniyle ceza yasalarında (örneğin, 5237 sayılı TCK. m. 186-187 gibi) cezaî yaptırımlara bağlanmışlardır[33].

Sonuç olarak, ilaç denilince anlaşılması gereken, kısaca, organik ve fizyolojik sistemleri veya hastalık durumlarını canlı (insan, bitki, hayvan) yararına değiştirmek üzere inceleme amacıyla kullanılan maddelerdir.

Aşağıda, ilaç hukukunda sorumluluk yönünden önem taşıyan iki temel kavram (ilaç endikasyonu ve kusuru kavramları) ana hatlarıyla ele alınmakta ve bu iki kavramın içeriği, sınırları ve hukuksal yönleri üzerinde durulmaktadır:

İlaç Endikasyonu

Her ne kadar, doktrinde endikasyon koşulunun tıbbî eylemlerin hukuka uygunluğunu belirlemede bir önkoşul olmadığı görüşü[34] ileri

30 İlacın biyoyararlanımı: İlacın herhangi bir yolla uygulanmasından sonra sistemik dolaşıma değişmeksizin ulaşan kısmı olup; (F) sembolü ile ifade edilir ve birimi de % olarak gösterilir. (**Süzer**, agm. 12).

31 İlacın biyoeşdeğerliği : Aynı veya benzer farmasötik biçimdeki iki ilacın (örneğin, orijinal ilaç ile jenerik ilacın) eşdeğer etkilere sahip olması demektir. (**Süzer,** agm. 11).

32 Bu konuyu düzenleyen yönetmelik için bkz: Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 27.05.1994 tarih - 21942 sayı).

33 Bu konuda daha geniş olarak bkz.: **Çakmut, Özlem Yenerer,** *Taklit – Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar,* İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu, 1 Haziran 2007, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü, İstanbul 2007, 126 vd.

34 Bu görüşte olan *Ünver*'e göre, özellikle tıbbî ceza sorumluluğu bakımından, endikasyon kavramının tıbbi müdahalelerin gerekliliği ve zorunluluğu anlamında kabul edilmesinde hukuksal dayanak bulunmamakta; bu kavramın gerekli ve yararlı olmadığı gibi tıp ve hukuk alanındaki gelişmelerle bağdaşmadığından gereksinimi olmayıp, aksine sorun kaynağı yaratmaktadır. Bu açıdan yazar, MK. m. 23-24'teki ifadelerin, sağlık personelinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluğunu

sürülmekte ise de, tıbbî sorumluluk hukuku bakımından bu kavramın tıbbî risk[35] (*medical complication*) ve meslek kusuru (*malpractice*) kavramı ile birlikte ele alındığında, tıbbi müdahalelerde somut müdahale durumlarına göre, üstün nitelikte özel (hastanın yaşamı ve geçerli rızası) veya kamusal yarar (halk sağlığı) ya da yasal yetki kullanımı gibi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda, ortada herhangi bir endikasyon[36] (*indication*) durumu bulunmaksızın yapılan tıbbî müdahalelerin, kural olarak, hukuka aykırılık sonucunu doğurabileceği kabul edilmektedir[37].

O halde, ilaç endikasyonu kavramının ilaç hukukuna özgü alanda taşıdığı anlam ve üstlendiği işlev, özellikle, hukuksal sorumluluk için gerekli bir koşul olan ilaç kusurunun varlığını araştırma ve ortaya koymak bakımından önemlidir. Bu bakımından, ilaç endikasyonu, farmakolojik işlevi ve ilaç hukuku bakımından etkisi göz önünde bulundurarak kısaca şu biçimde tanımlanmaktadır: İlaç endikasyonu, ilaçların hastalıkların tanısı ve/veya tedavisini sağlayacak biçimde ruhsatlarında ve/veya prospektüslerinde yazılı biçimde etkin ve yararlı kullanılmasıdır. Bu nedenle, ilaç endikasyonu (etkin ve yararlı ilaç kullanımı) terimi, ilaç kontrendikasyonları başta olmak üzere, ilacın farmakolojik ve farmokinetik özelliklerine bağlı uyarıları ve önlemlerinden daha farklı bir anlam taşımaktadır. İlaç kontrendikasyonu kavramı ile kastedilmek istenen husus ise, ilacın kullanılmaması gereken hastalıklar ile esasen yararlı olduğu hastalıkların yanlışlığa veya hastanın bireysel-özel durumu nedeniyle yarar yerine zarar getireceği durumlar olup; ilacın hiç kullanılmaması ya da belli duyarlılıktaki hastalarda kullanılmasının tavsiye edilmemesidir. Şu halde, endikasyon dışı ilaç kullanımlarında, ilacın bir hastalığın tedavisinde yararsız kaldığından, ortada tıbben gereklilik ve

sağlamada endikasyonun zorunlu bir unsur / koşul olmadığı kanısındadır. Bunun için bkz.: **Ünver, Yener**, *Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi*, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu, 1 Haziran 2007, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü, İstanbul 2007, 77-78.

35 **Ünver**, 74.

36 Bu noktada belirtmek gerekir ki, endikasyon kavramını dar anlamda ele almaksızın, somut olaylarda değişik biçimlerde endikasyonlarla karşılaşılabilmesi gerçeği karşısında; tıbbî endikasyon (yani, tıp biliminde zorunlu ve gerekli olarak gösterilen verilere uygunluk) dışındaki, sosyal, dinsel, psikolojik, etik ve hukuksal endikasyonlar söz konusu olduğunda da yine, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk taşıdığı sonucuna varılabilir. Yeter ki, tıbbî müdahalede hukuksal sorumluluk ve tazmin yükümlülüğünü gerektiren nedenlerin varlığı (örneğin, bir tıbbî meslek kusurunun sabit olması ya da ehliyetsiz rıza durumları gibi) kanıtlanmamış olsun. Şu halde, endikasyon kavramı, tek başına ne hukuka uygunluğu sağlayabilmekte ne de hukuka aykırılık bağını kurabilmektedir. Diğer bir anlatımla, bir endikasyon durumu ve hastanın aydınlatılmış rızası bulunmasına rağmen, hekimin tıbbî özensizliği ya da özen eksikliği tıbbî sorumluluk sonucunun doğmasına neden olabilecektir. Aynı yönde bkz.: **Hakeri, Hakan**, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 185-186.

37 **Hakeri**, age. 183-184.

zorunluluk durumu bulunmadığı gerekçesiyle, ilaç kullanımı sonucunda oluşan zararı tazmin yükümlüğü (yani, hukuksal sorumluluk) ortaya çıkacaktır.

İlaç Kusuru (*Farmakolojik Kusur*)

Bu kavram, dar ve teknik anlamıyla, hekimin ilaç hukukuna aykırı olarak bir meslek kusurunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, ilaç üretimi, dağıtımı ve tüketimi (kullanımı) süreçlerinde ayıplı ve/veya riskli ilaçlar nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı, hukuken sorumlu tutulabilecek olanlar arasında en başta devlet olmak üzere, hastane, klinik araştırıcı, ilaç üreticisi, ilaç dağıtıcısı, eczacı, hekim veya diğer sağlık çalışanlarından (örneğin, hemşire veya hastabakıcı gibi) birinin sorumluluğu söz konusu olabilir.

Çoğunlukla, hastaların, ilaç temini ve kullanımında bilinçli bir ilaç tüketicisi olarak davran(a)mamaları sonucunda da zararlara uğramaları söz konusu olmaktadır. Eksik ve/veya yanlış ilaç kullanımından kaynaklanan çeşitli olumsuzlukların giderilebilmesi ve ciddî riskler içeren yüklerin azaltılabilmesi, hastalığa bağlı fizyolojik, biyolojik ve psikolojik zararların önlenebilmesi gerekir. Bu amaçla, '*akılcı (bilinçli) ilaç kullanımı*'[38]nın önemi üzerinde durulmakta ve buna ilişkin bazı temel kurallar (ilkeler) öne çıkarılmaktadır. Bunlar arasında, ilacın doğru tanıya dayanması ve hastalığa uygun olması; gereken dozda kullanılması; uygun yollardan ve ilaçla tedavi sanatıyla sunulması; yeterli zaman diliminde tüketilmesi; ilacın tedavi başarısının değerlendirilmesi; olası riskleri, yan etkilerinin ve birden çok ilacın bir arada kullanımında etkileşim durumlarının gözlenmesi; tasarlanan ilaçla tedavinin gerçekleşebilirliğinin izlenmesi gibi ilkeler sayılmaktadır. Bu ilkeler ışığında, hastaların akılcı ilaç kullan(a)madıklarından zarara uğramaları sonucunu yaratan durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır. Bu durumlara örnek olarak, ortada ilaç kullanımını gerektiren bir nedenin bulunmaması; ilaç

38 Akılcı-bilinçli- ilaç kullanımı sisteminde temel amaç, hekimin mevcut ilaçlar içerisinden, hastanın biyolojik yapısı, doğru teşhis edilmiş hastalığı, tam olarak sağlanmış uyumu, yaşan standardı ve ödeme gücü ile ülkemizin ulusal çıkarları da göz önünde bulundurularak en yararlı ilacın seçilip, hasta tarafından tüketilmesinin sağlanmasıdır. Bu tanımlama için bkz.: **İsmail Hakkı,** *Eczacının Hukuki Açıdan Sorumluluğu,* T.C. İstanbul Üniversitesi Adlî Tıp Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, 36. Öte yandan, hastanın akılcı-bilinçli ilaç kullanımı kararını etkileyen önemli araçlar arasında, başta ilaç prospektüsleri ve deneyimli ilaç kullanıcısı diğer hastaların pratik önerileri ile her geçen gün güncelleşen tele-tıp hizmetleri içeren sağlık portalleri öne çıkmaktadır. Bu konuda daha geniş olarak bkz.: **Namal, Arın,** *Hastanın İlaç Kullanma Kararına Etki Eden Sorunlu Araçlar: Sağlık Portalleri ve İlaç Prospektüsleri – Etik Bakışın Düşündürdükleri,*T.C. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver, Yrd.Doç. Dr.Ali Kemal Yıldız, Arş.Gör. Onur Özcan, İstanbul-2008, 211 vd.

endikasyonu bakımından da yanlış ve/veya yetersiz ilaç seçimi yüzünden yanlış tedavinin uygulanması; farmakolojijk etkisi kuşkulu ilaçların kullanılması; doğru ilacın uygun olmayan dozlarda ve zaman aralıklarında kullanılması halleri gösterilebilir[39].

Makalenin amacı ve inceleme sınırları göz önünde tutulmak suretiyle, ilaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumlu kişiler zincirinde yer alan ve hasta tarafından kullanılması maddi ve/veya manevi zarara neden olan ilaçlarla ilgili öznelerden, sadece üretici, eczacı ve hekim yönünden hukuksal sorumluluk konuları aşağıda genel hatlarıyla ele alınmaktadır.

II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

İlaç üreticisinin, güvenli ilaç üretimini sağlamak amacıyla, ilaçta üretim riski yaratan tipik tehlikeleri ürününden uzak tutma yükümlülüğü vardır. Bu tipik tehlikeli olgular, aynı zamanda, ilacın ayıplı ürün olarak değerlendirilmesi ile de yakından ilgilidir. Zira, tehlikeyi uzaklaştırma yükümünün ihlâli ya da tipik tehlikeli olguların gerçekleşmiş olması sonucunda ortaya çıkan zararlardan dolayı sonuçta, üreticinin tehlike sorumlusu olarak kabul edilmesi söz konusudur. Bu bağlamda, ilaç üreticisi, her şeyden önce ilacın üretimini doğru tasarlamakla yükümlüdür. Bu yükümün ihlâli, ortada bir konstrüksiyon ayıbının varlığını gösterir. Bunun dışında, ilacın fabrikasyonuna, talimatına ve gelişimine ilişkin ayıp grupları da yüküm ihlalinin birer olumsuz sonucu ve dolayısıyla ilaç zararlarının kaynağı olarak karşımıza çıkabilir. Bu sayılan ayıp grupları nedeniyle gerçekleşen ihlâl durumları, üretici hakkında, somut

39 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında (19.10.2006, Esas No: 2006/10057; Karar No: 2006/13842); muayenesi edilip, tahlil ve film sonuçlarına göre reçetesi de yazılan ilaçları kullanarak on gün sonra kontrole gelmesi kendisine söylenen davacı-hastanın, ancak 9. günde kullandığı *antienflamatuar* ilaçların mide kanaması geçirip ve buna bağlı olarak ameliyat olmak zorunda kaldığı somut ilaç kullanımı olayında; davalı-hekimin davacı-hastaya verdiği ilaçlar arasında bulunan "*Exen Forte*" tablet Adlî ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceği noktasında, üroloji uzmanı bir hekimin bilirkişi raporundaki: '*..ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide barsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan kullanılması zorunluluk arz ediyorsa* ***(İlaç Endikasyonu)*** *mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı..*' şeklindeki görüşe rağmen; salt hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış bulunduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların (Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ile Dr. ....) kusurlarının olmadığı yönünde yargısal bir kanaate varılmayacağı ve bu bağlamda, söz konusu bilirkişi raporunun dosya içeriği ile uyuşmadığı; Mahkemece, davacıya uygulanan ilaç tedavisinde doktorun hata ve kusuru ***(İlaç Kusuru)*** bulunup bulunmadığı hususunun, Üniversiteden seçilecek Üroloji, Gastroloji ve Dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak mide kanaması ile tedavi arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik verilen hüküm, usul ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur.

olaya özgü koşullara göre kusur sorumluluğu veya tehlike sorumluluğu kuralları uygulanmak suretiyle, onun hukuken sorumlu tutulabilmesinin dayanak ve kapsamlarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır [40]. İlaç üreticisinin ayıplı üründen (hatalı ilaç) kaynaklanan kusur sorumluluğunda, B.K. m. 41 hükmü başta olmak üzere, TKHK. m.4 ve 18 hükümleri ile 'Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik' (m.5-6) hükümlerini pozitif hukuk dayanakları olarak göstermek mümkündür[41].

İlaç üreticisinin tehlike sorumluluğuna yol açabilecek olması bakımından ise, söz konusu ilacın üretimi aşamasında hatasız ve doğru tasarlanması, ilacın içeriğinin (muhteviyatının) tek başına veya bileşimini oluşturan bir başka etken maddeyle beraber tipik tehlikeleri içermemesi anlamına gelir. İlacın gerek tasarımı gerek gelişimi tekniğini ilgilendiren yönleriyle birlikte, ilaç üreticisine yükletilen yasal yükümler, tipik birer işletme tehlikeleri ya da ilaç üretimine özgü nesnel tehlikeler olarak kabul edilmelidir[42].

Uygulamada, ilaç üreticisi firmaları hukuksal sorumluluk altına sokan özel durumlar arasında, özellikle, tamamen taklit veya sahte ilaçlar üretilmesi başta olmak üzere, ilacın üretimi aşamasından kaynaklanan hatalar (örneğin, üretim lisansına aykırı bir biçimde ilacın yanlış analizi,

40 Ürünün üretimine özgü fabrikasyon ve konstrüksiyon ayıpları ile kullanımı ile ilgili talimat ayıpları ve gelişimi ayıplarını göz önünde tutmak suretiyle, özellikle, bazı aşamalarda (çoğu kez de ürünün fabrikasyonu ve konstrüksiyonunda karşılaşılan tipik durumlarda) tehlike sorumluluğunu kabul etmek teorik açıdan mümkündür. Bilimsel ve teknik gelişmelere bağlı olarak ürünlere özgü yeni zarar görünüm biçimleri nedeniyle sosyal adalet anlayışına uygun olarak üreticinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmesi gerektiği görüşünde bkz.: **Öztan,** age. 179 vd. özellikle de 281-283. Alman hukukunda, ayıplı (üretim hatasıyla) üretilen tıbbi malzeme ve tehlikeli ilaçların neden olduğu zararlardan hukuksal sorumluluk konusunda ayrıca bkz. ve krş.: **Gaβner / Reich-Malter,** (MedR 2006), 147 ff.. Amerikan hukukunda ise, üretim hatasından dolayı ilaç üreticisi firmanın sorumluluğunun koşulları, (1) İlaç firmasının söz konusu ilacın üretimini gerçekleştirmesi; (2) Hastanın uğradığı zararın muhtemelen ilacın niteliğinden kaynaklanması; (3) İlacın zararlı niteliğinin tehlikeli olması ve son olarak da (4) Hastanın zararının, ilacın kendisi veya başkası tarafından mantıksal olarak beklenen kullanımı sonucunda ortaya çıkması olarak gösterilmektedir. Bu koşullar hakkında bkz.: **Hakeri, Hakan,** *İlaç Üretimi ve Uygulaması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu,* T.C. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver, Yrd.Doç. Dr.Ali Kemal Yıldız, Arş.Gör. Onur Özcan, İstanbul-2008, 143-144.

41 **Hakeri,** agm. 142. Yazar, makalesinde, ilaç üreticisinin ayıplı maldan kaynaklanan sebep sorumluluğu için bir yönetmelik hükümlerine dayanmakta ise de (Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik, m. 5 ve 6/1) kusursuz sorumluluk (basit ya da ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu) hallerinin sorumluluk hukukunda istisnaî bir nitelik taşıdığını ve hukuksal (pozitif) dayanağının da mutlaka yasal bir düzenleme olması zorunluluğunu göz ardı etmektedir. Bu konuda bkz.: **Tandoğan, Haluk,** *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku,* Ankara 1981, 22 vd.

42 Zararlı etkiler yaratan o ilacın ortalama ilaç üreticisinden beklenen üretim standartlarından sapan ve sonuçta, tipik tehlikeli olgular ve objektif özensizlik durumları görülen üretim hataları, sırasıyla; ilaçla ilgili klinik araştırma usulü ve test hataları, kontrol ve denetim hataları ile ilaca bağlı olumsuz etkileri inceleme ve uyarı hataları biçiminde kendisini gösterebilir. Bu konuda bkz.: **Hakeri,** agm. 143-145.

tasarımı, eksik terkip ve konstrüksiyonu ya da gelişme riskleri içermesi[43] gibi); ilacın eksik dozda üretilmesi nedeniyle sağlıksız ilaç tüketimlerine, yani hastaların ilaçtan hiç yararlanamama ya da yetersiz yararlanma ve kullanılmalarına sebebiyet verilmesi; ilacın prospektüsünde gösterilen bilgilerin yetersiz ve/veya yanlış olması gibi durumlar gösterilmektedir. Hemen belirtelim ki, tamamen ilaç üretimi aşamasından kaynaklan bu gibi özel durumlarda, hukuksal sorumluluk doğrudan ilaç üreticisi firma yönünden söz konusu olmakta; kural olarak, hekimin ve eczacının hukuksal sorumluluğu bulunmamaktadır[44].

Öte yandan, ilaç üreticisinin kusursuz (objektif) sorumluluğunun pozitif dayanaklarının belirlenmesi bakımından, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı[45]'nda, '*Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme*' başlığı altında, genel nitelikli bir sorumluluk hukuku normuna yer verilmiş olması oldukça dikkat çekicidir. Zira, bu normatif hüküm çerçevesinde, tıpkı, haksız fiilden kaynaklanan kusur sorumluluğun kurucu yasal olgusu olarak kendini gösteren 'haksız fiil (eylem) kusuru'nda olduğu gibi; kusursuz sorumluluğun en ağır türü olan ve doktrinde ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olarak da ifade edilen tehlike sorumluluğuna özgü, genel ve temel bir ilke olarak 'tehlike ilkesi' benimsenmektedir[46]. Bu yasal ilkeye göre ise, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike içeren bir işletmenin işlerini yürütenler ve sahipleri, bu işletmesel etkinliklerin ge-

43 Örneğin, M29 Adlî kolestrol ilacının ileride kataraktа yol açabilme riski taşıdığının uzun yıllar sonra anlaşılmış olması ya da *thalidomide* ilacının hamile kadınların bebekleri üzerinde olumsuz etkiler göstermesi gibi durumlarda, artık, ilacın gelişimine bağlı bir üretim riski içerdiği kabul edilmektedir. **Hakeri,** agm. 151.

44 Ancak, istisnaen de olsa, eczanede ilaç üretiminin gerçekleşebilmesi ölçüsünde, eczacının dahi ilaç üretimi bağlamında hukuksal sorumluluğu gündeme gelebilir. '***Eczanede İlaç Üretimi***' olgusu, ilaç üretiminin eczacılar tarafından, mesleki birlik ya da kuruluşlarınca hazırlanan farmaskopik / ilaç formüllerindeki yöntemler izlenerek gerçekleştirilmesi ve bu şekilde üretilen ilacın tescil edilip, ruhsatlandırıldıktan sonra hastalarda kullanılmak üzere, ilaç piyasasına dağıtılmasıdır. İlacın eczanede hazırlanması veya eczanede üretimi kavramları ilk bakışta farklı anlam ve içerikte görünseler de bu iki kavram eş anlamlı olup; her iki olgusal durum, "*Eczanede İlaç Yapımı*" , kavramı içinde yer alırlar. Ancak, bu çapta bir ilaç üretimi, yani eczanede üretim, bir fabrikasyon sürecin izlenmesi veya seri üretim değildir. Diğer bir anlatımla, eczanede ilaç yapımı(üretimi), ilaç sanayisine özgü seri üretim yapan ilaç firmalarına özgü fabrikasyon, konstrüksiyon ve otomasyon etkinlikler sonucunda gerçekleştirdikleri seri ilaç üretimleri biçiminde olmadığı gibi; salt, bir hekimin imza ve mührünü içeren reçeteye dayalı biçimde ilaç hazırlanması da değildir. Bu konuda bkz.: **Şentürk,** agt. 15-16.

45 T.C. Adalet Bakanlığı, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*, Ankara Şubat-2008, 18, 245-246.

46 Tehlikeli olgunun tipikliğinden anlaşılması gereken husus, tehlikeli faaliyet, işletme, tesisat veya şeylerin, zarara yol açmaya aşırı eğilimleri ve yatkınlıkları ya da neden oldukları kazaların nitelik ve/veya bakımından ağır sonuçlar doğurabilecek olmalarıdır. Sorumluluk Hukukunda genel olarak kusursuz sorumluluk hallerinin dayanakları ve özellikle de tehlikeli olgu veya özel bir tehlike yaratma düşüncesine dayanan 'Tehlike İlkesi'nin anlam ve amacı ile tehlike sorumluluklarının pozitif hukuksal temelde düzenlemesinde izlenecek yol hakkında bkz.: **Tandoğan,** age. 5, 26-29 ile 39-48.

rekli kıldığı izni ve/veya ruhsatları almış bulunsalar dahi tipik tehlikeli olguya özgü zararlı sonuçlardan, uygun nedensellik bağının varlığı kanıtlanabildiği ölçüde, sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

III. ECZACININ İLAÇ KULLANIMI YÖNÜNDEN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Eczacılık mesleği ile uğraşan kesimde, klinik ilaç araştırmaları[47] ve ilaç üretimi aşamalarından itibaren ilaç tüketimine kadar her aşamada yetkili, akademik ve/veya mesleki eğitim, deneyim ve birikim sahibi sağlık çalışanlarından oluşmaktadır. Eczacılık, eczane, ecza deposu, ecza dolabı, galenik tıbbî ve ispençiyarî mevat ve müstahzarat laboratuarı veya imalathanesi gibi müesseseler açmak ve işletmek veya tıbbi veya ispençiyari müstahzarat ihzar veya imal etmek veyahut bu kabil resmi müesseselerde mesul müdürlük yapmaktır. Buna göre, eczacı , ilacı yapımı ve hazırlanması (toplama sentezleme ve belli ölçüde üretme); ilacı pazarlayan (izinleri alan, pazarlayan, satan, dağıtan...); ilaç temin eden ve ilaç bilgisi sunan (hastane eczanesi veya serbest eczanede) ve dolayısıyla ilacın üretilmesi aşamasından itibaren tüketimi ve hatta tüketilmesinden sonraki her bir basamakta sorumluluğu olan kişidir[48].

Eczacının, özellikle hekim reçetesine tâbi tutulan ilaçlar yönünden, hekimin verdiği reçeteye aynen uyma yükümü vardır. Bu yüküme uyma zorunluluğu, eczacı yönünden ciddi önem taşımaktadır. Zira, ilaç hukukundan kaynaklanan eczacı meslek kusurunun ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün doğumunda, yükümlülük ihlâlleri daha çok bu gibi durumlarda kendisini göstermektedir. Bu hukuksal yüküm dışında, reçeteye tâbi olmayan ilaçlar ile tıbbi ürün ve malzemeleri satışında ticari yükümler öne çıkmakta ve hasta ile eczacı arasında sözleşmesel borç ilişkisinden kaynaklanan yükümler de bulunmaktadır. Ayrıca, eczacı ile ilaç kullanıcısı hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ise, eczacının hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlar nedeniyle, meslekî ve/veya yönetsel sorumlulukları dışında, haksız fiil sorumluluğu (B.K. m. 41 vd.) da ortaya çıkabilir. Bu sonuncu hukuk-

47 Klinik ilaç araştırmaları, tıp etiği ve hukuku bakımından, özellikle insan deneklerden yararlanılması ve hasta hakları bağlamında, belli başlı konulardan biridir. İnsanlar üzerindeki ilaç araştırmalarının süreci hakkında (etik kurul izni, deneklerin bilgilendirilmesi, başvuru dosyalarının düzenlenmesi ve içeriği gibi) bkz.: **Aydın, Erdem,** *Tıp Etiği,* Ankara 2006, 146 - 151.

48 Eczane ve eczacılık kavramları, eczacının çalışma alanları, eczacılık türleri olarak serbest eczacılık-kamu eczacılığı-sanayi eczacılığı ile diğer eczacılık türleri (özellikle de sosyal eczacılık ve klinik eczacılık gibi) hakkında daha geniş bilgi için bkz.: **Şentürk,** 54-68.

sal sorumluluğun koşulları, haksız eylemin kusurlu olup olmamasına ve doğrudan eczacının şahsından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre değişiklik gösterir. Eczacıların başta ilaç hazırlayıp satma nedeniyle kendilerine yüklenebilecek bir eczacılık meslek kusuru içeren haksız eylemleri ortaya çıkabilecek hukuksal sorumlulukları kusura dayanan haksız fiil; çalıştırdıkları yardımcı kişilerin borcu ifa sırasında hastalara verdikleri zararlardan dolayı da kusura dayanmayan (kusursuz/objektif sebep) haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Her iki sorumluluk durumu için de mutlaka, hukuka aykırı kusurlu bir eylemin uygun nedensellik bağına göre hastaya zarar verilmiş olması gerekir.

B. Eczacıların Kendi Haksız Eylemlerinden Doğan Hukuksal Sorumluluğu

Eczacılar, ilaçların satışa sunulması ve kullanımı hazır hale getirilmesinde, eczacılık meslek kurallarına uygun davranmakla yükümlüdür. Bu yükümlerden biri ya da birkaçının ihlali, sonuçta eczacılık kusuru olarak değerlendirilir.

Eczacı, ilaç üretimi, uygulamaları ve kullanımı aşamalarında üstlendiği yasal yükümleri ihlal sonucu uğranılan zararlardan dolayı hukuksal sorumluluk altındadır. Özellikle, ilaç üretimi, ilaçta kalite kontrol analizleri, klinik ilaç çalışmaları, ilacın tüketimi aşamasından sonra izlenmesi (örneğin, ilaç kullanımına bağlı yan / ters *-advers-* etkileri[49]) süreçlerinde eczacılara önemli hukuksal ödev ve yükümler yüklenmiştir[50].

Eczacının, kural olarak, ilacın kullanımı ve dolayısıyla tüketim aşaması ile ilgili olarak hastaları uyarma yükümlülüğü kural yoktur. Ancak, reçetesiz ilaç verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, ilacın üretimi ve tüketimi aşamalarında hastayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirme çerçevesinde, hem ilaç firmalarına hem de eczacılara meslekî kusurlar (eczacılık kusuru) yükletilebilmektedir[51].

49 Advers etki terimi, 'Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te (m. 4 / bend a), araştırılan ürünün uygulanan herhangi bir dozuyla ortaya çıkan istenmeyen etkisi, biçiminde tanımlanmaktadır.

50 Eczacılık mesleğinin yürütülmesi çerçevesinde, eczane faaliyetlerinin işletme (ticarî) ve sağlık (tıbbî) yönlerinden kaynaklanan daha başka birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Bu bağlamda, dünyada hızla gelişmekte olan ve sağlık hizmetlerinde eczacılık mesleğine modern bir yaklaşım kazandırıp, onur ve saygınlık getireceği belirtilen klinik eczacılıktan kaynaklanan mesleki ve hukuksal yükümlülüklerin önemi her geçen gün daha belirgin bir halk almaktadır. Bu yönde bkz.: **Şentürk,** agt., 64-67.

51 Eczacıların hukuksal sorumluluğu, her türlü kusurlarıyla (en başta, kasıtlı ve ihmali eylemler olmak üzere, mesleki bilgi eksikliği veya yokluğu, meslekte acemilik, özensizlik ve tedbirsizliğe dayalı kusur kalıbı halleri) hastalarına verdikleri zararlardan dolayıdır. Örneğin, eczanelerde hazırlanan reçetelerde yazılı ilaçların hazırlanmasında görülebilecek terkip hatalarını (ilaç bileşim ve/veya karışım kusurları) gerçekleştirme; reçetede yanlışlık ve/veya eksiklik görüldüğünde derhal müdavi hekimle bağlantı kurup, sorunu çözme sürecine gitmeme; hekimler bağlantı olanağı olmayan durumlarda kodeksteki azami sınır

Eczalar yönünden de, özellikle kusura dayanan haksız fiil sorumluluk bakımından, genel olarak kusur sorumluluğu için gerekli koşullara gerek vardır. Bilindiği gibi, bu koşullar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağından (illiyetten) ibarettir. Hukuka aykırılık bağı, kişilerin hukuken korunan kişisel ve/veya malvarlıksal değerlerinin çiğnenmesi durumunda gerçekleşmiş olur. Bu koşul, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve dolayısıyla hukuka uygunluğu sağlayan nedenlerden birinin varlığı halinde, gerçekleşmiş olmaz. Örneğin, eczacının hastasına teslim ettiği ilaçların hekim tarafından hukuka uygun olarak yazılmış bir reçetenin varlığına dayanması; verilen ilaçların 'Türk İlaç Kodeksi'ne uygunluk göstermesi, bozuk olmaması, yani güvenli tıbbî ürün kategorisine girmesi; eczacılık mesleğini yürütürken tamamen hastanın menfaatine yönelik davranışlar sergilenmesi; hukuka uygun emir talimat ve genelge hükümlerine uygun hareket edilerek ilaç temini ve teslimi gibi durumlarda hukuka aykırılık bağı koşulunun gerçekleşmediği kabul edilir. Eczacılık kusuru ise, hastanın tüketimine konu ilaçlar hakkında (özellikle de reçetedeki ilaca özgü süreç ve risklere ilişkin olarak) aydınlatıcı bilgiler vermemesi durumunda ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışmalıdır. Zira, ilaçla tedaviyi gerçekleştiren hekimler dışında, ayrıca eczacılara ilaç kullanımına yönelik olarak hastayı aydınlatma yükümünün yükleyen yazılı hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak, eczacılık mevzuatında her hangi bir düzenlemenin yokluğuna rağmen, ilaçla tedavinin amaçlarına uygun hareket etme zorunluluğu karşısında eczacıların da hastalarını ilaç kullanımı konusunda aydınlatma yükümü yükletilmesinin, ilaç hukukunun hastaların korunmasına yönelik amacına uygun olacağını kabul etmek mümkündür[52].

Hastaya yanlış ve/veya sahte ilaç ya da uygun olmayan dozda ilaç verilmesi, ilaç mevzuatının bir gereği olarak eczanede bulundurulması zorunlu ilaca depoda yer verilmemesi gibi hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem sonucunda hastanın maddi ve/veya manevi zarar görmüş olması da diğer bir koşuldur. Bu bağlamda olmak üzere, eczacıların zararlı sonuç doğuracak biçimde, hastalarının yaşamını ve/veya sağlıklarını tehdit eden ya da onların malvarlığı değerlerini yok eden veya azaltan her türlü davranışı, birer kusurlu eylem olarak değerlendirilir. Keza,

değerleri aşan dozlarda ilaç verilmesi durumlarında tipik eczacı kusuru olarak gösterilebilir. Keza, bir eczane sahibinin kendi eczanesi dışında ilaç tertibini gerçekleştirmesi durumu da bir meslek kusurudur. Bu konuda bkz. ve krş: **Şentürk,** agt. 85.

52 Ayrıca, eczacıların ilaç ve eczacılık mevzuatından kaynaklanan yükümleri ile ilgili olarak bkz: **Hakeri,** agm. 152-156.

eczanede hazırlanan reçeteli bir ilaçla ilgili yanlış veya eksik yazılmış gördüğü bir hususu ilacı yazan hekime danışıp görüşmeksizin kendi başına ilaç kodeksinde yazılı miktarların çok üstünde hazırlanıp hastaya verilmesi de kusurlu bir eylem olarak kabul edilecektir[53].

Eczacının haksız eylem kusurundan kaynaklanan hukuksal sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü için gerekli son bir koşul olan uygun nedensellik bağının gerçekleştiğini ve uğramış olduğu maddi ve/veya manevi zararının varlığını zarargören hasta kanıtlamak zorundadır. Genel olarak, tıbbî sorumluluk ve tazminat davalarında olduğu gibi, ilaç kullanımından zarar gören hastanın nedensellik bağının varlığını kesin kanıtlarla değil de yaklaşık kanıtlarla (emarelere dayanan ya da ilk görünüş ispatını sağlayan) ortaya koyabilme olanağı burada da tanınmaktadır[54].

C. Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Dolayı Hukuksal Sorumluluğu

Öte yandan, serbest çalışan eczacıların yardımcı kişilerin eylem ve işlemlerinden (örneğin, eczacı kalfasının reçetesiz ilaç satması ya da eczanecilik hizmeti dışında bir amaç güderek hastaya uyuşturucu temin etmesi gibi) dolayı sorumluluğunun yasal temeli ise, eczacı ile hasta arasında sözleşmesel bir borç ilişkisinin kurulmuş olup olmamasına göre değişir. Eczacı ile ilaç alıcısı-kullanıcısı (tüketicisi) hasta arasında henüz bir ilaç satım sözleşmesi kurulmadan, yardımcı kişi sıfatıyla hareket eden bir eczacı çalışanının vermiş olduğu zararları tazmin yükümlülüğünün yasal dayanağı, genel olarak kusura dayanmayan (objektif) haksız fiil sorumluluğunun özel bir hali olan Borçlar Kanununun 55. maddesi hükmüdür. Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu düzenleyen bu madde gereğince, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu kişi, sorumluluktan kurtulabilmek için, çalıştırdığı personelin seçimi, denetimi ve talimat altında tutulmasında gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da bunu göstermiş olsa bile zararın doğumuna engel olamayacağını kanıtlamalıdır.

Buna karşılık, eczacının ilacın satımında görevlendirdiği bir personelinin (örneğin, yardımcı kişi sıfatıyla yetkilendirdiği satış temsilcisi

53 Bu konuda, 6197 sayılı 'Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da yer alan hüküm (m.25/2) dikkat çekicidir. Bu hükme göre: "*..eczacılar, muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri müdavi tabip ile temas etmeden imal edemezler*". Ayrıca bkz. ve krş.: **Şentürk,** agt., 84-85; **Hakeri,** agm. 154.

54 **Şentürk,** agt., 84-85.

ve eczacı kalfası gibi çalışanın), reçetede yazılan olan dışında tamamen yanlış ya da uygun olmayan dozda bir ilacın hastaya ilaç temini sözleşmesinin ifasının bir gereği olarak teslim edilip, onun tarafından bilinçsiz kullanımı sonucunda zarara oluşumuna sebebiyet verilmiş olması durumunda ise, eczacının hukuksal sorumluluğu, sözleşme hukukuna özgü bir kusursuz sorumluluk halini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 100. maddesine göre gündeme gelecektir.

Bu iki madde (BK. m. 55-100) arasında ise, sorumluluktan kurtuluş kanıtının getirilip getirilememesi; zararı tazmin yükümlüsü sorumluya karşı açılacak tazminat davasında zamanaşımının başlangıç ve süreleri; zarar gören alacaklı ile sorumlu arasında daha önceden bir borç ilişkinin kurulmuş olup olmaması açılarından önemli farklar bulunmaktadır[55].

IV. HEKİMİN İLAÇ KUSURU NEDENİYLE HUKUKSAL SORUMLULUĞU

Hekimden kaynaklanan ilaç kusuru, uygulamada tıbbî meslek kusurları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Hekimin, bizzat muayene ve tedavisini üstlendiği hastası üzerindeki tıbbi müdahalelerden önemli bir bölümünü de ilaçla teşhis ve/veya tedavi etkinlikleri oluşturmaktadır. Bu etkinliklerin gerçekleştirilmesi sürecinde, hekimin sergilediği ve bir ilaç kusuru olarak kabul edilen eylemleri daha çok ilaçla tedavi türünden tıbbi müdahalesi çerçevesinde karşımıza çıkar. Bu bağlamda, hekimin ilaç kullanımına bağlı zararlardan dolayı hukuksal sorumluluğu ilaç üretimine özgü yapım bozukluklarından çok, ilacın reçetesinin yazımı, uygulanması ya da hasta tarafından kullanımı süreçlerinde özensiz ya da özen eksikliği gösterdiği durumlardan kaynaklanmaktadır[56].

Bilindiği gibi, hastalıkların gerek önlenmesi ve teşhisi gerekse de tedavisi süreçlerinde hastalar, reçete konusu ilaçları olayların büyük çoğunluğunda hekim tavsiyeleri veya talimatları doğrultusunda kullanırlar. İşte, organ aktarımı veya estetik amaçlı operasyonlar gibi doğrudan hastanın vücut tümlüğüne yönelik bir müdahale yürütülmesi ilaçla tedavide söz konusu değildir. Ancak, bedensel bütünlüğü doğrudan dokunmamakla beraber, hem farmakolojik etkili hem de farmakolojik et-

55 Eczacıları, çalıştırdıkları yardımcılarının (personelin) eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle BK. 55-100 hükümlerine göre hukuksal sorumlulukları konusunda ayrıca bkz.: **Şentürk,** agt., 85-86.

56 **Hancı, İ.Hamit,** *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu,* Ankara 2006, 112-114; **Hakeri,** agm. 137 vd. Ayrıca, ilaç kusurlarının önemli bir kesitini oluşturduğu bilinen ilaç uygulama hataları konusunda bkz.: **Uzun, Şenay / Arslan, Filiz,** *İlaç Uygulama Hataları,* Türkiye Klinikleri, JMed Sci 2008, 28, 217-222.

kisi bulunmayan ilaçların kullanımları sonucunda hastaların birtakım maddi ve/veya manevi zararlara uğramış olabilir. Bu gibi durumlarda, hekimin teşhis ve/veya tedavi eylemlerindeki ilaç kusuruna bağlı olarak hastasına verdiği zararlardan tıbbi sorumluluk ve tazminat esasları doğrultusunda sorumlu olması gerekir.

Maddî hukuk anlamda olmak üzere, reçete düzenleme zorunluluğunun hukuksal dayanağı, sadece, yasal düzenlemeler ve/veya düzenleyici idari işlemler gibi bir pozitif hukuk kaynağında kendisini gösterilebilir. Hekim, tıp bilimi alanında etkisi genel olarak bilinmeyen bir ilacı içeren bir reçeteyi görevi gereği kendiliğinden ve doğrudan düzenleyip, ilaç bilgisini sunduktan sonra hastasına bu reçeteyi elden verme yetkisine sahiptir[57]. Ancak, farmakolojik tıp alanında genel olarak etkisi bilinmeyen bir ilaç, sadece yeni üretilmiş olan tıbbî ürünleri değil; bunun dışında kalan ikincil nitelikli ya da daha sonradan uygun tedavi biçimini gösterebilen ilaçları da kapsamaktadır. Bu nedenle, hekimin, bir ilacı reçeteyle düzenleme konusu yaparken, mutlaka o ilaçla ilgili teorik ve pratik açıdan taşıdığı farmakolojik etki ve özellikleri ile birlikte işlevlerini araştırmalı ve gerektiğinde uzman kişilere de (*konsültan*lara da) danışmalıdır.

Hekimin, reçete düzenlenme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi çerçevesinde, ilaç hukukuna aykırı eylemleri nedeniyle hukuksal sorumluluğunu gerektirmekte; sonuçta, hasta ve/veya hastane yönünden zarar verici (olumsuz) etkiler yaratan özel kusurlu eylem biçimleri, aşağıdaki örnek olgular biçiminde ilaç uygulamasında göze çarpmaktadır[58]:

İlaç kullanımına ilişkin hastanın aydınlatılmış rızasının (onamının) alınmamış olması;

İlaçla ilgili uygulama ve istemlerin yazılı yapılması yerine, sözlü veya uzaktan iletişim araçları (telefon vs.) aracılığıyla yapılması (örneğin, hastanede verilecek ilaçların yetkili hemşire yerine sadece hastanın kendisi veya bir yakınına söylenmesi);

İlaç ile bağlantılı riskler konusunda hastayı uyarma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması;

57 Bir ilacın hekim tarafından reçete edilmesi ve hastaya uygulanması sürecinin dört evreden (reçeteleleme/istem; istemin alınması; hazırlama; hastaya ulaştırma) oluştuğu; hekimin ilaç uygulamasından kaynaklanan sorumluluğunun, önemli bir ilaç uygulama hatası olan reçeteleme/istemlerden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz.: **Hakeri,** agm.156-157.

58 **Hakeri,** agm. 158-159.

İlacın yan ve ters etkilerini açıklama konusunda ihmal[59];

Hekimin ilacın kullanılmasıyla ilgili tüm bilgileri hastasına eksiksiz olarak aktarmaması ve gerektiğinde bunları reçeteye yazmaması;

Hasta açısından söz konusu olabilecek ilaç *kontrendikasyon*larına dikkat edilmemesi[60];

İlacın uygulanma zamanı ve koşullarının dikkate alınmaması (örneğin, aspirinin tok karnına alınması konusunda hastaya gerekli uyarının yapılmaması);

Birden fazla ilacın reçete edilmesi durumunda, ilaç etkileşimlerinin göz ardı edilmiş olması. Örneğin, *digoksin* ve potasyum azaltıcı etkili üretilen ilaçların bir arada kullanılması gibi;

İlacın hastaya uygunluğu konusunda, ilacın reçetesini yazmadan önce gerekli tetkik, kontrol ve testleri yaptırmakta ihmal gösterilmesi;

İlaç kullanımı sürecinde, ilacın erken yan etkilerinin tespit edilmesine yönelik gerekli testlerin yaptırılmasında ihmal;

İlacın yan etkileri ortaya çıktığında, tedavi esnasında veya derhal *antidote* uygulanmasında ihmal veya oluşan yan etkilerin hatalı tedavi edilmesi[61];

Yüksek dozda ilaç yazılması veya bir ilacın çok uzun bir süre alınmak üzere gelişigüzel reçeteye yazılması. Örneğin, *Cignolin* etken maddesi içeren majistral ilacın, terkip ve dozajının belirlenmesinde kabul edilebilir yüzdelik oranların (somut duruma göre %0.01–%25 aralığındaki sınır değerlerin) çok üstüne çıkılarak yazılması gibi;

Yanlış ilaç yazma veya hastanın durumuna uymayan yanlış teşhise dayanarak ya da hastayı hiç görmeden ve muayene hizmetinde bulunmadan ilaç reçeteleri yazılması. Örneğin, çocuk hastada *siprofloksasin* kullanılması, kadın hastada prostat ilacı reçete edilmesi, varlığını ve/veya kimliğini bilmediği bir hastanın sağlık karnesine gerçek dışı ve tamamen uydurma ilaçların gereksiz yere yazılması gibi;

İlaç değişimleri sırasında hastaya önceden kullanılan ilaçlar hakkında bilgi verilmemesi. Örneğin, hastaya *lisinopril* türü ilaç uygulanırken

59 Y. 13. HD. 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842 (Yayımlanmamıştır).

60 Bu bağlamda, bir hasta için kesinlikte kontrendike olan, yani kullanılması gerekli ve zorunlu olduğundan hekim tarafından yazıldıktan sonra eczacının bu ilacı kullanmaması gerektiği halde kendisine gelen hastaya vermesi durumunda, ilacın prospektüsünde bu tip bir hastalıkta kullanılmamasına ilişkin aydınlatıcı bir bilgi bulunmuyorsa ve hastada bu ilacın kullanılmasına bağlı bir zarar ortaya çıkmışsa, somut olayın koşulları ve özelliklerine göre sırasıyla ilacın üreticisi, eczacı ve hekimin ayrı ayrı ilaç kusurlarının olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu yönde bkz.: **Hancı,** age. 114.

61 Hastaların ilaçla tedavileri sürecinde, hastalarda ilaçlara karşı istenmeyen reaksiyonların %5-15; ölümle sonuçlanan etkilerin ise %0,1 olduğu belirtilmektedir. **Hakeri,** agm. 162 ve dpn. 72.

birden *ramiprile* türü ilacın da kullanılması, ancak, bunlar aynı etki mekanizmasına sahip ilaçlar olduğu halde, hastaya her ikisinin de kullandırılması gibi;

Keza, hasta üzerinde bir ilacın tamamen yanlış bir yolla kullanılması. Örneğin, lösemili bir hastada *intravenöz* verilmesi ve kendisine *rekenvinkristinin intratekal*'ın reçete edilmesi gibi;

Hekimin, ilaç kalıcı bir zarara neden olmadan önce ilacı kullanmasını durdurması konusunda hastayı yönlendirmemesi

gibi özel durumlar, hekim yönünden birer farmakolojik kusur (ilaç kusuru) olarak kabul edilecek ve sonuçta, hukuksal sorumluluk (ilaç zararını tazmin yükümü) gerektiren bir hatalı tıbbî ilaç uygulamasının varlığı sabit görülebilecektir[62].

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz Hocam. Soruları almaya devam edelim. Bu esnada toplanan iki sorumuz var, öncelikle Ali Hoca'nın cevaplamasını rica edeyim ben.

ALİ HOCA - Teşekkür ediyorum. Bir dinleyicimizin bir sorusu var. "Hasta olmasanız dahi çok sık Q10, *qenzimq10* 100 mg kullanılması öneriliyor. Genelde söylenen 35 yaş üzerinde günde bir kez kullanılması gerektiği tavsiye eder misiniz?" Şimdi *QenzimQ10* bizim kendi vücudumuzda, insan vücudunda hücrelerimizde bulunan *mitokondre* dediğimiz bir organel var. Bu organelde mitokondronel DNA'yı koruyucu olarak görev yapan doğal bir bileşik *QenzimQ10*. Belki biliyorsunuz bizim genetik yapımızı veren DNA'mız var ve bu hücre çekirdeği içerisinde. Yani gözlerimizin rengi, saçlarımız, boyumuz, çeşitli tiplerin, *fenotipimiz, genotipimiz* bunu DNA'dan alıyoruz. Fakat aynı hücrenin içerisinde bu *mitokondria'da* da DNA var, ikinci bir DNA'nın neden olduğu zaten bilim dünyasında büyük merak konusu. İşte bu *mitokondria'da* hücrenin enerji merkezi yani bizim enerjimizi, elimizi kaldırmamız, konuşma-

62 Keza, davacı-hastanın yüzündeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora gitmesi üzerine, doktorun yüzüne yaptığı uygulamalar ve kullandığı ruhsatsız ilaç nedeniyle sert nodüllerin oluşması, göz kapağının düşmesi, kırışıklık ve izlerin derinleşip yenilerinin eklenmesi suretiyle büyük ağrı ve ıstıraplar çektiğini ileri sürerek doktora ve ...Sağlık Hizmetleri A.Ş.ne karşı açtığı maddi-manevi tazminat davasında: Yargıtay, davalı doktorun eyleminin Adlî Tıp raporunu esas alarak 'kişinin sağlığına zarar verecek şekilde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulamaktan dolayı müessir fiil' den ibaret olduğu ve bu nedenle ortaya çıkan zarardan tamamıyla sorumlu tutulmasına; davalı doktorun diğer davalı hastanede (...Sağlık Hizmetleri A.Ş.) görev yapmadığı, sadece bir geceliğine hastane odasını ücret karşılığı kullandığı ve doktorun müessir fiil olduğu kabul edilen eyleminden doğan zarar ile hastanenin eylemi arasında illiyet bağının ve davacı ile sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, bu nedenle hastanenin de zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gözetilerek, davalı ....Sağlık Hizmetleri A.Ş. hakkındaki davanın ise reddine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yayımlanmamış olan bu karar için bkz.: Y. 13. HD. 13.4.2006, E. 2006/ 905, K. 2006/ 5549.

mız, yürümemiz, dolaşmamız, uyumamız dahi bu enerjiyi gerektiriyor. İşte buradaki *mitokondria'yı* koruyan bir yüksek antioksidan gücündeki bir madde *QenzimQ10* ve aynı *mitokondria'yı* koruyucu olarak da *alfaliporik asit* diye bir madde daha var. Bu da *QenzimQ10'la* birlikte sinerjik fonksiyon gösteren bir başka madde. Zaman, yaş ilerledikçe bu tür koruyucu fonksiyon gösteren kimyasalların vücudumuzda giderek azaldığını görüyoruz. Bunların vücut tarafından oluşturulması azalıyor. Dolayısıyla yaş ilerledikçe dikkat ederseniz bizim enerjilerimiz de azalıyor, daha halsiz, yorgun olabiliyoruz. İşte bu o *mitokondria'daki* bu tür bileşiklerin vücut tarafından yeterince üretilmemesinden kaynaklanabiliyor. Bunu dışarıdan bir ilaç olacak şekilde alabilmemiz de mümkün ve gerekli olduğunu da söyleyebiliyoruz. 40 yaşından, 45 yaşından sonra bizim gibi 60 yaşına gelenler gibi bu tür bileşikler de kullanılabiliyor.

Bu arada ben bir başka diğer konuşmacı arkadaşlara ufak bir katkı da bulunmak istiyorum eğer izninizle; bugün gündemde olan bir konu var, klinik eczacılık diye bir konu. Bu Amerika Birleşik Devletleri'nde olsun, Avrupa Birliği'nde olsun ve bizim çevremizdeki bazı ülkelerde Irak, İran, Mısır gibi ülkelerde olsun yasal olarak uygulanan bir sistem klinik eczacılık. Amerika'da 50 yıldır uygulanıyor ve bu sistemde hekimlerle eczacıların Mehmet Bey'in de söylediği gibi birlikte ilacı yazma ve ilaç konusuna karar verme durumları söz konusu ve biz de malpraktis diye bir yasanın hala çıkartılmadığını görüyoruz ve bu yasa çıkartılmadığı sürece de hekimlerin bilgisizlikten kaynaklanan, doğal olarak bilgisizlikten kaynaklanan ilaç konusundaki yanlış uygulamaları da bir şekilde belli sorumlulukları içermiyor. Ama bu yasa Amerika Birleşik Devletleri'nde çok sıkı uygulanıyor, Avrupa Birliği'nde de aynı şekilde ve belki biliyorsunuz Amerika Birleşik Devletleri'nde bir hekimin yanlış ilaç uygulaması o hekimin meslekten men edilmesine yol açan cezai sorumlulukları da getiriyor.

Türkiye'de bu klinik eczacılık konusunun biran evvel gündeme getirilmesi ve yasallaştırılması gerekiyor. Bunun tabii hukuki boyutları, eğitim boyutları da çok büyük bir çapta çalışma gerektiriyor ve üniversitelerimizdeki akademik yapılanmada bu klinik eczacılığa geçiş konusunda da büyük çalışmalar var ve potansiyel bulunuyor. Bir diğer taraftan Hakan Hocamızın söylediği hususta çok önemli. Her insan farklı, bir ilacı aynı hastalığa sahip iki kişiye bir ilacı uyguladığınızda bir kişi iyileşebiliyor, diğer kişiye hiçbir şey, iyileşme görülmeyebiliyor. Bu kişilerin burada,

sunumda da söylemeye çalıştığım karaciğer enzimleri, genetik yapısından da kaynaklanıyor. Çünkü bir ilacı biz aldığımız zaman ya da gıda takviyesini aldığımız zaman bunu her insan farklı şekillerde metabolize edebiliyor. Bu da ilaç uygulamasının yararlarını ya da faydasını diyelim hukuk diliyle ortaya getirebiliyor. Yani aynı hasta, iki kişi var, aynı ilacı, aynı dozda, aynı rejimle uyguluyorsunuz, bir hastada iyileşme söz konusu olabiliyor, diğer hastada iyileşme söz konusu olmuyor. Hakan Hocamızın dediği konu da çok önemli; bir ilaç Amerika'da piyasaya çıkıyor fakat Amerikan halkının genetik yapısındaki farklılıklarla Türk insanın genetik yapısındaki farklılıklarda söz konusu. Biliyorsunuz yıllar önce bir kan şeyi olmuştu, gazetelere de yansımıştı. İşte Babuna. Öyle işte Türk halkından çeşitli yardım amacıyla kanlar toplandı, bunlar ne oldu bu şeyler? Bunlar büyük olasılıkla belli incelendi ve Türk insanının bir genotipi ortaya çıkartılmaya çalışıldı. Şimdi bu durumda Amerika'daki bulunan bir halkın genotipiyle Türk halkının genotipi arasında farklar olduğundan orada eğer o ilaç yararlı olabiliyorsa ama Türkiye'de olmayabilir. Amerika'da ruhsat aldı diye Türkiye'de o ilaca ruhsat verilmesi bir anlamda mantıklı ama yine de ilaç firmalarının yapmış olduğu başvuruyla Türk halkı üzerinde de bu ilacın etkilerinin incelenmesi gerekiyor. Teşekkür ediyorum.

PROF. DR. HAKAN HAKERİ - İki soru var bana yönelik. Birisi Doçent Doktor. Erdem Özkara. Dokuz Eylül Adlî Tıp Anabilim Dalı'ndan. Soru şöyle; "Otopsi ortamında yapılan araştırmalar insan dışı ortam olarak değerlendirilebilir mi?"

Tabii otopsi ortamında yapılan araştırma niye onu veya nasıl bir araştırma yapılıyor bilmiyorum fakat elbette bizim Türk Ceza Kanunu'nun anladığı anlamda insan üzerinde deney veya deneme olmaz. Sonuçta insan söz konusu değil o nedenle bu kapsamda değerlendirilmez. Yani Türk Ceza Kanunu'nun 90.maddesi kapsamında değerlendirilmez dolayısıyla bu bakımdan cezai sorumluluğu gerektirmez. Fakat bununla beraber Organ Doku Nakli Kanunu'nda işte kadavra vs. bunlar üzerinde bilimsel araştırmalara ilişkin düzenlemeler var, kadavranın teminine ilişkin. O düzenlemeyi uyulmak kaydıyla cezai sorumluluğu o açıdan da gerektirmez. Onun dışında yani yapılan araştırma olsa olsa belki ceset üzerinde yapıldığı için ceza hukuku bakımından araştırma olduğundan bu da söz konusu olmaz ama tahkir maksadıyla yapılsaydı belki ceza kanununun ilgi alanına girerdi ama onun dışında ceza hukukunu ilgi-

lendiren bir yönü yok. Belki özel hukuk açısından burada yine de bir hukuka aykırılık varsa belki bir tazminat sorumluluğu olabilir insanlar benim yakınımın cesedi üzerinde işte şunları, bunları yaptılar izinsiz şeklinde olabilirse belki o şekil değerlendirilebilir. Ama ceza hukukunu ilgilendiren bir yönü yok. İnsan üzerinde dediğimiz için de 90.maddeyi ilgilendiren bir yönü yok. Benim açımdan daha zor bir soru. Çağlar Özel'in sorusu, şöyle bir soru yöneltmiş bana; "insan üzerinde yapılan deneylerde menfaat sağlanması gerektiğini savundunuz. Deneme yoluyla yapılan müdahalenin ücret karşısında yapılması durumunda Medeni Kanun'un 23 ve Borçlar Kanunu'nun 19 çerçevesinde kişilik haklarına ve dolayısıyla hukuka aykırılık oluşturacağına göre buna yönelik anlaşmayı nasıl değerlendireceksiniz?" Bir cezacıya zor bir soru yöneltmiş Çağlar Bey. Şimdi şunu söylemek lazım bir kere deney ve deneme ayrımına dikkat etmemiz lazım. Deneme'de zaten hastanın bir menfaat talebi olmaz, o nedenle deneme yoluyla yapılan müdahalelerde bir ücret söz konusu değil. Hasta aksine kendisi ücret ödeyecek bunun için veya kurumu ödeyecek o nedenle burada bir ücret söz konusu değil. Ama esas ücretin söz konusu olacağı yer, menfaatin söz konusu olacağı yer deneyler. Çünkü gönüllü insanlar üzerinde, hasta olmayan insanlar üzerinde yapılacağına göre. Şimdi olabilir yani özel hukuk açısından bu tip bir sonucu söz konusu olabilir. Fakat ben şu açıdan değerlendiriyorum; biz burada 90.maddeye bu hükmü koymak suretiyle bir cezai yaptırım getiriyoruz. O nedenle her ne kadar kişilik haklarına aykırılık dolayısıyla talep edilir bir şey olmasa bile veya dava yoluyla talep edilir bir şey olmasa bile ceza hukukunu buna en azından karıştırmamız ve bunu bir yaptırıma tabii tutmamamız gerekirdi diye düşünüyorum. Ha bunu anlaşır insanlar ilaç firması veya hastaneler kişilerle anlaşırlar, ücret karşılığında senin üzerinde deney yapacağız derler, ha bu ödenmediği takdirde bu bir özel hukuk itilafı olur ve o zaman da kişi evet bunu talep edemiyor olabilir ahlaka aykırı veya hukuka aykırı olduğu için. Ama biz şimdi onun bir ötesine geçiyoruz ki hep onu diyoruz ceza hukuki *(Anlaşılmıyor)* son araçtır. Ama son aracı bırakıyoruz, bir de üstüne üstük ceza verme yoluna gidiyoruz o bakımdan ben savunmuyorum. Ama zaten özel hukuk açısından bunun talep edilebiliyor olmaması da ayrı bir mesele ki herhalde şimdiye kadar da böyle bir uyuşmazlık zaten çıkmış değil. Ancak da uyuşmazlık çıktığında bu sorunla karşı karşıya kalacaktık ki normalde menfaat sağlanabilecekti.

OTURUM BAŞKANI - Mehmet Hocam size de sorularımız var herhalde. Onu da rica edeyim ben.

DOÇ. DR. MEHMET DEMİR - Bana yönelik yöneltilmiş olan üç sorudan ilkinde Erhan Temel hocam "hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilacın yan etkileri konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğü var mıdır?" İlaca bağlı yan etkileri aydınlatma yükümlülüğü elbette var. "İlacın prospektüsünü hastaya okuması gerektiğini hastaya söylemesi mümkün mü? Kurtarır mı bu sorumluluktan kendini?" demiş. Şimdi klinik eczacılık noktasında ben hocamın dediklerine aynen katıldığım için, hoca da beni anladığı için şimdi ilaç kusurunda gerek eczacı gerekse hekim ilaçla tedavi sürecinin başlatılmasından itibaren, ilacın kullanılması ve kullanımının sonrası her aşamada aydınlatmak zorunda zaten. Riskleri de aydınlatmak zorunda, yararlı sonuçların neler olabileceğini de, kullanmayınca da ne olacağını. Her ikisi de, sadece hekim değil klinik eczacı da bundan sorumlu. Diğer bir soru, bu kozmetik ürünü biz ilaç kavramı dışında ele alıyoruz, ilaç değil kozmetik ürünler, gıda destekli ürünler de ilaç değil. Yani ilaç hukuku anlamında biz ilaç, şimdi reçetesiz ilaç satılmasına ben de karşıyım, hatta zincir eczane uygulamasına da karşıyız. Ama önümüze gelen kendini işte hekim veya eczacı zannettiği bir ülkede yaşadığımız için hastalar tabii denize düşen yılana sarılır hesabı, hangi ilaç beni kurtarır veya ilacın ne olduğunu bilmiyor ki yani ilacının ne olduğunu bilse belki hasta olmayacaktı önceden, önleyici ilaç kullanacaktı belki. Şimdi bu noktada kullanmış kozmetik ürünü, krem işte tüylenmeye yol açmış, eczacı hükümetin kendisine verdiği lisansa dayanarak yani işte eczacılık ruhsatnamesinin demek istiyor, Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluğu mu yoksa genel kurallar çerçevesinde 41'e mi gireceğiz? Şimdi tabii burada sözleşmesel ilişki varsa ki eczaneden ilaç teminine yönelik bir sözleşme yapmadan ilacı size vermez eczacı, bir sözleşme ilişkisi var. Dolayısıyla sözleşme hukukundan kaynaklanan kötü ifaya, gidebildiğimiz ölçüde ona gideriz ama haksız fiil, tabii sözleşme ilişkisi daha kurulmadan, ilacı almadan veya ilacı orada başka bir ilaç da vermiş yani sözleşme ilişkisi dışında bir şekilde ilaç temin edilmiş ise bu durumlarda Borçlar Kanunumuzun 41.maddesindeki genel haksız fiile ilişkin koşullar gerçekleştiği ölçüde tabii ki eczacıyı da sorumlu tutma olanağımız var, olasılığımız var. Diğer bir şimdi hekim arkadaşımızı sinirlendirirmişiz herhalde. Doktor doktoru korumuş yargısı bilimsel bir yargı değil. Bilimsel olmadığını ben de

biliyorum, bilimle uğraştığımız için az çok, yalan yanlış bilimsel olmadığını ben de biliyorum. Bunu çarpıcı ifade olarak kullandım ki inşallah bir doktor tepkisini gösterir diye. Şimdi Yargıtay maalesef tıp doktorlarında bu söz konusu olan, bütün mesleklerde bu söz konusu; meslek taassubu diye bir şey var biliyor musunuz? Dr. Erman Büken, Doçent Doktorumuz. Ben yanlış mı okuyorum Erman'mı? Erhan Büken Hocamız kusura bakmayın. Hocamız dediği gibi burada bilirkişiler sultası var. Tabii Erhan hocam tıpçı olduğu için belki bilirkişiler sultası deyince Allah Allah o da ne diyebilir. Adlî bilirkişilik olayında Türkiye'mizde en son yaşadığımız olayda da gördüğümüz gibi ne mahkemelerimiz ne de bilirkişilerimiz meslek görev sınırlarını iyi çizemedikleri için mahkeme her şeyi her bilirkişiye sorarsa her bilirkişi de kendi gibileri korur. Şimdi bu noktada eğer isterse Erhan Hocam o Yargıtay ilamını kendisine fotokopi olarak verebilirim, bu bahsettiğim kararda kısaca hemen geçeceğim ilaçla tedavi kusuru sonucu mide kanaması geçirmiş bir hasta illiyet bağını kanıtlamış ama buna rağmen mahkemeden tazminat alamamış olayın özü bu. Niye tedavi hatası görülmüş, ilaçla tedavi hatası? Çünkü -kısaca yine- bir hastaneye gitmiş, hastane ortamında hastanenin de kusuru var tabii ilaç kusuru hastaneyi de ilgilendiriyor, hastanede davalı burada, sadece doktor değil, o hastanede çalışan doktor tabii orada ne yapsın, orada çalışıyor, maaşlı, orada muayene edip reçete yazmış ama mide kanaması geçirmesine yol açtığı için hastanın o yazdığı ilaçların kullanılması sonucu mide kanaması geçirip ameliyat olma zorunda bıraktığı için burada ilaç endikasyonuna bağlı olmadığı için biz ağrı kesici etkisi yönü bulunduğu anlaşılan bu ilacı *exen forta* siz bilirsiniz ben işte bu kararı okurken gördüm, ilaç kullanmayan, ilaç kullanmayı becerememeyen biri olduğum için *exen forta* isminde bir tableti mide bağırsak sisteminde rahatsızlığa yol açacağı için dikkatli kullan demiş işte hekim öyle diyor, ben dikkatli kullan diye söyledim diyor defalarca, mümkünse kullanımından kaçın, nasıl kaçınacaksa mecbur kullanacak o ilacı, yan etkisi olduğundan başka bir ilaçla birlikte kullan dememiş, işte onu demediği için Yargıtay'da demiş ki "sen tek hekim raporuyla kurtulamazsın başka hekimler de yanına al demiş," mahkemeye demiş; üroloji, ürolog, gastroentrolog ve intermist yani dâhiliye uzmanı herhalde. Bu üç kişi heyet oluştursun üçü desin ilaç kusuru var mıdır yok mudur? İlaç endikasyonu var mıdır yok mudur? Öyle hemen tek hekim tek hekimle birebir fast to fast olmuş olabilirler. Teşekkürler.

OTURUM BAŞKANI - AV. BERNA ÖZPINAR - Biz de teşekkür ediyoruz. Değerli Konuşmacılarımıza tebliğleri ve bizi aydınlattıkları için sonsuz teşekkür ediyoruz. Baromuz adına şükranlarımızı belirten plaketleri sunmak üzere Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Profesör Doktor Yener Ünver'i kürsüye davet ediyorum.

PLAKET TÖRENİ

OTURUM BAŞKANI - BERNA ÖZPINAR - Evet, 2. Günümüzün ilk Oturumunu burada tamamlamış durumdayız fakat İlaç Hukuku, gerçekten geniş bir konu. İkinci Oturuma sadece kürsünün hazırlanması akabinde ara vermeden devam edeceğiz, katılımınızı bekliyorum. Saygılar sunarım.

II.
OTURUM

İLAÇ HUKUKU -2

OTURUM BAŞKANI
DOÇ. DR. FADIL YILDIRIM
GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

II. Oturumumuzu başlatıyoruz. Bu oturumda Türk Hukuku'nda İlaç Araştırmalarında Etik Kuralların Hukuki Niteliği konusunda Doçent Doktor Sayın Ramazan Çağlayan, Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk konusunda Ankara Üniversitesi'nden Sayın Doçent Doktor Hasan Seçkin Ozanoğlu, Sahte İlaç Nedeniyle Cezai Sorumluluk konusunda Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Profesör Doktor Yener Ünver ve İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Cezai Sorumluluk konusunda Avukat Cahid Doğan Bey söz alacaklardır.

Tabii bizler öğretim üyeleri siyasetçilerle bir ortak noktamız var, önümüzde mikrofon bulduğumuz zaman biz de birkaç söz söylemeyi alışkanlık haline getirmişizdir. Biraz önce de Erdem Büyükbingöl Hocamız genetik yapıyla ilaç kullanımı arasında, ilacın etkileri arasında ki ilişkiye temas etti. Ben de bir çalışma yaptım; profesörlük takdim tezi çalışması

kapsamında; "Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk" konulu, kitabım yakında piyasaya çıkacak bu çalışma sırasında gördüm ki gen tekniklerinin başlıca uygulama alanlarından birisi de ilaç üretimi. İlaç, bir ilaç farklı kişilerde farklı etkiye sebep oluyor. Dolayısıyla bu etki, neden farklı etkiye sebep oluyor araştırması iki yeni bilim dalını ortaya çıkarmış; *farmokogenomik* ve *farmokogenetik* adlarında olmak üzere iki yeni bilim dalı. Bu bilim dallarında ulaşılmak istenen amaç bir kere eğer kişinin genetik yapısına uygun değilse ilaç verilmesin böylece ilaç israfı önlensin. Ya da bir dozajın, dozaj çok önemli ilaç kullanımında, yeterli dozu almadığı zaman belki zararlı sonuçlar doğacak. Dolayısıyla yeterli dozu alması bakımından da, ilaç israfının önüne geçilmesi bakımından da önem taşıyor. Diğer yandan kişiye özel ilaç kullanımının önü açılmış olacak. Kişiye özel ilaç kullanımı geliştireceğiz artık. Şu genetik yapıda olanlara özel olarak uygulanması gereken ilaçlar. Ben bu mini katkıdan sonra ilk konuşmayı, ilk sözü Sayın Doçent Doktor Ramazan Çağlayan beyefendiye veriyorum, kendilerine teşekkür ediyorum.

İLAÇ ARAŞTIRMALARINDA ETİK KURALLAR VE KURULLAR

DOÇ.DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

GİRİŞ

Türkçeye, Fransızca "*éthique*" kelimesinden geçen "*etik*" kavramı, genellikle "ahlâk" karşılığı olarak kullanılmaktadır. Fakat etik kavramının daha çok belli bir meslek alanındaki davranış kurallarını nitelendirmek için kullanıldığı görülmektedir. Nitekim sözlükte ahlâk "bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları" şeklinde, etik ise "çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü" şeklinde tanımlanmaktadır[1].

"Ahlâka aykırılık" deyimi günlük dilde daha çok muzır (zararlı davranış) ya da müstehcen (açık seçik, edebe aykırı) olan davranışları ifade için kullanılmaktadır[2]. Ahlak kurulu denmesi, farklı çağrışımlara sebep olacağından, ilaç araştırmaları için oluşturulan kurullara "etik kurul" denmesi karışıklığı önlemiştir. Aslında en doğrusu "denetim kurulları" denmesidir.

İlaç ve ilaç araştırmaları, insan sağlığının sağlanmasında önemli bir yer teşkil ettiği kuşkusuz. Ancak ilaç araştırmaları zorunlu olarak insanlar üzerinde deney yapılmasını da gerektirmektedir. Bu deneylerin de

1 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, ***http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?***

2 BULUT Nihat, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırma Nedeni Olarak Genel Ahlak", EHFD,C.IV, Sayı.1-2, Erzincan 2000, s.37.

hukuk çerçevesinde, insan sağlığı ve onurunu ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi bir zorunluluktur. Anayasanın 17. maddesinde yer alan "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" hükmü, insan sağlığının ve onurunun korunmasına matuftur.

İlaç araştırmalarına yönelik olarak 1993 yılında İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik yapılmıştı[3]. Sağlık Bakanlığınca konu yeniden düzenlemeye tabi tutulmuş ve 2008 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe sokulmuştur[4].

İnsan sağlığının korunması için hayati öneme sahip ve bilim hürriyetinin bir parçasını oluşturan ilaç araştırmalarının, insan vücut bütünlüğünün ve onurunun korunması için, belli bir denetim içinde yapılmasını gerektirmektedir. İlaç araştırmaları etik kurulları da bu amaca matuf olarak teşkil edilmiştir.

Bu çalışmada ilaç araştırmaları etik kurallar ile etik kurullarının oluşumu, görev ve yetkileri, kararlarının hukuki nitelendirmesi üzerinde duracağız.

I. İLAÇ ARAŞTIRMALARI VE İZİN MESELESİ

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlığını taşıyan 4/n. maddesinde "*İlaç/beşeri ilaç; hastalığı önlemek, teşhis etmek ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde veya maddeler kombinasyonu*" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, ilaç dediğimiz madde, etkisini insan üzerinde göstermektedir.

İlaç araştırmaları, laboratuar çalışmaları yanında deney aşamalarını da içermektedir. İnsan üzerindeki deneylere "*klinik araştırma*", bundan önce hayvanlar üzerindeki deneylere ise "*klinik öncesi(preklinik) araştırma*" denilmektedir. Hayvanlar üzerinde yapılan deneyler de belli usul ve kurallar çerçevesinde yapılmalıdır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve bu kanun uyarınca çıkarılan Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik[5] bu konuya ilişkin hükümler içermektedir.

3 R.G.: 29.01.1993 - 21480.
4 RG.23.12.2008-27089.
5 RG.6.7.2006-26220.

Yönetmeliğin 4/ö maddesinde, insanlar üzerindeki deneyleri ifade eden "*ilaç klinik araştırma; bir veya birden fazla ilacın klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini doğrulamak veya ortaya çıkarmak, ilacın advers etkilerini tanımlamak, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek, etkililiğini ve/veya güvenli olup olmadığını araştırmak için insanlar üzerinde yürütülen çalışmalar*", şeklinde tanımlanmıştır.

İlaç araştırmaları aynı zamanda bilimsel bir faaliyettir. Anayasanın 127. maddesinde, "bilim ve sanat hürriyeti" başlığı altında "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır. İlaç araştırmaları da bu kapsamda yer alan bilimsel bir uğraştır.

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 3. Maddesinde, bu yönetmeliğin dayanağı olarak, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname gösterilmiş ise de, bunlardan sadece 3359 sayılı kanunda doğrudan ilaç araştırmaları ile ilgili hüküm bulunmaktadır[6].

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3/k maddesinde, "*özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır*" hükmü yer almaktadır.

İlaç araştırmaları konusunda Sağlık Bakanlığının izin verme yetkisi konusunda 3359 sayılı kanunun 3/k maddesi çok da açık değildir. İzin sisteminin amacı, bu izinin nasıl verileceği, etik kurulların oluşumu konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi[7] bu hususa ilişkin bazı esaslar getirmekte, ancak izin konusunda Sağlık Bakanlığını da açıkça yetkilendirmemektedir.

Anayasanın 13. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*" yer almaktadır. İlaç araştır-

6 YILDIRIM Turan, "İlaç Sektöründe Sağlık Bakanlığının Yetkileri ve Etik", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No.2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kampüsü, 1.6.2007, s.25.

7 RG.20.4.2004, 16.4.2004 tarih ve 2004/7024 kararname ile onanmıştır.

maları, bilin özgürlüğünün bir parçası olduğuna göre, bu özgürlüğün sınırlanması bakımından ilgili anayasa maddesine bakmamız gerekir. Anayasanın 27. maddesinde "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*" hükmü ile bilim özgürlüğü tanınmış ancak, bu özgürlüğün anayasanın ilk üç maddesinde yer alan hükümlerin değiştirilmesi şeklinde kullanılamayacağı dışında bir sınır da öngörülmemiştir.

O halde bilim özgürlüğü dolayısıyla ilaç araştırmaları bakımından hiçbir sınır bulunmamaktadır diyebilir miyiz? Tabii ki diyemeyiz. Anayasanın 17. maddesinde yer alan, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz", hükmü, 12. maddedeki , "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" hükmü ve 5. madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bilim özgürlüğünün sınırsız olmadığını söyleyebiliriz.

En azından üzerinde deney yapılan kişilerin hakları, ilaç araştırmalarının sınırını oluşturmaktadır. Deneklerin hak ve haysiyetinin korunması ise bu araştırmaların belli bir denetim altında yapılması gerekmektedir. Ancak 3359 sayılı kanunun, Sağlık Bakanlığının izin konusundaki yetkisini açık şekilde düzenlese isabetli olurdu. Bir yandan bilim özgürlüğü, diğer yandan dolaylı da olsa yaşama hakkına önemli sınırlar getirilmektedir. Bu sınırlamaların, Anayasanın 13. maddesi gereği kanunla yapılması gerekirdi[8].

İlaç araştırmalarında Sağlık Bakanlığına yetki veren hukuki metinler, asıl olarak Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile Hasta Hakları Yönetmeliğidir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 32. maddesinde şöyle denilmektedir: "*Hiç kimse, Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz*".

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre, insanlar üzerinde ilaç araştırmaları, etik kurulların kararı ve bakanlığın izni ile mümkündür. Yine yönetmeliğin 11.maddesine göre, gönüllüler üzerinde yapılacak her türlü klinik araştırma bu izin kapsamındadır. Buna göre Etik Kurul Faz I, Faz II, Faz III ve Faz IV ilaç araştırmaları, biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları ile ilaç dışı ürünler, gene-

8 YILDIRIM, agm., s.31.

tik materyal, tıbbi cihaz, cerrahi bir metod gibi diğer tüm klinik araştırmalar etik kurul kararı ve bakanlığın izni ile gerçekleştirilebilir.

ETİK KURALLAR VE ETİK KURULLAR

A. Etik Kurallar

İlaç araştırmalarının belli kurallara uyularak yapılması gereği, 1946-1957 yılları arasında Nazi savaş suçlularının yargılanması için kurulan "*Nürnberg Savaş Mahkemesi*"nde 23 hekimin yargılanması sonucunda olmuştur[9]. Söz konusu kişiler, esirler üzerinde insanlık dışı deneyler yapmışlar[10], bu eylemlerinin de bilime ve insanlığa katkı olarak savunmaya çalışmışlardır. Bu yargılama sonucunda "*Nürnberg Kuralları*" denilebilecek insan onurunun korunmasına yönelik kurallar ortaya konulmuş ve arkasından bu konuya ilişkin Dünya Tıp Birliğince 1964 tarihli Helsinki Bildirgesi yayınlanmıştır[11].

Bu metinlerde yer alan etik kuralları şu şekilde özetleyebiliriz:

a.Nürnberg Kuralları[12]: 1)İnsan üzerindeki araştırmalar için kişinin gönüllü onayı kesinlikle gereklidir. 2)Deney toplumun iyiliği için yapılmalıdır. 3)Deney, hayvan çalışmalarına ve hastalığın doğal seyrinin bilinmesine dayandırılmalıdır. 4) Deney, gereksiz hiçbir fizik, mental sorun ya da hasara yol açmamalıdır. 5)Deneyi yapan doktorun denek olduğu şartlar hariç, ölüm veya kalıcı sakatlığa yol açan deneyler yapılmamalıdır. 6)Deneyle karşılaşılan risk, deneyin sonuçlarının insanlara sağlayacağı yarardan fazla olmamalıdır. 7) Yaralanma, sakatlık ve ölüm ihtimaline karşı gerekli hazırlıklar yapılmalı ve alt yapı sağlanmalıdır. 8) Deney sadece bilimsel olarak kalifiye kişiler tarafından yapılmalıdır. 9) Deney süresince denek çalışmayı istediği an sonlandırabilmelidir. 10) Eğer araştırıcı deneyin devamının yaralanma, sakatlık ve ölüm ihtimaline sahip olduğuna kanaat getirirse deneyi durdurmaya hazır olmalıdır.

b)Helsinki Bildirgesi:1)İnsanlar üzerinde yapılan araştırmalarda bilim ve toplumun çıkarları kesinlikle deneğin iyilik durumunun önüne geçmemelidir. 2) Tıbbi araştırmada insan deneğin yaşamını, sağlığını, gizliliğini ve saygınlığını korumak hekimin görevidir. 3) İnsan denekler

9 SARI Nil/ALTINTAŞ Ayten/BAŞAĞAOĞLU İbrahim/ÖZAYDIN Zuhal/DOĞAN Hanzade/ÜLMAN Yeşim Işıl/DİNÇ Gülten/HOT İnci, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s.412

10 İrtifa uçuşlarda dayanıklılığın tespiti için, esirler alçak basınçlı odalarda bırakılarak ölümleri seyredilmiş, esirler soğuk su ile ıslatılıp soğuk havada bekletilerek dayanıklılıkları tespit edilmeye çalışılmış ... vs.

11 Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi-İnsan Denekleri Üzerindeki Tıbbi Araştırmalarda Etik ilkeler, Helsinki 1964.

12 DOĞAN, Cahid, "Klinik İlaç Araştırmalarının Hukuki Temelleri-1", Hastane ve Yaşam Akademik ve Aktüel Tıp Dergisi, Temmuz 2008, Yıl.4, Sayı.35, s.80-81.

üzerinde yapılan tıbbi araştırmalar genel olarak kabul edilmiş bilimsel ilkelere uygun olmalı ve yeterli laboratuvar ve uygunsa hayvan deneyleri ile bilimsel literatür bilgisine ve diğer ilgili bilgi kaynaklarına dayanmalıdır. 4) İnsan denekleri konu alan her deneysel işlemin tasarım ve uygulanması deney protokolünde açık bir biçimde belirtilmelidir. Bu protokol, inceleme, yorum, yol gösterme ve gerektiğinde onay için, araştırmacı, sponsor veya benzeri bir etki odağından bağımsız olan, bir Etik Kurul'a sunulmalıdır. Protokolü değerlendiren bağımsız kurul, araştırmanın yapıldığı ülkenin yasa ve düzenlemelerine uyum olmalıdır. Komite sürmekte olan çalışmaları izleme hakkına sahiptir. Araştırmacı, komiteyi izlemeyle ilgili bilgileri özellikle ciddi advers olaylara ilişkin bilgileri sağlamakla yükümlüdür. Araştırmacı ayrıca gözden geçirmesi amacıyla; çalışmanın parasal desteği, sponsorları, kurumsal bağlantıları ile hastanın çıkar ve arzularına yönelik potansiyel çelişkileri de kurula bildirmek zorundadır. 5) İnsan denekleri üzerinde yapılan tıbbi araştırmalar yalnızca bilimsel niteliği olan kişiler tarafından klinik uzmanlığa sahip tıbbi kişilerin gözetimi altında yürütülmelidir. Deneğin kendisi çalışma için gönüllü olur vermiş olsa dahi, insan deneğin sorumluluğu daima tıbbi niteliği olan kişiye aittir. 6) İnsan deneklerle ilgili her tıbbi araştırmadan önce tahmin edilebilir riskler ve güçlüklerle denekler için öngörülebilen yararlar karşılaştırılarak değerlendirilmelidir. Bu, sağlıklı gönüllülerin tıbbi araştırmalara katılmalarına engel olmamalıdır. Bütün çalışmaların tasarımı kamuya açık olmalıdır. 7) Hekimler, ilgili risklerin yeterince değerlendirildiğinden ve bunlara yeterince müdahale edilebileceğinden emin olmadıkça insan deneyleriyle ilgili araştırma projelerinden kaçınmalıdırlar. Hekimler, risklerin potansiyel yararlardan ağır bastığı bulunmuşsa veya olumlu ve yararlı sonuçlara ilişkin ikna edici kanıtlar varsa araştırmaya son vermelidirler. 8) İnsan denekleriyle ilgili araştırmalar yalnızca ulaşılacak amacın önemi, deneğe ilişkin risklere ve zahmetlere ağır bastığında yapılmalıdır. Bu özellikle insan deneklerin sağlıklı gönüllüler olması durumunda önemlidir. 9) Denekler araştırma projesi için gönüllü ve bilgilendirilmiş katılımcılar olmalıdır. 10) Araştırma deneklerin kendi iyiliklerini gözetme hakkına daima saygı göstermelidir. Deneğin mahremiyetini, hasta bilgilerinin gizliliği sağlamak araştırmanın deneğin fiziksel ve ruhsal iyiliği ile deneğin kişiliği üzerindeki etkisini en aza indirmek için bütün önlemler alınmalıdır. 11) İnsanlar üzerinde yapılan araştırmalardaki her potansiyel denek çalış-

manın amaçları, yöntemleri, parasal kaynakları, çıkarlarıyla çelişebilecek olasılıkla, araştırıcının kurumsal bağlantıları, beklenen yararlar ve potansiyel riskleri ile karşılaşabilecekleri rahatsızlık konusunda yeterli biçimde bilgilendirilmelidir. Denek çalışmaya katılmama veya çalışmayı her hangi bir zamanda ve herhangi olumsuz karşılık görmeksizin bırakmakta özgür olduğu konusunda bilgilendirilmelidir. Deneğin verilen bilgiyi anladığından emin olduktan sonra hekim deneğin bilgilendirilmiş olurunu tercihen yazılı olarak almalıdır. Eğer deneğin gönüllü oluru yazılı olarak alınamıyorsa, yazılı olmayan onay alınmalı ve tanıkların huzurunda resmi yazıya dökülmelidir. 12) Hem yazarların hem de yayımcıların etik sorumlulukları vardır. Araştırma sonuçlarının yayınlanmasında araştırmacılar sonuçların kesinliğini korumakla yükümlüdür. Olumlu sonuçlar kadar olumsuz sonuçlar da yayımlanmalı veya kamuya açık olmalıdır. Parasal kaynaklar, kurumsal bağlantılar ve olası bir çıkar ayrılığı yayında belirtilmelidir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: 1)İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır . 2) Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir: **a)**insanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması; b)araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması; c) araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tabi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması; d) Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları; d)Muvafakatin açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olması ve bunun belgelendirilmiş bulunması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir (m.16).

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik: 1)İlaç araştırmaları ancak gönüllüler üzerinde ve kişinin yazılı rızası ile yapılır. 2) Araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz. 3) Çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde

klinik araştırma yapılamaz. 4) Gönüllü haklarına ve etik kurallara saygı gösterilmesi. 5) Bilgilendirme: Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya yasal temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı ve devam ettirileceği şartlar hakkında, sorumlu araştırmacı veya araştırma ekibinden yetkili birisi tarafından yeterince ve anlayabileceği şekilde bilgilendirilir. 6) Araştırma acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve yaşı ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanır. 7) Gönüllü, gerekçeli veya gerekçesiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan ayrılabilir ve bundan dolayı sonraki tıbbi takibi ve tedavisi esnasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılamaz. 8) Gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik kimliğinde bozulmaya yol açacak hiçbir araştırma yapılamaz.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü: 1) Araştırıcıların başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. 2) Araştırıcı hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. 3) Araştırıcı, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. 4) Araştırmalara ticari bir veçhe verilemez. 5) Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.

B. Etik Kurullar

İlaç araştırmaları, bilimsel bir faaliyet olma yanında, kişilerin sağlığının korunmasına yönelik bir etkinliktir. Bu etkinlik kaçınılmaz olarak hayvan ve insan üzerinde deney yapılmasını da içermektedir. İlaç araştırmalarının deney yönü, bilim özgürlüğü ile insan onurunun korunması arasındaki dengenin korunması sorununu gündeme getirmektedir. İşte bu dengenin sağlanması, ilaç araştırmalarının insan onurunu zedelemeden yapılmasını denetlemek üzere bir çok ülkede Etik Kurullar (ya da Kurumsal Gözden Geçirme Kurulu (*Institutional Review Board*) oluşturulmaktadır. Bu etik kurullar ülkelerin kendi ihtiyaçları ve hukuk anlayışlarına göre farklı şekillerde oluşturulmakla birlikte, hepsinde or-

tak yön ilaç araştırmalarının usulüne uygun ve insan haklarını ihlal etmeden gerçekleştirilmesini sağlamaktır[13].

İlaç araştırmalarının araştırıcılar (bilim adamları), araştırma kurumları (üniversite, enstitü, eğitim hastanesi vs.), denekler ve düzenleyici kurumlar (Sağlık Bakanlığı) gibi özneleri bulunmaktadır. Etik kurulların temel fonksiyonu, deneklerin (üzerinde ilaçların denendiği insanlar) onurunu, haklarını ve güvenliğini korumaya hizmet etmektir[14]. Başka bir ifade ile öncelik deneklerin onuru ve sağlığının korunmasındadır. İlaç araştırmalarının amacı ve sonucu toplum açısından ne kadar önemli olursa olsun, deneğin sağlığı ve onurunun önüne geçemez.

Hastalıklar var olduğu sürece, ilaç araştırmalarına ihtiyacımız var. İnsanlar üzerinde denenmeden ilaç araştırmalarının yapılması da mümkün olmadığına göre, ilaç araştırmaları, deneklerin hakları ihlal edilmeden yapılmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, hiç zararı olmayan bir ilaç deneyinden söz edemeyiz. En zararsız denilenin bile küçük de olsa zarar verme ihtimali bulunmaktadır. Soru şu: İlaç araştırmalarında insanları denek olarak kullanalım mı? Yoksa ilaç araştırmalarından vazgeçelim mi? İlaç araştırmalarından vazgeçmek düşünülemediğine göre, deneklerin onuru ve hakları korunarak bu işe devam edeceğiz demektir. İşte bu aşamada etik kurulları devreye girmektedir.

Bakanlığa verilen izin yetkinsin nasıl kullanılacağı, kanunda belirtilmemiştir. Bakanlık bu yetkisini, çıkardığı bir yönetmelik ile oluşturulan "etik kurul" aracılığı ile kullanmaktadır. Bu durum idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini emreden Anayasanın 123.maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, etik kurulların oluşumu, görev ve yetkileri kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak Danıştay kanuni dayanağı olmasa da idarî işlemle etik kurul kurulmasını, idarenin düzenleme yetkisinin kullanılması olarak nitelendirip hukuka uygun bulmuştur[15].

Ülkemizde Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde, araştırmaya katılacak gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunmasını teminen, araştırma protokolü, araştırmacıların uygunluğu, araştırma yapılacak yerlerin yeterliliği ve gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılan yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alına-

13 BEKSAÇ M. Sinan/AKİPEK ÖCAL Şebnem/KATOĞLU Tuğrul/ŞENOCAK Zarife/ŞUĞLE Mehmet Ali, Doğum Hakimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Sosoyal Boyut, Ankara 2004, s.34-35.

14 DİRESKENELİ Rafi Haner, "İlaç Araştırmaları ve Etik Kurullarının Rolü", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No.2, Haziran 2007, s.39.

15 YILDIRIM, age., s.31.

cak olurlar hakkında ve araştırmalarla ilgili diğer konularda bilimsel ve etik yönden görüş vermek, gönüllü güvenliğini, araştırmanın mevzuata uygun şekilde yapılmasını ve takip edilmesini sağlamak ve tüm klinik araştırmaları etik yönden değerlendirmek üzere etik kurullar öngörülmektedir.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik bakanlığın belirleyeceği bölgelerde bir veya birden fazla olmak üzere "bölge etik kurulu" (m.10)[16] ve "klinik araştırmalar danışma kurulu" (m.12) olmak üzere iki kurul öngörmektedir.

1.Etik Kurul

a. Etik Kurulun Oluşumu

Yönetmeliğin 10. maddesinde etik kurulların oluşumu düzenlenmiştir. Etik kurulların oluşumu hakkımdaki kuralları şu şekilde özetleyebiliriz.

Etik Kurul Üyeleri: Etik Kurul, en az on bir, en fazla on beş üyeden oluşur ve aşağıda belirtilen nitelikteki üyeler bulunur;

a)Biri çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı olmak üzere farklı uzmanlık dallarından, tercihen İyi Klinik Uygulamaları kurallarına göre düzenlenmiş klinik araştırmalara araştırmacı olarak katılmış en az üç klinisyen hekim,

b)Farmakoloji alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış, tercihen tıp doktoru, en az bir farmakolog,

c)Biyokimya alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış, tercihen tıp doktoru, en az bir biyokimyacı,

ç)Bir tıbbi etik uzmanı veya deontolog,

d)Bir eczacı,

e)Biyomedikal alanında çalışan bir mühendis veya uzman bulunmaması halinde tercihen Tıp Fakültesi mezunu olan bir biyofizik veya fizyoloji öğretim üyesi,

f)Bir biyoistatistikçi veya ihtiyaç dahilinde bir halk sağlığı uzmanı,

g)Hukuk Fakültesi mezunu bir üye,

ğ)Sağlık mesleği mensubu olmayan, sağlıkla ilgili bir kurum veya kuruluşta çalışmayan ve klinik araştırmalarla ilgisi bulunmayan herhangi üniversite mezunu bir üye.

16 Önceki yönetmelik olan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik araştırma hastaneleri bünyesinde yer alan "Yerel Etik kurullar" ve Bakanlık merkezinde oluşturulan "Etik Kurul" olmak üzere iki tür etik kurul öngörmekteydi(m.11).

Etik kurulların oluşumu ile ilgili diğer hususları da şu şekilde belirtebiliriz:

- Etik kurullar Bakanlığın belirleyeceği bölgelerde, Bakanlık onayı ile oluşturulur

-Bakanlık, Etik Kurulların kurulacağı bölgelerin yer ve sayısını ihtiyaca göre belirler ve Bakanlığın internet sayfasında yayımlar. Bakanlık ihtiyaca göre aynı bölgede birden fazla sayıda Etik Kurul kurulmasına izin verebileceği gibi ihtiyaç kalmaması halinde ilgili Etik Kurulları kaldırabilir.

-Etik Kurul sekreteryası Etik Kurulun bulunduğu ilin sağlık müdürlüğü veya Bakanlığın uygun göreceği sağlık kurum ve kuruluşunda teşekkül ettirilebilir.

-Belirlenen bölgelerde Etik Kurul oluşturmak amacıyla ilgili bölgedeki il sağlık müdürlüğü, üniversite araştırma hastanesi, eğitim ve araştırma hastanesi, devlet hastaneleri tarafından veya kişilerin şahsen müracaatı durumunda üçüncü fıkrada belirtilen şartlara uymak kaydıyla, Etik Kurul aday listesi veya listeleri oluşturulur ve Bakanlığa sunulur. Bakanlık yapacağı değerlendirme sonucu Etik Kurul üyelerini bu listelerden seçer ve Etik Kurulunu onaylar.

-Belirlenen bölgelerin herhangi birinden Etik Kurul oluşturmak amacıyla bir başvuru olmadığı taktirde, ilgili bölgede bulunması gereken Etik Kurulu Bakanlık belirler.

-Belirlenen bölgelerin herhangi birinden Etik Kurul oluşturmak amacıyla bir başvuru olmadığı taktirde, ilgili bölgede bulunması gereken Etik Kurulu Bakanlık belirler.

-Etik Kurul üyeleri Bakanlığın hazırlayacağı gizlilik belgesini imzalayarak görevlerine başlar ve iki yıl süre ile görev yapar. Üyeliğe tekrar seçilmek mümkündür.

-Etik Kurul üçte iki çoğunluk ile toplanır ve üye sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.

-Rektör, rektör yardımcısı, dekan, dekan yardımcısı, il sağlık müdürü ve başhekim Etik Kurul üyesi olamaz.

-Bir Etik Kurul üyesi aynı anda birden fazla Etik Kurulda görev alamaz.

-Her türlü klinik araştırma, bu maddeye göre teşkil edilen Etik Kurul tarafından değerlendirilir. İlaç klinik araştırmaları ile ilaç dışı klinik araştırmalar için ayrı bir Etik Kurul oluşturulamaz.

-Bakanlık önceden haber vererek veya haber vermeden Etik Kurulları denetleyebilir.

- Bu Yönetmeliğin kapsamı içinde kalan konularda, başka kuruluşlarca Etik Kurul veya benzeri herhangi bir kurul oluşturulamaz.

b. Etik Kurul'un Görev ve Yetkileri

Yönetmeliğin 11. maddesinde kurulun görev ve yetkileri şu şekilde belirtilmiştir: "*Etik Kurul gönüllüler üzerinde yapılacak her türlü klinik araştırma hakkında bilimsel ve etik yönden görüş bildirir. Buna göre Etik Kurul Faz I, Faz II, Faz III ve Faz IV ilaç araştırmaları, biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları ile ilaç dışı ürünler, genetik materyal, tıbbi cihaz, cerrahi bir metod gibi diğer tüm klinik araştırmalar hakkında bilimsel ve etik yönden görüş belirtir*".

Yönetmeliğin 11.maddesinde etik kurulun görev yetkilerine ilişkin diğer hususlar da şu şekilde belirtilmiştir.

-Etik kurulun görüşlerine uyulması ve yerine getirilmesi zorunludur.

-Etik Kurul klinik araştırmalar hakkındaki bilimsel ve etik görüşünü başvuru tarihinden itibaren kırk beş gün içerisinde; ilaç klinik araştırmaları hakkındaki görüşünü İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğüne, kök hücre nakli, doku nakli, genetik araştırmalar ve yeni bir tıbbi cihazın denenmesi ile ilgili araştırmalara ait görüşünü Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğüne bildirir.

-Etik Kurulun inceleme süreci içerisinde ek bilgi ve açıklamalara gereksinim duyması durumunda, gerekli olan tüm istekler bir seferde başvuru sahibine iletilir ve istenilen bilgi ve belgeler Etik Kurula sunuluncaya kadar inceleme süreci durdurulur.

Etik Kurul, araştırma başvurusu hakkında görüş oluştururken şu hususları değerlendirir:

-Araştırmadan beklenen yarar ve risklerin analizini.

-Araştırmanın yeni bir hipoteze dayanıp dayanmadığı.

-Araştırma broşürünün usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini.

-Ar-aştırma ile ilgili olarak verilen yazılı bilgileri, gönüllü olurlarının alınması amacıyla izlenen yöntemi, olur veremeyen kısıtlı kişiler ile çocuklar üzerinde yapılacak araştırmalara ait gerekçenin yeterliliğini.

-Araştırmalarda ortaya çıkması muhtemel kalıcı sağlık problemleri

de dahil olmak üzere yaralanma veya ölüm hallerinde, araştırmacı veya destekleyicinin sorumluluğunu ve gönüllüler için yapılan sigorta sertifikası veya poliçesinin kapsamını.

-Araştırmacı ve gönüllü için uygun bulunan ödül ve telafi düzenlemelerine dair destekleyici ile araştırmanın yapılacağı yer arasında akdedilmiş herhangi bir anlaşma mevcutsa anlaşmanın etik olup olmadığını.

-Araştırma yapılacak yerlerin 15 inci maddede belirtilen standartlara uygun olup olmadığını.

2. Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu

a.Oluşumu

Yönetmeliğin 12.maddesine göre bakanlık nezdinde, 20 kişiden müteşekkil ve bakanlık ilaç araştırmaları hakkında izin vermeden önce gerektiğinde görüşünü alabileceği, klinik araştırmalar danışma kurulunu düzenlemektedir.

Klinik araştırmalar danışma kurulu aşağıdaki üyelerden oluşmaktadır:

a)İlaç ve Eczacılık Genel Müdürü veya görevlendireceği Genel Müdür Yardımcısı,

b)Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nü temsilen en az Daire Başkanı düzeyinde bir üye,

c)Tıp fakültesi mezunu, farmakoloji alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış iki farmakolog ile eczacılık fakültesi mezunu, farmakoloji alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış bir farmakolog,

ç) Bir toksikolog,

d)İyi Klinik Uygulamaları kurallarına göre düzenlenmiş klinik araştırmalara araştırmacı olarak katılmış, tıp fakültelerinde veya eğitim ve araştırma hastanelerinde görevli, asgari beş yıllık mesleki tecrübeye sahip, biri çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı olmak üzere farklı uzmanlık dallarından dört klinisyen hekim,

e) Bir tıbbi etik uzmanı veya deontolog,

f) Bir biyoistatistikçi,

g) Bir tıbbi genetik uzmanı,

ğ) Biyomedikal alanında çalışan bir uzman,

h) Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyini temsilen bir öğretim üyesi,

ı) Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyetini temsilen bir öğretim üyesi,

i) Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Heyetini temsilen bir öğretim üyesi,

j) Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunu temsilen hukukçu bir öğretim üyesi,

k) İlahiyat Fakültesinden bir öğretim üyesi,

l) Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığını temsilen en az Daire Başkanı düzeyinde bir üye.

b.Çalışma Usulü

Yönetmeliğin 13.maddesinde klinik araştırmalar danışma kurulunun çalışma usul ve esasları ile görevleri belirtilmiştir.

-Genel Müdürlüğün gerek görmesi durumunda, klinik araştırmalar hakkında etik yönden görüşünü bildirir ve Bakanlıkça verilen görevleri yerine getirir.

-Yirmi kişiden oluşan klinik araştırmalar danışma kurulunun toplantıları, en az on iki üyenin katılımı ile yapılır ve en az on bir üyenin oyu ile karar alınır. Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunun toplantı tarihleri İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü tarafından belirlenir.

III. ETİK KURUL KARARLARININ NİTELİĞİ

Yönetmeliğin 11. maddesinde kurulun görev ve yetkileri şu şekilde belirtilmiştir: "*Etik Kurul gönüllüler üzerinde yapılacak her türlü klinik araştırma hakkında bilimsel ve etik yönden görüş bildirir. Buna göre Etik Kurul Faz I, Faz II, Faz III ve Faz IV ilaç araştırmaları, biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları ile ilaç dışı ürünler, genetik materyal, tıbbi cihaz, cerrahi bir metod gibi diğer tüm klinik araştırmalar hakkında bilimsel ve etik yönden görüş belirtir*".

Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasında, etik kurulun "görüş belirteceği" ifade edildikten sonra "*bu görüşlere uyulması ve yerine getirilmesi zorunludur*" hükmü getirilmiştir. Buna göre bakanlık, ilaç araştırmaları için vereceği izin konusunda bağlı yetkiye sahiptir. Etik kurulun görüşü doğrultusunda karar vermek durumundadır. Ancak etik kurulun görüşü konusunda bir tereddüt hasıl olursa bakanlık, klinik araştırmalar danışma kurulundan da görüş isteyebilir.

Şu halde etik kurulların fonksiyonu, bakanlığın izin verme ya da vermeme işleminin hazırlık aşamasını oluşturmaktadır. Etik kurul ka-

rarları, icrai nitelikte olmadığı için, tek başına dava konusu edilemez. Bakanlık işlemine karşı açılan davada, etik kurulun oluşumunda veya kararında bir hukuka aykırılık varsa bunlar ileri sürülebilir.

Etik kurulların ve bu kurulların kararına dayanılarak alınan bakanlık kararlarının idari işlem olduğu konusunda kuşku yoktur. Zira idari işlem bir kamu idaresi görevi üstlenen organın, hukuki sonuç doğurmaya yönelik kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklamalarıdır[17]. Buradaki kararlar da bu niteliktedir. İdari işlemler, yetki şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere beş unsurdan oluşur[18]. İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesine göre, bu unsurlardan birisindeki sakatlık nedeniyle idari yargıda iptal davası açılabilecektir. Bu bağlamda etik kurulun oluşumunda, kararların verilmesinde hukuka aykırılık varsa, buna dayanılarak verilen bakanlık kararı da hukuka aykırı hale gelir. Bakannlığın işlemlerine karşı idari yargıda dava açılabilecektir. Mahkemelerce oluşturulan bilirkişi heyetlerinin raporuna dayanılarak, etik kurul kararının hukuka aykırılığı tespit edilerek bakanlık işleminin iptali mümkün olabilecektir[19].

Öte yandan İdari Yargılama Usulü Kanunun 2. maddesine göre, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları ihlal olunanlar, tam yargı davası açabilirler. Etik kurul kararları dayanılarak tesis edilen ve mahkemece iptal edilen bakanlık işlemi nedeniyle zarara maruz kalanlar ayrıca bir tazminat da talep edebilirler. Davalar Sağlık Bakanlığı aleyhine açılacaktır.

OTURUM BAŞKANI - Ramazan Bey'e teşekkür ediyoruz, süresine de riayet ettiği için ayrıca. Şimdi sözü Hasan Seçkin Ozanoğlu Bey'e veriyoruz süreye uymak kaydıyla.

17 GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, C.I, s.553,555.
18 GÖZLER, age., s.633.
19 YILDIRIM, age., s.31.

HASTA VE GÖNÜLLÜ HAKLARI AÇISINDAN İLAÇ ARAŞTIRMALARINDA HUKUKÎ SORUMLULUK

DOÇ. DR. HASAN SEÇKIN OZANOĞLU

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Sayın Başkan, değerli konuklar hepinizi saygıyla selamlıyorum. Benim burada size sunmaya çalışacağım konu hasta ve gönüllü hakları açısından ilaç araştırmalarından doğan hukuki sorumluluk. Tabii ilaç araştırmalarından doğan hukuki sorumlulukla ilgili kuralları esas itibariyle bizim alanımızda yer alan özel hukuk kuralları içerisinde maalesef çok fazla bulamıyoruz. Belirli ölçüler dahilinde haddimi aşarsam özür dilerim, ceza hukukuna da girmek durumunda kalacağım. Çünkü malumunuz olduğu üzere Hakan Bey hocamızın da ifade üzere Türk Ceza Kanunu'nun 90.maddesinde ilaç araştırmalarıyla ilgili daha doğrusu insanlar üzerinde deneyler ve bu bağlamda ilaç araştırmaları ile ilgili özel bir düzenleme ihdas edilmiş durumda. Şimdi tabii belirli konulara Hakan Bey hocam temas ettiler. İlaç araştırmaları ile ilgili birtakım temel mevzuatımız var Anayasa'nın 17.maddesinden başlayarak, Biotıp Sözleşmesi, Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ve tabii nihayet yeni yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun 90.maddesi ve ilgili hükümleri. Şimdi bu çerçevede özellikle ceza kanunu Hakan Bey hocam da bahsetti bir ceza normu olmaktan ziyade tanımlayıcı bir şekilde bu geleneksel ilaç araştırmalarında karşımıza çıkan farzları da ana hatlarıyla ortaya koyduğu için öncelikle ben burada, birinci aşamada bir tıbbi müdahale, insan üzerin-

de bilimsel araştırmalar, deneysel müdahaleler, şifa müdahaleleri ve standart tıbbi müdahaleler bağlamında mevcut mevzuatı ele almak istiyorum. Çünkü benim zaviyemden birtakım sıkıntı teşkil eden hususlar var ve bu bağlamda Hakan Bey hocama da katılmadığım birtakım hususlar var. Eğer haddimi aşarsam ceza kanunu bağlamında hocalarım müdahil olsunlar. Şimdi tabii burada ilaç araştırması deyince bunun odak noktasında hekim, tabii uzman hekimler ve bir tarafta da hasta ve gönüllüler yer alıyor. Hekim açısından meseleye baktığımızda hekim tıbbi standart, hekime diyoruz ki sen tedavini uygularken hastaya tıbbi müdahalede bulunurken tıbbi standartlara uyacaksan, diğer taraftan da diyoruz ki standardı aşan birtakım deneyler yapmak suretiyle bilimin gelişmesine katkıda bulunacaksın. Burada esas itibariyle çatışan birtakım menfaatler söz konusu. Diğer taraftan denek kişi açısından ya da hasta açısından meseleye bakacak olursak denek veya hastayı koruyacağız diyoruz, onların korunması gereğine işaret ediyoruz fakat diğer taraftan da bilimsel araştırmaların gereksiz yere sınırlandırılmaması konusu üzerinde duruyoruz. Bunlar esas itibariyle birbiriyle çatışan hususlar ve insan üzerindeki deneylerin de karakteristik özelliğini teşkil ediyor. Biraz önce Hakan Bey hocama sorulan esas itibariyle özel hukuk bağlamında Borçlar Kanunu'nun 19 ve Medeni Kanun'un 23.maddesi bağlamında bunları nasıl değerlendiriyorsunuz sorusu da esas itibariyle bu çatışmanın odak noktasını teşkil ediyor. Şimdi bir kere deney yapan kişi açısından meseleye baktığımızda deney yapan kişi tamamıyla bilinmeyen aslında bilinmeyeni çok olan diyelim bir alanda onun için tamamen yeni diyebileceğimiz aslında bir alanda faaliyet gösteriyor. Aslında tam anlamıyla bilinmeyen, gelişmekte olan bir teşhis ve tedavi yöntemlerini kullanıyor ya da birtakım yöntemler kullanarak ilaç konusunda gelişmeleri sağlamaya çalışıyor. Bu noktada karşımıza hekimin hastaya müdahalesi bakımından üç farklı, aralarında da birçok gri nokta bulunan alanla karşı karşıya kalıyoruz. Bunlardan birincisi insan üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar. Aslında işte dört temel fazda özetleyebileceğimiz sadece sağlıklı insanlar bakımından değil, hasta insanlar üzerinde de yapılan araştırmaları aslında insan üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar olarak nitelendiriyoruz ve bu bilimsel araştırmalar da temel hareket noktası, temel amaç bilimin gelişmesine hizmet etmek. Yoksa hastayı iki, üç ve dördüncü aşamalarda özellikle hastalar karşımıza çıkıyor. O hastaları şifaya kavuşturmak gibi bir amaç esas itibariyle

yok ya da bu amaç asgari düzeyde. Bir tarafta da deneysel müdahaleler var, deneysel müdahalelerde evet biz bir deneysel faaliyet yürütüyoruz hasta üzerinde ama asıl amacımız hastayı şifaya kavuşturmak. Yani standart tıbbi müdahalelerde takip ettiğimiz amaca yakın bir amaç güdüyoruz. Ha bu arada bilime hizmet eden bir durumla karşı karşıya kalırsak ki dolaylı yollardan tabii bu faaliyet yürüten, deneysel müdahaleler, hastayı şifaya kavuşturmaya matuf deneyler belirli ölçüler dâhilinde hiç şüphesiz bilime hizmet edecektir. Ama burada takip ettiğimiz temel amaç bilime hizmet etme amacı değil. Şimdi Ceza Kanunu'ndaki müdahaleleri Ceza Kanunu'nun 90.maddesini ele alırsak benim kanaatime göre Ceza Kanunu'nun deney ve deneme olarak ayırt ettiği hususlar da ben biraz farklı düşünüyorum. Yani deney derken aslında bilimsel araştırmalardaki dört fazı da içine alan yani sadece birinci aşamada olduğu gibi sağlıklı bireyler üzerinde yapılan deneyleri değil aynı zamanda hasta bireyler üzerinde yapılan faaliyetlerde deney kapsamında mütalaa edilmelidir. Deneme olarak ifade edilen husus son çaredir. Yani hasta hastadır ama bu nitelikli bir hastadır, son aşamada bulunan hastadır. Hasta açısından yapılacak başka bir şey yoktur, başka bir husus yoktur onun için burada deneme ifade edilir. Gerekçesinde ifade edilen ilk aşamadaki müdahaleler yani efendim sağlıklı bireyler üzerinde yapılacak müdahalelerin burada söz konusu olduğunu ifade etmek bence bu uygulamanın deney kavramını son derece sınırlandırmak mahiyetini taşır. Kaldı ki birinci aşama dediğimiz aşamada da sadece ve sadece burada farmakolog olan hocalarımız veya eczacılık branşında faaliyet gösteren hocalarımız da bunu takdir edecekler ki birinci aşamada sadece sağlıklı bireyler kullanılmaz, kural olarak sağlıklı bireyler kullanılır ama özellikle bazı preparatlar vardır ki bunlara ilaç diyemiyoruz daha çünkü bir ruhsat almadan vs. hocam beni yanlışsam düzelttim yani ilaç demek ne ölçüde doğru, evet sağlıklı denekler üzerinde bir deneme yapıyoruz ama aynı zamanda bazı preparatları mutlaka ve mutlaka hasta bireyler üzerinde uygulamak durumundayız bu aşamada. Özellikle psikiyatrik hastalıklara karşı kullanılan ilaçlar ile örneğin Parkinson Hastalığı'nın tedavisinde kullanılacak ilaçları sadece ve sadece bu hastalar üzerinde, mağdur durumda bulunan hastalar üzerinde uygulayabiliriz. Dolayısıyla birinci aşamada da sadece aslında sağlıklı bireyleri kullanmıyoruz. Daha doğrusu evrensel, benim tıbbi kaynaklardan da okuduğum bu konuda işte *Godman Cilmıs*'ın bir kitabı var, temel bir kitap oradan da tes-

pit edebildiğim kadarıyla burada esas itibariyle ifade edilen husus bu. Dolayısıyla 90.maddede ifade edilen deneyin muhatabı olan, subjesi olanlar sadece ve sadece sağlıklı bireyler değil zaten kanunda insan üzerinde bilimsel deneyden bahsediyor, yani hastalıklı veya sağlam birey ayrımı yapmaksızın böyle bir sınıflandırmadan bahsediyor. Şimdi bu konuda bu hususa özellikle işaret etmeyi gerekli gördüm ve Türk Ceza Kanunu'nun 90.maddesini bu şekilde değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Şimdi hızlı geçmek durumundayım yani insan üzerinde bilimsel araştırmalar, deneysel müdahaleler ve standart tıbbi müdahaleler bağlamında şimdi birtakım fazlar var bilineceği üzere. Birinci fazda kural olarak sağlıklı bireyler üzerinde denemeler yapılıyor ama söylediğim gibi bazı istisnai durumlarda hasta bireyler üzerinde de araştırmalar yapılıyor. Tabi faz bir öncesinde prekilinik faz denilen aşamada hayvanlar üzerinde birtakım deneyler yapıldıktan sonra ki ancak faz bir aşamasına geçiliyor. Burada deney konusunun özellikle uygunluğu üzerinde duruluyor, deney konusu preparatın uygunluğu üzerinde duruluyor. İkinci aşamaya geçiliyor bilahare, bunların hepsi İlaç Araştırmaları Hakkındaki Yönetmelikte belirtiliyor. İkinci aşamada kontrollü uygulamalarda yapılıyor. Özellikle 100-500 arası kişiden oluşan hasta denekler üzerinde deneyler gerçekleştiriliyor ve ilacın potansiyel tedavi etkileri kanıtlanmak ve aynı zamanda ilacın uygunluğu gözlemlenmek isteniyor. Bu aşamada işte kontrollü uygulamalardan da bahsediliyor. Birtakım deney yöntemleri var; işte plesobo denemeler, kontrollü denemeler, iki ayrı grup, bir gruba, bir hasta gruba birtakım ilaçlar veriliyor, aslında deney olarak kullanılan ilaçlar öbür gruba da aslında hiçbir ilaç etkisi olmayan plesobo efekt sağlamaya matuf yani hasta ilaç kullandığını biliyor, bilmiyor, ona belki öyle söyleniyor ya da plesobo bir deneme yapıldığı ifade edilmiyor, bu hekim bakımından da kör deney şeklinde de gerçekleşebiliyor. Yani hekimin de bilmediği iki taraflı kör denemelerde söz konusu olabiliyor. Hatta üç boyutlu kör denemelerde söz konusu olabiliyor. Bu ilaç araştırmasını yapan kurum, kuruluş da bundan haberdar olamayabiliyor. Ve bu aşama sonrasında üçüncü aşamaya geçiliyor. Eğer ilaç daha önceki fazlarda doğruluğu kanıtlanmışsa özellikle 1000'e yakın hasta üzerinde ve klinik ortamdan da uzaklaşılarak, özellikle aile hekimliği uygulamalarında belki bu üçüncü faz bizim ülkemizde de söz konusu olabilir hoş bizde klinik ortamda yapılıyor ama özellikle klinik dışı ortamda bu üçüncü faz gerçekleştiriliyor ve nihayet bun-

dan sonra işte ilacın ruhsatının alınması için gerekli belgeler toparlanıyor. İlacın ruhsatı alındıktan sonra dördüncü fazda birtakım, dördüncü faza geçiliyor ve denemeler yapılıyor. O halde bu fazların hepsi esas itibariyle birinci faz dışında sağlıklı insanlar birinci aşamada hasta insanlar üzerinde gerçekleştiriliyor. Dolayısıyla ilaç araştırmaları bakımından meseleye baktığımızda bu dört aşamanın da ceza kanununun deney olarak ifade edilen düzenlemesinin kapsamına girdiğini söylemek yanlış olmaz. Deneysel müdahale dediğimiz hususlar ise Türk Ceza Kanunu'nun 90.maddesinin dördüncü fıkrasında ifade edilen husus, orada dördüncü fıkrada "bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine" ifadesi kullanılıyor. Yani burada aslında son çareden bahsediliyor. Dolayısıyla bir hasta var, bu hasta denek olarak kullanılan bir hasta değil, hekimin önüne gelmiş. Hekim klasik yöntemleri de uygulamış, bu yöntemler başarılı olamamış ve hastaya son çare olarak hekim işte birtakım bilimsel kaynaklardan, internetten vesaireden yaptığı birtakım araştırmalarla, yayınlarda, kongrelerde kendisine sunulan birtakım yayınlarla böyle bir bu aşamada özellikle ikinci ve üçüncü aşamada bulunan bir preparatın söz konusu olduğunu duyuyor ve bunu hastaya uygulamak istiyor. Şimdi burada tabii hekimin bunu hastaya uygulayabilmesi için bu mahiyeti itibariyle hastanın şifa bulmasına yönelik bir faaliyet, bir tıbbi müdahale pardon bilimsel bir araştırma amacı taşımadığı için özellikle Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde ki izin şartının yani yetkili kurullardan izin şartının burada aranması birtakım sıkıntılar doğurur. Sayın Hocam bilmiyorum araştırmanız sırasında tespit edebildiniz mi bu izinler ne kadar sürede alınabiliyor? Yani muhtemelen Türkiye'nin şartlarında değerlendirdiğinizde çok uzun bir süreçtir o zaman iş işten geçebilir. Dolayısıyla 90.maddedeki diğer şartları belki arayabiliriz, bunlar netice itibariyle etik şartlardır hocamızın biraz önce ifade ettiği gibi onlar belki aranabilir ama burada aranması gereken üç husus vardır. Yani bir hastaya tıbbi müdahalede bulunabilmemiz için gerekli olan üç şart; bir endikasyonun varlığı; endikasyonun varlığı zaten hasta hekimin önünde, burada bir endikasyon zaten var, onun var olduğunu kabul ediyoruz, ikinci aşamada rızasının alınması, -aydınlatılmış rıza- evet burada yazılı rızanın alınması Türk Ceza Kanunu bağlamında arandığı için o şartı zaten uygulamamız lazım ama batılı düzenlemelere baktığımızda bu tip durumlarda rızanın yazılı olması şartı aranmıyor. Onu da belirtmek gerekir yani Türk Ceza

Kanunu'nun deneme olarak ifade ettiği hususlar da mutlaka böyle bir şart aranmıyor ve nihayet tabii mesleğe uygun kuralların uygulanması, özen yükümünün yerine getirilmesi. Hemen geçiyorum -Sayın Başkan süremin çok kısa kaldığını- şartları üzerinde durmuyorum Sayın Hakan Bey hocam bunun üzerinde detaylı durdular. Acaba sorumluluk konusunda neler söylenebilir? Kısaca onun üzerinde duralım. Şimdi insan üzerinde araştırmalar konusu üzerinde birkaç şey söyleyeceksek öncelikle bu mevzuatımızdaki dağınık yapıyı izale etmenin gerekli olduğunu söylüyorum, söylemek istiyorum. Yani bu konudaki düzenleme ceza kanununun bir maddesine ve yönetmeliğe bırakılmamalı çünkü insan vücudu üzerinde, insan üzerinde bir faaliyet yürütüyorsunuz bu tür düzenlemelerin öncelikle yasayla ve pek çok Avrupa ülkesinde ve Anglosakson'larda olduğu gibi tabii onlarda sizden biraz daha farklı Avrupa ülkeleri açısından söyleyebilirim; bir ilaç yasasının bu anlamda bizim hukukumuza kazandırılması gerekir ve bu tür hususlarında öncelikle orada düzenlenmesi gerekir ve mevzuattaki dağınık yapıya bir son vermek gerekir.

İkinci önemli husus sigorta hususu. Yani bu tür insanlar üzerinde deneysel faaliyetler, ilaç denemeleri yapılacaksa klinik deneylerin sigortayla desteklenmesi gerekiyor. Zaten bir sorumluluktan bahsettiğimizde artık modern hukukta sigortayı bundan ayrı tutabilmemiz mümkün değil. İşte, mesleki sorumluluk sigortalarından vesairden bahsediyoruz, burada da özellikle denek ve hasta kişileri korumaya muhatız, onların en kısa zamanda uğradıkları zararları karşılayabilmelerine imkân verecek sigorta düzenlemelerinin yapılması lazım. Nitekim Alman ve Fransız hukuklarında bu konuda özel düzenlemeler var. Mesela Alman kanunlarında 500 bin Euro'luk bir miktardan söz ediliyor oluşan zararlar, Alman İlaç Kanunu'nun 40.paragrafında bu hususa yer veriliyor. Ayrıca bu sigortayı, sigorta hususunu hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında mütalaa etmek lazım. Yani hekim böyle bir deneyi denekle üzerinde bu işlemi yapacaksa sigorta konusunda da gerekli hatırlatmalar yapması gerekir. En azından mevcut durum itibariyle bizde böyle bir mecburiyet olmadığı için böyle bir durumun söz konusu olmadığı dolayısıyla uğrayacağı zararlar konusunda muhtemel mağduriyeti ile ilgili olarak hekimin deneği ve hastayı aydınlatması gerekir. Tabii hasta ve gönüllü sırlarının korunması konusu da özellikle belirtilmeli. Araştırmayı yapan hekim mümkün olabilecek en yüksek yarara karşı asgari

oranda yük teşkil edecek bir araştırmayı amaç edinmeli hasta ve denek açısından. Dolayısıyla riskli alternatiflere başvurmak bir malpraktis hekim açısından teşkil edebilir. Gerek deneysel müdahalelerde gerek klinik araştırmalarda günlük tıbbi standartlara ve tedavi alternatiflerine başvurmalı, bu konuda bir meşruiyeti sağlamalı. Ayrıca klinik yöneticisi bakımından tehlikeyi önleme yükümlülüğünden bahsedilebilir. Özellikle klinik araştırma yoluyla bir tehlike kaynağı yaratan kişinin bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemleri alması gerekir. Biz buna tehlikeyi önleme yükümlülüğü diyoruz. Son derece önemli, modern sorumluluk hukukunda son derece önemli bir yükümlülüktür, buna da özellikle işaret etmek gerekir. Ayrıca ilaç araştırmalarında ekip ve organizasyon gerekli olduğu için bir organizasyon yükümlülüğünden bahsetmek söz konusudur. Tabii bunlardan neden bahsediyorum? Yükümlülük beraberinde sorumluluğu getirecektir. Muhatabın sorumluluğunun kapsamını genişletecektir. Dolayısıyla yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesi aynı zamanda sorumluluğunda kapsamının belirlenmesi anlamını taşıyacaktır. Bu organizasyon yükümlülüğü ile ilgili söyleyeceklerim vardı. Tabii bunları geçiyorum sürenin darlığı nedeniyle, inşallah ileride.

OTURUM BAŞKANI - Süremiz bitti, ben sizi tanıdığım için size zaten bir üç-dört dakika süre verdim.

DOÇ. DR. HASAN SEÇKİN OZANOĞLU - Yani üç-dört dakikada toparlamaya çalışacağım. Burada doktora karşı talepler yani araştırmayı yapan, araştırma kuruluşuna karşı talepler özellikle organizasyon yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla talepler söz konusu olur, olabilir tabii imalatçıya karşı da talepler söz konusu olabilir. Bizim konumuza girmediği için özellikle değinmek istemiyorum.

Özellikle doktora karşı talepler bağlamında aktif müspet ihmali söz konusu olabilir. Zira kötü bir ifa hareketi ile sözleşmenin ihlali zararlı bir ilaç vermek suretiyle aradaki hukuki ilişkinin ihlali olarak değerlendirilip burada aktif müspet ihlalinden söz edilebilir. Sözleşmeye dayalı birtakım talepler olabilir, özellikle hastane sözleşmesi ve hastane kabul sözleşmesi söz konusu olduğunda. Tabii burada özellikle dikkat edilmesi gereken hasta ve gönüllü hakları açısından ispat yükü ile ilgili birtakım kolaylıkların hastaya sağlanmasıdır, bu çok detaylı bir konu. Tabii yine haksız fiilden doğan talepler Borçlar Kanunu'nun 41.maddesi anlamında söz konusu olabilir. Tabii ilaçlar eğer radyoaktif madde içeriyorsa maalesef bizim hukukumuzda böyle bir tehlike sorumluluğu hali

şuan için en azından öngörülmediğinden tehlike sorumluluğu burada söz konusu olabilir diyemiyorum ama ilerleyen zamanda Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde, tasarı yürürlüğe girdiğinde orada genel bir tehlike sorumluluğu normuyla karşı karşıya kalacağız. Belki o zaman bu ilacın durumuyla ilgili tehlike sorumluluğu kurallarına, kusursuz sorumluluk ilkelerine başvurabilmek mümkün olabilecektir. Benim söyleyeceklerim özetle bu kadar. Eğer sorular olursa tabii konuyu genişletmek mümkün.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocamıza çok teşekkür ediyoruz bu aydınlatıcı bilgilerinden dolayı, bilgilendirmesinden dolayı. Gündelik hayatta sıklıkla rastlıyoruz. Nişastayı ilaç diye yutturmuşlar bize, şimdi Sayın Profesör Doktor Yener Ünver Hocamız "Sahte ilaç kullanımı nedeniyle, sahte ilaç nedeniyle cezai sorumluluktan" bahsedecekler. Sözü kendilerine bırakıyorum.

SAHTE, TAKLİT İLAÇ İLE KULLANIM SÜRESİ DOLMUŞ İLAÇLARIN SATIŞI VE KULLANDIRILMASI

PROF. DR. YENER ÜNVER

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ÖĞRETİM ÜYESİ

Sayın Başkan çok teşekkürler. Öncelikle bu mükemmel organizasyonu düzenleyen, bizi de davet eden Ankara Barosu'na çok teşekkürler ve özel teşekkürlerim Serpil Döğer Hanımefendi ile Av. Cahid Doğan Bey'e bu nezaketleri, misafirperverlikleri için.

Şimdi ben çok kısa bir halde 20 dakika içerisinde size ilaç sahteciliğiyle ilgili Türk Ceza Kanunu'ndaki iki tane maddeden bahsedeceğim. Eğer Cahid Bey bilgisayardan Türk Ceza Kanunu 186'yı yansıtabilirse, bu iki tane madde üzerinde duracağız. Çünkü temel düzenlemelerimiz onlar. Ama o hazırlanırken ben hiç olmazsa bir giriş yapayım bunları herhalde başkan süreden saymıyordur. Şimdi ilaç konusunda Profesör Erdem Büyükbingöl bize açıklamalar yaptı. Burada tabii ki önemli olan bazı kavramların kullanılmasında da bizim tıp kavram ve verilerine gitmemiz, oradaki tanımları kullanmamız. Buradaki ilaç, zehir nedir, ilaç nedir, jenerik ilaç nedir, kopya ilaç nedir buradaki tıptaki kullanım alanlarını dikkate alıyoruz. Ama belki konumla ilgili olarak dikkati çekmek istediğim bir şey jenerik ilacın veya kopya ilacın doğrudan doğruya ilaç sahteciliği olarak düşünülmemesi ya da eşdeğerli ilacın buradan bunla-

rın belki marka, fikir sanat eserleri, patent konusunda sorun çıkarabilecekleri ama burada doğrudan doğruya bunların ya da süresi dolmuş bir ilacın kullanılması veya verilmesini doğrudan doğruya ilaç sahteciliği olarak almamak gerekir. Ama diğer başka normlara vücut verebilecektir buna dikkate almakta fayda var.

İlaç konusunda hocamla ilgili, belki onun söylediklerıyle örtüşen bir önemli karar; yaklaşık bir sene önce 6 Kasım 2007'de Alman Federal Yüksek Mahkemesi Birinci Dairesi önemli bir şeyin altını çizdi; sadece üretim amacına bakmayın, üretim amacı dışında kullanım amacı, içerdiği maddelere bakın. Bazen ara üretimler veya farmakolojik yapısı o ilacın o maddenin ilaç ya da zehir sayılması konusunda belirleyici olacaktır diye önemli bir emsal içtihadı var. Şimdi sahtecilik eylemleri çok yaygınlaştı. Birazdan değineceğim özellikle hem ülkemiz bakımından hem diğer ülkelerde hatta ülkemizde ithal söz konusu olabilmekte, ülkemize getirilerek Avrupa Ülkeleri'ne gidebilmekte. Bunlarla ilgili acaba neler yapabiliriz.

Bizdeki temel düzenlemeler iki tane maddemiz var: Türk Ceza Kanunu'nun 186-187. maddeleri. Size bunları açıklamaya çalısacağım:

SAHTE, TAKLİT İLAÇ İLE KULLANIM SÜRESİ DOLMUŞ İLAÇLARIN SATIŞI VE KULLANDIRILMASI

I - GENEL OLARAK

Günümüzde ilacın değişik açılardan tanımı yapılmakta[1] ise de, ilaç, genelde üzerinde müştereken anlaşılan bir kavram olup, uygulama biçim ve yöntemine, kimyasal özelliklerine ve etkilediği biyolojik sistemlere göre sınıflandırılabilir. Daha çok güvenilir ve geniş kullanım alanına sahip sınıflandırma sistemi olarak '*Anatomical Therapeutic Chemical Classification System*' (ATC sistemi) kabul edilir.[2]

"İlaç, fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararına değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün"[3] olarak tanımlanmakta ve bu tanım as-

1 "*İlaç*, canlı hücre üzerinde meydana getirdiği tesir ile bir hastalığın teşhisini, iyileştirilmesi veya semptomlarının azaltılması amacıyla tedavisini veya bu hastalıktan korunmayı mümkün kılan, canlılara değişik uygulama yöntemleri ile verilen *doğal, yarı sentetik veya sentetik kimyasal preparatlardır*. Ticari ilaçlar ilaç firmaları tarafından üretilir ve genellikle **patentlidir**. Etken maddesinin patent süresi dolmuş ve birden çok firmanın üretebildiği ilaçlara ise *jenerik ilaçlar* denir." **Vikipedi, özgür ansiklopedi** (http://tr.wikipedia.org'dan naklen (Siteye Giriş: 02.06.2008, Saat: 08.00).

2 **Vikipedi, özgür ansiklopedi** (http://tr.wikipedia.org = Siteye Giriş: 02.06.2008, Saat: 08.00).

3 "Gerçekte ilaç geniş anlamlı olarak kullanılan bir terimdir. Eski tanımlamayla şifa, deva aracıdır. Tarih boyunca, bitkisel, hayvansal kökenli madde ve karışımlar ve mineraller deva-i madde olarak kullanılmıştır. Günümüzde de, tıbbi etkinliklerde kullanılan, biyolojik etkinliğe sahip saf kimyasal bir

lında Dünya Sağlık Örgütü'ne (WHO-DSÖ) ait ve yaygın bir kullanıma sahip tanımdır.[4]

İlaç tanımını sadece insanla ilişkilendirmek ve oluşturmak yerinde ve doğru değildir. Hayvan ve bitkilerin iyileştirilmesi ve korunması için kullanılan materyaller de ilaç olabilirler. Burada dikkat edilmesi gereken husus, insan dışındaki canlılar için kullanılan materyalin ilaç saylamayacağı değil, **TCK.nun 186. ve 187. maddelerinin, sadece insan sağlık ve yaşamını tehlikeye sokacak ilaçla ilişkili ve sınırlı düzenlenmiş olmasıdır.**[5]

Burada konunun ayrıntılı incelenmesinden önce, yukarıda belirtilen ilaç dışında, jenerik ilaç, kopya ilaç ve taklit ilaç kavramları arasıdaki farklılığa kısaca değinmek ve sahte ilaçtan farklarına gerekmektedir.[6]

Jenerik ilaç, sahte ilaç anlamına gelmeyip, orijinal ilaçlar için belirlenmiş koruma süresi dolduktan sonra, orijinal ilacı bulan firmadan izin almaksızın üretilerek satışa sunulan ilaçlardır. Jenerik ilaçlar, orijinal ilaçlarla aynı etken maddeyi, aynı miktarda içermek ve aynı *farmasötik* şekilde ve aynı *formülasyonda* olmak zorundadırlar. İşte bu nedenle, *jenerik* de olsa, bu ilaçta yapılan sahtecilik eylemlerini de bu incelediğimiz hükümler nazarında ve kapsamında değerlendirmek gerekir. Ancak bir ilacın kullanımında endikasyonun etki ve gerekliliğini bu konu ile karıştırmamak gerekmektedir[7].

madde veya saf madde ile eşdeğer olan bitkisel, hayvansal kaynaklı standart madde karışımı genelde ilaç olarak tanımlanmaktadır Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımı ise ağırlıklı olarak, ilacı biyolojik sistemle ilişkileri bakımından tanımlamaktadır. Oysa iktisat açısından meta, en yalın biçimiyle, değişim için üretilen bir emek ürünü olarak tanımlanmaktadır ve ilaç da, kullanım değerine sahip, değişim için üretilen herhangi diğer bir meta veya maldan farklılık göstermez. Kısaca, tüm metalarda olduğu gibi ilacın kullanım ve değişim olmak üzere iki değeri bulunmaktadır. Bu bakımdan ilacı, ekonomi-politik açısından da yerli yerine oturtmak gerekir. Bu anlamda yapılan tanımlamalar da bulunmaktadır. Buna göre ilaç "fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, kullananın yararına değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen, bu nedenle değişim için üretilen, onsuz olunmaz nitelikte", "toplumsal" bir madde ya da ürün olarak ifade edilmektedir. "Onsuz olunmazlık" özelliği ilacın talep elastikiyeti ile ilgilidir. Bu çerçevede, ilacın farmakolojik tanımı, onun görünen, ön yüzünü oluştururken, iktisadi içsel özellikleri tıbbi değerine başka özellikler de katmaktadır."**ABACIOĞLU**, Nurettin. İLAÇ: Meta Özellikleri Bakımından İrdelenmesi., (http://www.universite-toplum.org = Siteye Giriş: 30.05.208, Saat: 09.00). Türk ve Alman hukukundaki kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yapılan ilaç tanımları için bkz.: **YENERER ÇAKMUT** Özlem. Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda).

4 İlacı sadece insanla ilişkilendiren ve diğer canlılar için kullanılan materyali bu tanımın dışında tuttuğu için yerinde bulmadığımız bir tanım için bkz.: **ERMAN**, Sahir-**ÖZEK**, Çetin. Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, (TCK 369-413), İstanbul 1995, sh:189 ve **PARLAR**, A - **HATİPOĞLU**, M. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2, (Madde 141-345), Ankara 2007, sh: 1395.

5 Karş.: **YENERER ÇAKMUT**, Özlem. Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187)., in: M.Ü. Hukuk Fakültesi –Roche İlaç Müstahzarları San A.Ş. İlaç Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No: 2, İstanbul 2007, sh: 137.

6 Bkz.: **ÜNVER**, Yener. Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu açısından Endikasyonun Etkisi., in: M.Ü. Hukuk Fakültesi –Roche İlaç Müstahzarları San A.Ş. İlaç Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No: 2, İstanbul 2007, sh: 55 vd.

7 Bkz.: **YENERER ÇAKMUT**, Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda) ve orada gösterilen

Kopya ilaç ile **sahte ilacı** da birbirine karıştırmamak gerekir. Kopya ilaç, telif, marka ve patent hukuki sorunlarına yol açar ve ilgili mevzuattaki suçların oluşumuna neden olur ise de, sahte ilaçla eşanlamlı bir kavram değildir. *Sahte ilaç*, yazılı olandan farklı içeriğe sahip olan veya aktif bileşenleri içeriğinde bulundurmayan veyahut gerektiği oranda bulundurmayan ya da sahte etiket yapıştırılmış ilaçlardır[8]. Orijinal ilacın da sahte ilacın da sahtesi yapılabilir ve yapılmaktadır.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında, **bir ilacın sadece üretim veya kullanım amacına bakılarak değerlendirilemeyeceğini, içerdiği maddelere de bakılması gerektiği, bazen ara üretimler ilaç olarak kabul edilebileceği gibi, bazen de oluşturulan karışımın farmakolojik yapısı, ağrı kesici-azaltıcı özelliği ile insan bedeninde kullanılması da o materyalin ilaç veya uyuşturucu madde olarak kabulünde veya içeriği azaltılmış ve fakat aynı ilaç sayılıp sayılmamasında etkili**[9] olduğuna karar vermiştir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, son yıllarda, taklit ve özellikle sahte ilaçların üretiminde büyük bir artış gözlemlenmektedir. Hatta sahte ilacı tespit etmek, yapılan sahteliğin farkına varılabilmesi ve bunu engellemek için geliştirilen mekanizmalar kolaylıkla aşılabilmektedir. Bunda yüksek teknolojinin önemli bir katkısı vardır. Sadece ilaçlar değil, prospektüsleri ve ambalajları ve hatta ilaç üstünde yüksek teknolojiyle oluşturulan ve sahtesinden ayırt etmeye yarayan işaretler dahi aslından kolaylıkla ayırt edilemeyecek biçimde yapılmaktadır.[10] Kullanım süresi dolmuş ilaçların toplanarak, sonradan üretilen yeni ambalaj kutu ve prospektüsleriyle yeniden piyasaya sürülmesi eylemleri de bu nedenle son yıllarda artış ivmesi kazanmıştır. İlaç satım ve dağıtımında internetin kullanılması, eylemlerin büyük haksız kazanç getirisi nedeniyle çoğunlukla organize bizimde gerçekleştirilmesi ve mevzuattaki eksiklikler bu eylemlerin artışında önemli ölçüde etkili olmaktadır.

Bu konuya ilişkin Türk ceza hukukundaki asli düzenlemeler TCK. nun 186 ve 187. maddelerinde düzenlenen suç tiplerine ilişkin hükümlerdir[11]. Buna karşılık tebliğimin başlığındaki davranış modellerini tek tek ele alarak incelediğimizde bu iki suç tipi yanında dolandırıcılık,

kaynaklar.

8 **YENERER ÇAKMUT**, Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda).

9 BGH 1 StR 302/07., 06. 11. 2007.

10 Bu yöntemler, Dünya ülkelerine ilişkin sayısal veriler ve bunun ülke güvenliği ve ekonomisi için sakıncaları için bkz.: **YENERER ÇAKMUT**, Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda).

11 Bu suç tipleri için özellikle bkz.: **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 126 vd.

ticarete hile karıştırmak, suç işlemek için örgüt kurma, zehirli madde katma ve olası kastla adam öldürme ve yaralama suç tiplerinin de somut eylemler açısından uygulama alanı bulabileceği görülmektedir. Hatta burada, TCK dışındaki bazı mevzuatın kısmen de uygulama alanı bulabilmesi mümkündür:

Örneğin eyleme konu madde zehir ise ve yenilecek-içilecek şeylere katılırsa, TCK.nun 185. maddesindeki zehirli madde katma suçuna vücut verecek, eylem sağlığa aykırı madde temini niteliğinde ise bu kez TCK.nun 194. maddesindeki suç tipinin ihlaline vücut verecek ve bu tür bir maddenin üretimi söz konusu ise TCK.nun 193. maddesindeki suç tipi ihlal edilecektir[12].

Bu nedenle, suç tiplerine ilişkin düzenlemeleri tek tek ele alarak tebliğ konusu davranışların değerlendirilip ve ilgili kanuni düzenlemelerin amaca uygunluk açısından yeterliliklerinin sorgulanmaları gerekmektedir.

Bu incelemede, klasik suç tipi incelemesi metodu yerine sadece iki husus önplana çıkarılarak bir inceleme yapılmalıdır: 1) Tebliğ konusuna ilişkin davranış modellerine odaklı suç tipi incelemesi ve 2) Suçun unsurları açısından önemli, sorunlu veya farklı ve özellikli hususlar içeren noktaların incelenmesi.

II - BOZULMUŞ VEYA DEĞİŞTİRİLMİŞ GIDA VEYA İLAÇLARIN TİCARETİ SUÇU

Bu suç TCK.nun 186. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kanuni düzenlemeye göre, "*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilâçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adlî para cezası verilir.*"

1) **Fail**:

Bu suç özgü bir suç olmayıp, her gerçek kişi fail olabilir. Tüzel kişilerle ilgili özel bir düzenleme olmadığı için, tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.

Ancak suçun failinin özel bir statüde bir kimse olması durumuyla ilgisi olmamakla birlikte, **suçun resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi durumunda faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılacaktır** (fıkra: 2).

12 Belirtelim ki, mülga TCK.nun 396-397. maddelerindeki suç tipleri 5237 sayılı TCK'n aynen alınmamakla birlikte, TCK'nda farklı bir içerikle 194. madde düzenlenmiştir.

Faillik açısından madde metni birkaç açıdan eleştirilmelidir.

Öncelikle, kural olarak **tüzel kişilerin ceza sorumluluğu**na (=kanuni faillik statüsüne) kişisel olarak karşı olmakla birlikte, bu sorumluluğa TCK'nda yer verildikten sonra, bu suçta tüzel kişilere bir ceza yaptırımı uygulanmaması eleştirilmelidir. Bu suç niteliği gereğince çoğunlukla tek başına veya gerçek kişilerle iştiraken ya da suç örgütü kapsamında tüzel kişilerce işlenir ve tüzel kişi tarafından bu suçun işlenmesi hem kolay hem mağdur ve suçtan zarar görenleri kolaylıkla kandıracak ve keza suçu işlemek açısından daha elverişlidir. Paravan olarak kullanılan tüzel kişiler için bu suç açısından da bir ceza yaptırımı düzenlenmeliydi.

İkinci olarak, belirli mesleği icra eden özel statüdeki kimselerin bu suçu işlemesi cezayı artırıcı neden sayılmalıydı. Sadece suçun belirli bir meslek veya sanat kapsamında işlenmesinin cezayı artırıcı neden sayılması yeterli olmamıştır. Bu bağlamda en azından, **kamu görevlilerinin bu suçu işlemesi** cezayı artırıcı neden sayılmalıydı ve TCK. m. 187/2'deki gibi doktor ve eczacılarınla ilgili bir hükme yer verilmeliydi.

Üçüncü olarak, bu suça ilişkin cezayı ağırlatıcı neden belirtilirken, "*..suçun belirli bir **meslek ve sanatın** icrası kapsamında işlenmesi...*" biçiminde ifade edilmesi, Türkçe kullanımı açısından hatalı olduğu gibi, hükmü amaca aykırı biçimde daraltıcı etki yaratmıştır. Bu ifadedeki '***ve***' bağlacı yerine '***veya***' bağlacı kullanılarak, ceza artırımı için suçun hem bir mesleğin hem de bir sanatın icrası kapsamında işlenmesinin aranması yerine, bunlardan birisinin icrası kapsamında işlenmesi ceza artırımı için yeterli görülmeliydi.

2) Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer:

Türk kanunkoyucusu, bu suçu ***Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*** içinde düzenlenmiştir. Madde metnindeki suçun cezalandırdığı davranış modeli ve suçun tehlike suçu olarak düzenleniş biçimi itibariyle bu doğru olmakla birlikte, arka planda insanların yaşamı, vücut bütünlüğü, malvarlığı ve haklı rekabet ortamındaki ticaret hakkının da korunduğu göz ardı edilmemelidir.

Bu suçla birden fazla hukuksal değerin korunması amaçlanmaktadır ve bu nedenle de caza yaptırımının bu değerleri dikkate alarak düzenlenmiş yeterli caydırıcılığa sahip bir tür ve miktarda olması gerekirdi. Halen, bu suç için öngörülen ceza miktarı anlamsız derecede hafiftir.

3) Tipe Uygun Eylem Unsuru:

Suçun **maddi konusu**, yenilecek veya içilecek **her türlü şeyler** veya

ilaçlardır. Aşağıdaki çalışmada, ilacın yukarda değinilen değişik tanım ve özelliklerine dikkat edilmekle birlikte, esas olarak buna ilişkin hukuki düzenlemeler dikkate alınacaktır. Nitekim bu nedenle, **insan dışındaki canlıların sağlık veya hayatı tehlikeye sokan şey veya ilaçlar** da, yenilebilir veya içilebilir şey veya ilaç olmakla birlikte, **TCK'nun incelenen maddelerindeki düzenlemelerde** "*insan yaşam veya sağlığını tehlikeye sokan veya zarar veren ilaç veya yenilebilir veya içilebilir şeyler*" **dikkate alındığı için, burada ilgili suçun tipe uygun eylem unsurunun üzerinde gerçekleştirildiği veya araç olarak kullanılan maddi konusunu oluşturmayacaktır**. Suç tipi insana odaklı olarak tipik davranışları yasakladığı için, hayvan ve/veya bitkiler üzerinde gerçekleştirilen bu tür hareketler bu suç tipi açısından tipik eylem unsurun vücut vermeyecektir.

Gaz niteliğindeki materyal, eğer ilaç ise bu maddenin maddi konusu olabilecek iken, ilaç değilse, **yenilebilir ve içilebilir terimleri kapsamında olmadığı için, bu suçun maddi konusunu oluşturmayacaktır**. Bu takdirde, TCK. m. m. 186 ve 187 yetersiz olmaktadır[13]

Keza ilaç (veya gıdaların) vücuda asıl alındığı bu suç açısından önemsiz olup, mutlaka yenilmek veya içilmek suretiyle olması gerekli değildir.

Aynı şekilde, suçun tipe uygun eylem unsuruna vücut vermek kaydıyla, yani *hukuksal değeri ihlale elverişlilik ve somut tehlikeyi yaratmaya elverişlilik koşulunu taşımak kaydıyla* **bu ilaç veya şeyin miktarının önemi yoktur**: *ancak bu elverişlilik her somut olayda her maddi konu ve eylem açısından ayrıca değerlendirilmeli* ve genel-götürü yaklaşımlardan kaçınılmalıdır.

Bu suçun tipe uygun eylem unsuru **seçimlik hareketli** olarak düzenlenmiş olup, seçimlik davranış modelleri, kişilerin hayatını veya sağlığını tehlikeye sokacak biçimde **bozulmuş, değiştirilmiş** her türlü yenilecek veya içilecek **şeyler** veya **ilaçların satılması** veya **tedarik edilmesi** ya da **bulundurulması**dır.

Bozmak eylemi eğer yenilebilip içilebilecek şeye zehir katmak biçiminde ise, diğer koşulları var ise **TCK.nun 185. maddesindeki zehirli madde katmak suçu olur;** buna karşılık **zehir değilse,** bu takdirde ise TCK.nun 186. maddesi değil, bunu ilaç üretmek olarak kabul ederek TCK.nun 187. maddesi kapsamında değerlendirmek gerekir. Made met-

13 Karş.: **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 136.

ninin bu açıdan tamamlanması gerekmektedir. Hem made metninde *'gazlar'* da düzenlenmeli hem de yenilebilip içilebilme dışındaki vücuda bu maddelerin verilişi hareket modelleri de suç tipince içerilmelidir.

"**Bulundurmak**" davranış modeli açısından ***mülga TCK* daha doğru bir düzenleme içermekteydi.** Çünkü, mülga TCK'nda (m.395) bulundurma davranışının mağaza, dükkan veya depoda yapılması aranmaktaydı. **halen meri TCK.nun 186. maddesinde bu kayıt düzenlenmediği için, "evde bulundurmak" da bu madde kapsamında sayılacaktır. Bu düzenleme şekli ve yaklaşımı amaca aykırı biçimde geniş de olsa, kanuni tip bu yorumu gerektirmektedir.** Evde bulundurmanın kamu sağlığı açısından herhangi bir etkisi ve sonucu bulunmadığı gibi, bu düzenleme biçimiyle bu suç tipinin mevcut düzenleme mantığından da uzaklaşılmıştır.

Bu seçimlik davranış modellerinden hepsinin veya iki tanesinin ya da sadece birisinin yapılması, suçun tamamlanması için gerekli ve yeterlidir. Hepsi veya ikisi yapılsa dahi, eylem ve zaman birliği kapsamında olmak kaydı ile, tek suça vücut verecektir. Daha önce yapılan davranış suç tipini ihlal edecek ve diğer seçimlik hareketlerin yapılması, aynı suç ve fail ya da failler var oldukça, "cezalandırılmayan sonraki hareketler" kapsamında değerlendirilecektir.

Bu seçimlik davranış modellerinin hangisi yapılırsa yapılsın, suçun **bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi**, yani eylemin kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş veya değiştirilmiş şey veya ilaçlarla gerçekleştirilmesi gerekli olduğu için, somut olayda, ***bu tehlike suçunun işlenebilmesi için***, suçun maddi konusunun **1) hem** kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte bulunması **2) hem de** bu şey veya ilacın bozulmuş veya değiştirilmiş olması gerekmektedir. "*Üretim*" niteliğindeki davranışı söz konusu olduğunda, TCK. nun 186. maddesini değil, somut uygulamada artık 187. maddesini dikkate almak gerekir. Somut eylemin suç teşkil edebilmesi açısından, **tipik seçenekli davranışlardan en az birisinin şekli olarak gerçekleştirilmesi yanında, ayrıca belirttiğimiz bu iki özelliğin de varlığı zorunludur.** Bunlardan birisinin yokluğu, suçun tipe uygun eylem unsurunun yokluğu nedeniyle, suçun oluşumunu engelleyecektir. **Madde başlığındaki** (kanımca pek bir fonksiyonu olmayan) **'ticareti' ifadesi bizi yanıltmamalıdır. Bu suç, bozulmuş veya değiştirilmiş ilaç veya şeylerin satılması, tedariki veya bulundurulmasını değil, bu nitelikteki şey**

veya ilaçların insanların yaşamı veya sağlığını tehlikeye sokacak elverişlilikte bulunması kaydı ile, belirtilen tipik davranış modellerini cezalandırmaktadır.

Dolayısıyla sadece kullanım süresinin geçmesi, o ilacın bu davranışlardan birisine konu olması durumunda bu suça vücut vermeyecek, suçun oluşumu için kullanım süresi geçen ilacın hem bozulmuş veya değiştirilmiş olması hem de o anda insan yaşamı ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte bulunması gerekmektedir.

Madde metninde tipe uygun eylem hatalı kaleme alınmıştır. Tipe uygun eylemin tipik neticesi olarak düzenlenen **somut tehlikeyi doğuracak elverişlilikte olması gerektiğinin ifadesi için kullanılan 'kişilerin hayatını ve sağlığını' ifadesi suçun uygulanma (=koruma) alanını amaca aykırı ve anlamsız bir biçimde daraltmıştır.** Buradaki '***ve***' bağlacı yerine '***veya***' bağlacı kullanılmalıydı. Çünkü bir kimsenin hayatını tehlikeye sokabilecek nitelikte bir şey veya ilaç her halükarda sağlığını da tehlikeye sokmaya elverişli olmakla *birlikte*, **bir kimsenin sağlığını tehlikeye sokacak bir şey veya ilaç her zaman o insanın aynı zamanda hayatını da tehlikeye sokacak nitelikte değildir, olamaz.** Oysa, bu suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer, suçun düzenlenmesindeki amaç ve mantık kuralları, bir şey veya ilacın insan yaşamını da sağlığını da tehlikeye sokmasını önlemektir. **O nedenle bu iki özelliği zorunlu olarak her eyleme konu maddi konu açısından zorunlu olarak birlikte aramak yerine, bu iki hukuksal değerden birini veya diğerini tehlikeye sokabilecek özelliğinin varlığı yeterli sayılmalıydı**; doğal olarak bir somut olayda her iki değeri de tehlikeye sokacak nitelikteki bir şey veya ilaç zaten bu suçun belirtilen unsurunu oluşturacaktı. Madde metninin değiştirilerek, suçun maddi konusu şey veya ilacın *insan hayatını **veya** sağlığını tehlikeye sokacak özellikte* olmasının gerektiği düzenlenmeli ve fakat bu iki değeri de aynı zamanda zorunlu olarak tehlikeye sokacak bir nitelikte olması gerektiği aranmamalıdır. **Maddenin mevcut haliyle suçun maddi konusu şey veya ilaçta bu iki özellik aynı anda aynı eylem açısından birlikte mevcut olmazlarsa, örneğin bir şey veya ilaç kişinin sadece sağlığını tehlikeye sokmaya elverişli olur ve fakat yaşamını tehlikeye sokmaya elverişli olmazsa bu suç tipi ihlal edilmiş olmayacaktır.**

Maddenin tipe uygun eylem unsurunun düzenlenişi açısından yanıltıcı bir husus ise, madde başlığında her ne kadar suç tipi, 'bozulmuş

veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ***ticareti*** olarak adlandırılmış ise de, bu husus yanıltıcı olup, suçun seçimlik nitelikte düzenlenen üç tane hareket unsurundan sadece '**satmak**' davranışı bu başlığa uygun olup, diğer seçimlik davranış modellerinden '**tedarik etmek**' ve '**bulundurmak**' hareketleri başlıkla uyumlu değildir. Bu nedenle, tipik eylem unsuru için bu davranışların ticaret anlamında anlaşılması gerekli olmadığı gibi, aşağıda da görüleceği üzere, **suçun manevi unsuru açısından da failin ticaret saik veya amacıyla hareket etmesi de gerekli değildir.** Maddenin kenar başlığındaki 'ticareti' terimi yanlış ve suçun tümünü ifade etmek açısından yetersiz olup, madde başlığı bu açıdan

Diğer taraftan, bu suç yukarıda belirtilen biçimde **'tehlikeye elverişlilik' koşulu olmayan** şeylerin satılması veya bulundurulması ya da tedarikini cezalandırmamaktadır. Ayrıca, elverişlilik koşulu gerçekleşmediği ve bu koşul suç tipi kadar ilgili suça teşebbüs açısından da bulunması gereken bir suç olduğu için, bu incelenen suça teşebbüsten de söz edilemeyecektir. Ancak Kanun bu maddede ayrı bir fıkra olarak ya da ayrı bir maddede, bozulmuş veya değiştirilmiş veyahut kullanım süresi geçmiş ilaçların en **azından satılmasını ve kullanılmasını da cezalandıran bir düzenlemeye yer vermeliydi.** Bu son belirttiğimiz nitelikteki davranışları, ceza yaptırımı daha hafif de olsa, bir soyut tehlike suçu olarak düzenlemeliydi. Halen bu nitelikli satma eylemi diğer koşulları da varsa dolandırıcılık veya ticarete hile karıştırmak suçuna vücut verebilecektir.

Bu suç somut tehlike suçu olup, tipik davranışlarla suçun işlenip tamamlanabilmesi için, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her türlü yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satmak veya tedarik etmek ya da bulundurmak eyleminin gerçekleştirilmesi gerekir.

Burada kullanılan "*biçimde*" ifadesini, '**nitelikte, elverişlilikte, uygun v.s.**' olarak anlamak gerekir. Eğer eylemde araç olarak kullanılan şeyler, daha doğru bir ifadeyle, **suçun seçenekli maddi konuları bu elverişlilikte değillerse, bu takdirde tipik bir eylem olmadığı için, ne suçun tamamlanmasından ne de suça teşebbüsten söz edilmeyecektir.** Suçun işlenebilmesi için hem bu maddi konuların bozulmuş veya değiştirilmiş olması hem de insan yaşamı ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte (=biçimde) olması gereklidir.

Madde metninde belirtilen yenilecek veya içilecek her tür şey ifade-

si, madde başlığıyla uyumlu olarak, **gıda** olarak anlaşılmalıdır. Ancak burada, o şeyin yenilecek veya içilecek şey olması yeterli olup, herkes tarafından gıda olarak kabul edilip **yenilip içilmesi gerekli değildir. Sınırlı sayıda** veya **belirli kimselerin** yiyip içtiği şey olması dahi, suç tipinin ihlali için yeterlidir.

Madde metninde belirtilen nitelikteki şey veya ilaç, fail tarafından ***ücretsiz* tedarik edilir veya bulundurulursa**, maddenin yanıltıcı kenar başlığına karşılık, "satmak" davranışı hariç, diğer davranışlar açısından ücret karşılığı yapılmak gerekmediği ve suç tipinde failin bedel (ücret=yarar=karşılık) amaç veya saikiyle hareket etmesi de aranmadığı için, yine suç tipinin ihlaline vücut verecektir. **Buna karşılık, ücretsiz verilir veya bağışlanırsa, parasız dağıtılırsa, (mülga TCK'ndan farklı olarak) bu eylem TCK. m. 186 kapsamında cezalandırılabilecek bir eylem değildir.**

Tebliğ başlığındaki davranış biçimleri bu suç tipi açısından değerlendirilerek bir tespit yapılması gerekirse:

Sahte ilaç, bozulduğu veya değiştirildiği için sahte olan bir ilaç ise, **sahte ilacın satılması**, diğer koşul ve unsurların varlığı koşuluyla bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu nitelikteki **sahte ilacın kullandırılması**, satarak, tedarik ederek veya bulundurarak bir kimseye kullandırmak biçiminde gerçekleşirse, bu olasılıklar da bu maddenin uygulanma alanı içinde olacaktır. **Süresi dolmuş ilacı satmak veya yukarıda belirtilen anlamıyla kullandırmak** biçimindeki davranış ise, kullanım süresi dolan ilaç madde metnindeki diğer iki özellik ve koşulu da taşıyorsa bu madde kapsamında ele alınmalı, buna karşılık **süresi dolmakla birlikte insanların yaşam ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte değilse** bu suça vücut vermeyecektir. Buna karşılık, taklit davranışı bir üretimi gerekli kıldığı için, gerek **taklit ilaç satışı gerek taklit ilacın kullandırılması** davranışlarının bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve diğer unsur ve koşulları var ise, TCK.nun aşağıda incelenecek olan 187. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayım. Çünkü 'taklit' davranışı, bir anlamda 'üretim' anlamına gelir. Yenilecek veya içilecek şey veya ilacı ***bozarak*** satmak, tedarik etmek veya bulundurmak ya da kullandırmak eylemi, TCK. m. 186'da (tıpkı TCK.m.185'de olduğu gibi) 'bozarak kişilerin hayatını veya sağlığını tehlikeye sokmak' eylemi düzenlenmediği için, koşulları var ise TCK.nun 185. maddesindeki suç tipini, bu suçun koşulları yok ise

genel kurallar gereğince adam öldürmeye teşebbüs veya yaralamak suçu ya da yaralamaya teşebbüs kapsamında değerlendirmek gerekecektir.

Her ne kadar[14] hem TCK.m.186'da hem de TCK.m.187'de '**satma**' eylemi cezalandırılmakta ise de, **TCK.m.187'deki düzenlemenin amaç cezalandırılan hususun, insanın sağlık ve hayatını tehlikeye sokacak biçimde üretilen ilacın satılmasını** önlemektir.

Bu suç açısından 'değiştirme' eylemini ise, kısmen farklı bir şey oluşturulduğu için, **üretim** olarak kabul etmek[15] ve üretim eyleminin TCK. nun 187. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, bu suçun tipe uygun eylem unsuru, üretilen ve satılan ilacın insanların hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde üretilmiş olan ilaçların satılması ve bulundurulması olarak anlamak gerekir. Eğer ilaç, bu tür bir nitelikte değil ise ve fakat ilaç satmaya yetkili olmayan bir kimse tarafından satılıyor ise, burada TCK.nun 187. maddesi değil, belki *Eczacılar Ve Eczaneler Hakkında Kanun*'un hükümleri ihlal edilmiş olacaktır[16].

Keza, **İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu**'na 4348 sayılı Kanun ile eklenen 5. maddesine göre, 1262 sayılı Kanun'un 18. maddesi kapsamındaki bir ilaç üreticisinin sağlığa zararlı ilaç üretiminden sorumluluğu açısından, mülga TCK'nun 395. maddesinde suçun yalnızca 'üretilen ilaçları yiyen veya içenlerin sıhhatini hafif veya ağır surette bozmaya sebep olacak şekilde tağşiş veya tağyir eden veya bu gibi şeyleri satan veya veren veya mağşuş ve sıhhate zararlı olduğunu bildiği halde satılmak üzere mağaza veya dükkanında bulunduran ve gıdaları ve ilaçları bu surette tağşişe, taklit veya tağyire yarayan maddeleri bu hususlarda kullanılacağını bilerek satan veya tedarikine yol gösteren veya yardım eden' kimselerin cezalandırılıp, bu nitelikteki bir ilacı üretmeyi cezalandırmadığı halde, **Yargıtay** suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ederek ve kıyas yaparak, sanki 'üretmek' eylemi de bu madde kapsamında imiş gibi üreten kimseleri de bu madde (mülga TCK. m. 395) uyarınca cezalandırmaktaydı[17].

Ayrıca **Yargıtay**, bu maddeyi uygularken, üretilen ilacı yiyen veya

14 Karş. **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 133.

15 Ayrıca bkz.: 8. CD. 23. 12. 1992., E. 12652, K. 15339 (=**ERMAN**, Sahir-**ÖZEK**, Çetin. Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK. m. 369-413)., İstanbul 1995, sh: 175).

16 Bkz. aynı yönde: 10. CD. 06. 05. 2002., E. 2002/17439, K. 2002/18699.

17 Bkz. 4. CD. 06. 12. 1999., E. 1999/8869, K. 1999/10181. Belirtelim ki. Madde metninde sadece yiyen veya içen kimsenin sağlığına vereceği zarar düzenlenmekle birlikte, ilacın serum veya iğne v.s. suretiyle vücuda alınması işbu madde metninde düzenlenmemişti.

içen kimsenin sağlığını bozabilme niteliği açısından da (kanunda bulunmayan) bir ayırımı uygulamada yapmakta ve **ilacın verebileceği zararın 'doğrudan' olması durumunda bu eylemin TCK.nun 395. maddesi kapsamında** kaldığını; buna karşılık, **ilacın bu olası etkisinin 'dolaylı' olması örneğin beklenen tedavi etkisinin yetersiz kalacağı, dolaylı olarak az veya çok sağlığa zararlı olabileceği durumlarda ise bu eylemin 1262 sayılı Kanun kapsamında cezalandırılması gerektiğ**ine karar vermiştir[18]. Oysa, mülga TCK.nun 395. maddesinde bu tür bir ayırım yoktu ve **bu yanlış uygulamanın 5237 sayılı TCK uygulamasında sürdürülmemesi gerektiği kanısındayım.**

4) Suçun Manevi Unsuru:

Suçun manevi (=sübjektif) unsuru genel kasttır; özel kast aranmamaktadır. Bu suç taksirle işlenemez. Maddenin kenar başlığı bizi yanıltmamalıdır. Satmak dışındaki diğer iki seçimlik davranışın ticaret ile ilgisi bulunmadığı gibi, suçun oluşumu için failin ticaret amaç veya saikiyle hareket etmesi de gerekli değildir.

Doktrindeki bazı yazarların görüşünü aksine, bu suçun manevi unsuru özel kast değildir ve failin suçu işlemiş sayılması için kişilerin yaşamını tehlikeye atmak kastıyla hareket etmesi şart değildir.[19]

Suçun **olası kast**la işlenebilmesi mümkün olmakla birlikte, burada olası kast nedeniyle ceza indirimi hukuksal dayanaktan yoksundur (TCK. m. 21/2) ve yerinde bir düzenleme değildir.

Ancak bu suçtaki tipik eylemlerin **taksirle** gerçekleştirilmesinin cezalandırıl**maması** hatalı olmuştur. Özellikle bu suçtaki tipik davranış modellerini ve korumayı amaçladığı hukuksal değerleri dikkate alırsak, **bu eylemlerin taksirle gerçekleştirilmesinin de, sınırlı biçimde dahi olsa, suç olarak düzenlenmesi gerektiği açıkça görülmektedir.** En azından konunun ne olduğu, niteliği v.s.'de taksirle (*kaçınılabilir yanılma* = TCK.m.30/1) olabilir ve keza gıda veya ilacın bu niteliklerine dikkat edip denetlemeden satabilir, tedarik edebilir veya bulundurabilir. Bu olasılıkların da madde metninde düzenlenmesi gerekirdi. Bu madenin halihazırdaki durumu, bu açıdan önemli bir boşluk içermektedir. Ancak bu maddenin mantık, *ratio legis* ve gerektirdiği yaptırımın düzenleniş biçimi ve miktar ve niteliği açısından bir boşluk var ise de, bu boşluğu bu tür taksirli eylemlerin hiç cezalandırılmadığı davranışlar

18 4. CD. 06. 12. 1999., E. 1999/8869, K. 1999/10181.

19 Karş.: **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 135, 143, 144 ve 147

olarak değerlendirmemek gerekir; bu suç tipi taksirle işlenemez ise de, halen mer'i düzenlemeye göre bu tür taksirli davranışların varlığı halinde somut olayın koşullarına göre *taksirle* adam öldürme veya *taksirle* müessir fiil (yaralama) suçuna vücut verebilecektir.

5) Suça Teşebbüs

Buradaki 'biçimde' ifadesini bu şeylerin belirtilen tehlikeyi doğurmaya elverişliliği biçiminde anlamak gerekir; yoksa bu ifade satmak, tedarik veya bulundurmak için madde metninde düzenlenmemiştir.

Tipik eylem unsuruna vücut verebilecek davranış modelleri olan **satmak** ve **tedarik etmek** davranışları yapılmaya başlanmakla birlikte failin iradesi dışındaki nedenlerle tamamlanmaları engellenebileceğinden, **teşebbüse** elverişli olduğu hususu kuşkusuzdur. Madde metninde ayrık bir ifade biçimi kullanılmamakla birlikte, **bulundurmak** davranışının gerçekleştirilmesi de doğası gereği **bulundurmanın varlığını kabul edebileceğimiz makul bir sürenin geçmesini gerektirdiğinden**, bulundurmaya başlamakla birlikte henüz o kadar bir süre geçilmeden buna failin iradesi dışında bir neden son vermişse burada da suça teşebbüsten söz edilecektir.

Yurtdışından sahte ilaç ithali sadece TCK.nun 187. maddesine teşebbüs olarak cezalandırılabilecektir. Oysa bu suçun gerektirdiği cezanın son derece hafif olması nedeniyle, bu eyleme uygulanacak ceza yaptırımının uygulamada bir anlam ve önemi olmayacaktır.

Kaldı ki, bizatihi kullanmak amaçlı uyuşturucu madde bulundurmanın cezalandırıldığı veya kullanmak ve bulundurmak amaçlı yurtdışından uyuşturucu madde ithali ağır cezalandırılırken, ilaç sahteciliğinin yurtdışında yapılmasının ülke içinde cezalandırılması için bu eylem gurubunun ceza normlarının yer itibariyle uygulanması açısından uluslar arası/koruma ilkesi kapsamına alınmayışı, en azından TCK.nun 13. maddesinde düzenlenmeyişi önemli bir çelişki ve eksikliği ifade etmektedir.

6) Suçların içtimaı:

Bu suçun bir **örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi** veya bu alana ilişkin suç işlemek için örgüt kurmaya ilişkin ayrık bir hüküm bulunmamakla birlikte, suç işlemek için örgüt kurma suçu ilaca ilişkin suçlar açısından da söz konusu olacaktır ve özel bir içtima hükmü bu-

lunmadığı için, failin hem ilaca ilişkin TCK'ndaki suç hem de suç işlemek için örgüt kurmak, bu örgüte üye olmak v.s. suçundan cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Bulundurma davranış modeli zorunlu olarak mütemadi (kesintisiz) bir suç tipi niteliğindedir.

Bulundurma biçimindeki davranış biçimi hariç, satmak ve tedarik[20] halleri, bu davranışların birden fazla mağdura karşı tek ve aynı hareketle yapılması kaydı ile, zincirleme suça vücut verebilecektir.

Mağdurun aynı kişi olması (TCK. m. 43/1) veya aynı ve tek eylemle farklı mağdurlara aynı suç işleme kararı (TCK. m. 43/2) ile satma halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

III - KİŞİLERİN HAYATINI VE SAĞLIĞINI TEHLİKEYE SOKACAK BİÇİMDE İLÂÇ YAPMA VEYA SATMA SUÇU

Bu suç tipi TCK.nun 187. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası verilir. (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*".

Önc**elikle belirtelim ki, bu suç tipi yukarıda incelenen suç tipinden farklı olarak sadece ilaç**larla ilgili olup, gıdalarla ilgili değildir; suçun maddi konusu gıda değil, sadece ilaçtır.

Fail:

Bu suçun failin herkes fail olabilir; özgü bir suç değildir.

Mülga TCK'nda bu suç özgü suç iken (failin ancak tıbbi madde satmaya yetkili kimse olabilmesi), **yeni TCK bu suçu özgü suç olmaktan çıkarmıştır.**

Tüzel kişiler bu suçta fail olamazlar; oysa (tüzel kişiler TCK kapsamında tutulduğu sürece) olması gereken hukuk açısından **tüzel kişilerin de bu suçun faili olabileceği düzenlenmeliydi.**

Fail, tabip, eczacı ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında fiili gerçekleştiren kimse ise, failin cezası artırılacaktır (fıkra: 2). **Oysa, TCK.nun 186. maddesinde bu tür bir düzenleme bulunmamaktadır; orada da olmalıydı.**

Her ne kadar doktrinde TCK.nun 187/2. maddesinde, tabip ve ecza-

20 Karş.: **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 140.

cının ayrıca zikredilmesinin, aynı cümlede sözü edilen izne dayalı yürütülen bir meslekten söz edilmesi nedeniyle anlamsız bir tekrar olduğu belirtilmiş ise de, **tabip ve eczacının failliğine atıf yapılırken, meslek ve sanattan söz edilirken ise failin statüsüne değil, fiilin bu meslek ve sanatın icrası kapsamında yapılmasından söz edilmesi dolayısıyla gereksiz bir ifade biçimi olarak algılanmaması gerekir.** Burada **failin bu meslekten olması değil, failin tabip veya eczacı olması ya da izne dayalı olarak yürütülen bir mesleğin icrası kapsamında** suçun işlenmesi halidir.

Burada "meslek ***veya*** sanat"tan söz edilmek yerine "meslek ***ve*** sanat"tan söz edilmesi yanlış ve yanıltıcı olup, bu iki terim arasındaki bağlacın ve yerine veya olarak düzenlenmesi amaca daha uygun ve yerinde olurdu.

Tipe Uygun Eylem Unsuru

Tipe uygun eylem unsuru kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme veya satmaktır.

Bu suç tipi, **seçimlik hareketli bir suç**tur. Suç tipi *üretmek* veya *satmak* biçimindeki iki seçimlik hareket modeliyle işlenebilir. Örneğin eczanelerin ilaç üretimi, suçun diğer unsurları da varsa, bu madde anlamında tipik bir davranış olarak kabul edilmek gerekir[21]. Bu iki hareketten en az birisinin yapılmış olması kaydıyla, tek bir hareketin veya her iki hareketin de yapılmış olmasının ortada tek bir suçun varlığı açısından önemi bulunmamaktadır. Bu hareketlerden birisi yapılmış ise, diğeri tamamlanmada istek dışı yarıda kesilse dahi, suç tamamlanmıştır ve teşebbüs hükümlerinin değil tamamlanmış suç hükümlerinin uygulanması gerekir; icrasına başlanılan seçimlik ilk hareket yarıda kesilmiş failin kastı ispatlanabiliyor ve ikinci seçimlik harekete ise hiç başlanılmamış ise, suça teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir.

Madde metnindeki seçimlik hareketler sınırlı sayıdadır ve bunlar uygulamada kıyas yoluyla veya genişletici yorum yoluyla genişletilerek tipik olmayan eylemler de madde metni kapsamına alınmamalıdır. Doktrinde bazı yazarların (*Erman* ve *Özek*) [22] aksi görüşü savunduğu bir vakıa olup; bu hatalı bir yorumdur.

Bu suç, bir **somut tehlike suçu**dur. Suçun işlenebilmesi veya bu suça teşebbüsün mümkün olması için, somut olaydaki eylemin kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretmek veya satmak

21 Ayrıca bkz.: 6197 sayılı **Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun** m. 41 vd.
22 Bkz.: **MALKOÇ**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, sh: 809.

biçiminde gerçekleştirilmesi gerekmektedir: suçun oluşumu için ayrıca bir zararın doğması gerekli değildir.

Madde metninde somut tehlikenin üzerinde yaratılacağı hukuksal değerlerin, başka bir ifadeyle, **suçun maddi konusu seçenek hukuksal değerlerden (maddi konulardan) sadece birisini tehlikeye sokmak, suçun oluşumu için yeterli sayılmalıydı. Maddenin mevcut haliyle her iki maddi konunun** (hayat ve sağlık) **da tehlikeye sokulacağı biçimde seçimlik davranışlar olan üretmek veya satmak davranışlarından en az birisinin yapılması zorunludur**. Bu iki maddi konu arasındaki ***ve*** bağlacı yerine **veya** bağlacı kullanılsaydı, madde metni amaca uygun ve Türkçe olarak da doğru bir düzenlemeye yer verilmiş olurdu.

Satılan veya üretilen **ilacın miktar ve değerinin ne olduğu önemli değildir**. Önemli olan, bunun **insanın hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde satılması veya üretilmesi**dir.

Tipik eylem unsuru, tüketim süresi geçmiş bir ilacın satılması suretiyle de işlenebilir. Yeter ki, bu ilaç insan hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde satılmış olsun. Buna karşılık, sadece reçetede yazılı bir ilaçtan farklı ilacın verilmesi bu suçu oluşturmaz. Verilen ilacın belirtilen somut tehlikeyi doğurmaya elverişli olması gerekir[23]. Bu nedenle, bu somut tehlikeyi yaratmayacak biçimde ve ilgilinin rızası ile eczanede olmadığı için reçetede yazılı olan ilaç yerine aynı evsafta bir ilacın verilmesi tek başına bu suç açısından tipik eylem unsurunun oluşumu için yeterli değildir[24].

Olması gereken düzenleme açısından, madde metnindeki '***satan***' teriminin daha iyi ifade edilmesi gerekirdi: Burada kullanılması gereken ifade biçimi, **'ve bu biçimde üretilen ilacı satan'** biçiminde değiştirilmelidir. Burada satışın niteliği önemsizdir ve satış tek başına insan sağlık ve yaşamını tehlikeye sokamaz, burada önemli olan **ilacın bu tehlikeyi taşıması ve satılan ilacın bu nitelikte olmasıdır.**[25] Belirttiğimiz biçimde düzenlenseydi, eylemin TCK. m. 186 veya 187'den hangisini ihlal ettiği hususunda herhangi bir tereddüt doğmazdı.

Suçun oluşumu için bu nitelikte bir ilacın **üretilmesi** veya **satılması** gerekir. **Fail ilacı satmazsa, bedelsiz/ücretsiz verirse, bağışlarsa bu**

23 **EROL**, Haydar. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu., 2. Cilt, Ankara 2007, sh: 2094.

24 2. CD. 08. 05. 1984., E. 4268, K. 4966; 2. CD. 15. 10. 1986., E. 7425, K. 7055 ve 2. CD. 19. 11. 1985., E. 8272, K. 9275 (=**MALKOÇ**, İsmail. Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu., Ankara 1999, sh: 809). Ayrıca karş.: 765 sayılı mülga TCK. m. 397.

25 Karş.: **YENERER ÇAKMUT**, Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK. m. 186-187), sh: 146.

davranışı bu suçu ihlal etmeyecektir; ancak kasten veya taksirle adam öldürme veya yaralama suçlarına vücut verebilir. Buna karşılık, kasten yapılmak kaydı ile, ücret karşılığı bir ilaç yerine başka bir ilacın alıcıya verilmesi, üretimin de aynı failce yapılması veya bu şekilde üretildiği failce bilinen bir ilaç ise, bu suça vücut verecektir. Bu suç taksirle işlenemeyeceği için, bir ilaç yerine taksirle başka bir ilacı vermek, bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Oysa, gerek taksirli davranış gerek belirtilen nitelikteki bir ilacı ücretsiz verme eylemi de suç olarak düzenlenmelidir.

Satma davranışından farklı olarak, üretim davranışının bedel karşılığı olması gerekli değildir; bedel karşılığı olmaksızın üretme halinde de bu suç tipi ihlal edilmiş olacaktır.

Tedarik etmek, sunmak, erişilebilir kılmak v.b. davranışlar maddede düzenlenmediği için bu davranışlar suça vücut vermez. Esasında, bunlar da suç olarak düzenlenmeliydi. Burada, sadece deney veya deneme amaçlı olarak bu tür bir ilacın verilip kullandırılması TCK. m. 90'daki suç tipini ihlal edebilir.

Ne madde kenar başlığında ne de maddedeki kanuni tipte, **ilacın ticaretinden söz edilmemiştir**: bu üretim evde olsa dahi failin bu iki seçimlik hareketten en az birisinin yapması, bu usça vücut verecektir.

Suçun Manevi Unsuru

Bu suç kasten işlenebilir. Olası kastla işlenebilmesi mümkündür; ancak olası kastın varlığı halinde failin cezasının indirimi (TCK. m. 21/2) hatalı bir düzenlemedir ve bunun TCK. m. 62 kapsamında cezanın ferdileştirilmesi faaliyeti çerçevesinde hakime bırakılması gerekirdi. Suçun oluşumu için, ayrıca bir özel kasta gerek bulunmamaktadır.

Bu suçta düzenlenen ihlal biçimlerinin, en azından üretim veya bir ilaç yerine başkasına vermek biçimindeki davranışın, taksirle gerçekleştirilmesinin de bu madde kapsamına alınması gerekirdi.

IV – YARGITAY'ın DOGRUDAN OĞRUYA BU SUÇ TİPLERİNE İLİŞKİN UYGULAMASI

Aşağıda Yargıtay'ın inceleme konusu ile ilgili olarak verdiği kararlar özet olarak belirtilip değerlendirilecektir:

Yargıtay'a göre; bir ilaç yerine diğer ilacı vermek eylemi hakkında TCK değil, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 25. maddesi atfıyla 44. maddesi uygulanır[26].

26 2. CD. 15. 5. 2006.

Oysa, bu Kanun'un 44. maddesine göre (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./172.mad), bu Kanunda yazılı olan yasaklara ve mecburiyetlere muhalif hareket edenlere, **fiilleri suç oluşturmadığı takdirde ve** bu Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde ikiyüz Türk Lirası *idarî* para cezası verilir. Madde metninde belirtilen nitelikte bir ihaç, başka bir ilaç yerine kasten verilirse, bu suç tipleri değil ve fakat kasten adam öldürme veya yaralama suç tipleri ihlal edilebilir. Burada Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun değil, öncelikli olarak TCK hükümleri uygulanmalıdır.

Yargıtay'a somut olayda ilaçtaki bozulmanın nedenine bakılmalıdır: Eğer ilaç saklama kusurundan dolayı bozulmuş ise sanık beraat etmeli ve buna karşılık eğer ilaç üretim hatasından kaynaklanırsa faili suçtan sorumlu tutmak gerekir[27]. Oysa madde metninde bu tür bir ayırım bulunmamaktadır. Önemli olan, ilacın maddede belirtilen nitelikte olmasıdır.

Yargıtay'a göre, damla yerine draje hap vererek mağdurun cismen ezaya maruz bırakılması halinde sanık hakkında TAKSİRLE adam yaralama suçu işlenmiş olur[28]. Burada dikkat edilmelidir ki, eylemin kasten gerçekleştirilmesi durumunda, ticarete hile karıştırmak ve/veya dolandırıcılık suçu ve somut olayda tipik neticenin gerçekleşmesi kaydıyla ve suçların içtimaı hallerine vücut verebilecek bir biçimde ayrıca olası kastla adam öldürme veya müessir fiil (yaralama) suçu işlenmiş olacaktır. Failin eylemini hangi manevi/sübjektif unsurla yaptığı dikkate alınmadan genel bir şablon tarzında her zaman için yaralama suçuna vücut verdiğini kabul etmek, hatalı bir değerlendirmedir. Fail bu eylemini kasten de yapabilir.

V - SONUÇ VE ÖNERİLER

Suç tipleri çok özensiz ve Türkçe açısından birçok hatayı içerir biçimde düzenlendiği için, kanunilik ve özellikle de belirlilik ilkeleri açısından sakıncalar ve eksiklikler içermektedir; bunların kanuni değişikliklerle giderilmesi gerekmektedir.

Suç tiplerinin düzenleniş biçimleri ve özellikle de suçun tipe uygun eylem unsurunun düzenleniş biçimi, adeta bu suçları baştan ölü doğmuş, çoğu somut vakada uygulanamaz kılacak biçimde düzenlenmiştir.

27 4. CD. 18.6.1998. Aynı yönde: 4. CD. 13. 7. 1998) (Malkoç, sh: 807).

28 2. CD. 15.10.1986. **Yargıtay**'a göre, TCK'nun bu maddesinde ilaç yapımından söz edilmiş olduğu için, imal edilmiş ilaçları reçeteye aykırı olarak vermek eylemi gerçekleştirildiği zaman, fail tarafından *ilaçta sahtecilik yapılmadığı için*, bu suçu oluşturmaz (2. CD. 5. 8. 1984).

Özellikle TCK.nun 186 ve 187. maddelerinin karşılığı olan mülga TCK. nun 495 -407. maddelerindeki düzenlemelerin bir iki maddeye sıkıştırılacak biçimde düzenlendiği dikkate alındığında, bölüm başlığı ve suç isimlerinin pek anlamının olmadığı, suçun uygulanmasının engellenmesi için gereken gayretin bilerek veya bilmeyerek gösterildiği anlaşılmaktadır. Suç tipleri, bu halleriyle, sembolik ceza hukukun bile hizmet edecek elverişlilikte değillerdir.

İlaç araştırmalarının yapılması kaçınılmazdır. Hukuk ve bilim işbirliği yapmalı ve hukuksal değerlerin ve bunların içinde en üst sırada gelen insan yaşam ve sağlığının korunması için hem bilimsel araştırma ve sanat özgürlüğü korunup geliştirilmeli hem de bu alandaki suiistimalleri önleyici mekanizmalar geliştirilmelidir. Bu bağamda, ilaç araştırmaları da, yukarıda incelenen suç tiplerini ihlal etmeyerek yapılmaya devam edilecek ve edilmelidir.[29] Bu AR-GE çalışmaları güvenlik normları ile desteklenmiş hukuki normlarla desteklenmeli, artan bütçe açıklarımızda, ihracat / ithalat dengemizin bozularak dış borçlanma yükümüzün artmasında da önemli bir payı olan ilaç sektöründe yaşanan bu dışa bağımlılık yok edilmeli veya asgari hadde indirilmelidir. "Küreselleşme sürecinin dayattığı bu açmaza karşı ulusal çıkarlarımızı gözetecek, **ilaç üretimini özendirecek, teknolojik yatırımları ve araştırma- geliştirme (AR-GE) faaliyetlerini destekleyecek, ulus ötesi şirketlerin baskılarına karşı başta fiyat denetimi olmak üzere etkili bir denetim mekanizmasıyla ulusal pazarımızı koruyacak ilaç politikalarının oluşturulması zorunludur.**"[30] Ancak, ilaç araştırmaları için

29 Bu açıdan, "tedavide kullanılan yeni ilaçlar ve gelecek öngörüleri, ilaçta araştırma ve geliştirme (AR-GE) kavramının tanımıyla ve aynı zamanda bu sürecin tarihiyle ve yönelimleriyle ilgilidir. AR-GE tedavide kullanılacak, *endikasyon* alanı ya da alanları hedeflenmiş yeni moleküllerin keşfinden, bunların etkin ve ruhsatlı bir ilaç formu olarak sağlık otoritesince tanıması ve denetlenmesini içeren her türlü yöntem ve uygulamayı içinde barındıran bir süreçtir... İnsan üzerinde kullanılabileceği öngörülen aday ilaç molekülleri çeşitli *farmasötik* biçimlere getirilerek ve ilgili etik kuruldan mutlaka izni alınarak gönüllü sağlam ve hasta denekler üzerinde denenir. Klinik denemeler başlıca dört basamaktaki dönemsel çalışmalar ile gerçekleştirilir. Bunlar i) Faz I, ii) Faz II, iii) Faz III ve iv) Faz IV çalışmalardır. Belirtelim ki, son yıllarda *genomik* ve *proteomik* gibi yeni gelişen bilimlerle, ilaç geliştirilmesinde büyük aşamalar... kaydedilmektedir. Son dönemde geliştirilen ilaçlar hastalığı yenmek için insan vücudundaki proteinler ve vücut tarafından üretilen diğer maddeler (örn. antikorlar) kullanılarak üretilen ilaçlardır. Bu tür ilaçlar, *biyoteknolojik* ilaç olarak tanımlanırlar. Günümüzdeki gelişim çizgisi içinde bu ilaçlar kanser, diyabet, hemofili, kalp hastalıkları, bulaşıcı hastalıklar, *multiple skleroz, romatoid artrit* ve *sistik fibrozis* tedavisinde kullanılmaktadır. Biyoteknolojik ürünlerin geliştirilmesi daha etkili ve daha az yan etkili ilaçların bulunmasına olanak sağlamaktadır. Ayrıca, örneğin diyabet tedavisinde *insülin*, kanserli hastalarda *eritropoetin* gibi bazı hastalıklarda yeterli miktarlarda bulunması mümkün olmayan *insan proteinleri*nin büyük miktarlarda üretimi sağlanabilmektedir.", **BAŞGUT**, Bilgen-**ABACIOĞLU**, Nurettin. İlaç Sanayiinde Araştırma Geliştirme ve Yeni İlaç'dan özetlenerek naklen (http://www.universite-toplum.org/text.php3?id=247 = Siteye Giriş: 30. 05. 208, Saat: 09.30). Ayrıca bkz.: **YENERER ÇAKMUT**, Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda).

30 Bkz.: **ÜÇER**, Ali Rıza. İlaç Fiyat Kararı (http://www.universite-toplum.org = Siteye Giriş: 01.06.2008,

yalnızca TCK. m. 90'ın varlığı yetersizdir; burada yeni düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Mutlaka bir İlaç Kanunu yapılmalıdır. Halen Türkiye'de bir ilaç kanununun olmaması büyük eksikliktir. Fikir ve sanat eserleri ile marka ve patent alanına ilişkin olanlarla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hariç, bu alandaki diğer tüm düzenlemeler yönetmelik ve tüzük niteliğindeki düzenlemelerdir. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik buna örnektir. Bu Kanunda ilgili suç tipleri eksiklikleri giderilerek düzenlenmeli ve ilaç hukuku alanı açısından bilimsel verilere uygunluğu saptanamayan, aykırı üretilmiş tehlikeli ilaçlarla ilgili düzenlemelere de yer verilmelidir.

Bu suç tipleriyle ilgili olarak, tüzel kişilere ceza hukuku yaptırımı öngörülmelidir.

Doping eylemleriyle ilgili ceza hukuku düzenlemelerine de yer verilmelidir. Bu düzenlemelerin yapıldığı kanunda, bu eylemlerle birlikte uyuşturucu maddelere ilişkin suçlarla da ilinti kurulmalıdır.

Doktrinde TCK.nun 186. ve 187. maddelerinde düzenlenen her iki suça ilişkin cezaların caydırıcı olmadığı ve eğer bu suçlara konu eylemler karşılığında caydırıcı cezalar öngörülürse, bu yaptırımların toplumdaki bireyleri suç işlemekten caydırma anlamında genel önleme fonksiyonu göreceği ileri sürülmektedir[31]. Bu bağlamda, CMK.nun 231. maddesindeki mahkumiyet hükmünün açıklanmasının ertelenmesi kurumunun kapsamının son kanun değişikliği ile oldukça genişletildiği dikkate alınarak, bir taraftan ilgili suçların cezaları artırılırken diğer yandan da cezanın alt sınırı en az üç yıl olarak düzenlenmelidir.

Suç ortaklığı (suça iştirak) kurumuna ilişkin hükümler halen TCK'nda var olmakta devam etmektedirler; iptal edilmiş değillerdir. Her suça ***iştirak*** halinde işlendiği iddia edilen suçu **örgütlü suçluluk olarak kabul edip, hem ilgili suçtan hem de ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak, üye olmak, yönetmek suçundan cezalandırılması iddiasıyla dava açılması veya mahkumiyetlerine karar verilmesi hukuka aykırıdır**; uygulamada buna dikkat edilmelidir.

Bu hükümlerin uygulamasında cezaların şahsiliği ilkesine uygun bir uygulama yapılmalı ve üçüncü şahsin eyleminden sorumluğa gidilmemelidir.

Saat: 12.00).

31 **YENERER ÇAKMUT,** Türk ve Alman Hukukunda "İlaç" (Baskıda).

İlaç sahtecili eylemleri sadece ulusal sınırlar içerisinde işlenen suçlar olmayıp, sıklıkla ciddi gayrimeşru kazanç getirisi nedeniyle organize biçimde ve sınıraşan suçluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde bu suçun sınıraşan biçimde işlenmesini önlemek için başta Almanya ve İsviçre olmak üzere Avrupa Birliği ülkelerinin çalışmaları vardır. Nasıl insanlık için önemli hastalıkların (örneğin *Aids* hastalığı) doğması ve yayılmasının önlenmesi veya tedavisi için uluslar arası işbirliği yapılıyor[32] ise, ilaç sahteciliği için de bu tür bir uluslar arası mücadele işbirliğine ihtiyaç vardır.

Burada son olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen suç tipleri dışında, ilaç sahteciliği eylemleri gerçekleştirilirken, eylemin gerçekleştiriliş biçimine göre, yukarıdaki suçlarla birlikte veya tek başına başka suçlara da vücut verebilecektir. Bu bağlamda örneğin belirtilen türdeki bir davranış, 5149 sayılı Kanun ile değişik 551 sayılı KHK'nin 73/A maddesindeki[33] suçları ihlal edebilecektir. Keza, TCK.nun 186. e 187. maddelerindeki tipik eylemler olmamakla birlikte, yapılan davranışlar içilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katma biçiminde olur ve maddedeki diğer suç unsurları da gerçekleşirse, ister kastlı ister taksirli eylem olsun, TCK.nun 185. maddesinde düzenlenen zehirli madde katma suçu işlenmiş olabilecektir. İlacı üretim, geliştirme ve/veya üretme eylemleri, diğer unsurlar da olmak kaydı ile TCK.nun 90. maddesindeki insan üzerinde deney ve/veya deneme suçlarına vücut verebilecektir. Çünkü, ilaç firmaları ilaç üretmek, yeni ilaç bulmak, ilacın yan etkilerini öğrenmek veya yeni bir tedavi yöntemi geliştirmek için aslına uygun üretilen bir ilacı insanlar üzerinde denerse, koşul ve unsurları olmak kaydı ile, TCK.nun insan üzerinde deney veya deneme suçları ihlal edilmiş olur. Bu deney veya deneme uygulamasına-araştırmasında araç olarak kullanılan ilaç aynı zamanda sahte ise, deney veya deneme suçu yanında ayrıca ilacın sonradan değiştirilmesi veya baştan sahte üretilmesine göre TCK.nun 186. veya 187. maddelerindeki ilaç sahteciliğine ilişkin suçlardan birisi de ihlal edilmiş olur. İlacın içeriği ve yapılan davranışın tür ve gerçekleştirilme biçimi itibariyle uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu (TCK. m. 188), uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma (TCK. m. 190), zehirli madde imal ve ticareti suçu (TCK. m. 193), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK. m. 194), mühürde (TCK.

32 İlaç konusunda örnek bir proje için bkz.: **Forschen und Helfen - für die Weltgesundheit**., in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10. 06. 2008, nr: 133, sh: 84.

33 Bkz.: 3.11.1995 Gün ve 4128 sayılı Yasa (RG 7.11.1995, No.22456).

m. 202) veya belgede (TCK. m. 204 vd.) sahtecilik suçları işlenmiş olabilecektir. Örneğin, ilaç sahteciliği olmaksızın sadece ilaç kutusu ve/veya prospektüsü sahte imal edilir ve kullanılırsa, özel evrakta sahtecilik suçu oluşacaktır. Bu belgelerde sahtecilik yapılması ve bunların kullanılması yanında ilaç ta da sahtecilik yapılırsa, bu durumda TCK.nun 186. veya 187. maddesi yanında özel evrakta sahtecilik suçu da işlenmiş olacaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki, özel belgede sahtecilik çok hareketli bir suçtur, ya sahteciliği yapan kimse aynı zamanda o evrakı kullanmalı veya başkasının yaptığı sahteciliği bildiği halde o sahte evrakı kullanmalıdır. Keza bu eylemlerle bağlantılı olarak sıklıkla, suç işlemek için örgüt kurma (TCK. m. 220 vd.), ihaleye fesat karıştırmak (TCK. m. 235), edimin ifasına fesat karıştırmak (TCK. m. 236), zimmet (TCK. m. 247 vd.), irtikap (TCK. m. 250), denetim görevinin ihmali (TCK. m. 251), rüşvet (TCK. m. 252), görevi kötüye kullanmak (TCK. m. 257), kamu görevlisinin ticareti (TCK. m. 259), tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirilmesi (TCK. m. 174) suçları ile 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 24 vd., 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Hakkında Kanun'un 18 vd. maddelerindeki düzenlemelerin ihlal edildiği iddiası gündeme gelebilecektir. TCK.nun 186. ve 187. maddeleri hem yeni tarihli bir kanun olduğu için, sonraki norm olma özelliğini hem de sahte ilaç üretimi, satılması v.s. konusunda özel norm niteliğini haizdir[34].

Mülga TCK.nun 396 ve 397. maddelerini tümüyle karşılayan bir düzenlemeye TCK'nda yer verilmemesi önemli bir eksiklik olup, yalnızca TCK. m. 194'ün getirdiği düzenleme bu açıdan yeterli değildir. Bu eksiklik yapılacak bir kanun değişikliği ile TCK açısından giderilmelidir.

Bu iki suç tipinin gerektirdiği ceza yaptırımları çok hafif olup etkinlik ve cezanın amaçlarını hayata geçirebilmekten aciz olduğu gibi korumayı amaçladığı hukuksal değerlerin anlam ve önemiyle de uyumlu değildir.

Uygulamada bazı alanlara ilişkin olsa dahi, tarım Bakanlığı'nın ilaç ruhsatı vermesi uygulaması son derece hatalı ve tehlikeli olup, gerek bu iki suç tipinin engellemeye çalıştığı davranış modellerinin artmasına ve ortaya çıkarılmasına engel olacak gerek oldukça tehlikeli ve

34 Karş.: 4. CD. 25. 03. 1998., E. 812, K. 1338 ve 4. CD. 01. 11. 1994., E. 4778, K. 8995 (=**MALKOÇ**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, sh: 807); 4. CD. 21. 02. 1986., E. 731, K. 1308 (=**ERMAN-ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK. m. 369-413), sh: 196, dipnot: 15).

zararlı ilaçların 'gıda' tavsifi altında tehlikeli bir biçimde piyasaya sürülerek bir taraftan birey yaşam ve sağlığı üzerinde zararlı sonuçlara yol açarken diğer yandan bu alanda haksız rekabete neden olacaktır.

Bitki ve hayvanlarla ilgili ilaç sahtecilinin de TCK'na düzenlenmesi gerekir. bu davranış tür ve biçimleri nadiren doğrudan ama daha çok dolaylı yoldan da olsa, insan yaşam ve sağlığı ile ilgilidir. Bunlarla mücadele gerekliliği ile TCK.nun 186. ve 187. maddelerinde düzenlenen suçların koruma alanındaki davranışlar ile bu eylemler arasında kayda değer bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Her ne kadar TCK.nun 186. maddesinde 'gıda'ların da aynı düzenleme kapsamında olduğu ifadelerine yer verilmiş ise de, bu belirtilen amaç için yetersizdir. Hayvan ve bitkilerde kullanılan maddeler de ilaçtır ve insanı doğrudan ilgilendirmektedir. Buna karşılık, TCK. m. 186 ve 187'deki suç tiplerinin tanımında sadece insan yaşam ve sağlığına odaklı bir düzenleme yapılması, bu eylemlerin çoğu gerçekleştiriliş biçimlerini bu suçların kapsamı dışına itmiştir: yapılacak kanun değişikliği ile, insan yaşam ve sağlığını dolaylı a olsa ciddi biçimde olumsuz etkileyen bu davranış biçimlerinin de bu suçlar kapsamın alınması veya bu doğrultuda yeni suç tiplerinin düzenlenmesi gerekmektedir.

Sabırla dinlediniz, çok teşekkürler, saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocama çok teşekkür ediyoruz. Ben söz verirken nişastayı ilaç diye, ilaç görünümünde basmış ve piyasaya sürmüş ise bu acaba sahte ilaç olacak mı dedim, insan hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmediği takdirde bunun 186 kapsamında değerlendirilmeyeceğini ancak olsa olsa marka hakkının ihlali falan, dolandırıcılık olabileceğini öğrenmiş bulundum, teşekkür ediyorum. Şimdi son olarak sözü Sayın Cahid Doğan Beyefendiye veriyorum. İlaç kullanımı konusunda ortaya çıkan zararlardan cezai sorumluluk konusunda bizleri aydınlatacaklar, buyurun Cahid Bey.

İLAÇ KULLANIMI DOLAYISIYLA ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDAN CEZAÎ SORUMLULUK

AV. CAHİD DOĞAN

T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI HUKUK MÜŞAVİRİ
KAMU YÖNETİMİ BİLİM UZMANI
ANKARA BAROSU SAĞLIK HUKUK KURULU ÜYESİ

1. Genel Olarak

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre, *"Tabip ve diş tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*

Tabip ve diş tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dinî ve mezhebî, ahlâkî düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimaî seviyesi, mevkiî ve siyasî kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azamî dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir." Hekim teşhiste dikkat ve özen yükümlülüğüne, tedavi sürecinde de ilaç hakkında gerekli bilgilere sahip olmalı ve kullanım dozlarını bildirmelidir.*"Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tâyinde serbesttir."*(TDN. Md.6).[1] Hekim istenilen veya istediği firmanın ilacı(pharmaceutical product) değil, hasta için yararlı olan ilacı reçeteye yazmak zorundadır.

1 İspenciyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu, Kanun No: 1262, Resmî Gazete Tarih : 26.05.1928, Sayı: 898.

İspençiyarî (Eczacılık) ve Tıbbî Müstahzarlar(Hazırlar, Hazırlanmışlar): *"Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılarak âmillerin ismiyle veya hususi bir nam altında, ticarete çıkarılan tababette müstamel her nev'i basit ve mürekkep devâî tertiplere ispençiyarî ve tıbbî müstahzarlar ismi verilir"*(Md.4/1f). "İlaç, insana bir hastalığını iyi ettiği veya önlediği beyanı ile verilen şeydir. Diğer maksatla kullanılmakta olan şeyler ilaç sayılmaz"(Rouen İstinaf Mahkemesi, 24 Ocak s.51 II.165)[2] Beşerî Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği 4/c maddesine göre, ilaç; *"c) Beşerî Tıbbî Ürün/Ürün: Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu,"* ifade eder.[3] En yeni ilaç tanımı:*"n) İlaç/beşeri ilaç: Hastalığı önlemek, teşhis etmek ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde veya maddeler kombinasyonunu "* ifade etmektedir.[4] Ürün sorumluluğu kapsamında ilaç için 22/02/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna çok fazla dayanmıyoruz; çünkü ilacın kendi ürün güvenliğine ilişkin 11/04/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 23/6/1983 tarihli ve 2857 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu hükümleri bulunmaktadır. Üretim, ruhsatlandırma depolama, dağıtım, satış ve herhangi bir hata tespitinde geri çekilmesi ayrıntılı olarak düzenlendiğinden ilgili mevzuatlar uygulanıyor.

1.1. Roma Hukukunda

Oniki Levha Kanunu, VIII. Levha, 25. Madde *"Venenum(içilecek ilaç) (kelimesini) söyleyen (buna) kötü ya da iyi (kelimelerini) eklemek zorundadır; nitekim ilaçlar da venenum'lardır."*

2 BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbî Mes'uliyet, (Esaslar/Tipik Vakıalar), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul–1953, s. 199.

3 Beşerî Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarih:19.01.2005, Sayı: 25705.

4 Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Tarih:23.12.2008, Sayı:27089. Yönetmeliğin 36. maddesiyle, " (1) 29/1/1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile 30/7/2000 tarihli ve 24125 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tanı ve Tedavi Protokolleri Etik Kurulu Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır."

Gaius, 1. IV ad XII tab. , (D., 50, 16, 236, pr.) : *"Qui Venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum; nam et medicamenta venena sunt"*

"Venem diyen şahıs iyi mi yoksa kötü mü (ilaç mı yoksa zehir mi) olduğunu belirtmesi gerekir...."

Iustınıanus, Inst. 4, 18, 7 *"...Eadem lege et venefici capite dommantur, qui artibus odiosis, tam venesis vel susurris magicis, homines occiderunt vel mala medicamenta publice vendiderunt"*

"...Aynı kanun, zehir verenleri, nefreti şayan yöntemlere başvurarak zehir ve büyü ile bir şahsı öldürenleri veya zararlı ilaçları alenen satanları da, şahsiyetin kaybedilmesi ile cezalandırır."

(D.,9, 2, 8, pr.): *"Eğer bir ilacı yanlış kullanmışsa, aynı durum geçerlidir; ancak aynı şekilde hekim ameliyatı gerektiği gibi yapmışsa; fakat sonraki tedaviyi ihmâl etmişse sorumluluktan kurtulamaz, aksine ihmâlden sorumlu tutulur."*

1.2. İslâm Hukukunda

Hekimler için genel olarak; *"sözleşmeden doğan sorumluluk"* ve *"haksız fiil sorumluluğu"* olmak üzere iki çeşit sorumluluktan söz edilir. Hekim ile hasta veya hasta yakınları arasında yapılan sözleşme ile teşhis ve tedavi sözleşmesine başlanmışsa sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusudur. Eğer hekim herhangi bir sözleşme yapmadan hastaya müdahale etmişse haksız fiilden dolayı sorumluluk söz konusudur. İslâm hukukunda bu şekilde isimlendirme ile ayrım yapılmamış olsa da uygulamanın kendisinde bu ayrım görülmektedir. İslâm hukukçuları tıbbî müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu haksız fiil ilkelerine göre belirlemeyi tercih etmişlerdir. İslâm hukukçuları tedavi hizmeti sunan şahıslara *"ecîr-i müşterek (ortaklaşa ücretli)"*[5] olarak nitelendirip onlarla ilgili hükümler bu bağlamda düzenlenmiş olmaları, hekimlerin tedavi faaliyetlerinden dolayı sözleşme dolayısıyla sorumlu olacaklarını gösteren bir delil olabilir.[6] Hekim hukuka aykırı sonucu istememekle beraber onun oluşmaması için gerekli özeni göstermezse ihmâlde bulunmuş olur. *"Tıpta bilinen sınırı istemeksizin aşmak"* olan ihmâl; sözgelimi

5 DOĞAN, D. Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, 11. Bası, İz Yayıncılık, Yayım yeri yok 1996, s.319. "Ecîr-i müşterek: Kiralayandan başkasına çalışabilen ücretli" ye denir. Herkesin işini yapan zanaatkâr.

6 KAYA, Ali: "İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu", İslâmî Araştırmalar Dergisi, TEK-DAV, Cilt:17, Sayı:4, Ankara-2004, s.300.

hastalığa uygun olmayan ilacı önermektir.[7] Zarar, doğrudan hekimin eyleminden kaynaklandığı gibi önerilen bir ilacın yan tesiri veya müdahalenin sirayeti sonucu dolaylı olarak meydana gelmişte olabilir. Her iki durumda da zarar söz konusu olur. Zararın dolaylı olması sorumluluğu ortadan kaldırmaz. İşte bu nedenle İslâm hukukçuları, hastalığa uygun düşmeyen bir ilaç önermek suretiyle gözün görme fonksiyonunun kaybına neden olan hekimi sorumlu tutmuşlardır.[8]

İlaç geliştirme konusundaki bunca gayret, Peygamber Efendimizin *"Allâh hiçbir hastalık indirmedi ki, şifasını da indirmemiş olsun"* ve *"Allâhu Teâlâ Hazretleri hastalığı da, ilacı da indirmiştir ve her hastalığa bir ilaç vermiştir. Öyleyse tedavi olun. Ancak, haram olan şeyle tedavi olmayın"* Hadis-i Şerifleri vardır.[9] *"İnsanların en hayırlısı, insanlara faydası dokunandır."* Hâdis-i Şerif gereği, sağlık çalışanların öncelikle hastasına yarar sağlaması beklenirdi. Hekime verilen tıp sanatı insanlara faydalı olmayı sağladığından, sanatların en şereflisi sayılmakta idi.[10] Hekim tanımadığı ilaçları kullanmamalıdır.[11] Peygamber Efendimiz " *Tıp ilminî bilmeden tıbbî müdahalede bulunanın tazmin sorumluluğu vardır."* Hadis-i Şerifi ile, hekimlerin tıbbî müdahalede bulunması gerektiğini, aksi pozisyonda bulunan şahısların tazminat sorumluluğu olduğunu düzenlemiştir.

"Hacı Mustafa oğlu Veli'nin boynundaki hanâzir hastalığına ilaç ederken ölümüne sebep oldu diye kardeşler Alemşah, Ali ve Selim Bursa'da cerrah olan Abdullah oğlu Rıdvan'ı 1560'da mahkemeye şikâyet etmişlerse de daha sonra davalarından vazgeçmişlerdir."[12]

1. Eczacıların Teşhis ve Tedavi Yetkisi

6197 Sayılı Kanunun 37. maddesine göre; *"Tabiplerin; eczanelerde hasta kabul etmeleri yasaktır. Ancak kaza ve âni bir tehlikeye uğrayarak eczaneye gelen veya getirilen kimselerin ilk tedavisinin yapılması caizdir."*[13] Mezkûr hüküm sözünde; hekimlerin eczanede hasta kabul etmelerini yasaklamış olup, kaza ve âni tehlike neticesi eczanede hastaların muayene edebileceklerini söylemektedir.

7 KAYA, Ali: a.g.m. s. 301.
8 KAYA, Ali: a.g.m. s. 303.
9 BOZKURT, Yıldız; "İlaç Sektöründe Genom"http://www.zaferdergisi.com/article/?makale=737 (Erişim Tarihi: 14/11/2007, Saat: 16.10).
10 SARI, Nil: "Osmanlı Hekimliğinde Tıp Ahlâkı", Osmanlılarda Sağlık – I, Editör: Coşkun YILMAZ/ Necdet YILMAZ, Biofarma İlaç Sanayiî ve Ticaret A.Ş. İstanbul–2006, s.210.
11 SARI, Nil: a.g.m. s.211.
12 DÜZBAKAR, Ömer: "Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri", Türkiye Klinikleri Sayı:13, Ankara–2005, s.107.
13 Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6197, Kanun Kabul Tarihi: 18/12/1953 Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 24/12/1953 Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 8591.

Eczacılar aldıkları eğitim sayesinde yoğun bir ilaç bilgisine sahip olmaları nedeniyle ilaçların daha etkin ve daha az riskle kullanılmasını sağlayabilecek konumdadırlar.[14] Eczacılar tıbbî faaliyet olarak sırf ilaç yapmazlar son zamanlarda klinik eczacılıkla beraber reçete edilen ilacın kullanılmasının takibinden de sorumlu olmaktadırlar. Arkaik zamanlardan beri, acil hastalıklarda veya yaralanmalarda eczacı eczaneye gelen hastaya ilk müdahaleleri yapmıştır. 6197 Sayılı Kanunun 37. maddesinin 2. fıkrasının ruhuna baktığımızda, "*.....eczaneye gelen veya getirilen kimselerin ilk tedavisinin yapılması caizdir.*" İfadesinden eczacıların kaza veya âni tehlikeye uğramış hastalara o an tıbbî müdahale yetkileri dâhillerindedir. Eczacı hemen hastayı hekime yönlendirmelidir. Eğer eczacı bu durumdaki hastaya tıbbî müdahale de bulunmaz veya bulunur; fakat daha sonra hekime yönlendirmez ise tıbbî kusur sorumluluğu vardır. Eczacı da, kaza ve âni tehlike hallerinde eczaneye gelen hastalara müdahalede bulunduklarında zararlardan hekimler gibi sorumlu olurlar.

Oktay'a göre, eczacıların tanı ve tedavi yetkilerinin bilimsel ve yasal açıdan kesin sınırlarla yasak olduğunu ve net olarak belirtildiğini söylemektedir. Eczacıların asıl görevlerinin doğru ilâcın doğru bilgilerle tam olarak hastaya vermeleri, teşhis koymamaları ve tedavi önermemelidirler. Yetersiz bilgi ise olayı daha farklı boyutlara götürebilmektedir.[15] Dölen'e göre, eczacının tanı ve teşhis yetkisinin olmadığını, eczacının eğitiminde tıbbî açıdan birçok ayrıntı okutulduğunu; ancak bunların kullanım izni olmayışının eczacıyı tereddüde düşürdüğünü belirtmektedir.[16] Aksi görüşte olan Şentürk'e göre, Eczacının asıl görevinin tanı ve teşhis olmayıp, teşhisten sonra ilâcın seçiminde hekime yardımcı olmasıdır. Zira aldıkları eğitim nedeniyle yoğun bir ilaç bilgisine sahip olmaları sayesinde ilaçların daha etkin ve daha az bir risk ile kullanılmasını sağlayacak konumları vardır. Yurdumuzda sağlık hizmetlerinin gelişmiş ülkelerdeki seviyeye ulaşmış olmasına rağmen, son yıllarda önemli ilerlemeler olmuş, yurdumuzun en ücra yerlerine kadar hekimler görevlendirilmiştir. Bu nedenle hekimlerin az, ulaşımın pahalı olduğu dönemlerde insanlarımız eczanelere bu tür basit tıbbî müdahalelerde eczacıya gitme alış-

14 ROLLAS, Sevim: "Eczacının Tanı-Tedavi Yetisi" Platformdaki konuşması, Güncel Eczacılık Dergisi, Sayı:2, Mayıs İstanbul–1993, s.16.

15 OKTAY, Şule: "Eczacının Tanı-Tedavi Yetisi" Platformdaki konuşması, Güncel Eczacılık Dergisi, Sayı:2, Mayıs İstanbul–1993, s.16.

16 DÖLEN, Emre: "Eczacının Tanı-Tedavi Yetisi" Platformdaki konuşması, Güncel Eczacılık Dergisi, Sayı:2, Mayıs İstanbul–1993, s.15.

kanlığı kazanmış olabilir; fakat bu durum bugün için geçerli olmayıp, genelde hekime ulaşma imkânı sağlanmıştır. Çok acil durumlar hariç olmak üzere, eczacıların bu tür tıbbî müdahalelerde bulunmaları ve hastayı en yakın hekime sevk etmeleridirler. Aksi bir durum eczacının tıbbî faaliyetlerinin sınırının nerede kalıp kalmayacağı, faaliyetten kimin ne şekilde sorumlu olacağı sorusunu akla getirecektir.[17]Hastalar tarafından alınan reçete dışı ilaçların kendi kendine tedavi amacıyla kullanıldığı da dikkate alınırsa önerici durumunda bulunan eczacıların özellikle reçetesiz kullanılan ilaçlar hakkında daha bilgili olmaları gerekmektedir.[18] Reçetesiz ilaçların kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan sonuçlardan cezaî olarak üretici ve eczacı sorumludur.

"Her eczacı eczanesi mıntıkası içindeki mahallerde oturan ve tababet yapan tabiplerin isim ve adresleriyle hangi saatlerde muayenehane veya evlerinde bulunduklarını gösterir mahallin sağlık amirlerince tertip edilmiş bir listeyi eczane içinde halkın görebileceği bir mahalle asmaya mecburdur."(EEHK. Md.38). Hükmüyle de hastanın öncelikle hekime müracaat etmesi gerektiği vurgulanmıştır.

İlaç kullanımı dolayısıyla ortaya çıkan zararlarda cezaî sorumluluğu; üreticinin (imalâtçının, müstahsilin, yapımcının), eczacının ve hekimin ayrı ayrı bulunmaktadır.

3. İlaç Üreticisinin İlaç Dolayısıyla Zararlardan Cezaî Sorumluluğu

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin *"Etik Kurulların görev ve yetkileri"* başlıklı 11. maddesinde, *"ç) Etik Kurul araştırma başvurusu hakkında görüş oluştururken: 5) Araştırmalarda ortaya çıkması muhtemel kalıcı sağlık problemleri de dahil olmak üzere yaralanma veya ölüm hallerinde, araştırmacı veya destekleyicinin sorumluluğunu ve gönüllüler için yapılan sigorta sertifikası veya poliçesinin kapsamını (Faz IV çalışmalar sigorta kapsamı dışındadır),"* değerlendirir. Mezkûr düzenleme ile, klinik araştırmalarda gönüllülerin sigortalanması mecburiyeti getirilmiştir.

Üreticinin sorumluluğu kavramından; bir malı imâl edip piyasaya süren, bu maldaki ayıp nedeniyle başkalarının hukuken korunan mal

17 ŞENTÜRK, İsmail Hakkı; Eczacının Hukukî Açıdan Sorumluluğu, T.C. İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adlî Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul–1997, s.31–32.

18 ROLLAS, Sevim: "Eczacının Tanı-Tedavi Yetisi" Platformdaki konuşması, Güncel Eczacılık Dergisi, Sayı:2, Mayıs İstanbul–1993, s.16.

ve bedenî varlıklarına verdiği zararlardan sorumlu olunması ve doğan zararı tazmin etmesi anlaşılır.[19] *"İmalatçı-Üretici: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticarî markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları"* ifade eder(Md.3/1).[20] İlaç, insan sağlığı için ihtiyaç duyulduğunda derhal sağlanması gereken ve hastanın kendi tercihine bağlı olmayan bir üründür. Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu, *"Üretici: 1. Bu Kanuna göre, a. Nihaî ürünü, bir hammaddeyi veya tamamlatıcı parçayı üreten; b. Ürün üzerine adını, markasını veya diğer bir tanıtıcı işareti koyarak ürünün üreticisi olarak gösteren herkes; c. Bir ürünü kiralama, satış, leasing veya başka bir sürüm tarzıyla meslekî faaliyeti çerçevesinde ithal eden herkes milletlerarası andlaşmalardaki farklı hükümler saklı kalmak kaydıyla üretici sayılır.2. Ürünün üreticisi belirlenmemişse, ürünü(zarar görene) sağlayan herkes, uygun süre içinde zarar görene üreticinin kim olduğunu veya ürünü kendisine kimin sağladığını bildirmezse, üretici olarak kabul edilir. 3. İkinci fıkra, üreticinin kim olduğu belirli olsa dahi, ürünü ithal edenin kim olduğu belirli olmaması halinde uygulanır."*(Md.2). *"Bir nihaî ürünü, hammaddeyi veya tamamlayıcı parçayı üreten kişi ile, ürün üzerine adını, markasını veya diğer ayırıcı işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren herkes, üretici anlamına gelir*(Md.3/1f)".[21] , *"Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fennî kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususî bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devâî tertiplere ispençiyarî ve tıbbî müstahzarlar ismi verilir."* (Md.1/1f). *"Memleket dahilinde imâl veya hariçten ithal edilen veteriner tababette kullanılan tıbbî ve ispençiyarî müstahzarlar 15.04.1928 tarih ve 1262 sayılı kanunun içine alınmıştır.*

Bu müstahzarların fennî tahlil ve tetkikleri Ziraat Vekâletinin tavassutu ile Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine ve devâî kıymetinin tespitinden sonra Kanunî müsaadesi Ziraat Vekâletine aittir(Ek Md. 2)."[22]

19 ÖZTAN, Bilge: İmâlatçının Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara--1982, s.21.

20 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4077, Kabul Tarihi: 23/2/1995, Resmî. Gazete Tarih : 8/3/1995, Sayı : 22221, Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 34 .

21 Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunî ve İdarî Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 Tarihli Avrupa Konseyi Direktifi(85/374 EWG).

22 İspenciyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu, Kanun No: 1262, Resmî Gazete Tarih: 26.05.1928, Sayı: 898.

Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu, *"Ürün: 1. Bu kanun anlamında, a. Başka bir menkul veya gayrimenkul malla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınır eşya ve b. Elektrik ürün sayılır.2. İşlenmemiş tarım ürünleri, hayvancılık, balıkçılıktan elde edilen ürünler ve avlanma sonucu elde edilen şeyler, ilk işlemden geçirildikten sonra ürün sayılırlar."*(Md.3). *"Bu Direktifin uygulanması bakımından ürün, başka bir menkul veya gayrimenkulle birleştirilmiş olsa dahi her türlü menkul eşya anlamına gelir. Elektrikte ürün sayılır*(Md.2)."[23]

İmalâtçının sorumluluğunun olması için, mamûl(ürün) piyasaya sürülmüş olmalı ve mamûle refakat eden zarar doğmuş olmalıdır. Ürün güvenliğinde ürünün bozuk olması haline ayıp yerine hata kelimesinin kullanılması gerekir. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, teknik anlamda hata, gerçek hakkında farkında olmaksızın doğru bir tasavvur sahibi olmamaktır. Ya hiç tasavvur yokluğu (geniş anlamda hata), ya da gerçek anlamda yanlış tasavvuru(dar anlamda hata) ifade eder.[24] Mamûlün hatalı olmasından dolayı bir şahsın bedenî bütünlüğüne ve mal varlığına yönelik zarar olmalıdır. İlaç üretimi aşamasında üreticinin insanın bedenî ve ruhî varlığına zarar verecek hatalı bir ilaç üretimi gerçekleştirmişse ve bunu da piyasaya sürmüşse bundan kaynaklanan zararlardan sorumludur.

Üreticinin sorumluluğunda dört hata türünden bahsedilmektedir. Bunlar, fabrikasyon hataları (İmalât, Üretim, Fabrikationsfehler), yapım-bileşim hataları (Tasarım, Konstrüktionsfehler), ürünün kullanılması aşaması ile ilgili uyarı hataları (Uyarma, Bilgilendirme, Instruktionsfehler) ve gelişim hatalarıdır (Endwicklunsfehler).[25] Bu hata türlerine, ürünü gözleme hatası (Produktbeobachtunsfehler) olarak ifade edilen hata türünü de ilave etmek gerekir.[26]

Fabrikasyon hataları (İmalât, Üretim, Fabrikationsfehler); Üretim ayıbı, ürünün üreticisinin ortaya koyduğu standartlara uymaması ayıbıdır. Burada ortalama kullanıcı ve tüketiciler, üreticiden bu standartlara

23 Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunî ve İdarî Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 Tarihli Avrupa Konseyi Direktifi(85/374 EWG).

24 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyeleri Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın no:309, İstanbul–1968, s.30–31.

25 ÖZTAN, Bilge: a.g.e. s.121, KAPLAN, İbrahim: "Türk-İsviçre Hukukunda İmâlatçının Sorumluluğu" Adalet Dergisi, Sayı:1-2, Ankara-1977, s.78-110., ÖZSUNAY, Ergun: "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu", BATİDER, Cilt:10, Sayı:1, Ankara-1979, s.97-158.

26 HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara2005, s.28.

uymasını beklemektedirler. Zarara sebep olan ürün, üreticinin tasarım planına uyan, bir referans üründen farklı ise, genel olarak tüketicinin beklediği ve serinin diğer parçalarının sunduğu güvenliği sağlamaz. Alınması gerekli tüm önlemler alınarak tüm kontroller yapılmış olmasına rağmen, bu parça ürünün ayıplı olduğu fark edilmemektedir. Bu durum üretim kaçağı olarak kabul edilmektedir.[27] İlaç üreticisi ilacın niteliğine uyan ambalajlama, soğuk zincir güvenliğinin korunması gibi standartlara uyması gerekir.Bunun için üretim sırasında sürekli gözetleme ve kontrol etmek zorundadır.Bu tip hatalarda ilacın tümü değil, bir kısmı hatalı(güvenli) üretilmiştir.

Yapım-Bileşim hataları (Tasarım, Konstrüktionsfehler); Ürünün planlama, tasarlama veya yapımında üretildiği zamandaki ilmî ve teknik verilere uyulmaması sebebiyle hatalı üretilmiş olmasıdır. Bu türlü hatalar seri üretimde bütün serinin hatalı çıkmasına neden olmaktadır.[28] İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nun tanımlar kısmında, *"Araştırıcı: Klinik araştırma yapılan yerde, araştırmadan ve araştırmada yer alan gönüllülerin haklarının korunmasından, sağlık ve esenliğinden sorumlu kişiyi (araştırma bir ekip tarafından yapılıyorsa, araştırıcı, ekibin sorumlu yöneticisidir ve baş araştırıcı olarak adlandırılabilir),*

Destekleyici (Sponsor): Araştırmanın başlatılması, yönetilmesi, ve/veya finansmanı için sorumluluk alan kişi veya kuruluşu (Bir araştırıcının araştırmayı bağımsız olarak başlatması ve bütün sorumluluğu üstlenmesi durumunda, araştırıcı aynı zamanda destekleyici görevini de üstlenmiş olur. Desteğin, sadece malî olması durumunda, diğer sorumlulukların da nasıl paylaşılacağı bir anlaşma ile ayrıntılı olarak belirlenir ve bu anlaşma protokole eklenir. Ancak anlaşma hükümleri, bu Kılavuzla getirilen düzenlemelere uygun olmak zorundadır)," ifade etmektedir.[29]

İlaç üreticisi (araştırıcı, destekleyici) klinik ilaç araştırmaları yapılırken bilimin ulaştığı en son gelişmelere göre yapılıp yapılmadığına dikkat ve özen göstermelidir. Aksi takdirde ilacın yapım hatalarından sorumlu olmaktadır. Klinik ilaç araştırmalar sürecinde kanunî ve etik kurallara uyulmadan ilaç yapılır ve daha sonra fabrikaya gönderilip ilaç üretimi

27 KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü (Türkiye İş Bankası Vakfı), Yayın No:438, Ankara–2007,s.150.

28 HAVUTÇU, Ayşe: a.g.e., s.29-30.

29 T.C.Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün 51748 Sayılı ve 29 Aralık 1995 Tarihli ve İlaç Araştırmaları Konulu İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu

gerçekleşirse tasarıma göre üretilen bütün ilaçlar hatalı üretilmiş olur.

Uyarı hataları (Uyarma, Bilgilendirme, Instruktionsfehler); Ürünün amacına uygun kullanılması için kullanım şekline ilişkin bilgiler verilmesidir. İlaçların doğuracağı yan etkilerinin ambalajında veya prospektüsünde bildirilmemesi bilgilendirme hatasıdır. İlacın kullanılmasından kaynaklanan tehlike söz konusu olmayıp, ilacın bilgilendirme hatasından kaynaklanan kullanım tehlikesi söz konusudur. Hasta bilgilendirme hatası yüzünden yaralanmışsa taksirle yaralamadan(TCK.Md.89), ölmüşse taksirle öldürmeden ilaç üreticisi sorumludur(TCK.Md.85).

Gelişim hataları (Entwicklunsfehler); *"Gelişim hataları, yapım-bileşim hatalarının özel bir görünümüdür ve bu hata türüne, özellikle ilaç, kozmetik ve kimya sanayinde karşılaşılmaktadır. Gelişim hatasını, üretim sırasında bilim ve tekniğin verilerine göre ürünün taşıdığı risklerin bilindiği veya tanınabilir olduğu, fakat bilim ve tekniğin düzeyine göre, bunların önlenemez nitelikte olduğu durumlardan ayrıt etmek gerekir. Özellikle, ilaç endüstrisinde, bir ilacın örneğin baş ağrısı için üretilen bir hapın belirli yan etkiler taşıdığı bilinebilir teknik ve bilimsel açıdan, bu yan etkilerin önlenmesi olanağı olmaz. Üretim aşamasında bilim ve tekniğin düzeyine göre varlığı bilebilen ancak önlenemeyen bu tür yan etkilerin olması, başlı başına ilacın-bileşim hatası nedeniyle hatalı olduğunu kabul etmeye yetmez. Çünkü, o sırada bilimsel ve teknik verilere uygun bir üretim vardır ve bazı yönlerden yan etkilerinin olduğunun bilinmesi yapım hatası olarak değerlendirilemez. Ancak, üretici, bu ilacı piyasaya sürerken, yan etkiler konusunda uyarı yapmamışsa, o zaman ilaç hatalı sayılır. Örneğin baş ağrısı ilacının bulantılara sebep olabileceği, hamilelerin doktora danışmadan kullanmalarının sakıncalı olabileceği belirtilmemişse, hatalı bir ilaçtan söz edilebilir. Fakat, üretim safhasında bilim ve teknolojinin düzeyine göre bilinmesi mümkün olmayan başka yan etkiler daha sonra bilimsel gelişmeler sonucu anlaşılırsa, örneğin, ilacın uzun süreli kullanımının kısırlığa neden olduğu ortaya çıkarsa, burada bir gelişim hatasından söz edilebilir ve sonraki gelişmeler sonucu, ilaç yapım-bileşim yönünden tehlike içeren, hatalı bir ürün olarak kabul edilebilir. Gelişim hatalarında ürün başlangıçta hatalıdır, fakat bu hatanın varlığı, teknoloji ve bilimin düzeyi, bunun anlaşılabilmesi, belirlenebilmesine yeterli düzeyde olmadığı için anlaşılamamaktadır. Sözünü ettiğimiz aynı ilacın kansere yol açtığı, piyasaya sürüldüğü anda bilim ve teknolojinin düzeyine göre anlaşılamıyorsa, bilim ve teknolojideki gelişme sonucu, yıllar sonra*

bu durum tespit edilebiliyorsa, başlangıçta mevcut olan ancak sonradan bilim ve teknolojideki gelişmeyle fark edilen bu hata gelişim hatası olarak nitelendirilecektir. Buna karşılık üretildiği zaman bilinebilen fakat önlenemeyen, bulantı, kaşıntıya neden olma, uyku bozukluğu gibi normal sınırlar içinde değerlendirilebilecek yan etkiler nedeniyle, ilaç,-gerekli uyarılar yapılmak kaydıyla- hatalı sayılamayacaktır."[30]

Klinik araştırmalarında üretilen ilacın bir tehlikeyi bünyesinde taşıdığının bilinmesi mümkün olmamakta ise ve yine de ilaçtan kaynaklanan zarar meydana gelmişse ilaç üreticilerinin bir "gelişim ayıbı"(entwicklungsfehler) olduğu kabul edilir. Örneğin 1960 yılında kolesterole karşı bulunan "MER 29" isimli ilaç, kullananlarda devamlı körlüğe yol açmıştır. İlacın böyle bir yan etki yapacağını, ilacın yapıldığı bilim ve tekniğin seviyesine göre bilmek imkansızdıCudmore v. Richardson- Merell. İnc. 398 s.w. 2d 640 [Tex. Civ. App. 1965]). Contergon olayında da bilim ve tekniğin gelişimi sonucunda ilacın ayıplı olduğunun ortaya çıkması söz konusudur.[31]

Ürünü gözleme hatası (Produktbeobachtunsfehler);Ürünün piyasaya sürülmesinden sonra, üretici ürünle ilişkisini kesmeksizin; ürünün kullanım tarzını, yarattığı etkilerini takip etmek suretiyle, ürünü kullanan şahısların etkilenmelerinden dolayı zarar tehlikesi taşıdığı anlaşıldığında, durumun gerektirdiği önlemlerle bu tehlikenin uzaklaştırılmaması durumunda ki hatadır.[32]

İlaç üreticisi öncelikle üretim aşamasında hukuk ve ahlâk kurallarından kaynaklanan dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmelidir. Her şey hukuka uyabilir; fakat ahlâk kurallarına ve vicdanî değerlere uymayabilir. İlaç üreticisi de sırf hukuk kurallarına değil, ahlâkî kurallara ve vicdanî değerlere de uymalıdır. Ürettiği ürün(ilaç), insan sağlığına yöneliktir. Üretici, ilacı dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmeme nedeniyle hatalı üretmiş ve kullanan şahıslar ölmüş ise taksirle öldürmeden(TCK Md.85), yaralanmış ise taksirle yaralamadan(TCK Md.89) cezalandırılır. Üreticinin hatalı ilaç üretilmesinde kastı bulunmakta ise kullanan şahıslar ölmüş ise kasten öldürmeden(TCK Md.81), yaralanmış ise kasten yaralamadan(TCK Md.86) cezalandırılır. İlaç üreticisinin cezalandırılması için hatalı üretilen ilaçtan zarar meydana

30 HAVUTÇU, Ayşe: a.g.e., s.30. dipnot:28.
31 ÖZTAN, Bilge: a.g.e. s.184, dipnot: 559.
32 HAVUTÇU, Ayşe: a.g.e., s.30-31.

gelmelidir. Ceza kanunumuzda; Kişilerin Hayatını Ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma Veya Satma Suçu (5237 Sayılı TCK Md.187 [Mülga: 765 Sayılı TCK. Md.397]), Bozulmuş Veya Değiştirilmiş Gıda Veya İlaçların Ticareti(5237 Sayılı TCK Md.186 , [Mülga:765 Sayılı TCK. Md. 395.,396.ve 400]) ve Zehirli Maddeler İzinsiz Satma (5237 Sayılı TCK Md. 193 [Mülga:765 Sayılı TCK Md.409]) fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin " *İdarî yaptırımlar ve cezaî müeyyideler"* başlıklı 33. maddesine göre,

"(1) Bu Yönetmelik hükümlerine aykırı araştırma yaptığı tespit edilen destekleyici, sorumlu araştırmacı veya araştırmacılar, Bakanlıkça süreli veya süresiz olarak araştırma yapmaktan men edilebilir.

(2) Bu Yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır." Demektedir.

Tüketime konu ürünlerin veya eş deyişle tüketim malları ve hizmetlerinin, tüketicilerin sağlık ve güvenliği yönünden riskler taşımaması ya da kabul edilebilir ölçülerde düşük riskler içermesi gerekmektedir. Genel bir ürün güvenliği hedefine ulaşmak için hem ulusal hukuk düzenlerinde hem de uluslar arası asgarî zorunlu güvenlik standartları öngören pek çok idarî ve hukukî düzenlemelere gidilmektedir.[33]

4. Hekimin İlaçtan Dolayı Zararlardan Cezaî Sorumluluğu

Hekim olmak, tıp mesleğinin icrası için temel şarttır. Hekimin tıp mesleğini icra ederken mutlak dokunulmazlık zırhı olmayıp meslekî hatalarından sorumludur(1219 S. K. Md. 1,2. TTBK Md. 7). Hekim meslekî faaliyetinde hak ve yetkilerini kullanırken hukuk kuralları ile etik değerlere uymak zorundadır. Hekim tıp ilminin gereklerine uyarak hastaya müdahale ettiği zaman hastanın ölmesi veya yaralanması halinde herhangi bir sorumluluğu yoktur. Hastanın ölmesi veya yaralanması durumlarında kasten veya taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyetten sorumludur. Hekim teşhis ve tedavi talebinde bulunan hastaya gerek teşhis gerekse tedavi aşamasında uygun ilaçlar reçete etmelidir. Reçete, tedavi için ilaçların yazıldığı hekimin imza ve kaşesinin olduğu evraktır. Hekimin eğitim bilgisinin ve tecrübesinin izlerini üzerinde bulunduran özet belgedir. Hekim ve hasta açısından reçete önemli delildir.

33 DEMİR, Mehmet: "Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2001/95 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri", Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara–2008, s.263.

Hekim, bir hastaya reçete düzenliyor, hasta görme engelli olduğu için, ilacın dozunu ayarlayamıyor; hekim, bu durumdan kaynaklanan olası zararlardan, bu hastanın suçu diyerek kendini kurtaramaz.[34]

Hekim sorumluluğu, ilacın yapımındaki hatalardan çok ilacın kullanımı ile ilgili özensizliklere dayanır. İlaç yapımcısının ilacın kullanımıyla ilgili verdiği bilgilere tenkidî bir gözle bakılmalıdır. Böyle bir durumda sorumluluktan söz edebilmek için özensizliğin tartışmasız somut olarak ortaya çıkmış olması gerekmekte, hekimden aşırı bir duyarlılık beklenmemektedir.[35] Hekim ilacın imalat hatasını biliyorsa ve buna rağmen ilacı reçeteye yazmışsa kusurludur. Özçelikay, hastaların tedavisi veya önlenmesi için ilaç reçete edildiğinde önerileri ret etme veya kabul etmeye karar vermeye hakları olduğunu ve bilgilendirilmeleri gerektiğini söylemektedir.[36] Hekim reçetede ilacın kullanımını okunaklı ve ayrıntılı yazmalı, hasta veya hasta yakınına anlatmalıdır.

İlaç yazımı ve sonuçlarından hekim sorumludur.[37] Hekimin, ilacın reçeteye yazılmasında, ilacın kullanımı için öngörülen tâlimat nameden ayrılması durumunda, bu ilacın kullanılması neticesi doğan zararlarından hekim sorumludur; ancak, hekimin bu sorumluluğu, Alman İlaç Yasasında ki 5. maddeden kaynaklanmamaktadır, hekimin sorumluluğu medenî hukuk ve ceza genel hukuku kapsamında sözkonusu olmaktadır. İlacın, tâlimata aykırı kullanımıyla ortaya çıkan zararlar, kural olarak tıp ilmince tanınmış genel ilkeleri ihlâl etmiştir ve hekim hatası sayılır. [38]

Hekim sağlık hizmetlerinde bulunurken meydana gelen hukuka aykırı eylemler neticesi, hastanın ölümüne veya yaralanmasına sebep olmuşsa hekimlere uygulanacak özel ceza hükümleri bulunmamaktadır. Bu nedenle, hekimlerin Türk Ceza Kanunu'nun 82., 83., 84., 85., 86., 87., 88., 89., 90., 91., 92., 93. hükümleri taksirli veya kasıtlı eylemlerine uygulanmaktadır.

34 AMELUNG, Kunt: Zur Verantwortlichkeit Drogenabhängiger für Selbstschädigungen durch den Gebrauch von Suchtstoffen, NJW 1996, s.2393.
35 AŞCIOĞLU, Çetin: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Sorumluluklar, Ankara–1993, s.108.
36 ÖZÇELİKAY, Gülbin: "Farmakovijilans ve Eczacı Sorumluluğunun Etik Boyutu", Yüksek Teknoloji Tıbbî ve Hekim-Hasta İlişkisi, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul-2007, s. 340.
37 KOYUNCU, Adem; Das Haftungsdreieck, Pharmaunternehmen-Arzt-Patient, Berlin Heidelberg New York 2004, s. 100.
38 RÄPPLE, Thilo: Das verbot bedenklicher Arzneimittel, 1. Aufl., Baden-Baden, 1991, s.58.

4.1. Hekimin Yanlış Teşhis ve Tedavisi Sonucu İlaç Zararları

Hekim, hastaya gerek teşhis aşamasında gerekse tedavi aşamasında uygun ilaçlar verirse herhangi sorumluluğu yoktur. *"İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında alkol komasına giren bir hastaya hekim tarafından verilen bir ilacın, hastanın ölümünün uygun sebebi olup olmadığı hususunu tartışmış ve neticede verilen ilaçla hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağının varlığını kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre:[Bilirkişilerin belirttiği gibi, böyle ilaçla tedavi daima belirli bir tehlikelilik arz eder. Bu nedenle verilen ilaçtan sonra ortaya çıkan zarar, esas itibariyle hayat tecrübelerine göre hesaplanmayacak derecede ihtimal dışı bir sonuç sayılmamalıdır].BGE 64 II 204."*[39] Eğer hekim yanlış teşhiste bulunarak tedavi sürecini başlatır ve yanlış ilaçlar yazarsa veya hekim doğru teşhiste bulunur hatalı ilaç yazar veya doğru ilaç yazsa dahi kullanma miktarını yanlış yazabilir.

İlacın yanlış yazılması nedeniyle de yanlış ilacın verilmesi dolayısıyla doğan zararlar söz konusu olabilir.[40] Hekim hastaya ilaç reçete ederken hastada bulunan diğer hastalıkları dikkate almayabilir. Hekim yanlış teşhiste bulunur, konsültasyon yaptığı hekimlerde yanlış teşhisini doğru kabul ederek onaylar ve yazdığı ilaçlar hasta da büyük tahrifatlar oluşturabilir.

Hekimin yanlış ilaç yazması, az veya fazla dozda ilaç yazması, ilaçları veya kişileri karıştırması da ceza sorumluluğuna neden olabilir.[41] Hastanın başka tedavi merkezine götürülmesi sonucu bedeninin yanlış teşhis ve uygulanan ilaç sonucu zarar gördüğü rapor edilmiş, hasta da ölmüşse hekim ile konsültasyon yaptığı hekimler dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu taksirle öldürmekten sorumlu olurlar(TCK. Md. 85/1f). İlaç alanında hekimin en çok yaptığı hatalardan birisi de, karşı endikasyonları göz önünde bulundurmamasıdır.[42] Bu problem de daha çok piyasaya yeni sürülen ilaçlarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Keza yüksek dozda ilaç kullanımı nedeniyle de sık sık zararlı sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bunun nedeni ise hekimin dikkatsizliğidir. Ancak hekimin hastayı ilaca yönelik olarak eksik aydınlatması da bu zararlı sonucun nedeni olabilmektedir. Bu tür olaylarda hekim, hastanın prospektüsü okuyarak ona göre hareket edeceğini varsaymakta ve yeterli aydınlatma

39 ŞENOÇAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara–1998, s.90.
40 KOYUNCU, Adem: a.g.e., s.104.
41 ULSENHEİMER, Klaus: Arztstrafrecht in der Praxis, 3. B., Heidelberg 2003, s. 46.
42 HONSELL, Heinrich (hrsg): Handbuch des Arztrechts, Zurich 1994, s.101.

yapmamaktadır. Zaman zaman da hekimin de ilaçları karıştırdığını görmekteyiz. Özellikle çok sayıda ilacın bulunması, isim benzerlikleri gibi hususlar bu hataya yol açabilmektedir.[43]

Taksir, herhangi bir işi eksik yapmaktır. Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekî tâlimatlara uymayarak hareket etmesi hekimin meslekî taksiridir. Hekimin risk taşıyan müdahalelerden sorumluluğu yoktur. *"Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir."*(TCK. Md.22 /2 f). Taksir;*"Başka bir ifadeyle, isteyerek yapılan bir fiilden, istenmeyen neticelerin meydana gelmesidir."*[44] Hekimin tedavi amaçlı deney ve hastanın iyileşmesini sağlayan sonuçlardan sorumluluğu yoktur(TCK. Md.93).

Taksirli suçlarda fâilin kusurlu olup olmadığının tespiti hususunda, fâilin şahsî(kişisel) özellikleri, yaşam şekli, eğitim durumu, somut(müşahhas) olayın özellikleri ve objektif dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirip getirmediğine bakılması gerekir. Bir başka ifadeyle fâil, tamamen kişisel olarak incelenmeli ve haksızlığın isnat edilmeyeceği araştırılmalıdır. Eğer fâilden başka türlü davranış beklenemiyorsa kusur fâile isnat edilemez.

Taksirli davranış icraî olduğu gibi ihmâlî de olabilir. Taksirin ihmâlî davranışla işlenmesi daha çok tıbbî müdahalelerde olur. Hekimin ihmâlî taksirli davranışı ile hastanın ölmesi çeşitli ihtimaller oluşturur. a) Neticenin gerçekleşmesi kesinlikle mümkün değil idiyse fiilinden sorumludur. b) Neticenin gerçekleşmesi tahminî ise, ihmâlî davranışla ortaya çıkan netice arasında illiyet(nedensellik) bağı kurulabileceği için fâil fiilinden yine sorumludur. c) Neticenin gerçekleşmesi muhtemel ise, artık cezaî sorumluluk olamaz. Hasta reçete edilen ilaçlar nedeniyle ağır vucud tahrifatlarına uğramışsa taksirle yaralamadan sorumludur(TCK. Md.89). Hastaya, onu hayatî tehlikeye atacak ilaç yazan hekimin, ilacın risklerini tamamen açıklamasına rağmen, cezaî sorumluluğu sözkonusu olabilir.[45] Nitekim Alman Federal Mahkemesine gelen bir olayda, hekim, uyuşturucu bağımlısı olan ve bu bağımlılıklarından kurtulmaya çalışan iki hastaya, morfin içeren bir ilaç yazıyor; hekimin açık kullanma tâlimatına rağmen hastalar bu ilacı intravenöz ve yüksek dozda alıyorlar ve bunun neticesi ölüyorlar, burada hekimin cezaî sorumluluğu (taksirli

43 HONSELL, Heinrich (hrsg): a.g.e., s.102.
44 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007, s.206.
45 HERZBERG, Rolf Dietrich: Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, 1985, s.271.

öldürme ve taksirli vücut yaralaması) sözkonusudur (*BGH JR 1979, s. 429 vd.*). Hekim hastasına ilaç verirken tıbbî uygulama kurallarına riayet etmelidir. *"...İki aylık bebeğe uygulanan hap yutturma yöntemi genel tıbbî uygulama kurallarına aykırı olduğundan Dr. .... 8/8 (sekizde sekiz) kusurlu olduğuna Şûr'amızca oybirliği ile karar verildi"*(Yüksek Sağlık Şûr'ası, Toplantı Tarihi:7-8 Eylül 2006, Karar:2004/242).

1.2. Hekimin Hastaya İhmâlî Davranışla İlâçtan Dolayı Ölümünden Cezaî Sorumluluğu

"İhmâlî suçlar, kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticesi önlemesi mümkün olduğu ve neticesi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar olarak tanımlanabilir."[46]

Alman Federal mahkemesine göre, hekim, hastasının öngörülebilen kendi kendine zarar verme davranışını engellemekle yükümlüdür (*BGHSt 2, s. 150).* Alman Fedaral mahkemesine göre, tedavi eden hekim, hastasını intihara teşebbüsünden sonra şuurunu kaybetmiş şekilde buluyorsa, hastasını kurtarmak için girişimde bulunmuyorsa, hekim öldürme suçundan veya ihmâl edilen yardım ifasından dolayı cezalandırılabilir (*BGHSt 32, s. 367*). Alman Federal Mahkemesinin bu görüşü tenkide uğramıştır. Böyle bir durumun, Alman Anayasasında öngörülen ve kişiye tanınmış bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının kaybolmasına sebebiyet vereceği ve bunun hekimin karar verme sürecinde sadece bir ölçme faktörüne dönüşeceği eleştirisi yapılmıştır.[47]

Hekim teşhis ve tedavisini üstlendiği hastasının kasten ölümüne sebep olmaz; fakat hastası ile önceden husumetinin bulunması sebepleriyle yanlış teşhis yapıp ilaç yazar ve ölümüne neden olursa kasten öldürmeden sorumludur. Hekimin tedavi amacı dışındaki müdahalesi kasıtlı suç tipini oluşturur.

Kasten öldürme; bir şahsın bilerek, isteyerek, sonuçlarını öngörerek ve sonuçlarını da isteyerek başka bir şahsın ölümüne sebep olmasıdır.

46 HAKERİ, Hakan: Ceza Hukukunda İhmâl Kavramı ve İhmâlî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2003, s.33.

47 MAYER, Michael: Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden, Berlin–2008, s.522.

"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." (TCK. Md.21 /1 f). Hekimler de hastalarının kasten ölümlerine sebep olabilirler. Hekim hastasının tedavisi için gerekli olan ilaçları yazmaz veya o anda vermez ise hastanın da bu ilaçları kullanmaması halinde ölüm tehlikesi içerisinde olacağını öngörüyorsa ihmâlî davranışla kasten öldürme suçu işlenmiş olmaktadır. Hekim hastasını tedavi etmekle yükümlüdür. Hekimlik sözleşmesi gereği hastanın iyileşmesi ve hastalığının ilerlememesi için görevini kasten yerine getirmezse ihmâlî davranışla öldürme suçu işlemiş olur(TCK. Md.83/2-a).Taksirle öldürmede kasten öldürmeden farklı olarak fâilin davranışında ölüm sonucuna yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamalıdır. Taksirle öldürmede objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi nedeniyle,fâil önlenebilir ve öngörülebilir ölüm sonucunu öngörmediği için ölüm neticesinden sorumlu olmaktadır. *"İstemin Özeti: Davacılar murisin 12.6.1998 tarihinde geçirdiği trafik kazası sonucu kaldırıldığı Manavgat Devlet Hastanesinde gerekli teşhis ve tedavinin zamanında yapılmaması nedeniyle öldüğünden bahisle uğranılan zarar karşılığında annesi .... için 10.000.000.000.-lira maddî, 10.000.000.000.-lira manevî, babası ... için 8.000.000.000.-lira maddî, 8.000.000.000.-lira manevî, kardeşleri olan diğer davacıların her biri için 4.000.000.000.-lira maddî, 4.000.000.000.-lira manevî tazminat olmak üzere toplam 52.000.000.000.-lira tazminatın olay tarihinden itibaren işlenecek faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılacak dava sonucunda Antalya1. İdare Mahkemesi 10.1.2002tarih ve E:1999 /1269, K:2002/34 sayılı kararıyla; davalı idarenin mensubu müfettiş ve doktorlardan oluşan bilirkişilerce ortaya konulduğu üzere, davacılar yakını ..... yaralı olarak Manavgat Devlet Hastanesine getirildiğinde konuşabilir ve bilinci yerinde durumdayken burada yanlış teşhis konulması ve durumun gerektirdiği ilk müdahalenin yapılmaması, icapçı uzman bulunmasına rağmen bunlar çağrılarak orada tedavi edilebilme imkânı ortaya konmadan yetkisini aşan pratisyen hekim kararıyla Antalya Devlet Hastanesine sevk edilmesi suretiyle yaklaşık 3 saatlik gecikme sonunda müdahale edildiği, ancak, müdahalede gecikilmesi nedeniyle ölüm olayının gerçekleştiği olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu davacıların uğradığı zararın yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporu ve manevî tazminatın niteliği dikkate alınarak davanın kısmen kabulüyle annesine 4.423.098.213.-lira ve babasına 3.763.306.841.-lira maddî tazminatın*

idareye başvurulan 27.5.1999 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine, kız kardeşi ... ve erkek kardeşi .... maddî tazminat istemlerinin reddine, babası ile annesinin her birine 4.000.000.000.-lira, kızkardeşi... ve erkek kardeşi ... her birine1.000.000.000.-lira manevî tazminatın ödenmesine, fazlaya ilişkin tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir. Türk Milleti Adına:... Temyizen incelenen karar, usûl ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Antalya 1. İdare Mahkemesinin10.1. 2002 tarih ve E:1999 /1269, K:2002/34 sayılı kararın onanmasına16.1.2004 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi."(Danıştay 10.Dairesi, 16.1.2004 gün, E:2002/7426, K:2004/213 sayılı kararı)."

İlaç üreticisi, hekimi usulüne uygun tâlimatlandırmış olabilir; ancak buna rağmen hekim preparatı hatalı uygulamışsa, hatalı uygulamadan hastanın sağlığının zarara uğramasından dolayı, hekimin Alman Ceza Yasası 211 vd. ve 223 vd. maddelerine göre cezaî sorumluluğu söz konusu olur.[48] Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, bir saç toniğinin prospektüsünde belirtilmiş olan alerji uyarısının yeterli olmadığını, toniğin aşırı hassasiyete yol açabileceğinin açıkça yazılmış olması gerektiğine karar vermiştir (BGH NJW 1975, s. 824 vd.).Hastanın ilaç kullanımı, prensip olarak kendi kendine karar vererek kendini tehlikeye atma ya da kendi kendine zarar verme olarak dışa yansımaktadır.[49] Bir hastalık için endikasyonu bulunan bir ilacın yanlış kullanımı nedeniyle de hekim sorumlu olabilir.[50] Ancak, bağımlılık, yaşa bağlı düşkünlük durumu gibi nedenlerle hastanın kendi kendine ilaç kullanımına karar verme yeteneği sorun olabilir.[51]Bu durum ilaç reçetesinin özen gösterilmeden yazıldığına işaret eder ve hekimin ilaç kullanımının neticelerinden doğacak zararlardan cezaî sorumluluğu olduğunu gösterir.[52]

Hekim hastasına vermiş olduğu ilâcın zararlı sonuçlar doğurduğunu gördü ve doğan zararlı sonuçları önlemeye yönelik hiçbir faaliyette bulunmadı ve hastada öldü ise yine ihmâlî davranışla öldürme suçu oluşur(TCK. Md.83/2-b).Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, *" ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili*

48 MAYER, Michael: a.g.e., s.521.

49 GEPPERT, Klaus: Zur Unterbrechung des strafrechtlichen Zurechnungszusammenhangs bei Eigenschädigung/-gefährdung des Opfers oder Fehlverhalten Dritter, Jura 2001,s. 492. MAYER, Michael: a.g.e., s.521.

50 KOYUNCU, Adem: a.g.e., s.102.

51 MAYER, Michael: a.g.e., s.521.

52 BGH JR 1979, s. 429, AMELUNG, Kunt: a.g.e., s.2395. MAYER, Michael: a.g.e., s.521.

raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususların nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarını" kabul etmektedir(Yrg.13. HD.07.02.2005, E.12088, K.1728).[53] *"Hekimin bu noktadaki sorumluluğu verdiği "order"lardan [tâlimatlardan] kaynaklanabilir. Hekimin hemşireye 10 ccm decholin enjekte etmesini istediği, ancak hemşirenin yanlış anlayarak 10 ccm cholin enjekte ederek, hastanın ölümüne sebebiyet verdiği olayda, yüksek mahkeme, hekimin sözlü tâlimat ları da yanlış anlaşılma ihtimalini göz önünde bulundurmasını ve gerekli tedbirleri alması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca şu hususa dikkat çekmektedir. Olayın vuku bulduğu hastanede hemşire enjeksiyonu hazırladıktan sonra, ampulleri hekime göstermektedir. Mahkeme bu bir hukuksal zorunluluk olmasa bile, hatalı uygulamaları önlemek için geliştirilmiş bir gelenek olduğunu hekimin buna uymayarak, hemşirenin enjekte edeceği ilaçların içeriğini göstermesini istememesini de hata olarak değerlendirmiştir."*(BGH 6, 286.)[54]

Soyaslan'a göre, tıbbî müdahale ile hasta sağlığına kavuşabilir veya ölebilir. Hekim, gerekli meslekî özeni göstermiş buna rağmen hasta ölmüşse sorumlu değildir; ancak hekim bir hekimden beklenemeyecek hatalar yapmış, meslek ve sanatta acemilik etmiş, gerekli dikkati göstermemişse taksirle öldürmeden veya yaralamadan sorumludur. Narkozun fazla verilmesi, makasın hastanın karnında unutulmasıyla hastanın ölümü halinde taksirle adam öldürme, sakat kalması halinde ise, taksirle yaralama suçları vardır.[55]

Hekimde, hastalığın tespiti ve başarılı tedavisi için gerekli yetenekler ve bilgiler eksikse, hekimin hastanın tedavisinin üstlenmesi, hekimin özen yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelebilir.[56] Ameliyatta veya hastahanede tedavide teknik açıdan ve personel açısından gerekli olan donanımın hazır olması gerekir, zira bununla tıbbı standart sağlanmak zorundadır.[57] Şüphesiz, saydığımız eksiklikler bir ya da birden çok ola-

53 Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu yayınları, Yıl:2005, Sayı:1, Ankara–2005, s.173.
54 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2007, s.362
55 SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara–2005, s.354.
56 BOCKELMANN, Paul: Strafrecht des Arztes, Stuttgart -1968, s.89.
57 KRAUSKOPF, Dieter/MARBURGER, Horst: Die Haftung des Arztes für Behandlungsfehler, 1. Aufl., 2001, s.73.

bilir. Böyle durumda; hekim, hastanın tedavisini üstleniyorsa, hastanın tedavisini üstlenme kusuru sebebiyle hekimin endikasyon ve terapi şartlı ilaç zararlarından dolayı Alman Ceza Yasası m. 222 ve m. 229'a göre cezaî sorumluluğu sözkonusu olacaktır.[58]

4.3. Hekimin Hastaya İcraî Davranışla İlaçtan Dolayı Ölümünden Cezaî Sorumluluğu

Hekim, zararlı ilaç vermenin kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen hastaya zararlı ilaç verirse ve hasta ölürse olası kastla öldürme suçu işlenmiş olur(TCK. Md.21 /2, 81).Fâil kastettiği haklı fiilin haksız neticeler düşündüğü, buna ihtimal verdiği halde bu neticeye lâkayt, icabında tahakkukunu göze almış ise netice olan fiili de kastetmiş olmaktadır. Meselâ, doktor ölüme intaç etmesine lâkayt kalarak tecrübe için yazdığı ilaçtan hasta ölürse kasten adam öldürmüş olur.[59] *"...Dava, davacıların 6 yaşında çocuklarının Göçlük Devlet Hastanesinde uygulanan potasyum klorürün etkisiyle ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 5.000.000.000 lira maddî, 35.000.000.000 lira manevî zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. Sakarya 1. İdare Mahkemesi uğranılan zararın hizmet kusuru ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kısmen kabul ederek anne için 2.259.335.339. lira maddî, 5.000.000.000 lira manevî, baba için1. 512.093. 604. lira maddî, 5.000.000.000 lira manevî tazminat ödenmesine hükmedilen maddî tazminata dava açma tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar vermiştir. Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda düzenlenişinde veya işleyişinde nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğüne yol açmaktadır. İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğunu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet*

58 MAYER, Michael:a.g.e., s.545.

59 BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbî Mes'uliyet, (Esaslar/Tipik Vakıalar), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul–1953, s. 85–86.

kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir. Dava ve temyiz dosyalarının birlikte incelenmesinden; Adlî Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun 13.7.1998 tarih ve AT No:210–110398–11942/1277 sayılı kararında potasyum klorürün yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olduğu ancak davacıların çocuğuna setten hızla verilmesi nedeniyle ölüme neden olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının çocuğuna potasyum klorürün setten hızla verilmesi sonucu ölüm olayı meydana geldiğinden idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla idare mahkemesince maddî ve manevî tazminata hükmedilmesi yerinde görülmektedir. Açıklanan nedenlerle 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunmayan taraflar temyiz isteminin reddine, Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 23.9.1999 tarih ve E:1998/749, K:1999/625 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına 27.3.2002 tarihinde oybirliği ile karar verildi" (Danıştay 10.Dairesi, 27.3.2002 gün, E:2000/1010, K:2002/852 sayılı kararı).

Hastahanede yatakta tedavi çerçevesinde endikasyon ve terapi hatası şartlı ilaç zararları ortaya çıkarsa, Alman Ceza Yasasının 211 vd. ve 223 vd. maddelerine göre tahmini fâiller olarak tedavi eden hekimlerin yanı sıra tedaviye katılan hekim olmayan yardımcı görevliler ve kliniğin müdürü sayılabilir.[60]

Eğer hasta yaralanır ise, olası kastla yaralama suçu işlenmiş olur(TCK. Md.21 /2, 86). Kasten yaralama suçu TCK'nın 86. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Suçun basit şekli TCK Md.86/1'de düzenlenmiş olup, TCK Md.86/3'te gerçek anlamda ağırlaştırıcı nedenlere, TCK Md.87'de neticesi sebebiyle ağırlaştırıcı nedenlere ve TCK Md.86/2'de suçun hafif şekline yer vermiş bulunmaktadır.

Bir ilacın hekim vasıtasıyla endikasyon ve terapi hatalı olarak kullanılması hâli ya da hekimin ayakta tedavi amacıyla reçetede yazması durumunda, hastanın sağlığının zarara uğraması veya hastanın ölmesi sözkonusu ise, vücut yaralama veya öldürme unsurları oluşmuştur demektir (*BGH JR 1979, s. 429*)[61]. Alman Federal Mahkemesine konu olan bir olayda, hastanın gamma ışınlarıyla tedavisinde terapi için gerekli tesirli doz, vücut bütünlüğüne müdahale anlamına gelmektedir *(BGH, MedR 1998, s. 218)*. Hastanın rızası, ayrıntılı aydınlatma noksanı sözko-

60 MAYER, Michael:a.g.e., s.545.
61 MAYER, Michael:a.g.e., s.543.

nusu olduğunda, sadece lege artis (tıp ilminde yürütülen tedavi durumuna binaen) yürütülen ışın tedavisi için geçerlidir*(BGH MedR 1998, s. 218, 219)*. Terapiyi yapan hekime vekâlet eden hekimin, eğer ışınlama planının doğruluğunda ciddî şüpheler doğuran yeterli tutamak noktaları sözkonusu ise, ışınlama planına göre başlanılan terapiyi gözden geçirmeden terapiye devam etmemelidir *(BGH MedR 1998, s. 218)*. Hasta, anamnez çerçevesinde yanlış beyanlar vermişse ve bu yüzden hekim yanlış tedavi kararı vermişse, burada artık hekimin cezaî sorumluluğu mevzubahis değildir.[62]

Kasten yaralama serbest hareketli suç olup, fiil icraî veya ihmâlî davranışla olabilir. Fiil, cebri davranışla da işlenebilmektedir. Suçun görünüş şekilleri; vücuda acı verme, algılama yeteneğinin bozulması ve sağlığın bozulmasıdır. Vücuda acı verme, vücutta maddî acının gerçekleşmesi olup, acının devamlı olmasına gerek olmayıp âni acı duyma şeklinde de olabilir. Manevî acı bu kavrama girmemekte sağlığın bozulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan netice, vücuda acı verme, algılama yeteneğinin bozulması ve sağlığın bozulması gerekmekte, bunun dışında başka sonuçlar çıkarsa başka suç tipi oluşmaktadır. Suçun maddî unsuru olarak mutlaka fâil tarafından yapılmasına gerek olmayıp,fâil tarafından mağdura da yaptırılması mümkün olduğu için yine yaralama suçu oluşmaktadır. *"Davalı hekim, ilaç kullanma kılavuzundaki açıklamalara göre, ilacı hastası için kullanmıştır. Hekim ilacı kullanırken mesleki standartlara göre hareket etmemiştir. Önce, Bactirim, akut böbrek iltihabı hastalığında (Pyenolephritis) kullanılacak bir ilaç değildir, nitekim aksi kullanıldıktan sonra görülmüştür. Mademki hastada ilacın aksi tesir yaptığı görüldüğüne göre, hekimin hasta için, şeker, protein durumlarını tespiti için idrar testi yapması gerektirdi. Söz konusu deneyleri yaptırmadan, hastaya sürekli Bactirim verilmesi aynı zamanda hastada Steven-Jhonson senromuna da neden olmuştur. Mahkemenin tekrar görülmesi gerektiği kanısı ile karar bozulmuştur*(Supeme Court Of Missisippi, 1987, Thomson v. Carter olayı)."[63] Hekim hastaya verdiği ilaçla vücuduna vereceği zararı öngörüyor; ancak sonuçlarını istemezse, bu durumda da bilinçli taksirden söz edilir(TCK. Md.22 /3f, 89). *"İstemin Özeti: Davacının, Eyüp SSK Hastanesi'nde geçirdiği ameliyat sonrasında yapılan hatalı enjeksiyon sonucunda sol bacağının sakat kalmasında idarenin hizmet kusu-*

62 MAYER, Michael: a.g.e., s.543.

63 ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis ve Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara–2006, s.412.

ru bulunduğundan bahisle 5.531,16 YTL maddî, 10.000,00 YTL manevî tazminatın olay tarihî olan 11.1.1996 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, İstanbul 6. idare Mahkemesince; davacını sol bacağına yapılan enfeksiyon sonrası "siyatik sendrom" teşhisi konulduğu, bu durumumun Eyüp SSK Hastanesi'ndeki ameliyat sonrasında ağrıları nedeniyle yapılan hatalı enjeksiyondan kaynaklandığının ve doğan zararla davalı idarenin eylemi arasında illiyet bağının bulunduğunun dava dosyası içerisindeki sağlık kurulu raporlarından anlaşıldığı, İstanbul 7. Asliye Hukuk Hâkimliğince Adlî Tıp Kurumu 3. İhtisas Kuruluna meslekte kazanma gücünün hesaplanması amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, anılan raporda davacının %36 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin belirtildiği, davacını %36 oranındaki maluliyetine bağlı olarak oluşan zararın bilirkişilerce 5.531,18 YTL olarak hesaplandığı, hazırlanan bilirkişi raporunun hükme esas alınabilecek nitelikte olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle, adlî yargı yerinde açtığı davadaki talebiyle bağlı kalınarak 5. 000, 00 YTL maddî tazminat, 7.000,00 YTL manevî tazminatın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi yolunda verilen kararın temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenmektedir. Türk Milleti Adına:... Temyizen incelenen karar, usûl ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 23.2.2004 gün, E:2003/46, K:2004/215 sayılı kararın onanmasına 28.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."(Danıştay 10.Dairesi, 28.5.2007 gün, E:2004/12329, K:2007/3054 sayılı kararı).

Hekim, görevi gereği hastayı başka bir uzman hekime havale ediyor veya başka bir uzman hekime danışıyorsa, hekim, hastanın gönderildiği uzman hekimin ya da danıştığı uzman hekimin tedavi ve tavsiyelerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmaz, şu kadar ki hekime seçim ve instruksiyon kusuru yükletilemesin[64]

4.4. Hekim Hastaya Zorla İlaç Vererek Ölümüne Sebebinin Cezaî Sorumluluğu

Hekim ilaç verirken hastasını veya hastanın bilinci kapalı ise hasta yakınlarını aydınlatarak rızalarını almak zorundadır. Hekim hastasının rızasını almaksızın ilaç kullanır veya tedavi için gerekli olan ilaç yerine başka ilaç kullanır veya ilaç verilmesine razı olması için hastaya

64 MAYER, Michael: a.g.e., s.545.

zor(cebir) kullanır ise fiil zor kullanma suçunu oluşturur(TCK. Md.108). Zorla verilen ilaç hastanın yaralanmasına sebep olmuşsa kasten yaralama suçu oluşur(TCK. Md. 86).

"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." (TCK. Md.21 /1 f).

4.5. Zaruret Hâllerinde İlaç Zararlarından Hekimin Cezaî Sorumluluğu

Hekimin yaptığı tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmasının temel kuralı, müdahalenin hastanın aydınlatılmış rızasının alındıktan sonra ve rıza sınırları içerisinde yapılmış olmasıdır; ancak hastanın rızasının alınmayacak olduğu haller de hastanın açık rızası hilafına özellikle müdahale edilmediği takdirde ölüm tehlikesi varsa, yaşama hakkı söz konusu olduğundan hekimin müdahale edebileceğinin kabul edilmesi gerekir.[65] Riskli hastalara her şeyin yapılması gerekir. Çözüm üretilmeli ve en az riskle tedavi edilmelidir. Tedavide risk olabileceğini düşünen hekim tedaviyi risk etkeninden dolayı yapmıyor veya yarım bırakıyorsa hekimlik görevini yerine getirmemiş olacaktır. Hekimin yapacağı hatadan dolayı sorumluluğu; ancak bilmesi gereken ve uygulamadığı bir durumdan dolayı meydana gelmiş olmasındandır.[66]Zaruret halinde genellikle yapılması uygun olmayan; ancak büyük bir zararı önlemek için tahmini olarak zararın önleneceği tıbbî vasıtalarla müdahale hukuka uygun olur. Sağlık hizmetlerine ulaşımın mümkün olmadığı veya ulaşılsa bile hastanın ağır neticeler altında kalacağı hallerde tıbbî müdahalenin uygun vasıtalarla yapılması gerekir. Meselâ, uçak seyir halinde iken kadının doğum eşiğine gelmesi halinde uçakta olan ve hekim veya sağlık personeli olmayan şahsın daha önce doğum yaptırdığını tecrübesinin olduğunu söyleyerek müdahale etmesinde zaruret hâlinin giderilmesi söz konusudur. Bu şartlardaki tıbbî müdahalelerde hukuka aykırılık yoktur.

"(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. " ve CMK 223/3-b

65 NUHOĞLU, Ayşe: "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No:142, Ankara–2008, s.67.

66 YASEMİN, Güllüoğlu: "Hekimin Tedbirsizliği Dikkatsizliği" http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=26583 (Erişim Tarihi:02/07/2008, Saat:15:00).

"(3) Sanık hakkında; b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hâli ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, ...

Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir."(TCK Md. 25/2f). Tıbbî müdahale için hastanın veya hasta yakınlarının aydınlatılmış rızalarının alınması gerekir. Hekimin hastasının aydınlatılmış rızasını alma imkânı yoksa ve tıbbî müdahalede bulunmuşsa hukuka uygunluk hallerinden yararlanır. İnsanın yaşam hakkı, sadece(sırf) kendisine yönelik olmayıp herkesedir. Hekim hastanın hayat hakkını gözeterek tıbbî müdahalede bulunmuş ise, hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halinden yararlanır.

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun, Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi başlıklı 82. Maddesi:

*"**(1)** Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.*

***(2)** Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.*

***(3)** Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.*

***(4)** Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale*

edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır." Demektedir. Massachusets Yüksek mahkemesi, kadının aşı için kolunu uzattığında bunun bir rıza olduğunu kararlaştırmıştır(O'Brien v. Cunard S.S. Co., 28 N.E. 266 Mass. 1891).

5. Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıda veya İlaçların Ticareti

5.1. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK 186. maddesi, mülga:765 Sayılı TCK 395. ve 396. maddelerinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK 186. Maddesinin 2. fıkrası da mülga:765 Sayılı TCK 400. maddenin karşılığı olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, *"(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adlî para cezası verilir.*

(2) Bu suçun, resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. "(TCK Md.186).

5. 2.Fâil

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun fâili 5237 Sayılı TCK 186. maddesinde, *".....kimseye....."* denildiğinden herhangi bir kimse olabilir; ancak fâilin resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında suçu işlemesi hâlinde, ceza artırılarak verilir. Bu suçu her gerçek şahıs işlemekte ve sorumlu olmaktadır. Tüzel şahısların ceza sorumluluğu olmasına rağmen bu suçta bir ceza yaptırımı öngörülmemiştir.

5.3. Suçun Mağduru

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç yapma veya satma suçunun mağduru herkestir.

5.4. Maddî (Objektif)Unsur

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun

muhtevasında seçimlik hareketler olarak, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satma, tedarik etme ve bulundurma fiili suçun maddî unsurudur.

TCK 186. maddesindeki "*.....bozmak....*" ifadesi, yenilenecek veya içilecek şeylere veya ilaçlara zehir katma eylemini kastetmektedir. Zehir katma eylemi diğer şartları varsa TCK 185. maddesindeki suçu oluşturmaktadır. Kaldı ki zehir katılmadan şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üreten veya satan şahsın eylemi TCK 186 değil TCK 187 girmektedir. Mezkûr hükümde bulunan "*...bozulmuş, değiştirilmiş...*" kelimeleri ile, her tür yenilecek veya içilecek şeylerde veya ilaçlarda bozulma veya değiştirilme işleminin fâil dışındaki başka şahıslarca maddelerin bozulmalarını veya değiştirilmelerini; fâilin de bozulmuş veya değiştirilmiş bu maddeleri satması, tedarik etmesi veya bulundurmasıdır. Maddeler veya ilaçlar herhangi müdahale olmaksızın kendiliğinden bozulmuş ve ticareti yapılmışsa suç işlenmiş olur. Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde sahte ilaç ve taklit ilaçları da satan, tedarik eden ve bulunduran şahıslarda TCK 186. maddesine göre cezalandırılır.

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olan ve sadece beslenme özelliğini azaltan bozulma ve değiştirme hallerinde (örneğin, süte su katılması, besin maddelerinin kalitesinin düşürülmesi gibi) bu madde de yazılı suçu oluşturmaz. Sağlığa yönelik somut(müşahhas) tehlike fizyolojik veya ruhî nitelikte olabilir.[67] İnsan dışındaki canlıların hayatını veya sağlığını tehlikeye düşüren şeyler veya ilaçlar yenilebilen veya içilebilen şey veya ilaç olmakla beraber bu suç tipi insan odaklı olarak tipik davranışları yasakladığı için, hayvan ve/veya bitkiler üzerinde gerçekleşen bu tür hareketler bu suç tipi açısından tipik eylem unsuruna vücut vermeyecektir.[68]

TCK 186. maddesinin başlığı *"Bozulmuş ve değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti"* olsa da, başlık suçun hareket unsurlarından "satmak" fiilini karşılamakta diğer hareketler olan *"bulundurmak"*[69] ve *"tedarik*

67 PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:2, Seçkin Yayınları, Ankara–2008, s.2780.

68 ÜNVER, Yener:Sahte, Taklit İlaç İle Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı Ve Kullandırılması., (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş., Avrupa Bilim ve Sanatlar Akademisi ve Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesinin ortak düzenlediği Sempozyumda sunulan tebliğ), İstanbul 2008 (Baskıda).

69 Bulundurmak: Mevcut halde tutmaktır. DOĞAN, D. Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık,

etmeyi" karşılamamaktadır.[70]İlacı, ticaret, bağış v.s. hangi yolla elde ettiği önemli olmayıp, önemli olan onu tedarik etmedir.TCK 186. maddesindeki "..... *bulundurma*....." ifadesi; şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilacları suç işleme kastı ile iş yerinde, evde veya yanında bulundurmadır.Bu nedenlerle maddenin kenar başlığı maddenin muhtevasını karşılayamamaktadır.

Ünver'e göre, bu suçtaki tipik eylemlerin taksirle işlenmesinin cezalandırılmaması hatalı olmaktadır. Bu suç tipi taksirle işlenmese de halen mer'i düzenlemeye göre bu tür taksirli davranışların olması halinde somut (müşahhas) olayın şartlarına göre taksirle adam öldürme veya taksirle müessir fiil(yaralama) suçu oluşmaktadır.[71]

5.5. Mânevî (Sübjektif)Unsur

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme ve satma suçunun manevî unsuru genel kasttır. Suç olası kastla işlenebilse de ceza indirimi mümkün değildir(TCK Md.21/2f). Saik aranmamakta olup, suçun hastayı yaralama ve öldürme kastıyla işlenmesi halinde TCK 187. maddesi değil, kasten öldürmede TCK Md.82 ve kasten yaralamada TCK 86. maddesi uygulanır. Suçun oluşması için gerekli ve yeterli olan fâilin bilerek ve isteyerek şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretmesi ve satmasıdır.

5.6.Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK 187. maddesi suçunun oluşması için hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesi gerekir. Bütün suçlar için TCK da genel nitelikte olan ve cezaları azaltan ve kaldıran madde başlığı altında düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenleri TCK 25., 26., 27., 28., 29., 30., 31., 32., ve 33. maddelerinden birinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar. Bu nedenle, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme ve satma suçu bakımından da hukuka uygunluk nedenleri gerçekleşebilir.

11.Baskı, Ankara–1996, s.166.

70 Tedarik: Hazırlama, elde bulundurma, sağlama demektir. Tedarik etmek: Temin etmek, sağlamaktır. DOĞAN, D. Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara–1996, s.1054.

71 ÜNVER, Yener:Sahte, Taklit İlaç İle Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullandırılması., (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş., Avrupa Bilim ve Sanatlar Akademisi ve Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesinin ortak düzenlediği Sempozyumda sunulan tebliğ), İstanbul 2008 (Baskıda).

5.7. Suç ve Cezayı Etkileyen Hâller

1.1. Suçu Ağırlaştıran Hâller

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenilmesi halinde ceza ağırlaştırılarak verilir(TCK. Md. 186). Bu suç hem yenilecek içilecek gıda hem de ilaçlarla ilgili olmaktadır. Bu kapsamda bulunan şahısların bu sıfatlara sahip olup olmadıkları özel kanunlarda ki şartlara uygun olup olmadıklarına bakılır. Resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamına, hekim, eczacı, ebe, hemşire, sağlık memurları, diş teknisyenleri girmektedir.[72] Hatta eczacı kalfalarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

1.1.1. Suçu Hafifleten Haller

TCK 186. maddesi suçu bakımından özel hafifletici neden öngörülmemiş olup, şartların oluşması halinde genel indirim sebepleri uygulanabilir

5.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

5.8.1. Teşebbüs

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda teşebbüs mümkündür. Suçun varlığı için şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma fiillerinden birinin işlenmesi yeterlidir. Suç tehlike suçu olup, zararlı sonucun ortaya çıkmasına gerek yoktur.

5.8.2. İçtima

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda suçların içtimaına yönelik genel kurallar uygulanır.

Suç seçimlik hareketli suç olduğundan, mezkûr suçun hareketlerinden olan "*bulundurma*" halinde kesintisiz suçun varlığından söz edilebilir. Bu suç, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararıyla işlenirse zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir(TCK. Md.43/1f)[73].

72 ERMAN, Sahir/ ÖZEK Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, (TCK 369–413), İstanbul–1995, s.195.

73 ÇAKMUT, Özlem Yenerer; "Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü

5.8.3. İştirak

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda iştirak mümkündür(TCK. Md.37.,38.,39.,40.,41). Fâiller birbirine yardım ederek veya birbirini azmettirerek suç işlenebilir.

5.9. Yaptırım (Müeyyide)

TCK. Md. 186/1f'da, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezasının verilmesidir. Adlî para cezasının alt ve üst sınırı belirtilmediğinden TCK. Md. 52/1f. gereği, beş günden az ve kanunda belirtilmeyen hallerde yediyüz otuz günden az olmayacaktır.

TCK. Md. 186/2f. Nedeniyle, suçun tabip veya eczacı ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenilmesi halinde verilecek ceza TCK. Md.186/1f'ya göre, belirlenecek cezanın üçte bir oranında artırılmaktadır.

Sağlığa zararlı ilaç imal edip satışa sunma suçundan sanık S... TCK'nın 395,72 ile 647 sayılı Kanunun 4-6. maddeleri uyarınca cezalandırılmış ve karar temyiz edilmiş olup, "..Ancak; 1262 sayılı ispençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Yasasına 4348 sayılı yasayla eklenen 5. maddesine göre, 1262 sayılı Yasanın 18. maddesi kapsamındaki ilaç üreticisinin TCY.'nin 395. maddesi uyarınca cezalandırılabilmesinin, üretilen ilacın kullananların sağlığına az ya da çok zarar verme nitelikte olması şartına bağlı bulunduğu ve dosyada bulunan Adlî Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun 25.8.1997 tarihli raporunda suça konu ilacın , *"beklenen tedavi etkilerinin yetersiz kalacağı, dolaylı olarak sağlığa az veya çok zararlı olabileceği, bu nedenle 1262 sayılı Yasanın 18. maddesine aykırı olduğunun bildirilmiş bulunması karşısında, sanığın anılan Yasa maddesi ile cezalandırılması yerine sağlığa doğrudan zararlı olma koşulunun gerçekleşmediği gözetilmeden, TCY'nın 395. maddesiyle de hüküm kurulması, ...* " nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir(Yrg. 4. CD. 06.12.1999 tarih, E.1999/8869, K.1999/10181). Yargıtay'ın dayanak aldığı 1262 sayılı kanunun 18. maddesinin sadece para cezasını öngören muhtevasına, 08.02.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 41. maddesiyle "fiil suç oluşturmadığı takdirde" cümlesinin eklenmesi ile TCK 186. maddesine

İlgilendiren Suçlar(TCK m. 186-187)", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No:2, İstanbul-2007, s.140.

yollama yapılmıştır. Yargıtay'ın bu kararı mezkûr hükme yapılan ekleme ile emsal karar olmaktan çıkmıştır.

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimsenin fiili suç oluşturmuyorsa, 1262 Sayılı İspençiyarî Ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu'na göre, idarî para cezaları uygulanacaktır(İTMK. Md. 18, 19).

5.10. Zamanaşımı(Müruruzaman)

TCK. Md. 186/1f suçu bir yıldan beş yıla kadar hapis öngördüğü için dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır(TCK.Md.66/1-e).Dava zamanaşımı süresini kesen sebeplerin oluşması halinde süre en fazla oniki yıldır(TCK.Md.67/4f). TCK Md.186/2f ise, dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren onbeş yıldır(TCK.Md.66/1-d). Dava zamanaşımı süresini kesen sebeplerin oluşması halinde süre en fazla yirmiiki yıl altı ay olmaktadır(TCK.Md.67/4f). *"Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer."* (TCK.Md.66/2f).

5.11. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Adlî makamlarca şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçu re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi için herhangi bir mahkeme şartı bulunmamaktadır. Yargılama makamı asliye ceza mahkemesidir.

5. Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu

6.1. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK. Md. 187 (mülga: 765 Sayılı TCK. Md. 397) , *"(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası verilir.*

(2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır." Demektedir. Hükümde, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretilmesi veya

satılması, suç kabul edilmiştir. Bu suçun maddî konusu sırf(sadece) ilaç olup, ilacın şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde üretilmesi veya satılması ile oluşmaktadır. Tabip tarafından düzenlenen reçete de yazılan ilaç dışında başka ilaç verilmek suretiyle şahısların hayatı ve sağlığı tehlikeye düşürülebilir ve dolayısıyla bu suç işlenebilir. İkinci fıkra hükmünde, bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında sağlık çalışanı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.

TCK. Md.187'nin gerek madde başlığında, gerekse de madde muhtevasında ilacın ticaretinden bahsetmemektedir. İlaç üreticisi hatalı veya bozulmuş ilacın üretimi ve kullanılmasından sorumlu olmaktadır.

Compassionate use (henüz ruhsatı verilmemiş) anlamında bir ilacın, hastaya verilmesi Alman İlaç Yasası m. 95 vd. hükümlerine hiçbir şekilde tâbi değildir, Alman İlaç Yasasının hükümlerinin devreye girmesi; ancak hekimin off label use (ilacın ruhsat verildiği alan haricinde kullanılması) amacıyla kendine ait numune ilacı hastaya vermesiyle gerçekleşir.[74]

Alman İlaç Yasasının cezaî hükümleri (m. 96 nr. 5 Alman İlaç Yasası), kişisel tedavi çerçevesinde ilacın off label kullanımını (ilacın ruhsat verildiği alan haricinde kullanılması) kapsamıyor, zira burada genel ilaç güvenliği tahrip edilmiş değildir.[75] Bir ilaçla terapinin gerekliliğinde, ilacın henüz Alman İlaç Yasası hükümleri anlamında ruhsat verilmiş bir ilaç olmaması öneme haiz değildir *(OLG Köln, ArztR 1991, s. 294)*. Alman İlaç Yasası, hekimin terapi serbestliğini kısıtlamıyor, buna göre hekim piyasada belirli bir hastalığa karşı mevcut olan bir ilacı, başka bir hastalığa karşı da kullanabilir, eğer tıbben ilmî olarak denenmiş ve yan etkileri biliniyorsa *(OLG Köln, ArztR 1991, s. 294)*.

"Eczacılık; eczane, ecza deposu, ecza dolabı, galenik, tıbbî ve ispençiyarî mevat ve müstahzarât laboratuvarı veya imalathânesi gibi müesseseler açmak ve işletmek veya tıbbî ve ispençiyari müstahzarât ihzar veya imal etmek veyahut bu kabil resmî veya hususî müesseselerde mesul müdürlük yapmaktır."(EEHK. Md.1). Eczacı: Kanunların öngördüğü şekilde ilacın

74 MAYER, Michael: a.g.e., s.544.
75 MAYER, Michael: a.g.e., s.545.

birleşenlerini toplayan, sentezleyen, üreten, izinlerini alarak pazarlayan, sağlık kurum ve kuruluşlarında ilaç ve ilaç hakkında bilgi veren, ilacın üretim aşamasından tüketim aşamasının sonrasına kadar da her basamakta sorumluluğu bulunan meslek sahibine denir.

"Ambalajları açılmış olan tıbbî ecza ve kimyevî maddelerin saf olmamalarından ve iyi muhafaza edilmemelerinden eczane, ecza deposu ve laboratuar sahipleri ve mesul müdürleri sorumlu olmaktadır."(EEHK. Md.22). *"Bu Kanunun 1 inci maddesinde sayılan yerlerde ambalajsız veya ambalajı açılmış olarak bozuk veya zamanı geçmiş veya mağşuş veya gayrisaf ilaç ile ambalajlı olsa bile zamanı geçmiş ilaç bulunduran kişiye, fiili Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza sorumluluğunu gerektirmediği takdirde, beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, bu ilaç ve sair ecza maddesine elkonularak imha edilmek üzere mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir."*(EEHK. Md.41). Bu sebeple bozulmuş ve değiştirilmiş ilaçlar ve şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren ilaç üretimi ve satımı durumların da, ceza sorumluluğunu gerektirmiyorsa 6197 Sayılı EEHK 41. maddesi uygulanacaktır. Eğer ceza sorumluluğunu gerektiriyorsa suçun durumuna göre, TCK 186.maddesi veya 187. maddesi uygulanacaktır.

Aut idem Substitution olarak düzenlenen, yani hekimin belirttiği ilacın ya da bu ilacın aynı etkisini sağlayacak başka bir ilacın eczacı tarafından hastaya verilmesiyle ilacın sağlık zararlarına sebep olması durumunda hekimin cezaî sorumluluğu bakımından ilk olarak genel ilkeden hareket edilmelidir, hekim reçetenin düzenlemesiyle kurala uygun olanı kendi açısından yaptı ise, eczacının hatası, hekimin cezaî sorumluluğunu gerektirmeyecektir; ancak, hastanın olası alternatif preparatına katlanamayacağı tehlike teşhisi mevcutsa, kurala uygun ilacın düzenlemesi aut idem Substitutionin de hariç kılınmasını gerektirir. Hekim, bunu ihmâl ederse ve ilacın katlanamazlığıyla bağlantılı tehlikeler vuku bulursa, hekimin cezaî sorumluluğunu kabul etmek gerekebilir.[76]

Hekimin düzenlediği reçete mukabilinde verilmesi şart olan ilaçların reçetesiz verilmesi ve zehirli ve müessir maddelerin eczanelerde toptan satılması yasaktır(EEHK. Md.24). Aynı konuda, İspençiyarî Ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu'nun 1. Maddesinin 2. Fıkrası, *"Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsu-*

76 MAYER, Michael: a.g.e., s.544.

suna tevfikan satılır." Mezkûr kanunun 20. maddesine göre, bu şekilde satış yapılmaması halinde mahallî mülkî amir tarafından ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir. İlaçlardan reçetesiz olarak satılmasına izin verilenlerin eczacı tarafından aydınlatılması gerekir. Eczacının, ilaç kutusu veya herhangi bir kâğıda ilaç kullanımı ile ilgili anlaşılmayacak tarzda açıklamalarını yazmaması gerekir.

"Eczaneye imal edilmek üzere bırakılan reçetelerin tadil veya tağyir edilmeden yapılması meşrut olup ilaçların ve reçetelerin (fiyatları üzerinde yazılmak suretiyle) alıcıya verilmesi Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince tesbit ve ilan olunacak esaslara göre yapılır. Eczanelerde hazırlanan reçetelerin ilaçlarında görülecek hata ve saireden doğrudan doğruya eczanenin mesul müdürü sorumludur.

Eczacılar muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri müdavi tabip ile temas etmeden imal edemezler.

Ancak müdavi tabip ile temas imkânı bulunmayan hallerde reçeteyi kodekste yazılı azamî miktarlara göre yapmakla beraber keyfiyeti mahallin en yüksek sağlık amirine bildirirler." (EEHK. Md.25). Mezkûr hükümle, eczacıların hekim reçetesine uygun ilaç imal etmesinden bahsedilmekte olup, eczanın gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. *"Tabip veya veteriner hekimin adres ve diploma numarasını açık olarak göstermeyen, resmî veya hususî hastane sağlık merkezi, dispanser ve poliklinik yapan benzeri müesseselerin başlık ve poliklinik numarasını taşımayan, okunması güç, şifreli yahut kodekste yazılı dillerden başka dille yazılmış reçeteler imal ve ihzar olunamaz.*" (EEHK. Md.27). Eczacının fiili suç oluşturmadığı takdirde ve bu kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde idarî para cezasıyla cezalandırılır(EEHK. Md.44). Almanya Eczacılık Kanununda; *"Ecza deyiminden ne anlaşılması gerektiğini Yasa & 2' de tanımlamaktadır. Söz konusu hükmün 1. Fıkrasının 1 no. lu bendine göre, ecza, insan bedenine yönelik veya insan bedeninde kullanılması suretiyle, hastalıkları, acıları bedende meydana gelen zararları veya hastalık şikâyetlerini iyileştirmek, dindirmek, önlemek veya teşhis etmek amacıyla belirlenmiş maddelerden oluşan madde veya izharattır."*[77]Eczacı

77 SCHREIBER, Hans-Ludwig: "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi-(Ulusal-uluslararası)" Tıp Ve Ceza Hukuku, Tercüme Eden: Mustafa R. ERDEM, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi:2, Seçkin Yayınları, Ankara–2004, s.110.

kasten ve taksirle işlediği fiillerinden oluşan ilaç zararlarından dolayı sorumludur(TCK. Md. 81.,85.,86.,89). Eczacılar, hastalara doğrudan doğruya zarar vereceklerinden diğer meslek mensuplarından daha itinalı ve dikkatli davranmaları gerekir.

Eczacının görevi; hekimin yaptığı teşhis ve tedavi sonucu reçete edilen ilaçları hastaya vermektir. Eczacının hastayı tedavi amacı dışında ilaçla öldürmek veya sağlık durumunu daha da kötüleştirmek amacıyla hareket etmişse kasten öldürme suçunu (TCK. Md.82) veya kasten yaralama suçunu işlemiş olur(TCK. Md.86).Eczacı yaralama kastı ile hareket eder; fakat, hastanın ölümü ile sonuçlanırsa ve uygun illiyet bağı kurulabilirse kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçu oluşur (TCK. Md.87 /4 f).

Eczacı, taksirle davrandığı eczacılık bilimi kuralları çerçevesinde neticeyi öngörüp öngörmediği tespit edilecektir. Eczacı taksir suçunu ihmâlî veya icraî davranışla işleyebilir. *"TCK'nın 397. maddesinin, tıbbî mevaddı, hekim reçetelerine mugayyır olarak yapanlar uygulama olanağı bulunup, olayımızda ilaç yapılması söz konusu olmadığı çihetle, damla yerine draje hap verilerek mağdurun cismen ezaya maruz bırakılması şeklinde tecelli eden eylemin TCK'nun 459. maddesi dairesinde mütalaası gerektiği gözetilmemesi,*(Yrg. 2. CD. 15.10.1986, E.7425, K.7055)"[78]. (Mülga: 765 Sayılı TCK'nun 459. maddesinin 5237 Sayılı TCK karşılığı 89. maddedir. Mülga: 765 Sayılı TCK'nun 397. maddesinin 5237 Sayılı TCK karşılığı 187. maddesidir).

Eczacı, hekimin reçetede yazılan ilacın etkilerini, zarar ve yararlarını, reçeteyi yazan hekimin güvenini sarsacak ve onu küçük düşürecek şekilde hasta, hasta yakınları ve diğer şahıslarla tartışmamalıdır. Reçetenin sorumluluğu onu yazan hekime aittir.[79] Eczacının sarf ettiği sözler nedeniyle hekimin yazdığı reçetedeki ilaçları hasta almaz veya alır kullanmazsa eczacı taksirli davranışı nedeniyle doğan zararlardan sorumludur.

Türk Ceza Kanunu'nun 186. maddesi, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her türlü yenilebilen

78 MERAN, Necati: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları. Ankara-2007, s.932.

79 DEĞER, Mebrure: " Hastane Eczacılığında Sır", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 3 , Ankara-1997, s. 135.

veya içilebilen şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden bulunduran hapis ve para cezaları ile cezalandıracağını bildirmektedir. Bu suç, resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde de ceza artırılarak verilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesi de, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimsenin hapis ve para cezaları ile cezalandıracağını bildirmektedir. Bu suç tabip veya eczacı tarafından ya da resmî bir izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde de ceza artırılarak verilir. *"TCK. nun 397. maddesinde ilaç yapımından söz edilmiş bulunmasına göre, imal edilmiş hazır ilaçları reçeteye aykırı olarak verme sözü geçen maddedeki suç unsurlarını oluşturmaz*(Yrg. 2. CD. Tarih:08.05.1994, E.4268 K.1984/4966)". *"Sanığın hazırladığı kapsüller doktor reçetesinde yazılı oranda hammadde koymamaktan ibaret eylemin TCY'nin 397. maddesine uyup uymadığının tartışılmadan hüküm kurulması* (Yrg. 4. CD. Tarih:07.10.1997, E.7871 K.1997/8024.)".

6197 Sayılı Kanunun 25. Maddesi de, *"eczaneye imal edilmek üzere bırakılan"* derken, Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesi, *"kişilerin hayatını sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye..."* İfadesiyle özel kanunları içerisine alarak genel bir ifade kullanmıştır. Bu nedenle 6197 Sayılı Kanunun 25. Maddesini bilerek ve kasten ihlâl edenler Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesine göre cezalandırılır. Hatta eczacı reçetede yazılan ilaç yerine başka ilaç vermesi halinde şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürürse Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesine göre cezalandırılır.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesi suçu tehlike suçu olup, tehlikenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Bu kanunla toplumun sağlığı korunmaya çalışılmıştır.

6.2. Suçun Konusu

Suçun konusu; insanların sağlığını tehlikeye sokan(düşüren) ilaçlar olup, hayvanların ve bitkilerin sağlığını tehlikeye sokan ilaçlar madde kapsamı dışındadır.

6.3. Fâil

"Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası ve-

rilir." (TCK. Md.187 /1 f).Bu kapsama eczacı olmayan ve hâlk arasında kendilerine herbalist(otacı) denilen şahıslarda girmektedir. Hükümde suçun fâili olarak zikredilen "*...kimseye...*" demekle herkes kastedilmiştir.

"*Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*" (TCK. Md.187 /2 f).

Suçun fâili gerçek kişiler olup, tüzel kişiler TCK hükümlerine göre sorumlu olabildikleri hâlde burada sorumlu tutulmamışlardır; fakat tüzel kişilerinde sorumlu olmaları gerekir.

1.4. Suçun Mağduru

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç yapma veya satma suçunun mağduru herkestir.

1.4.1. Maddî (Objektif) Unsur

"*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç...*" üretmek veya satmak fiili suçun maddî unsurudur(TCK. Md.187 / 1 f). Bu nedenle eczanelerde satılan hazır ilaçlar madde kapsamı içindedir. Bu suç tipi, "*...üreten veya satan ...*"fâil tarafından üretmek ve satmak biçiminde, iki seçimlik hareketle işlenebilir. Bu suç eczacının hekim reçetesine aykırı olarak ilaç yapma veya satma eylemidir. "*Doktor tarafından reçete de yazılan pronopen yerine complotic-s ilâcı vermekten ibaret olan sanığın eyleminde TCK. 397. Maddesinde sözü edilen reçetenin münderecatına mugayir olarak ilaç yapmak unsuru bulunmadığı... *" (Yrg. 2. CD. 19.11.1985, E.5272, K.1985/9275). Eczacı, hastaya hekimin reçete ettiği ilaç dışında başka ilaç vermesi neticesinde ölüm veya yaralamaya neden olmuşsa kasten adam öldürme veya kastan yaralama suçunu işlediği gibi TCK 187 maddesini de ihlâl etmiş olur. Bu durumda fikrî içtima hükümleri tatbik olunur (TCK. Md.44). Eczacı hekimin reçetedeki anlaşılmaz ifadelerini yanlış okuyarak ilaç yapmış veya satmışsa bu da hastanın ölüm veya yaralanmasına neden olmuşsa özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmediği için TCK 187. maddesi gereği sorumludur. Hekimde ilaç yazarken dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadığı için taksiren adam öldürme veya yaralama suçundan sorumludur.

İlaçların muhtevasına reçetede bildirilen maddeler dışında başka

maddelerin konması hâlinde; reçetede bildirilen madde ile konan madde arasında herhangi bir fark olmadığı zaman reçeteye aykırı ilaç yapımı yoktur. Reçeteye aykırılık suçunun oluşması için öncelikle hekim tarafından yazılan reçetede ilacın belirtilmesi gerekir. Bununla beraber, ilâcın miktarı ve çeşidi gibi oluşumuna ilişkin özelliklerin reçeteye aykırı olmaması gerekir. İlaç ticareti TCK Md.186 da düzenlenmiş iken TCK Md.187 hükmü dışındadır. *"Bir eczaneyi devir veya satın alan kimse eczane açmak için bu kanunda yazılı şartları haiz olduğu takdirde, namına ruhsatname verilir.*

Bu satışlar Hükümet tabibinin huzuruyla ve noterlikçe yapılır"(EEHK. Md.11).

"Eczaneye imal edilmek üzere bırakılan reçetelerin tadil veya tağyir edilmeden yapılması meşrut olup ilaçların ve reçetelerin (fiyatları üzerinde yazılmak suretiyle) alıcıya verilmesi Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince tesbit ve ilan olunacak esaslara göre yapılır. Eczanelerde hazırlanan reçetelerin ilaçlarında görülecek hata ve saireden doğrudan doğruya eczanenin mesul müdürü sorumludur.

Eczacılar muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri müdavi tabip ile temas etmeden imal edemezler." (EEHK. Md.25/1,2f). *"Reçete de müstahzar ilacın eczanede bulunmaması dolayısıyla reçete sahibinin muvafakatiyle aynı evsafta bir ilaç imal ederek reçeteyi veren tabibin muvafakati tahtında kullanmak şartıyla reçetelerin getirene verilmiş olması hâlinde TCK'nun 397nci maddesindeki suç unsuru mevcut bulunmamasına göre, verilen beraat kararında kanuna muhalif bir cihet yoktur*(Yrg. 2. CD.22.03.1946, E.2464, K.1946/2606). " *"Ancak müdavi tabip ile temas imkânı bulunmayan hâllerde reçeteyi kodekste yazılı azamî miktarlara göre yapmakla beraber keyfiyeti mahâllin en yüksek sağlık amirine bildirirler. "*(EEHK. Md.25/3f). Eczacı, ilacın hazırlanmasından hastaya verilmesine kadar bütün aşamalardan sorumlu olmaktadır. Eczacı, hasta için açıkça tehlike öngörüyorsa reçete eden hekim ısrar etse dahi ilâcı yapmayacaktır. Çünkü konusu suç teşkil eden emir hiçbir zaman yerine getirilmez. Eğer yerine getirilirse emri veren hekimle beraber eczacı da sorumlu olur(TCK. Md.24 / 3 f). Eczacı ilacı yapmak için gerekli olan maddelerin dozunu kendiliğinden doğru ve şahsın sağlığı ve hayatı açısından zararsız mik-

tara indirirse TCK 187. maddesine aykırılık oluşmamaktadır. *"Sanık savunmasında ilaçtaki bozulmanın uygun olmayan biçimde saklanmasından da kaynaklanmış olabileceğinin ileri sürmesine göre, bu bozulmanın üretim hatasından mı yoksa saklama kusurundan mı kaynaklandığının Adlî Tıp Kurumundan sorulması ve sonucuna göre: a) Saklama kusurundan kaynaklanmışsa sanığın beraatına, b) Üretimden kaynaklanmış ise 1262 Sayılı İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Yasasına 4348 sayılı Yasanın 2. Maddesiyle eklenen Ek:5 madde uyarınca 1262 sayılı Yasanın 18. Maddesinden ayrı olarak T.C. Yasasının 395. Maddesi ile cezalandırılması gerekirken, eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirir*(Yrg. 4. CD. 18.06.1998–4398/6650)".[80]

Bu suç tipi tehlike suçu olup, ayrıca bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur. Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma fiilinden suç oluşur. İlacın üretilmesi nedeniyle bu suç oluşmakta olup, ilacın satılıp satılmaması önemli değildir. İlacın üretilmesinden dolayı bu suç oluşur. Üretilen ilaç bedelli veya bedelsiz verilmesi sucun oluşumu için fark etmemektedir. Bu suç taksirle işlenmez.

1.4.2. Mânevî (Sübjektif) Unsur

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme ve satma suçunun mânevî unsuru genel kasttır. Bu suç tipi olası kastla da işlenebilir. Saik aranmamakta olup, suçun hastayı yaralama ve öldürme kastıyla işlenmesi hâlinde TCK 187. maddesi değil, kasten öldürmede TCK 82. maddesi ve kasten yaralamada TCK 86. maddesi uygulanır. Suçun oluşması için gerekli ve yeterli olan fâilin bilerek ve isteyerek şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretmesi ve satmasıdır.

Bu suç taksirle işlenememekle beraber, kanaatimizce, kişilerin taksirden de sorumluluğu olabilmelidir.

6.4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK 187. maddesi suçunun oluşması için hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesi gerekir. Bütün suçlar için TCK da genel nitelikte olan ve cezaları azaltan ve kaldıran madde başlığı altında düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenleri TCK 25., 26., 27., 28., 29., 30., 31., 32., ve 33. mad-

80 YAŞAR, O: İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara-2001, s.845.

delerinden birinin varlığı hâlinde fiil suç olmaktan çıkar. Bu nedenle, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme ve satma suçu bakımından da hukuka uygunluk nedenleri gerçekleşebilir.

1.5. Suç ve Cezayı Etkileyen Hâller

1.6. Suçu Ağırlaştıran Hâller

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üreten ve satan kimse, tabip veya eczacı ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenilmesi hâlinde ceza ağırlaştırılarak verilir(TCK. Md. 187/1,2f). Bu şahısların sıfatlara sahip olup olmadıkları özel kanunlardaki şartlara uygunluklarına bakılır. Resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamına, hekim, eczacı, ebe, hemşire, sağlık memurları, diş teknisyenleri girmektedir.[81] Hatta eczacı kalfalarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

1.6.1. Suçu Hafifleten Hâller

TCK 187. maddesi suçu bakımından özel hafifletici neden öngörülmemiş olup, şartların oluşması hâlinde genel indirim sebepleri uygulanabilir.

6.6. Suçun Özel Görünüş Hâlleri

6.6.1.Teşebbüs

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda teşebbüs mümkündür. Suçun varlığı için şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma fiillerinden birinin işlenmesi yeterlidir. Suç tehlike suçu olup, zararlı sonucun ortaya çıkmasına gerek yoktur.

6.6.2. İçtima

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda suçların içtimaına yönelik genel kurallar uygulanır.

6.6.3. İştirak

Şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunda iştirak mümkündür(TCK. Md.37.,38.,39.,40.,41). fâiller birbirine yardım ederek veya birbirini azmettirerek suç işlenebilir.

81 ERMAN, Sahir/ ÖZEK Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, (TCK 369–413), İstanbul–1995, s.195.

6.6.4. Yaptırım(Müeyyide)

TCK Md.187/1f'de, şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçunun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezasının verilmesidir. Adlî para cezasının alt ve üst sınırı belirtilmediğinden TCK Md. 52/1f gereği, beş günden az ve kanunda belirtilmeyen hâllerde yediyüz otuz günden az olmayacaktır.

TCK Md. 187/2f, suçun tabip veya eczacı ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenilmesi hâlinde verilecek ceza TCK Md.187/1f göre, belirlenecek cezanın üçte bir oranında artırılmasıdır.

6.7. Zamanaşımı(Müruruzaman)

TCK. Md. 187/1f suçu bir yıldan beş yıla kadar hapis öngördüğü için dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır(TCK. Md.66/1-e).Dava zamanaşımı süresini kesen sebeplerin oluşması hâlinde süre en fazla ondört yıldır(TCK. Md.67/4). TCK Md. 187/2f'de ise, dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren onbeş yıldır(TCK. Md.66/1-d). Dava zamanaşımı süresini kesen sebeplerin oluşması hâlinde süre en fazla yirmiiki yıl altı ay olmaktadır(TCK. Md.67/4). *"Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer."* (TCK. Md.66/2f).

6.8. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Adlî makamlarca şahısların hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde ilaç üretme veya satma suçu re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi için herhangi bir mahkeme şartı bulunmamaktadır. Yargılama makamı asliye ceza mahkemesidir.

7. Zehirli Maddeler İzinsiz Satmak

7.1. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK Md.193 (mülga:765 Sayılı TCK Md. 409), muhtevasında zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun konusu uyuşturucu maddeler dışında kalan her türlü zehir olmaktadır. *"Reçete mukabilin-*

de verilmesi meşrut olan ilaçların reçetesiz verilmesi ve zehirli ve müessir maddelerin eczanelerde toptan satılması yasaktır." (EEHK. Md.24).

"Zehirli veya kimyevî maddelerle tıbbî ecza ve müstahzarların müsaadesiz satılması yasaktır. Bunları müsaadesiz satan veya satmak üzere dükkânında bulunduranlar Türk Ceza Kanununun 193 üncü maddesine göre cezalandırılır.

Ancak eczanesi bulunmayan yerlere münhasır olmak üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince tespit ve ilan edilecek müstahzarlar bu hükümden müstesnadır." (EEHK. Md. 43).

7.2. Fâil

Zehirli madde imal ve ticareti suçunun fâili herhangi bir kimse olabilir.Fâilin mesleği ve sıfatı gibi niteliklerin suça etkisi bulunmamaktadır.

7.3. Maddî (Objektif)Unsur

Zehirli madde imal ve ticareti suçunun muhtevasında seçimlik hareketler olarak, zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne tabi olan maddeyi izin almadan üretmek, bulundurmak, satmak veya nakletmek suçun maddî unsurudur. Yargıtay'ca izinsiz satmak kastının ne olduğu belirtilmiştir. *"İzinsiz satıştan maksat; ispençiyari ve tıbbî müstahzarların imalinden evvel 1262 Sayılı kanunun 5. maddesine göre alınması gerekli iznin alınmaması veya bunların ticarete çıkarılmasından veya ithalinden evvel yine sözü geçen kanunun 3. maddesine göre geçerli iznin alınmamış olması eczane veya ecza dolabı olmayan yerler SSYB'nin 6197 Sayılı yasanın 43/son uyarınca tespit ve ilan edilecek müstahzarların dışındaki eczane veya ecza dolapları dışında satılması veya satışa sunulmasından ibarettir"* (YCGK. 29.12.1988, E.5–445, K.627). 984 Sayılı kanunun 13. Maddesi, *"Ecza ticarethanelerinden başka yerlerde yalnız sanat ve ziraat işlerinde kullanılan zehirli ve müessir ecza ve kimyevî maddeleri herkes satabilir. Ancak bu gibi maddeleri satmağa talip olan şahsın istidasıyla beraber hüviyetini ve satacağı kimyevi maddeleri ve dükkânının yerini ve esasen hangi ticaret ile meşgul olduğunu gösteren bir beyannameyi mahâllinin en büyük mülkiye memuruna vermesi lazımdır. Bu beyanname üzerine dükkânı tetkik ve lazım gelen vasıfları haiz ve zehirli maddelerin muhafazasına mahsus tertipleri havi olduğu takdirde ruhsat verilir. Kayıt ve tescil için Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye*

Vekâletine bildirilir."[82] Mezkûr hükümle, ecza ticarethanelerinde sanat ve ziraat işlerinde kullanılan zehirli ve müessir ecza ve kimyevi maddeler satımı yapılabilir. Ecza ticarethaneleri dışında herkes bu maddeleri mahâllin en büyük mülkî amirinin izni ile satabilmektedir. *"Yetkisiz olarak ilaç satmaktan sanığın Yasanın 43. maddesi yollamasıyla TCK'nın 409. maddesi uyarınca cezalandırılmasına dair verilen hükmü inceleyen Özel Daire; (Eczane ve ecza dolabı bulunmayan yerlerde ruhsatsız ilaç satılması hâlinde 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Yasanın 43/2. maddesi yollaması ile 1262 Sayılı Yasanın 1 ve 20. maddelerinin uygulanması gerektiğinden, sanığın suç konusu ilaçları sattığı ... ilçesine bağlı Hisarkaya köyünde ecza dolabı bulunup bulunmadığı saptanmadan TCK'nın 409. maddesi ile hüküm kurulması) isabetsizliğiyle bozmuş, bu karara karşı yerel mahkeme gerekçelerle evvelki hükmünde direnmiştir.*

İncelenen dosyaya, suç tutanağına, bunu doğrulayan tanık beyanlarına ve sanığın ikrarına göre;.... ilçesine bağlı Hisarkaya köyünde, ecza dışında satılması yasak olan 38 kalem muhtelif cins ve miktarda ilaçları sanığın satmak üzere dükkanında bulundurduğu ve satmakta olduğu anlaşılmıştır.

.....

6197 Sayılı Yasanın 43. maddesi mutlak olup bununla müstahzarların izinsiz satılması yasaklanmış, aksine hareket TCK'nun 409. maddesinin uygulanmasını gerektirir bir suç sayılmıştır.

Müsaadesiz satıştan maksat, ispençiyari ve tıbbî müstahzarların imalinden evvel 1262. Sayılı Yasanın 5. maddesine göre alınması gerekli iznin alınmaması veya bunların ticarete çıkarılmasından veya ithalinden evvel yine sözü geçen kanunun 3. maddesi uyarınca geçerli iznin alınmamış olması eczane veya ecza dolabı olmayan yerler Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının 6197 Sayılı Yasanın 43. maddesinin son fıkrası uyarınca tespit ve ilan edilecek müstahzarlar dışındaki müstahzarların eczane veya ecza dolabı dışında satılması veya satışa sunulmasından ibarettir.

Sanık, 6197 Sayılı Yasanın 43/son maddesi kapsamına girmeyen, yalnız eczanelerde satılması gereken müstahzarları satmak suretiyle TCK'nın 409. maddesini ihlâl etmiştir.

Sanığın belirlenen bu eylemine göre ayrıca bakkallık yaptığı köyde ec-

82 984 Sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat Ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli Ve Müessir Kimyevî Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun, Kanun No: 984, Yayımlandığı Resmî Gazete: 12/03/1927, Sayı:575.

zane veya ecza dolabı bulunup bulunmadığının araştırılmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Bu, itibarla direnme kararı usûl ve yasaya uygun olduğundan onanmasına karar verilmiştir(YCGK.29.02.1986-5-445/627)."[83]

6197 Sayılı kanun"*Ancak eczanesi bulunmayan yerlere münhasır olmak üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince tespit ve ilan edilecek müstahzarlar bu hükümden müstesnadır*" (EEHK. Md. 43/2f). Diyerek cezasızlık hâlini düzenlemiştir. Burada Bakanlığın izin verdiği ilaçlar için satış suç olmayacaktır.

7.4. Mânevî (Sübjektif)Unsur

Zehirli madde imal ve ticaret suçunun manevî unsuru kasttır.fâilin saiki önemli olmamaktadır.

7.5. Suçun Konusu

Suçun konusu; içerisinde zehir olan, üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı maddelerdir.

7.6.Suça Etki Eden Neden

TCK 193. maddesinde, cezanın artırılması ve indirilmesini etkileyen sebepler öngörülmemiştir.

7.7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

TCK 193. maddesi suçunda, gerek suça teşebbüs gerekse iştirakin her hâli mümkün olmaktadır. Genel hükümler çerçevesinde suçların içtimaı çözümlenmektedir.

7.8. Suçun Kovuşturulması, Görevli Mahkeme, Dava Zamanaşımı ve Yaptırımı(Müeyyidesi)

TCK 193. maddesi suçunun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılmaktadır. 5235 Sayılı Kanununu 10. maddesi gereği görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir. Dava zamanaşımı süresi, TCK 66/1-e maddesi gereği sekiz yıldır. Suçun yaptırımı ise, iki aydan bir yıla hapis cezasıdır.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ederiz, sorular olduğu takdirde sanıyorum daha geniş açıklamalar yapılabilecektir. Şu anda bir şey yoksa

83 MERAN, Necati: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları. Ankara-2007, s.969-970.

yine sorulara tebliğ sırasına göre hocalarımıza söz veriyoruz. Buyurun Ramazan Bey.

DOÇ. DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Evet teşekkür ederim Başkan. İki tane soru var. Soruları soran var mı? Evet. Avukat Bedia Boran'dır. Tam okuyamadım ama Boran galiba. Evet, Avukat Bedia Boran'ın bir sorusu var; "bu ilaç araştırmalarında deneklerin ekonomik durumu konusunda bir istatistik var mı?" diyor. Ben bilmiyorum, varsa da ben bilmiyorum yapılmış mıdır? Bilgisi olan varsa açıklasın, biz de öğrenmiş olalım. Daha çok yani ekonomik durumu kötü olanlar üzerinde mi denenmektedir? Para karşılığı yapılıyorsa muhtemelen olabilir ama ilaç deneyleri hastalar üzerinde de yapılıyor, onlar zaten zor durumdalar. Özellikle hocam son çare, altın vuruş diyebileceğimiz yani bütün şeyler bitti de bir ilaç var elimizde henüz daha yeterince denenmemiş, bir de bunu deneyelim diyorsa o da zor durumda kabul etmek zorunda, benim tanıdığım bir arkadaşım var öyle. Hepatit C ile ilgili bir deneme konusunda Türkiye'de yeterince denenmemiş, Fransa'da belli bir oranda denenmiş. Bunu deneyelim mi demiş hekimler? O da başka yok, Türkiye'de deneyelim diye gönüllü olarak kabul etmiş onu. Hasta olanlar üzerinde deneniyorsa zaten onlar bir zorluk yaşıyorlar, buna ne kadar gönüllü denilir tartışılır tabii ki. Ama sağlıklı olduğu halde –ben şunu da anlayamadım- sağlıklı insan üzerinde ilaç nasıl denenir tıbbi açıdan o da bir kafamı kurcalıyor yani. Bir hastalığı olacak ki onu iyileştirmek için ilaç faydalı mı değil mi belki denenebilir. Tıpçı olmadığım için, yan etkileri mi deneniyor? Evet. Sağlıklı olup da ilaç deneylerine gönüllü oluyorsalar, bunların karşılığında belli bir para veriliyorsa bunun bir etik olduğunu söylemek doğrusu bana pek mümkün gözükmüyor. Ama hiçbir menfaati yokken de sırf insanlığa fayda olsun diye kendini insanlığa adayıp, gönüllü olanlar da var mıdır bunu hekimlerimize, bu ilaç araştırmalarında ilgilenen kişilere sormak lazım diye düşünüyorum yani ama para karşılığı gönüllü olunuyorsa pek etik değil gibime geliyor. Evet.

KATILIMCI - Hukuka da aykırı,

AV. CAHİD DOĞAN - Sayın oturum başkanım, mikrofona konuşulmadığı için konuşma kaydı yapılamıyor, mümkün ise katılımcılar sorularını yazılı versinler ya da müsaade edin kürsüden soru sorsunlar.

KATILIMCI - Çok zaman alabileceği için sorular bittikten sonra,

OTURUM BAŞKANI - Kürsüden o zaman, öyle yapalım. Tabii öyle

yapalım. Katkılarınız olacaksa onların kayda girmesi açısından sonda yapalım.

DOÇ. DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Para karşılığı kesinlikte olmaması lazım bu işin çünkü aksi takdirde işin önü alınamaz.

KATILIMCI - İnsan onuruna aykırı.

DOÇ. DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Evet insan onuruna aykırı. Etik kurallardan da birisi yani. İlaç araştırmalarından insan onuru öncelikli. Sonucu ne kadar insanlığa faydalı olursa olsun denek olanların onuru öbürlerinkinden daha önde tutulmalı diyor etik kurallar.

Bir başka soru; Dilek İlter herhalde, doğru mu okuyorum. Yerel etik kurullarının genellikle danışma kurulları olduğu, icra nitelikte kararlar vermediği, dolayısıyla bunlara karşı dava açılıp açılamayacağını yanlış mı anladım diye soruyorlar. Doğru genel olarak danışma kurulu ama yönetmeliğimize baktığımızda kararlar da verebiliyorlar. Mesela bir iki örnek vereyim. Özellikle yerel etik kurulları bu şekilde, merkezi etik kurulu kararını Bakanlığa bildiriyor, Bakanlık nihai kararı veriyor ama yerel etik kurullarında karar verme imkanı da var. Hazırlanan protokol ve belgeleri incelemek, değerlendirmek ve uygun gördüklerini Bakanlığa görmek, uygun görmüyorum derse bir karar vermiş oluyor o zaman. Ben uygun görmüyorum, göndermiyorum. Bu bir icrai nitelikte bir karardır. Buna karşı dava açılabilir. Yine lüzum gördüğü durumlarda gerekçesini belirterek araştırmaları durdurmak, böyle bir yetki vermiş yönetmelik. Bu da bir icrai nitelikte bir karardır, dava açılabilir. Yine yönetmelikte diyor ki; "altıncı maddede belirtilen izine tabii araştırmalar dışında kalan ruhsatlı ilaçların biyo yararlarının araştırmaları gibi bütün listelerle ilgili projeleri değerlendirmek ve karara bağlamak" bu da aslında icrai nitelikte bir karardır. Yani bütün özellikle yerel etik kurullarının bütün kararları danışma biçiminde değil, kendileri de doğrudan karar verme imkânına sahip oldukları için buna karşı da idari yargı da bir dava açma imkanı olabileceğini düşünmekteyim. Teşekkür ederim, bilmiyorum yeterince aydınlatıcı oldum mu?

OTURUM BAŞKANI - Sayın Ozanoğlu, buyurun.

DOÇ. DR. HASAN SEÇKİN OZANOĞLU - Evet, bana Dilek İlter Hanımefendi bir not göndermiş. Bu ülkemizde ilaç araştırmalarında gönüllülerin sigortalanması yönünde zorunluluk getirilmiştir. Faz bir, iki, üç çalışmalarının izin alıp başlayabilmesi için sigorta poliçelerinin etik kurula sunulması zorunludur. Aksi takdirde çalışmaya izin verilmez di-

yor. Benim elimdeki mevzuat itibariyle, yani bu herhalde bir yönerge mi? Nerede böyle bir düzenleme var?

DİLEK İLTER - Yönetmelikte ve kılavuzunda buna yönelik dayanak maddeleri var. Buna ilişkin de Bakanlığın uygulamasında sigorta poliçeleri sorulmaktadır.

DOÇ. DR. HASAN SEÇKİN OZANOĞLU - Benim elimdeki dokümanda gerekirse diyor, yani burada bir zorunluluk yok.

DİLEK İLTER - Bakanlığımız genelgesi var.

DOÇ. DR. HASAN SEÇKİN OZANOĞLU - Genelge olduğu için yani tabii bu işler genelgelerle olmaz. Bizim biraz önce Yener Bey Hocam da hususiyle söyledi. Bunları kimsenin takip edebilmesi mümkün değil. Yani bütün şeylerin hep yasal düzenlemelerle yapılması lazım. Çünkü birine yükümlülük getiriyorsunuz netice itibariyle bunu yaparken. Bakın ben kanundan bahsettim. Mesela Alman Kanunu'nun 40.paragrafından bahsettim, adam kanunda düzenlemiş bunu, hatta miktarı da belirlemiş. Tabii o zarara göre o miktar şey yapılacak. Bu şekilde genelgelerle vesaireyle düzenlemeler ihtiyaca cevap vermez dolayısıyla eğer böyle bir şey yapılıyorsa teşekkür ederim ama bunu özellikle Sağlık Bakanlığı'ndaki arkadaşlarımdan hangi genelgedir, öyle mi, sizden istirham ediyorum o zaman bunu bana temin ederseniz bir eksikliği de gidermiş oluruz ama tabii, böyle bir düzenleme ihtiyaca cevap vermiyor, onu da özellikle vurgulamak gerekiyor. Ama hassasiyetiniz için teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocam, buyurun.

PROF. DR. YENER ÜNVER - Bana birkaç soru var. İki tane soru Dr. Erhan Büken beyefendiden gelmiş. Bir kez sanırım 186/1 ve 2'deki bu ağırlaştırılmış sebeple ilgili, o bağlamda sormuş olsa gerek. "Hekim ya da eczacının hastaya ya da kişiye ilaç vermesi durumu ne zaman meslek ilişkisi dışında telakki edilir? Başka bir deyişle hekim eczacı ilişkisinin kurulamadığı ya da sonlandığı ilaç verme söz konusu olduğu halde durumlar var mıdır?"birinci soru bu. Şimdi buradaki bahsettiğimiz konuda belki birkaç şeyin altını çizmek gerekir. Eski düzenlemede, biraz önce özellikle altını çizdiğim şey eski Türk Ceza Kanunu 396'nın şu anda yer verilmemesi. Orada şöyle bir hüküm söz konusuydu; bu tür ilaçların, taklit tahlili yapılmış ilaçların umumun sıhhati için tehlikelilik özelliğinin bilinmesine rağmen tehlikeli bunu söylemeden satması ya da vermesi cezalandırıyordu. İkincisi eczacılar hakkındaki kanunda bu konuda düzenlemeler var. Belki bunları komplike o yüzden özellikle

vurguladım, ilaç kanunun yapılması gerekir, bir araya almamız gerekir çünkü bu kez hangi normu uygulayacağız kargaşası çıkıyor. Aslında kast edilen şey, eski uygulamada bunun örneklerini gördük, Yargıtay kararlarına da yansımış örneğin bir bakkalda Aspirin, Gripin satılmış, bu ilaçtır denmiş ve mahkûmiyet kararı onaylanmış ki Anadolu'da çok örneğine rastlıyoruz burada. Şimdi burada asıl kast edilen şey özellikle eczacılar ve diğer eczanelerin bulunmadığı yerlerde izinle belirli ilaçları satmaya izin vermiş kişileri kast etmekte. Ama sadece izinle belirli bir mesleğin icrası değil. Bazen doktora da bu anlamda eğer gerçekten tedarik etme, bulundurma ki kullanacaktır doktora da bu anlamda izinle mesleğini icra ediyor ve bunu bulunduruyorsa bu kapsama girebilecektir. Ama asıl kast edilen şey o tür meslekleri icra edilen kişileri bu kapsama almaktır çünkü onlar ruhsat alarak, izin alarak özel meslek icra ediyorlar, kamu sağlığı için insanlar güveni gidip oradan alıyor, bakkaldan almıyorsun, marketten almıyorsunuz oradan alıyor biliyorsunuz ki özellikle de, yabancı ülkelerde özellikle doktor ayrıca da eczacıya sorulması gerektiği konusunda yükümlülükler getiriyor. İlacın özellikleri bakımından. O size kullanımla ilgili açıklamalar da veriyor. Ama burada bir şeye dikkat etmek, belki iki şeye dikkat etmek lazım birincisi bunun sadece izinle icra edilen bir meslek olması gerekir, sadece belirli bir doktorun veya eczacının mesleğini icra etmesi gerekmiyor, izinle olacak. İkincisi, burada kişinin yani doktor 24 saat doktordur, polis 24 saat polistir anlayışıyla yaklaşmamak gerekir. Amaca uygun yorum yapmak gerekir diye düşünüyorum, meslek icrası dışında diyelim ki komşunuz geldi, doktor bey işte falanca doktor eşime şu anda yazdı, şu anda bulamıyoruz, nöbetçi eczaneye gidemedim, eczane kapalı siz de şu ilaç var mı? Tedarik etti, bir yerden tedarik etti ya da ileride bir şekilde ben bunu kullanım amacıyla bulunduruyordu, kişi de bunu parayla almış doktor veya başka bir eczacı, parayla da sattı. Burada dikkat ederseniz mesleği icra etmiyor, meslekten kasıt o kişinin gördüğü işleve ve işe bakmamız gerekiyor. Ya doktor mesleği olacak, ya eczacılık mesleği olacak ya da bu tür ilaçların satıldığı bir kurum olacak ki bu alternatif tedavide de izin alınarak belli doğal ürünler satılabiliyor, o mesleği icra ederken yapılmış olması gerekiyor. Ama tatilde, hafta sonu, evde, hiç meslekle ilgisi olmadığı halde böyle bir satış veya bulundurma söz konusu olabilir. Orada hem kamu sağlığı bakımından bir tehlike arz etmediği için hem de bu koşullar, yasal koşullar yerine gelmediği için bu kapsamda düşünmemek gerekir.

Ama şu önemli; ücret alıp almaması her zaman önemli değil. Evet, satışta bu, o yüzden başlığa dikkat etmemiz gerekir, başlık bizi yanıltmasın orada ticaretten söz etmekle birlikte evet satışta bir ticaret var ama tedarik etme ve bulundurmada ücret mukabili olması diye bir koşul yok, ücretsiz de olsa bu kapsama girer. İkincisi biliyoruz ki her zaman doktor eczacı ilişkisini kurmak gerekmiyor. Çünkü reçetesiz satılan bir ilaçta doktor devreye girmeksizin de eczaneye gidilebilir, eğer orada eczacı mesleğini izin alarak hizmet ettiğine göre eczacı eğer böyle bir maddeyi satıyorsa, bunu bilerek satıyorsa, sahteliğini ya da içeriğini o takdirde bu kapsama girebilecektir. Ama sadece eczacı olması ya da sadece tıp fakültesini bitirip doktor olmasından hareketle böyle bir şeyi bulundurdu ya da sattı, verdi bunu biz bu kapsamda sayalım demek doğru değil. Mutlaka tıbbi müdahaleyle veya eğer ilaç veya diğer ürünleri satıyorsa o satışla ilgili olması gerekir.

İkinci soru ise 187 birinci fıkra ile ilgili. Acaba burada, bu suçta kasıt gerekli mi, -aynı Beyefendinin sorduğu- kasıt gerekli mi? Üreticinin cezai sorumluluğu için *(Anlaşılmıyor)* yani olası kast burada yeterli olabilir mi? Şimdi burada şuna dikkat etmemiz lazım. Bir kez özel kast ya da özgü suç değil. Özgü suç değil, biraz önce bahsettik hani mutlaka eczacı da olması şart değil. Eğer izinle eczane olmayan yerlerde birine satış için veriyorsa bu kapsama girer dedik. Ama burada dikkat ederseniz özel kastı aramıyor. Niyeti, amacı, saikı şunu bunu aramıyor. Genel kast yeterli ve biri isteyerek yapıyorsa, Türk Ceza Kanunu 21'deki bu iki unsuru taşıyorsa sorun yok. Ama olası kast oldu mu tabii ki olur. Şimdi özel kast aranmadığı için ve özel kastın da belirli türü aranmadığı için olası kast haydi haydi olur. Tehlikeli mi? Olası kast eskiden de olan bir kurumdu. Olası kastın bu kadar gündeme gelmesi yeni Türk Ceza Kanunu'nda normatif olarak düzenlenmesi. Eski belirsiz ya da gayri *(Anlaşılmıyor)* kast dediğimiz şeyin olası adı altında düzenlenmesi ve bence yanlış olan şeyde ceza indirimi getirilmesi, otomatik, zorunlu ceza indirimi getirilmesi. Ama kişi eğer böyle bir şeyin olabileceğini, bu nitelikteki bir maddenin olabileceğini düşünüyor, aman olursa olsun ben satayım diyorsa bu olası kasttır, bu madde kapsamındadır, bu madde kapsamında değerlendirilir. Sadece verilecek ceza genel hüküm olduğu için çünkü aksine hüküm olmadığı hallerde genel hükümler derhal uygulanıyor, olası kast 21.maddede düzenlenmiştir, genel hükümdür. Uygulanamayacağı halleri ayrı tutuyorum ama burada uygulanabilir. Bu takdirde, bu maddede

olası kasttan eğer varsa somut olayda olası kastta ceza indirimi söz konusu olabilecektir. Bunun amaca uygun olmadığını düşünüyorum. Burada belki olası kastı düzenlememek artı ceza indirimi öngörmemek gerekirdi. Türk Ceza Kanunu, hâkimin cezayı tayindeki maddesi yeterliydi. Eski Türk Ceza Kanunu 29 son, yeni Türk Ceza Kanunu 62 yeterliydi. Şimdi otomatik indirim gerçekten berbat. Çünkü bazı hallerde neden olası kasta ceza indirdiniz anlayabilmek mümkün değil. Hele hele böyle bir yıl teşebbüs söz konusu olduğunda dörtte üçe kadar indirim, olası kasttan da indirim, kişiye 15 gün falan, sahte ilaç satıyor, siz 15 gün falan ceza veriyorsunuz onu da para cezasına çeviriyorsunuz. Yani amaca aykırı ama olası kast bu maddede olur kanaatindeyim.

Son bir soru Avukat Mustafa Kemal, yanlış okuyorsam soyadını kusura bakmasınlar. Adlî Tıp Kurumu'yla ilgili olarak sormuş; "acaba Adlî Tıp Kurumu ilaç, sahte ilaç, yanlış ilaç kullanımında meydana gelen ölümler konusunda ihtisas sorulabilir mi? Bilirkişiliğe başvurulabilir mi?" Şimdi Adlî Tıp'a sorulabilir eğer gerçekten çünkü oradaki bir kimyasal reaksiyondan ya da yanlış ilaç vermeden kaynaklandı ve bu ilaç sahteydi, bu konuda sorulabilir. Ama belki bir iki noktaya temas eder. Yani burada Adlî Tıp'ta bir çalışma var mı diye arkadaşımız soruyor, onu bilmiyorum. Adlî Tıp'ın kendi iç bünyesinde sahte ilaçla ilgili yeni bir bölüm kurulması düşünülüyor mu, oraya uzmanlar tayin edilmesi düşünülüyor mu onu bilmiyorum, böyle bir teknik bilgim yok. Ama Adlî Tıp ve Bilirkişilik Kurumu, Kimya'yla ilgili İhtisas Dairesi var bunlar sorulabilir. Ama bizim gözden kaçırdığımız çok önemli birkaç nokta var. Adlî Tıp Kurumu olsun, Yüksek Sağlık Kurumu olsun bunların özerkleştirilmesi gerekir. Bu son olaylarla bağlantılı olarak söylemiyorum, genel olarak söylüyorum özerk kurumlar olmalı. Bir, ikincisi yasalarda bunlara başvurmanın bazen zorunlu olduğu haller var, bazen de olsa da olmasa da Yargıtay oraya gitmeyi adeta zorunlu kılıyor işte haklarıyla. Bir kuruma başvurmak, ondan zorunlu olarak rapor almak farklı bir şey, o raporun bağlayıcılığı farklı bir şey. Bunları birbirine karıştırmamamız gerekir. Yani tabulaştırmamak gerekir, o kurumlardan verilen raporların da tıpkı diğer bilirkişi raporları gibi hiçbir zaman da bağlayıcılığı yoktur ceza hâkimi için. Ceza hâkimi bunları tabii ki göz önündü tutar. Ama siz Adlî Tıp Kurumu'na karşı başka bir hekimden, başka bir doktordan, başka bir enstitüden, üniversiteden pekâlâ karşı rapor alabilirsiniz ya da zorunlu olmayan hallerde mahkemelerin diğer

kurumlara da gidebilmesi gerekir. Önemli olan uzmanlıktır. Bu uzman kişi Adlî Tıp'ta çünkü bir bakıyorsunuz aynı kişi Cerrahpaşa Anabilim Dalı'nda görevli ama kurulda da görevi var. Yani Cerrahpaşa'da oturup kendi odasında raporu yazmasıyla oradaki arasında bilgi değişikliği söz konusu olmuyor. Önemli olan uzmanlıktır bir de gerekçenin denetlenmesidir. Biz de maalesef gerekçeler denetlenmiyor. Alakasız, varsayıma dayalı raporlar geliyor ve onlara dayalı olarak karar veriliyor. Çünkü özellikle tıbbi hatalar konusunda olsun, bu ilaç konusunda olsun, ceza Hukuku'nda varsayıma dayalı olarak tespitler olamaz, eğer en ufak bir kuşku varsa kuşkudan şüpheli yani burada şüpheli sanık doktor ya da tıbbi alanda çalışan kimsedir, o yararlanmak zorundadır. Ama çok sık bu kurumlardan biz raporlar görüyoruz. Ya muhtemelen böyledir, büyük ihtimalle böyledir diye olasılığa dayalı raporlar verilmektedir ve kurumun adına istinaden büyük önem aksedilerek kararlar o bazda gitmektedir, eğer Yargıtay bozmazsa mahkûmiyette öyle kesinleşmektedir. Ama Adlî Tıp'tan da tabii ki sorulabilir, orada da değerli öğretim üyeleri var ama başka kurumlara da başvurulabilir. Siz bu konudaki bir üniversitenin biyokimya kürsüsünden de önemli olan neyi soracağımız, bu önemlidir, ikincisi rapor gerekçeli, tatmin edici, doyurucu mu onu elde etmemiz lazım. Bir de Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda biliyorsunuz normal resmi bilirkişilik yanında görüş alma yani bilimsel mütalaa dediğimiz görüş alma artı bilirkişiye başvururken bilirkişinin de istifade edebilmesi için uzmanından da rapor alma kurumları geldi. Üç kurum bir aradadır, onları da işletmek gerekir, onlardan da yararlanabilmek gerekir. Benim bu kadar verebileceğim cevaplar.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Doğan size yöneltilmiş soru varsa, yok. O zaman bir beyefendiye söz verecektik. Çünkü zamanımız da oldukça daraldı, saat şu anda 13.40. Fazlaca uzatmamak kaydıyla size söz veriyoruz.

DR. ERHAN BÜKEN - BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ Adlî TIP ANABİLİM DALI - BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ YEREL ETİK KURULU RAPORTÖRÜ - İki önemli nokta benim açımdan gündeme geldi. Bunlara birer cümleyle cevap vereceğim, korsan tebliğ yapmayacağım. Ekonomik durumları araştırılmış mı sorusu gündeme geldi. Gerçekten ekonomik durumları araştırmalara katılan deneklerin, özellikle ilaç araştırmalarına katılan deneklerin araştırıldı, çok sayıda araştırma var literatürde, tıp literatüründe. Bunlarda homojen bir

dağılımın olduğunu söylemek çok zaman mümkün değil. Hakikaten sosyo-ekonomik düzeyleri ya da sosyo-kültürel düzeyleri açısından değerlendirilmesi zorunlu olan seçim kriterleri açısından araştırmalar söz konusu ise biraz daha düşük olduğu kabul edilebilir. Bununla bağlantılı olarak gönüllü denek var mı? Gönüllü deneğin mutlaka ve mutlaka insani üstün yaklaşımla ya da üstün insani yaklaşımla seçilmesi söz konusu değildir. Yapılan araştırmalarda araştırmanın seçim kriterleri, deneklerin seçim kriterleri, seçimle dışlama kriterleri söz konusudur. Seçimle dışlama kriterlerini karşılayan başka birtakım hasta gruplarından doğru ve nitelikli bir şekilde bilgilendirme yapılarak, rıza alınmak kaydıyla seçimler yapılacaktır ki bizim üniversitemizde yapılan araştırmalar yerel etik kurulunun özellikle onam vermesi söz konusu olan onay vermesi söz konusu olan araştırmalarda özellikle seçimle dışlanma kriterlerinin özellikleri göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun dışına çıkanlar da denetleme ve izleme komiteleri tarafından araştırmanın iptaline giden birtakım yaptırımlar söz konusudur, kendi düzenlediğimiz yapılanmada. Sanıyorum Türkiye'de de bir ilk düzenleme bu. İzleme ve Denetleme Komitesi'nin etik kurul kapsamında söz konusu olması. Konular tabii çok ayrıntılı tartışılabilir, burada kesiyorum. Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Biz de teşekkür ediyoruz, soruların cevaplandırılması bölümü de tamamlandığına göre bu Oturumu kapatıyoruz. Plaketlerini sunmak üzere de Berna Hanım'a sözü bırakıyoruz, buyurun Berna Hanım,

AV. BERNA ÖZPINAR- Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Sayın Konuşmacılar, Sayın Başkanım, dinleyicilerimize, hepinize çok teşekkür ediyoruz. Bu güzel tebliğleri için Baromuz adına şükranlarımızı sunmak için Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Selma Çetiner'i kürsüye davet ediyorum.

PLAKET TÖRENİ

III.
OTURUM

ÖTANAZİ

OTURUM BAŞKANI
PROF. DR. SELMA ÇETİNER
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

OTURUM BAŞKANI - Sağlık Kurultay'ın 3. ve son Oturumuna hoş geldiniz. Sona kalmak ve hele öğleden sonraya kalmak oldukça zor bir durum. Ancak konu başlığımız o kadar ilginç ki hiçbirimizin rehavete kapılmayacağına eminim. "Ötanazi" konumuz. Üç tane konuğumuz var bu konuda konuşacak olan. Konuşmacılarımızdan birisi İstanbul Barosu'ndan Av. Sunay Akyıldız, diğer Konuşmacımız, bu konuda kitabı da olan Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Kudret Güven, diğer konuğumuz da İzmir'den bir hocamız, Dokuz Eylül Üniversitesi'den Tıp Fakültesi Adlî Tıp Anabilim Dalı'ndan Doçent Doktor Erdem Özkara. Sunay Hanım'dan başlıyoruz önce. Sorularınız varsa kayda geçmesi açısından yazılı rica ediyoruz. Buyurun Sayın Hocam.

YAŞAMA HAKKI PERSPEKTİFİNDEN AKTİF ÖTANAZİ

AV. SUNAY AKYILDIZ

İSTANBUL BAROSU SAĞLIK HUKUKU KURULU BAŞKANI

GİRİŞ

Sağlık Hukuku alanında onca çözümlenmesi gereken konu varken niçin "aktif ötanazi" sorusunu yanıtlamak ve bu kavrama dikkat çekerek konuyla ilgili sosyolojik ,dini, etik, yasal ve güncel bakış açısını yakalamak, çalışmamızın temel amacını oluşturmaktadır.

"Yaşama hakkı perspektifinden aktif ötanazi" olarak oluşturduğumuz başlığın işaret ettiği kavramlar; insan hakları, yaşama hakkı, yaşama hakkından feragat: ölüm hakkı, hasta hakları, tedavinin reddi, ötanazi ve aktif ötanazi olarak sıralanmaktadır.

I-ÖTANAZİ KAVRAMI VE ALT KÜMELERİ:

Euthanasia (Eski Yunan'da eu-"iyi" ; tahanatos"ölüm") sözcüğü ilk kez Francis Bacon tarafından kullanılmış olup ilk kullanılışında anlam içeriği kolay, acısız ve mutlu ölümdür.

Günümüzde, ötanazi kavramının çeşitli kaynaklarda farklı tanımlamaları mevcuttur. Örnekle;

-Ötanazi, Alman Hukuku'nda, bir kimsenin "kendi ölümü üzerindeki hakkı" adı altında ele alınmıştır.[1]

1 Güven Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, sh.20, Ankara 2000

-Aynı nitelikte, ancak daha çok tıbbi bir tanıma göre ötanazi, hastaların tolore edilemeyen ızdıraplarını sona erdirmek amacıyla öldürücü bir ajanın medikal yoldan uygulanmasıdır.

-Bazı tanımlarda ise kavramın unsurlarına yer veren nitelemeler yapılmaya çalışılmıştır. Buna göre ötanazi, ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi halidir.

-Yine başka bir ifadeyle, ötanazi, bugün için tedavisi olanaklı olmayan ıstırap içindeki hastaların ya da hastalar adına karar verebilme yetkisi olan kişilerin geçerli istemiyle hastanın yaşamının sonlandırılmasıdır. Ayrıca hastaların ölüme bırakılması da bu terimin kapsamındadır.[2]

Ötanazi terimi hukuk ve etik boyutuyla da farklı ayrımlara tabi tutulmakta, bazı alt kümelere ayrılmaktadır.Bu bağlamda biyoetik açısından ötanazi kavramı için 3 temel kümeden söz edilebilir.

Hekimin eylemi açısından aktif ötanazi ve pasif ötanazi olmak üzere iki tür ötanazi türü tanımlanmıştır. Pasif ötanazide (ya da ölüme terketme) hastanın içinde bulunduğu yaşamla bağdaşmayan durum doğal seyrine bırakılırken, aktif ötanazide hastaya doğrudan ölümü sağlayan bir işlem uygulanır. Her iki tür ötanazi de acımaya bağlı öldürme kapsamındadır. Pasif ötanazi, canlandırma uygulamayınız komutundan farklı olarak, daha çok etik bir değerlendirmeye dayanır. **Aktif ötanazi ise, yakın terimi olan yardımlı özkıyımdan hekimin ya da sağlık çalışanının doğrudan ölüme yol açıcı eylemde bulunmasıyla ayrılır.**

Hastanın istemi açısından gönüllü, gönüllü olmayan ve gönülsüz ötanazi tanımlanabilir. Gönüllü ötanazide hastanın ölüm isteğini açıkça belirtebilecek durumda olması ve bu isteği doğrudan ya da dolaylı olarak açıkça dile getirmesi söz konusudur. Gönüllü olmayan ötanazide hastanın ölüm isteğini ortaya koyan kesin bir kanıt yoktur. Ancak onun adına karar verenler (hastanın yasal temsilcileri) hastanın daha önceki söylemlerinden yola çıkarak, onun böyle bir isteği olduğunu dile getirirler. Ya da içinde bulunulan durumda bir insanın yaşamak istemeyeceği kabul edilir. Bu durumlarda hastanın açık gönüllülüğü söz konusu değildir. Gönülsüz ötanazi terimi birbirinden oldukça farklı iki duruma karşılık olarak kullanılmaktadır. Bu farklılık o denli temel bir farklılıktır ki, pek çok yazar bu terimin iki durumu da kapsamasına karşı çık-

2 Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Yasemin N. Oğuz, Harun Tepe, Nüket Örnek Büken, Deniz Kırımsoy Kucur Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005, s.193

maktadır. Bu durumlardan biri, hastanın yaşamak isteğini belirtmesine ya da isteğinin bu yönde olduğuna ilişkin kanıtlar bulunmasına karşın gerçekleştirilen ötanazidir ki; bu uygulamayı cinayetten ayırmak güçtür. Öteki durum ise, hastaya sorulabilecekken sorulup gönüllü onamı aranmadan uygulanan ötanazidir. Buna örnek olarak, hastalığı kendisinden gizlenen son evre kanser hastasının, yakınlarının isteği üzerine, ölümü çabuklaştıracağı açık olduğu halde evine gönderilmesi verilebilir.

Eylemin niteliği açısından doğrudan ve dolaylı ötanaziden söz edilebilir. Doğrudan ötanazide eylemin temel amacı hastayı öldürmeye yöneliktir. Ölümcül dozda ilaç vermek ya da hastanın özkıyım girişiminde bulunacağını bilerek yüksek dozda ilaç yazmak bu türden eylemlerdir.Dolaylı ötanazide eylemin asıl amacı hastada belirli bir etki göstermektir, ancak bu eylem sırasında hastanın ölümünün yaklaşacağı da öngörülür. Dolaylı ötanazi "çift etki" kavramının iz düşümüdür. Örneğin hastanın dayanılmaz ağrılarını gidermek için verilen yüksek doz morfinin onu ölüme daha hızla yaklaştırması gibi.

Ötanazi hakkındaki bu genel açıklamalardan sonra konu başlığımız olan ve tüm dünyada şiddetli tartışmalara yol açan aktif ötanazi konusuna dönmekteyiz.

Aktif Ötanazi: Tedavisi olanaklı olmayan bir hastalık ya da durum nedeniyle acı çeken ve kötü sona doğru giderek daha olumsuz yaşantılarla karşılaşacak olan hastaların, kendi talepleri ya da yasal temsilcilerinin istekleri üzerine, acımaya dayalı olarak ve acısız biçimde öldürülmesi eylemi ya da uygulamasıdır.

Bu uygulamada bulunan kimse, hastanın ölümüyle sonuçlanması beklenen eylemi bilinçli olarak ister ve gerçekleştirir.

Yaşama saygı ilkesinin temel biyoetik ilkelerinden biri olarak kabul edildiği günümüzde, hastanın kendi kararına dayansın dayanmasın, bilinçli bir öldürme eyleminin haklı çıkarılıp çıkarılamayacağı tıp etiği açısından tartışmalıdır. Ayrıca bunun tıp uygulamasının öğelerinden biri olarak benimsenip benimsenmeyeceği de sorgulanmaktadır.

Aktif ötanazinin cinayetten farkı, ölümü, ölenin veya yasal temsilcisinin isteğine bağlı olarak gerçekleştirilmesidir. Bireyin talebi olmaksızın, hatta karşı çıkmasına karşın öldürülmesi durumunda cinayetle aktif ötanazi arasında fark kalmaz.

Yardımlı özkıyımla aktif ötanazi arasındaki temel fark ise, yardımlı

özkıyımda ön planda olan unsurun bireyin kendini öldürme isteği olmasıdır. Burada hekimin eylemi, bireye öz kıyım için kullanacağı düzeneği, bilgiyi ya da benzeri bir aracı sağlamasıdır. Niyet ve eylem, özkıyım kararını veren bireye aittir.[3]

II YAŞAMA HAKKI VE YAŞAMA HAKKINDAN FERAGAT: ÖLME HAKKI:

Yaşama Hakkı: Çağımızın en önemli kilometre taşlarından olan "insan hakları" 10 Aralık 1948 tarihinde "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ile dünya gündemine girerek, her birimizin sahip olduğu, devredilemez, vazgeçilemez temel haklar olarak zaman içinde devletlerin anayasalarında da yer almıştır.TC Anayasası'nın 17. maddesi yaşama hakkını öngörmektedir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz..."

Yaşama hakkı, sağlık ve eğitim hakkı gibi üçüncü kuşak olarak kabul edilen insan hakları olarak, yirminci yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan ve üçüncü dünya ülkelerinin taleplerini yansıtan insan haklarıdır.

Yaşama hakkı herbirimiz için bu denli vazgeçilemez, devredilemez bir hak iken bu haktan feragat de mümkün olacak mıdır? Din, etik ve hukuk bu soru üzerinde bir consensus oluşturamamaktadır. Ancak soruya olumlu cevap verdiğimizde aktif ötanazi gündeme gelecektir...

Ölme Hakkı: Hastanın ya da hasta temsilcilerinin, yaşam destek tedavisini reddederek ya da ölümle sonuçlanacak tıbbi bir yardımı talep ederek, hastanın ölümüne ilişkin kararlar vermek konusunda hak ileri sürmeleri anlamındadır. Bu hakkın yasal olarak tanındığı ülke örnekleri vardır.Çalışmamızın son kısmında aktif ötanazinin yasal olduğu Hollanda örneğinden ayrıntılı olarak bahsedeceğiz..

Yeri gelmişken biyoetik açısından temel sorun, böyle bir hakkın ahlaksal olarak temellendirilip temellendirilemeyeceğidir. Hukuk açısından bir başka görüş, ölme hakkının, yaşama hakkından vazgeçme (fe-

3 Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Yasemin N. Oğuz, Harun Tepe, Nüket Örnek Büken, Deniz Kırımsoy Kucur Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005, s.11

ragat) olarak tanımlanabileceği biçimindedir. Temelde ölme hakkından söz edilemeyeceğini savunanlar, yaşama hakkının insan için vazgeçilemez ve devredilemez bir hak olmasından ya da göksel dinlerin öğretilerinden yola çıkarak savlarını temellendirmektedirler.

Ölme hakkının yasal bir hak olarak tanınmasının, bu hakkın gerçekleşmesi açısından bir ödev tanımını gerekli kılacağı, oysa böyle bir ödevin bir insana ya da bir topluluğa yüklenmesinin ahlaksal açıdan savunulamayacağı da, bu karşı savın söylemlerindendir.

Ölme hakkının yasal bir hak olarak tanınabileceğini ve ahlaksal olarak temellendirilebileceğini savunan yaklaşımlar, bu hakkın kimseye bir ödev yüklemeyen, negatif bir hak olarak yapılandırılabileceğini ileri sürmektedirler.

III- HASTA HAKLARI, ÖTANAZİ YASAĞI VE TEDAVİYİ RED HAKKI:

Hasta Hakları: Hasta hakları kavramı, insan hakları kavramının sağlık hizmetleri alanına yansımasından ibaret olup, tıp etiği açısından da hasta-hekim ilişkilerinin yürütülmesinde merkezi bir konumda bulunmaktadır.Ülkemizde, Sağlık Bakanlığı tarafından 01.08.1998 gününde 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve sekiz ana bölümden oluşan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 1. maddesi *"Bu yönetmelik, temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansıması olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletler arası hukuk metinlerinde kabul edilen "hasta hakları" nı somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin*

"hasta hakları" ndan faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlanmıştır" şeklindedir. Bu yönetmelik sağlık mevzuatımıza çok gerekli ve çağdaş hükümler kazandırmıştır. Yönetmelikte tanımlanan hasta hakları; sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, bilgi isteme, sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme, personeli seçme ve değiştirme, öncelik sırasının belirlenmesini isteme, tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım, tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı, **ötanazi yasağı**, tıbbi özen gösterilmesi,

hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi, hastanın tıbbi müdahalede rızası, güvenliğinin sağlanması, dini vecibelerini yerine getirebilme

ve dini hizmetlerden faydalanma, insani değerlere saygı gösterilmesi ve ziyaret, refakatçi bulundurma, şikayet ve dava hakları şeklinde sıralanmaktadır.

Bu yönetmeliğin beşinci bölümünde, 24 ila 31. maddeleri tıbbi müdahalede hastanın rızası başlığı altında sırasıyla "hastanın rızası ve izin", "tedaviyi reddetme ve durdurma", "küçüğün veya mahcurun tıbbi müdahaleye iştirakı", alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması", "rızanın şekli ve geçerliliği", organ ve doku alınmasında rıza", aile planlaması hizmetleri ve gebeliğin sona erdirilmesi", "rızanın kapsamı" konularını düzenlemiştir.

Hekimin hastaya müdahalesinin hukuka uygun sayılması koşullarından biri "hastanın rızası"dır.Hasta normal koşullar altında beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleye ve daha sonra da tedaviye izin vermelidir, hastanın rıza ve izninin olmaması veya evvelce verdiği rızayı geri alması ya da tedaviyi reddetme ve durdurma hallerinde hekim ve diğer sağlık çalışanlarının hastanın iradesine uygun hareket etmeleri zorunludur. Elbette acil haller ve rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlı olacaktır.

Hastanın Rızası ve İzin

Madde 24*- Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın velisinin veya vasisisnin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272'inci ve 431'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.

Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür.

Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

Tedaviyi Reddetme ve Durdurma

Madde 25- *Kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.

Hasta Hakları Yönetmeliği ötanaziyi yasaklamaktadır. İlgili madde metni;

Madde 13- Ötanazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.

şeklindedir.[4]

Tedavi sürecinde hak sahibi olan hasta iken, hastalığından dolayı çektiği acılara son vermek için ötanazi talep eden hastaya yasal düzenlemelerimiz ötanazi izni vermemektedir. Zira halen baskın görüş "yaşamın kutsallığı"na saygı göstermektir. Yaşamın kutsallığı dinlerin yanısıra tıp bilimi ve hekimler için etik değerdir.

Hasta hakları ile ilgili uluslar arası belgelerde de, hastanın tedaviyi reddetme isteği, tıbbi etik tartışmaları nın dışında tutularak, hasta hakkı olarak değerlendirilmektedir. Hasta hakları ile ilgili Lizbon Bildirgesi ve ölümle sonuçlanacak hastalıklarla ilgili Venedik Bildirgesi'ne göre de hastanın tedaviyi red hakkı vardır. Venedik Bildirgesi'ne göre hastanın tedaviyi kesmesi mümkündür ve yine hasta kendi isteğini açıklayamaz durumda ise en yakın akrabasının isteği ile tedaviyi keserek acısını dindirebilir.

Burada yeri gelmişken yanıtlamamız gereken bir husus vardır; hastanın tedavisinin kesilip ölüme terk edilmesiyle, ölümü beklerken hastalığının verdiği acıları çekmek zorunda bırakılan hastaya ötanazi yapılması arasındaki fark nedir?

Dünya Tabipler Birliği Venedik Bildirgesi
Ölümle Sonuçlanacak Hastalık

4 Akyıldız (Öner) Sunay, Özkan Hasan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, sh.34,sh.959, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) benimsenmiştir.

1-Hekimin görevi hastalarını iyileştirmek, olabildiğince onların acılarını gidermek, hastalarının çıkarlarını iyi şekilde koruyacak biçimde davranmaktır.

2-Hastada iyileşmeyecek bir hastalığın ya da malformasyonun bulunduğu durumlar bile, bu ilke için bir ayrıklık (istisna) oluşturmaz.

3-Bu ilke, aşağıdaki kuralların uygulanmasına engel değildir:

3.1. Hekim, ölümcül hastalığın son dönemindeki bir hastada hastanın rızası, hasta kendi isteğini açıklayamıyorsa en yakın akrabasının kararı ile tedaviyi keserek hastanın acısını dindirebilir.

Hekim tedaviyi kesme gerekçesiyle, ölmekte olan kişiye yardım etme ve onu hastalığının son döneminde rahatlatmak için gerekli ilaçları verme sorumluluğundan kurtulamaz.

3.2. Hekim hastaya herhangi bir yarar sağlamayacak olan ve olağan olmayan yöntemler uygulamaktan kaçınmalıdır.

3.3. Hekim, hasta yaşam bulgularının geri dönmeyecek şekilde kesildiği son döneme girdiğinde, ülkesinin yasalarına uygun davranmak koşuluyla, hastanın yetkili yakınının resmi rızasını sağlayarak, ne transplantasyon ameliyatı ile ne de hastaya verilen tedaviyle ilgili olmayan hekimler tarafından verilmiş ölüm raporuna (ya da yaşam bulgularının geri dönmeyeceğini belirten rapora) dayanarak, transplantasyon için gerekli organlarını canlı tutabilecek yapay yöntemleri hastaya uygulayabilir. Bu yapay yöntemlerin ücretini verici ya da akrabaları ödememelidir. Vericiyi tedavi eden hekimler alıcıdan ve alıcıyı tedavi edenlerden bütünüyle bağımsız olmalıdır.

Hasta Haklarına İlişkin, 2003 tarihli Avrupa Statüsü'nün "Gereksiz ağrı/acı ve Sıkıntıdan Sakınma" başlıklı 11. maddesinde der ki; Her birey hastalığın her evresinde, mümkün olduğu ölçüde acı ve sıkıntıdan korunma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetleri bu amaçla hastanın tedavisinin kolay ve rahat geçmesi için gerekli tedbirleri alır.

IV- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE ÖTANAZİNİN LEGAL OLDUĞU ÜLKELER

Aktif Ötanazi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanuna göre hayata karşı suçlar başlığı altında "kasten öldürme" suçu kapsamındadır. Yine Türk Ceza

Kanunu'na göre intihara yönlendirme de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Kasten Öldürme

Madde 81 - (1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Nitelikli Hâller

Madde 82 - (1) Kasten öldürme suçunun;

a) Tasarlayarak,

b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,

c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle,

d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı,

e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı,

g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla,

i) (Ek bend: 29/06/2005-5377 S.K./9.mad) *1* Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle,

j) Kan gütme saikiyle,

k) Töre saikiyle,

İşlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi

Madde 83 - (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.

İntihara Yönlendirme

Madde 84 - (1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Metinden çıkartılan cümle: 29/06/2005-5377 S.K./10.mad)

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.

Diğer hukuk sistemlerine baktığımızda, ötanazinin tam olarak yasallaştığı ülke olarak Hollanda, Belçika ve Arnavutluk'u görmekteyiz.. Yine Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya gönüllü-istemli pasif ötanaziyi kabul etmektedir İngiltere, Güney Afrika, Japonya genel olarak ötanazi kabul etmeyen ülkeler arasındadır.Kanada'da mahkemeler ancak yorum yolu ile sadece pasif ötanaziye imkan vermektedir.

Almanya'da **pasif ötanazi** sınırlı olarak kabul edilmiştir. Dolaylı ötanazinin cezasızlığının gerekçesi zorunluluk halidir. Istırabı dindirmek ve yaşamı uzatmak arasında ıstırabı indirmek yolu daha akılcı ve daha uygun bulunmuştur. Yarar, zarara gör daha ağır basmalıdır. Alman Anayasası'na göre kuşkusuz yaşama hakkı ağır basar fakat diğer yandan insanlık onuru da 1. maddede en yüksek değere sahiptir.[5]

Ülke örneklerini inceledik **ancak bilmekteyiz ki, yasak olmasına karşın dünyanın pek çok ülkesinde ötanazi uygulanmaktadır. Bu örnekler içinde istikrarlı şekilde aktif ötanaziyi uygulaması nedeniyle, Hollanda örneğini aşağıdaki bölümde ayrıntılı olarak incelemekte yarar görmekteyiz.**

5 V. Türk-alman Tıp Hukuku Sempozyumu/Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları.28 Şubat-1 Mart 2008. Ankara. Henning Rosenau.

HOLLANDA ÖRNEĞİ

Aktif ötanazinin legal olduğu Hollanda örneği, ötanazi problemine ve çözümüne ilgi duyanları ya da ötanazinin legal olması gerektiği düşüncesini paylaşanları yakından ilgilendirmektedir.Bu düşünce ile çalışmamızın bu bölümünde, ötanazinin Hollanda'da nasıl uygulandığına ilişkin soru-cevaplar ile yürürlükteki Hollanda'da yürürlükte olan "Hayatın Sona Erdirilmesi ve Ölüm için Yardım Yasası" nı inceleyeceğiz.

Hollanda parlamentosu, 10 Nisan 2001 tarihinde, ötanazi ile alakalı olarak, "Hayatın Sona Erdirilmesi ve Ölüm için Yardım Yasası"nı çıkarmıştır. Bu yasa, 1 Nisan 2002 tarihinde, yürürlüğe girmiştir. Bu yeni yasa sayesinde bugün Hollanda'da, doktorlar ve ölümcül hastalar, haklarının ve görevlerinin neler olduğunu net olarak biliyorlar. Yeni uygulamaların en önemlisi, ölümcül hastaların ötanazi istekleriyle karşılaşan doktorların, yürürlükteki zorunlu kriterlere uymak ve resmi makamlara bildirmek kaydıyla, bu istekleri karşıladıkları için, herhangi bir cezai işleme tabii tutulmayacaklarıdır. Özetle yasa, doktorların, kriterleri karşılayıp karşılamadıkları konusunda yapılacak değerlendirmenin kurallarını tespit etmektedir.

Bu yasa, ötanazi talebinde bulunan her kişi için, ölüm anlarının mümkün olan en huzurlu bir şekilde gerçekleşmesini garantilemeyi amaçlamaktadır. Kaldı ki ötanazi kelimesi, Latince 'de de, "huzurlu ölüm" manasına gelmektedir..

1- Ötanazi nedir?

Hollanda'da, **ötanazi, hiçbir şekilde düzelme ümidi olmayan ve dayanılmaz acılar veren rahatsızlıklarından kurtarmak amacıyla, hastanın isteğine binaen, hasta hayatına son verilmesidir. Hastanın hayatına son vermesi amacıyla, doktorun yardımını kapsamaktadır. Hastanın ötanazi talebinde, kişisel isteğini yansıtması çok önemlidir**. Ötanazinin uygulanması için, hastanın bu talebinin net ve açık olması gerekmektedir. Hollanda'daki bu açıklama, ötanaziyi, hastanın kabulü olmaksızın da gerçekleştirilebilecek bir uygulama olarak gören diğer bazı ülkelerin açıklamalarından farklılık göstermektedir. Tıbbi tedaviyi reddetmek veya tedaviden çekinmek, ötanazi değildir. Hasta, tedaviyi reddettiği zaman, doktor, bu isteğe uymak zorundadır. Bir doktorun, faydasız bir tedaviyi uygulamak istemeyişi de ötanazi değildir. Bu, tıbbi bir tatbikat olarak kabul edilmektedir. Bir doktor, hastanın acısını azaltmak için, çok kuvvetli ilaçlar kullanabilir, hatta bu ilaçlar, hastanın ölü-

münü hızlandırabilir. Bu durum da, ötanaziden farklı bir uygulamadır.

2- İnsanlar, neden ötanazi talebinde bulunmaktadırlar?

Ötanazi taleplerinin çoğu, hiçbir şekilde iyileşme ümidi olmayan hastalıkların verdiği büyük acılarla yaşayan ve ölümü tek çare olarak gören hastalardan gelmektedir. Hastaların ötanazi istekleri, yetersiz veya palyatif bakım sebeplerinden kaynaklanmamaktadır. Ölümcül hastalar veya tedavi çaresi bulunmayan hastalıklara yakalanan hastalar için, yüksek standartlarda bakım sağlamak her zaman mümkündür. Bu taleplerin % 80'i, hastalığın son aşamasında olan kanser hastalarından gelmektedir.

Diğer talepler de, 'ne olur ne olmaz' düşüncesiyle hareket eden hastalardan gelmektedir. Bu kişilerin sayıları hızla artmaktadır, iyileşme ümidi olamayan hastalıklarının, gelecekte dayanılmaz hal alabileceği ihtimaline karşı harekete geçmek isteyen hastalardan oluşmaktadır.

Örneğin, hastalar, beyin kanaması neticesinde, felçli ve konuşamaz bir şekilde hayatlarını geçirmek zorunda kalabilirler. Böyle bir durumda, taleplerini ifade edemeyeceklerinden, şimdiden doktorlarıyla görüşüp, gelecekteki ötanazi uygulaması için, yazılı bir talepte bulunmaktadırlar. Bu talep, 'öncü direktif' veya 'güncel istek' (ya da en belirgin ismiyle, ötanazi direktifi) adıyla anılmaktadır ve yeni yasa, bu talebi, meşru bir ötanazi isteği olarak görmektedir. Bu durum, özellikle, isteğin sözlü olarak yapılamadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Eğer hastalık, öncü direktifte belirtildiği şekilde gelişirse, aile doktorunun, hastanın hala ötanazi isteyip istemediğini tespit etmesi gerekmektedir. Öte yandan, bu durumda, doktor, sözlü ötanazi talebinde uygulanan tedavi kriterlerine uymak zorundadır

Yeni yasa, ötanazi taleplerini açıkça dile getirebilecek hastaların bu istekleri ile ilgilidir.

3- Doktorlar, ötanazi talebini yerine getirmek zorunda mıdırlar?

Hayır!.. Doktorların, hastaları ile ilgili iki görevleri vardır; birincisi, hastaların, çektikleri acıyı durdurmak ve ikincisi, hayatta kalmalarını sağlamak...

Ötanazi isteğini yerine getirmek, ikinci şık ile çakıştığından, doktorların, bu isteği reddetme hakları vardır. Hemşireler de, aynı şekilde, ötanaziyi uygulama veya ötanaziye hazırlık aşamasına yardımcılık konusunda, kabul veya ret hakları vardır. Özetle, ne doktorlar, ne de

hemşireler, ötanaziyi uygulamadıkları için herhangi bir cezai işleme tabi tutulamazlar. Yeni yasa, doktorlar ve hemşirelerin, kişisel prensiplerinden taviz vermeme hakkını sağlamaktadır. Doktorlar, ötanaziyi uygulamak zorunda değillerdir ve hastaların bu konuda doktorlara baskı yapma hakları yoktur. Ancak, ötanaziyi uygulamayı reddeden bir doktorun, hastasına, bunu gerçekleştirebilecek bir doktoru tavsiye etmesi gerekmektedir.

4- Her ötanazi talebi er geç yerine getirilmek zorunda mıdır?

Hayır!.. Hollanda'da ötanazi taleplerinin üçte ikisi, doktorlar tarafından reddedilmektedir. Çünkü, hastalığın tedavisinde hala bir umut ışığı gözükmekte, ya da, etkili ilaçlar sayesinde, hastanın acılarını azaltma imkanı bulunmaktadır. Hastaların, bu iki alternatiften birini takip etme şansları vardır. Bazı durumlarda, doktorun, ötanazi için hazırlık yaptığı düşüncesi, hastayı zihnen rahatlatmaktadır. Birçok hasta da, ötanazi kararı verme aşamasına gelmeden, vefat etmektedirler.

5-Reşit olmayan çocuklar ötanazi talebinde bulunabilirler mi?

Evet!.. On iki yaş ve yukarısı çocuklar, hayatlarının sona erdirilmesi talebi veya kendi kendilerine hayatlarına son verme işleminde yardım isteğinde bulunabilirler. Ancak, bu kararlarının aileleri tarafından da onaylanması gerekmektedir. Çocukların tedavisi ile ilgili mevcut tıbbi tedavi kurallarında olduğu gibi, bu yasa da, çocukları, iki ayrı yaş grubuna ayırmaktadır. Yaşları, on iki ile on beş arasında olan çocukların ötanazi taleplerinin kabulü için ebeveynlerinin izni gerekmektedir. On altı ve on yedi yaşındaki çocuklar, kendi iradeleri ile bu kararı alabilirler, ancak yetkililerin, bu konuda ailelerine danışmaları gerekmektedir. Ötanazi için yukarıda belirtilen şartlar, çocuklar için de uygulanmalıdır: Düzelme ümidi olmayan ve dayanılmaz acılar veren hastalığın mevcudiyeti... Ve tabii ki, doktorlar, yürürlükte olan tedavi kriterlerine uymak durumundadırlar.

6- Doktorların, ötanazi işlemi ile ilgili uygulamaları gereken kriterler nelerdir?

Ötanazi talebini gerçekleştirmek niyetinde olan doktor, öncelikle, bu talebin arka planını araştırmalıdır. Doktor, hastanın çektiği bedensel ve ruhsal acı ile ilgili tıbbi değerlendirme yapmalı ve farklı bir doktorla görüşerek onun da fikrini almalıdır. Bu iki doktorun vereceği ortak kararın, değişmez tıbbi esaslara dayanması ve tıp etik kurallarına uygun olması gerekmektedir. Yeni yasa, bir kişinin hayatının sona erdirilmesi

veya o kişiye, bunu gerçekleştirmek için yardım edilmesi ile ilgili mevcut kanunları değiştirmemektedir. Bu eylemler, hala ceza kanunun suç saydığı fiillerdir.

Ancak, doktorlar, mevcut tıbbi bakım kriterlerine uymaları ve konuyu, idari patoloji uzmanına bildirmeleri şartıyla, Adlî takibattan muaf tutulmuşlardır. Bu durumda, patoloji uzmanı, yerel beş inceleme komitesinden birine, konu ile alakalı bildirimde bulunur.

Doktorların uyması gereken mevcut bakım kriterleri şunlardır:

Doktor, hastanın, ötanazi kararını kendi özgür iradesi ile aldığını ve bu kararı alırken etraflıca düşündüğünden emin olmalıdır. Not: Bu kriter, doktorun, hastanın bu kararı alırken, diğer kişilerin baskı ve etkisi altında kalmadığından veya akli dengesizlik sebebiyle bu talepte bulunmadığından emin olması manasına gelmektedir. Hasta, hastalığının mahiyeti, iyileşme ihtimali ve mümkün tedavi yöntemleri hakkında her şeyi bilmelidir. Ayrıca, hasta, sıklıkla ölüm talebini dile getirmelidir;

Doktor, hastanın acılarının dayanılmaz derecede olduğundan ve iyileşme ihtimalinin bulunmadığından emin olmalıdır;

Doktor, hastaya, hastalığı ve gelecekteki neticeleri hakkında gerekli bilgileri vermelidir;

Doktor, hastayla konuyu tartışmalı ve beraberce, başka alternatif bulunmadığı hükmüne varmalıdırlar;

Doktor, bu hastanın durumuyla bağlantısı olmayan, başka bir doktorla konuyu ele almalıdır. Bu gözlemci doktor, bilahare, hastayı görmelidir. Doktor, yazacağı bir belge ile, bu gözlemci doktorun, yukarıda yazılı a.'dan d.'ye kadar olan kriter maddelerini yeterli bulduğunu; ve yine bu belgede,

Doktor, hastanın yaşamının sona erdirilmesi veya hastaya, kendi yaşamını sona erdirmesi için yardım edilmesi aşamasında, gerekli tıbbi tedavi ve bakım şartlarını uygulandığını beyan etmesi gerekmektedir.

Not: Doktorun, ötanaziyi kendisi gerçekleştirmesi gerekir. Bu işlemi, yapması için başkasını görevlendiremez. Hastanın kendi eliyle hayatına son vermesine yardım edilmesi işleminde, doktor, hasta ölene kadar müşahede etmelidir. Bu kriterlere uygun hareket etmeyen (veya uygun hareket etmeme olasılığı bulunan) veya ötanazi uygulamasını yazılı olarak rapor etmeyen doktorlar hakkında cezai takibat yapılır.

7. Doktorların, bu kriterlere uygun hareket edip etmedikleri nasıl tespit edilir?

Hastanın ölümünden sonra, ötanaziyi gerçekleştiren doktor, bir rapor hazırlar. Ayrıca, doğal olmayan ölümler sınıflandırmasına giren bu durumu, derhal, idari patoloji uzmanına bildirir. Patoloji uzmanı, ötanazi işleminin nasıl gerçekleştiği ve ötanazi için hangi yolların kullanıldığını tespit etmek için, hasta üzerinde otopsi işlemi gerçekleştirir ve otopsi neticesi bulgularını içeren bir rapor düzenler.

Bu iki rapor ve (eğer varsa) hastanın öncü direktifi, ötanazi işleminin gerçekleştiği yerin bağlı olduğu bölge inceleme komitesine gönderilir. Hollanda'da, inceleme komitelerinin sayısı beştir. Bu beş komitenin bulunduğu yerler: Groningen, Arnhem, Haarlem, Rijswijk ve Hertogenbosch. Bununla birlikte, patoloji uzmanı, bulgularını içeren bir belgeyi, gömülme iznini verecek olan savcıya gönderir. Her bir komite, bir hukuk uzmanı (yasal konularda yetkili), bir doktor ve bir etik konularda uzmanın bulunduğu, toplam sayısının tekli rakam üyelerden oluşmaktadır. Üyeler, Adalet Bakanı ve Sağlık, Sosyal Yardım ve Spor Bakanı tarafından, altı yıllık bir dönem için seçilmektedir. Komite, doktorun, ötanazi uygulamasının mevcut zorunlu kriterlere uygun olup olmadığına karar verir. Eğer bu kriterlere uygun hareket edildiğine karar verilirse, doktorla ilgili herhangi bir cezai işlem uygulanmaz. Eğer doktorun kriterlere uygun hareket etmediğine veya hareket etmemiş olabileceğine karar verirse, elde edilen bulgular, Bölge Adlî Hizmetler Kurumuna ve yerel sağlık hizmetleri müfettişine bildirilir. Bölge Adlî Hizmetler Kurulu, olayda suç unsuru bulunup bulunmadığına karar verir. Sağlık müfettişi ise, vakanın, disiplin divanında görüşülüp görüşülmemesine karar verir.

8- Ötanazi, her koşul altında yasal mıdır?

Hayır!.. Bir kişinin hayatını sona erdirmek veya sona erdirmek için ona yardım etmek, Ceza Kanununa göre hala suçtur. Bir kişinin canını almak, o kişi öldürülmeyi kendi arzu etse bile, kanunen yasaktır. Ötanazi ile ilgili yürürlüğe giren yeni yasanın en temel özelliği, doktorlar için istisnai bir konum hazırlamasıdır. Ötanaziyi, mevcut zorunlu kriterlere uymak şartıyla, yalnız ve yalnız doktorlar icra edebilirler.

Eğer doktor, bu kriterlere uymamış ise veya uymamış olabileceği ihtimali varsa, hakkında cezai takibat başlatılabilir. İdari patoloji uzmanı, İnceleme Komitesi veya ölen kişinin yakınlarının talebiyle, Adlî Hizmetler Kurumunda dava açılıp, bu doktor hakkındaki iddialar veya şüpheler veya yasal olmayan uygulamalar hakkında hüküm verilir. Yeni yasa, eski

uygulamaları sistemli bir şekilde düzenlemiş olup, ötanazi konusunu, her yönüyle açıklıkla tartışılabilir hale getirmiş ve ötanazi vakalarının daha etkin biçimde değerlendirilip ele alınmasına olanak vermiştir. Ayrıca, ötanazi ile ilgili açık ve net kuralları belirlemekle, bundan böyle, doktorların,her ötanazi vakasını bildirmek zorunda olacakları beklentisini güçlendirmiştir.

9- Yeni yasa, hayatın sona erdirilmesi veya sona erdirilmesinde yardımcı olunması ile alakalı her durum için uygulanabilir mi?

Hayır!.. 1 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe giren bu yasa, yalnız ötanaziyi- diğer bir deyişle, hastanın talebi üzerine, doktor tarafından hastanın hayatına son verilmesi veya hastanın kendi hayatına son vermesine yardımcı olunması- kapsamaktadır (ayrıca soru 1'e bakınız). Geçmişte, hastanın talebi olmadan, doktorun hastanın hayatına son vermesi gibi vakalar ortaya çıkmıştır. Bu vakalardan bazılarında, yeni doğmuş had safhada özürlü ve fazla yaşama şansları olmayan özürlü bebekler söz konusu olmuş, bazılarında da, uzun süre komada olan hastalar...Bunlar ötanazi kapsamındaki vakalar değildir,bunlar hakkındaki kararları, yerel inceleme komiteleri değil, Adlî Hizmetler Kurumu vermektedir.

10- Doktorlar, bunama hastalığından rahatsızlık çeken kişiler için ötanazi tatbik edebilirler mi?

Hayır, kural olarak değil... Bunama hastalığı, kişinin hayatına son verilmesi ya da hastanın kendi hayatını kendi eliyle sona erdirmesinde ona yardım edilmesi hakkını vermez. Sağlık Bakanı, Els Borst, bunama ile ilgili bir soru üzerine, bunama hastalığının kişiye dayanılmaz sıkıntılar verebileceğini açıklamıştır. Alzheimer hastalığına müptela bir hastanın kişiliğinin çok farklı bir şekilde değişmesi, ona katlanılmaz acılar verebilir. Daha çok ileri yaşlarda görülen ve kişiliğin ve saygınlığın kaybolması şeklinde tezahür eden bunama hastalığının ileri seviyesinde olan insanlar, ötanazi direktifi (bir tür öncü direktif veya güncel istek) hazırlamalarına sebep olmaktadır. Bu direktiflerinde, bunama hastalığının çok ileri seviyelere ulaşması gibi dayanamayacaklarını düşündükleri ve hiçbir iyileşme umudunun olmadığı durumlarda, hayatlarının sona erdirilmesi isteklerini dile getirmektedirler. Hastalar bu tür belgeler hazırlayabilir ve bu konuyu, doktorları ile görüşebilirler. Doktor, hastanın böyle bir ötanazi direktifi vermesi ve hastanın durumunun dayanılmaz acılar vermesi ve hiçbir iyileşme umudunun kalmaması durumunda, ötanaziyi uygulayabilir.

11-Hastalar, Ötanazi uygulamasından yararlanmak için, diğer ülkelerden Hollanda'ya müracaat edebilirler mi?

Hayır!... Doktor ve hasta arasında, yakın bir ilişki gerektiğinden, bu mümkün değildir. Hollanda'daki yeni yasaya göre; hastanın acılarının katlanılmaz olmalı, hiçbir gelişme umudu olmamalı ve ötanazi kararının, üzerinde etraflıca düşünülüp, hastanın özgür iradesiyle alınmış olması gerekmekte ve hasta, bu kararını sık sık tekrarlamalıdır. Doktorun, bu kriterleri uygulayabilmesi için, hastayı yakından tanıması gerekir. Bu da, hasta ile doktor arasındaki ilişkinin uzun bir sürece dayanmasını zorunlu kılmaktadır.[6]

YAŞAMIN İSTEK ÜZERİNE SONLANDIRILMASI VE DESTEKLENMİŞ İNTİHAR KANUNU DEĞERLENDİRİLMESİNE YÖNELİK ARAŞTIRMA

Yaşamın İstek Üzerine Sonlandırılması ve Desteklenmiş İntihar Kanunu (Wtl) 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanun uyarınca, doktorlar; ötanazi uygulamasını veya intihar desteğini belediye bünyesinde bulunan Adlî patoloji birimine rapor etme zorunluluğu taşımaktadırlar. Bu bildirimin akabinde, beş bölgesel ötanazi inceleme komitesinden (RTe's) bir tanesi, yasal olarak belirlenmiş gerekli dikkat koşullarına uygun davranılıp davranılmadığına karar verir. Dikkatli uygulama koşullarının yerine getirilmediği durumlarda, RTe's; yalnızca vakaları yasal savcıya iletir. Wtl değerlendirmesi ile bağlantılı bir araştırma yapılmıştır, bunun amacı ise; yaşamın tıbbi olarak sonlandırılmasına karar verme ve Wtl'nin etkililiği ile yan etkileri konularında görülen tatbiki mümkün gelişmeler ile ilgili olarak bilgi sahibi olmaktır. Bu he defe ulaşılabilmesi için, çok sayıda alt çalışma yürütülmüştür ve herbir alt çalışmanın kendine özgü referans ve tasarım koşulları vardır. Kanun değerlendirmesi ile ilgili hukuki bakış açıları ile tıbbî kararlar ve uygulamada bulunan terminal bakım üzerinde yoğunlaşan uygulamaya yönelik araştırma arasında bir farklılık meydana gelmiştir.

Uygulama

Hollanda'da 2005 ve 2001 yıllarında öngörülen tıbbî yaşam sonlandırma ve kesintisiz derin sedasyon sıklıkları (ölüm belgesi çalışması)

6 Hollanda Sağlık, Sosyal Yardım ve Spor Bakanlığı, Bilgilendirme ve İletişim Departmanı; Adalet Bakanlığı, Bilgilendirme departmanı, İç ve dış iletişim Bölümü; Hollanda Gönüllü Ötanazi Derneği; Hollanda Hastalar Derneği bilgilendirme broşürü.

	2005		2001	
	Abs.	**%***	**Abs.**	**%***
Tıbbî yaşam sonlandırma kararları:				
- Ötanazi	**2,325**	**1.7**	**3,500**	**2.6**
- Doktor destekli intihar	**100**	**0.1**	**300**	**0.2**
- Hastanın kesin isteği olmadan yaşam sonlandırma	**550**	**0.4**	**950**	**0.7**
- Olası bir yan etki olarak ölüm hızlandırılarak acı veya semptomların yoğun olarak azaltılması	**33,700**	**25 .**	**29,000**	**21 .**
- Potansiyel yaşam sürdürücü tedaviden vazgeçilmesi	**21,300**	**16 .**	**28,000**	**20 .**
Kesintisiz derin sedasyon:				
- Tıbbî yaşam sonlandırma kararları ile	**9,700**	**7.1**	**8,500**	**6.0**
- Tıbbî yaşam sonlandırma kararları olmaksızın	**1,500**	**1.1**	‡	

* Tüm ölümlerin yüzdesi

† Doktorların verdiği cevaplara bağlı olarak, hasta yaşamının kısaltılmasının olası veya amaçlanan bir sonuç olduğu tıbbî kararların söz konusu olduğu derin sedasyon vakaları; yaşam sürdürücü tedaviden vazgeçilmesi, acı veya semptomların yoğun olarak azaltılması, veya (nadiren) yaşamın sonlandırılması olarak sınıflandırılmaktadır. Bu nedenle, bu vakalar tıbbî yaşam sonlandırma kararlarının toplam sayısına eklenmemelidir.

‡ 2001 yılı sonuçları bilinmemektedir.

Yaşam Sonlandırma Konusunda Tıbbî Karar Verme

Araştırma, 2005 ve 2001 yıllarının tıbbî yaşam sonlandırma kararları ile ilgili ana sıklık tahminlerini vermektedir. Doktor; ölüme, hasta yaşamının sonlandırılmasını hızlandırma amacı ile hastanın kesin isteği üzerine uygulanan bir ilacın sebep olduğunu belirtiyor ise bu vakalar ötanazi olarak sınıflandırılır. **Uygulama araştırmalarında ele geçirilen en önemli bulgulardan bir tanesi, 2001 ve 1995 yıllarına kıyasla 2005 yılında ötanazi ve intihar desteğinin azalmış olduğudur. 'Zamanında' (2001 yılında 34,700'den 2005 yılında 28,600'e) ve 'yakın gelecekte' (2001 yılında 9,700'den 2005 yılında 8,400'e) yapılan ötanazi isteklerinin sayısı da azalmıştır.**

Bu düşüş çok sayıdaki başka gelişmeler ile bağlantılıdır. Öncelikle, 2005 yılında görülen ölümlerin tam sayısı 2001 yılındakinden daha az iken, aynı zamanda 80 yaş ve üstü (ötanazi ve intihar desteği bu yaş grubunda daha az sıklıkla görülmektedir) insan sayısı oranı da daha fazla idi.

İkinci olarak ise, yaşamlarının son evresinde hasta semptomlarının kontrol edilmesi ile ilgili başka yöntemlerin sayısında, kesintisiz derin sedasyon gibi, bir artış bulunmuş idi. Buna ek olarak, doktorların çoğu; palyatif (hafifletici) bakım ile doktorlar tarafından gerçekleştirilen ya-

şam sonlandırma edimlerindeki azalma arasında son derece açık bir bağlantı olduğunu düşünmektedirler. Son olarak ise, ötanazi vakalarının sayısında görülen azalma; kısmen de olsa morfinin etkileri ile ilgili bilgi ve düşüncelerdeki değişimle açıklanabilir çünkü böylece doktorlar, morfine yaşam-kısaltıcı bir anlam yüklemekten vazgeçmişlerdir. Bu durum, morfin kullanılarak gerçekleştirilen yaşam sonlandırma vakalarının sayısında bir düşüş ile sonuçlanmıştır. Bu noktada önemle belirtmekteyiz ki; böyle vakalarda, doktorlar için önemli olan davranıştaki değişikliklerden ziyade farklı bir anlayışın geliştirilmiş olmasıdır.

Araştırmanın önceki yıllarının sonuçlarına göre, ötanazi ve intihar desteği pratisyen hekimler tarafından daha çok kanserli hastalar ile 80 yaşın altındaki hastalar üzerinde uygulanıyordu. **Ötanazi ve intihar desteği uygulamaları için en sık ifade edilen sebepler (hastanın şahsına ait yaşam sonlandırma isteği dışında) hastaların durumlarının bir umut vermiyor oluşu ile saygınlığı yitirme olarak dile getirilmektedir**; ayrıca hasta yaşamlarının öngörülen kısalma dereceleri de önceki yıllar ile kıyaslanabilir niteliktedir. Ön ötanazi talimatı olan akıl hastaları ve "yaşamaktan yorulan" yaşlı kimseler ile ilgili vakalarda yaşam sonlandırma ile gayri reşit kimselerin isteği üzerine yaşam sonlandırma 2005 yılında son derece nadir olarak gerçekleşmiştir.[7]

V. SONUÇ

Aktif Ötanazi konusu elbette çözümü güç ve tartışmalı bir konudur. Ulusal mevzuatımız ötanaziyi ve intihara yardımı yasaklamaktadır. Aktif Ötanazinin kabulüne karşın ise; kötüye kullanılma tehlikesi, yaşam hakkının göreceli bir hale getirilmesi ve yayılma tehlikesi gibi argümanlar söz konusudur. Ancak "yaşama hakkı"nın vazgeçilmez ve devredilemez temel bir insan hakkı olduğuna inanıyor ve uyguluyorsak; bu hakkın negatifi olması karşısında, "ölme hakkı"nın da yine sadece kişiye ait olduğunu ve kişinin özerkliği kuralı çerçevesinde kullanılabilecek bu hakkın, devlete ve toplumsal değer yargılarına karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmemiz gerekecektir.

İnsan, tarihte daima onurlu bir yaşam için mücadele vermiştir, verilen bu mücadelenin sonucunda ortaya çıkan evrensel insan hakları, devletlere, insan haklarının sağlanması konusunda önemli ödevler yük-

7 Amstredam Free Universitesi, Tıbbi Merkezi, Amstredam Universitesi, Tıbbi Merkezi, Amstredam Universitesi, Tıbbi Merkezi, Rottredam , Ultrecht Universitesi, Tıbbi Merkezi, Hollanda İstatistik Kurumu, Voorburg ortak çalışması.

lemektedir. İnsan haklarının gelişimiyle birlikte ,yaşama hakkı günümüzde sadece hayatta kalmayı ifade etmemekte, üçüncü kuşak insan haklarından olan sağlık hakkı olarak "bedensel,ruhsal ve sosyal iyilik hali" olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine tıbbın gelişmesinin vardığı noktada, bugün "insan yaşamı" canlılık açısından uzamakta ancak öte yandan yaşam süresi uzatılan hastanın yaşam kalitesi ya da insani nitelikler açısından yeterli düzeyde tutulması sağlanamamaktadır. Bu durumda iyileşme umudu olmayan hastanın yaşama hakkından vazgeçmesi, ölme hakkını kullanabilmesi yönünde hukuksal düzenlemelere ihtiyaç vardır.. Bu bağlamda gönüllü ve aktif ötanazinin insanın ancak kendi seçimi olabileceğine işaretle, ülkelerin bu konuda gerekli yasal düzenlemeler ile ayrıntılı bir alt yapıyı oluşturmaları gerektiğini söyleyebiliriz.

KAYNAKLAR

1- Güven Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, sh.20, Ankara 2000

2- Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Yasemin N. Oğuz, Harun Tepe, Nüket Örnek Büken, Deniz Kırımsoy Kucur Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005

3-Akyıldız (Öner) Sunay, Özkan Hasan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, sh.34,sh.959, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

4- V. Türk-alman Tıp Hukuku Sempozyumu/Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları.28 Şubat-1 Mart 2008. Ankara. Henning Rosenau.

5- Hollanda Sağlık, Sosyal Yardım ve Spor Bakanlığı, Bilgilendirme ve İletişim Departmanı; Adalet Bakanlığı, Bilgilendirme departmanı, İç ve dış iletişim Bölümü; Hollanda Gönüllü Ötanazi Derneği; Hollanda Hastalar Derneği bilgilendirme broşürü.

6- Amstredam Free Universitesi, Tıbbi Merkezi, Amstredam Universitesi, Tıbbi Merkezi, Amstredam Universitesi, Tıbbi Merkezi, Rottredam , Ultrecht Universitesi, Tıbbi Merkezi, Hollanda İstatistik Kurumu, Voorburg ortak çalışması.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Akyıldız'a "ötanazinin kelime anlamı, alt başlıkları, ötanaziyi kabul eden ülkeler ve özellikle Hollanda örneği" ile ilgili verdiği sunuş için teşekkür ediyoruz. Salona yeni gelen konuklarımız için tekrarlayalım, soruları yazılı rica ediyoruz kayda geçmesi açısından.

Sözü şimdi Hocamız Kudret Güven'e bırakıyorum, buyurun Hocam.

ÖTANAZİ VE KİŞİLİK HAKLARI

PROF. DR. KUDRET GÜVEN
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Teşekkür ederim. Efendim tüm katılımcıları saygıyla, sevgiyle selamlıyorum. Çok kıymetli bir gün olan Cumartesi'lerini bizlere ayırdıkları için ne kadar teşekkür etsek az.

Ben de size kısaca ötanaziyle ilgili sevgili Sunay Hanım'ın anlattıkları tabii genel bir fikir verdi ama bu konudaki düşüncelerimi, lehte, aleyhte dünyada ortaya koyulan fikirleri ve buna ihtiyaç olup olmadığı konusunda acaba bir toplumsal konsensüs oluşturmamız gerekirse bize şu anda mevcut pozitif düzenlemeler çerçevesinde yardımcı olabilecek yasal düzenlemeler var mı? Bunların üzerinde biraz durmak istiyorum. Çünkü konu çok geniş yani hakkında kitaplar yazılmış bir konu. Bu kadar kısa bir süre içinde her şeyi anlatmamız mümkün değil ama inşallah sizlerden de ilgi uyandırabilirsek alacağımız sorular çerçevesinde biraz daha detaya girme ve somut olaylar üzerinde de daha sonra konuşma imkânımız, görüşme olanağımız olur diye düşünüyorum.

Efendim, ötanazi son zamanlarda özellikle çok konuşulur oldu, ülkemizde de ilgi uyandırıyor, dünyada da aynı şekilde. Ama henüz ötanazinin yasal olup olmaması konusunda gerçekten tüm dünyada ve bizde ciddi şüpheler var. Yani ötanazinin yasallaştırılması konusunda başta doktorlar olmak üzere, hukukçular da tabii bunun yanı sıra aynı düşünceleri daha ziyade ortaya koyuyorlar pek olumlu bir yaklaşım yok. Neden derseniz? Tabii ötanazi yaşama hakkıyla çok yakından ilgili bir

konu. Yani insanın en üstün değer kabul edildiği bir felsefe var, bundan vazgeçmemiz de söz konusu değil. Dolayısıyla en üstün değer olan insanın yaşamının sonlandırılması anlamına gelen ötanazinin hangi saikle hangi sebeple olursa olsun çeşitli kesimlerden kolayca kabulü mümkün değil. Doktorlar ettikleri yeminlere kuşkusuz sadık kalıyorlar, biz insanların yaşantısını elimizden geldiği kadar uzatmak isteyen bir meslek grubuyuz, ölüm, ölümün çabuklaştırılması veya sağlanması bizim işimiz değil diyorlar. Din adamları yaşamı, insanı meydana getirdiğine inandıkları yaratanın bir ilahi takdiri olduğu kanaatini taşıdıkları için buna kişinin kendisinin dahi razı olamayacağını, dolayısıyla hiçbir kimsenin doktor dahi olsa bir yaşamı sona erdirme hakkının bulunmadığını, bunun Tanrının işine karışma olduğunu ileri sürüyorlar ve olaya sıcak yaklaşmıyorlar.

Hukukçu düzenlemesini yapmış, pozitif hükümler çerçevesinde zaten yaşama hakkından, temel hak ve özgürlükler ve kişilik haklarının bir parçası olan yaşama hakkından vazgeçilemeyeceğini zaten düzenlemiş, bizim de medeni kanunumuzda bildiğiniz gibi 23.madde bunu emredici biçimde öngörmüş bulunmakta. Uluslararası düzenlemelerden bahsediyoruz, bağlayıcı tarafı var, yok o tartışılabilir ama tavsiye niteliğinde de olsa bu tür düzenlemelerde yine yaşamın olabildiğince uzatılması anlayışı hâkim kılınmış, dolayısıyla ötanaziye pek taraftar bir konum, şu anda durum gözlemlenmiyor. Peki, acaba bunun böyle olması yani sonuna kadar bu görüşe sahip çıkılması mı lazım yoksa bu görüşün biraz esnetilmesi, hiç olmazsa ötanazinin belli tipleri yönünden bir yaklaşım, bir düzenleme değişikliği yapılması mı gerekir sorusuna bakınca ben şahsi fikrimi şöyle hemen ortaya koyayım sizi fazla yormadan; ben şahsen ötanazinin belli bir türüyle ki pasif ötanazi yasalaştırılmasından yana tavır takınıyorum. Neden derseniz? Bizim iç hukuk kurallarımız itibariyle baktığımızda işte Medeni Kanun'un 23.maddesi kişilik haklarından vazgeçmeyi yasaklamış, buna ilişkin herhangi bir şekilde yapılan bir sözleşmeye itibar etmiyor, kısmen dahi olsa bu temel haklardan vazgeçilemeyeceğini öngörmüş. Ancak şöyle bir değişiklik oldu, bunu dikkatlerinize sunmak istiyorum. Bildiğiniz gibi 2004 yılında Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrasında bir değişiklik yapıldı ve bu değişikliğe göre de usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümleri bir anlamda kanunların önüne geçti. Yani eğer sizin kanunlarınızda usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası an-

laşma ile bir çelişme varsa bunun öncelik taşıyacağı hükmü açıkça kabul edilmiş.

Biz eskiden tartışırdık, uluslararası sözleşmelerin usulüne uygun olarak bir iç hukuk kuralı haline gelmesi halinde dahi acaba işte bunun niteliği nedir, kanun mudur, Anayasa mıdır, temel norm mudur diye çeşitli görüşler ortaya koyardık, artık bu değişiklikle milletler arası sözleşmelerin iç hukuk kurallarıyla kıyaslanması halinde bir üstünlüğü bulunduğu Anayasamızın ruhuna ve hatta sözüne bu şekilde dâhil edilmiş oldu. Durum böyle olunca 23.madde ve onu takip eden 24.maddeyi yani kişilik hakları bakımından Medeni Kanunumuzda yer alan bu iki maddeyi uluslararası sözleşmeler bakımından değerlendirmek zarureti de ortaya çıkıyor diye düşünüyorum. Uluslararası sözleşmeler deyince tabii ki yaşama hakkıyla ilgili olması bağlamında en önemli sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üç maddesi yaşama hakkıyla ilgili dünya literatüründe yorumlanıyor. Bunlardan ikinci madde herkesin yaşama hakkı hukuken korunmalıdır diye bir hüküm taşıyor bu hükmün yorumunda insan hakkı savunucuları diyorlar ki; yaşama hakkı sadece biyolojik anlamda yaşamayı değil kişinin bizzat kendi kimliği, kendi vücut bütünlüğü üzerinde özellikle sahip olduğu hakların kullanılabilmesi bakımından da korunması anlamına gelir, dolayısıyla sadece biyolojik yaşamın sürdürülmesini her ne şart olursa olsun sürdürmenin ötesinde kişi kendi yaşamı üzerinde de tasarruf hakkına sahip olması lazım ve bunu da herkese karşı devlet başta olmak üzere ileri sürülebilir bir anlama kavuşturulması gerekir denilmekte. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yine üçüncü maddesi ötanazi ve yaşama hakkı bakımından yorumlanıyor burada da bildiğiniz gibi bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabii tutulamayacağını öngören bir madde. Burada da insanların insan onuruyla bağdaşmayan hiçbir durumda tutulamayacağını, hiçbir muameleye tabii olamayacağını öngörüyor. İnsan hakkı savunucuları gerek aktif ötanazi gerekse pasif ötanazi bakımından bazı hallerde insanların müdahale edilmediği takdirde yani yaşamlarının sona erdirilmesi konusunda tıbbi yardım kendilerine sunulmadığı takdirde gerçekten insanlık onuruyla bağdaşmayacak bir yaşam kalitesi içinde bulunmaya zorlanacaklarını ortaya koyuyorlar, düşünüyorlar. Yani tıp eğer bazı hastalıklarda çekilmeyecek ölçüde ağrının, sızının olduğu, iyileşme ihtimalinin asla

bulunmadığı ve kişinin artık yaşama isteğini kaybettiği hastalıklarda tıbbın yardımıyla yaşamın, biyolojik yaşamın sürdürülmesi o kişiyi insan haysiyetiyle, onuruyla bağdaşmayacak bir duruma sokuyor diyorlar. Söz gelimi makineye bağlı olarak yaşayan, yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşatılması biyolojik yaşamı sürdürülen bir kişinin makinenin bir parçası haline geldiğini söylüyorlar. Oysaki onun insan olma özelliğini asla unutmamak lazım, onu bu makinenin parçası olma halinden kurtarmak lazım diye görüşlerini yazıyorlar, bizlere aktarıyorlar. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sekizinci maddesi de ötanazi bakımından son derece önemli görülen bir madde. Çünkü sekizinci madde insanların önce varoluşuna saygı duyulması gerektiğini ve bireysel özerkliğine sonuna kadar sahip çıkılması gerektiğine hükmeden, öyle anlaşılan bir madde. Dolayısıyla insanlar son sözü yaşamlarında kendileriyle ilgili her şeyi söyleyebildikleri gibi son sözü de ölümleri konusunda söylemelidirler şeklinde bir yaklaşım yine sekizinci maddeyle ilgili olarak yorum biçiminde bizim bilgimize sunuluyor.

Dolayısıyla bütün bunları düşündüğümüzde yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iki, üçüncü ve sekizinci maddesinde bu şekilde ruhen yorumlanmasından çıkaracağımız sonuçlara göre bizim kişilik haklarıyla ilgili 23. ve 24.maddemizi de yeniden değerlendirmemiz ve yorumlamamız icap etmez mi diye ben şahsen düşünüyorum. Bildiğiniz gibi 24.maddenin ikinci fıkrası kişilik hakkı zedelenen bir kişinin eğer rızası var ise veya daha üstün nitelikte özel bir yarar var ise veya daha üstün bir nitelikte kamusal bir yarar var ise bu hukuka aykırı bir eylem sayılmaz hükmünü içeriyor. İşte burada tabii kişinin rızası çok önemli yani ötanaziyi uygulama bakımından kişinin rızası bizim vazgeçilmez, temel esaslarımızdan bir tanesi ama şu ikinci olarak ifade ettiğim yani daha üstün nitelikte özel bir yararın bulunması halinde de kişilik hakkı zedelenen kimsenin uğradığı bu eylemin hukuka aykırı sayılmaması mümkün görülebilir mi? Bence görülebilir çünkü burada üstün nitelikli özel yarar dediğimiz zaman dikkat ederseniz zarara uğrayan kişinin üstün nitelikli bir özel yararı var ise hukuka aykırılık unsurunun artık söz konusu olamayacağını yani yapılan eylemin hukuka aykırı bir eylem olamayacağını biz kabul etmekteyiz. Bu kişinin kendi değerlendirmesine tabii olarak ortaya koyulabilecek bir unsur. Yani üstün nitelikli özel yarar dediğimiz zaman kişilik hakkı zedelenen kişinin bakış açısıyla, düşünce biçimine göre üstün nitelikli bir özel yararı öncelikle aklımıza

getirmemiz lazım. Yani bu üstün nitelikli özel yarar üçüncü bir şahsın bakış açısıyla da tabii değerlendirilebilir ama öncelikle o kişinin kendi bakış açısıyla değerlendirilebilecek bir olguyu ifade etmelidir diye düşünüyorum ben. Yani o kişi kendi sağlık durumuna göre artık yaşamayacağını düşünüyor ve tıbben aldığı bilgiler çerçevesinde de bunun böyle olduğu teyit ediliyorsa artık bu yaşamının sonlandırılması veya sonlandırılmasının hızlandırılmasına ilişkin eylemlerde hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olmadığını kabul etmemiz lazım gibime geliyor.

Kişinin kendi özel hayatıyla ilgili, kendi düşüncelerine göre değerlendirme kavramı biz hukukçulara çok ters düşen veya yabancı olan bir şey değil. Mesela biz yine kişilik değerlerinden olan sırrı ifade ederken deriz ki, bir hukukçu olmayanlar için söyleyeyim biliyorsunuz sır alanı da, bir kimsenin sırları da kişilik değerlerindendir ve hukuken korunur. Mesela sırrın ne olduğunu, kavramın anlamını ifade ederken deriz ki bir objektif sır alanı vardır, bir sübjektif sır alanı vardır. Yani objektif sır alanı herkes için sır sayılabilecek hususların dâhil edilebildiği bir alandır, sübjektif sır alanı ise kişinin kendi değerlendirilmesine göre, duygularıyla, düşünceleriyle şekillendirdiği bir sır alanını ifade eder. Mesela benim için evlenmek sır teşkil etmez, objektif anlamda sır sayılamaz hatta evlenme akdi alenidir biliniyorsunuz, aleni yapılmalıdır, şahitler bunu ifade eder ama bir aktristin evliliğini saklaması sübjektif anlamda sır alanına dâhil edilir. Niye? Kendisini beğenenlerin ilgisini kaybedeceğinden korkan bir sanatçı evlendiğini saklayabilir. Bunu da eğer bir gazeteci efendim zorla ele geçirmiş, basın da yayınlamışsa kişilik hakkı ihlali gerçekleşmiştir deriz. Veya yine bir örnekle ortaya koyayım, görüşümü teyit etmek anlamında; söz gelimi mirasçılıktan çıkarmada kişinin işte diyelim ki aile fertleri, kanuni mirasçılarından birisinin kanunen yükümlü olduğu bir görevi yerine getirmekte ağır biçimde kusuru olmuşsa o kişi mirasçılıktan çıkarılabilir. Mesela işte kişinin istemediği birisiyle evlendiğini gören baba onu mirasçılıktan çıkarabilir. Siz acaba hâkim olarak ya bunda ne var, mirasçılıktan çıkarma sebebi olur mu bu diye bir soru yönelttiğinizde ortaya koyulacak somut değerler itibariyle veya olaylar itibariyle eğer gerçekten sübjektif olarak bu baba tarafından ağır bir ihlal olarak nitelendirilecek bir eylemse o gerçekten mirastan çıkarma konusunda haklı bir sebep oluşturur. Mesela normalde bir kişinin istediğiyle evlenmesi yine onun kişilik değerlerinden sayılmaktadır, hukuken korunmaktadır dolayısıyla babanın böyle bir evladını miras-

çılıktan çıkarması hukuken geçerli sayılmamaktadır ama öyle bir kişiyle evlenmişse ki baba kimsenin yüzüne bakamayacak hale gelmişse, bu mirasçılıktan çıkarmak için haklı sebep sayılır. Mesela babasını yaralamış olan, babasına küfür etmiş, dövmüş bir insanı eğer kızı evlenmişse bu bir mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak mahkemece mütalaa edilebilir. Şimdi demek ki biz insanların kendileriyle ilgili hukuki işlemleri gerçekleştirmede sübjektif değerlendirmelerine çok önem veriyoruz. O zaman 24.maddede bu ifade ettiğimiz daha üstün nitelikli özel yarar kavramını da yine hastanın, o kişinin, ötanaziye talepkar olan kişinin özel değerlendirmesine göre değerlendirmemiz, özel duygularına, düşüncelerine göre kabul edilebilir görmemiz mümkün olabilir diye düşünüyorum. Aksi takdirde yaşama hakkını bir mükellefiyet olarak, bir yüküm olarak kişilere yüklemiş olursunuz ki bu da kişinin biraz evvel bahsettiğim biçimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu üç maddesinde varoluşuna, duygularına, düşüncelerine, vücut bütünlüğüne, bir bütün olarak insanı en yüksek değer gören ve o insanın değerlerini korumayı amaçlayan hukuk anlayışıyla ters düşecektir. Dolayısıyla ben mevcut düzenlemelerimizin yani haksız eylemler bakımından, yani kişilik hakları açısından 24.maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilerek bir esneklik kazanabileceğini ve uygulamada haksız fiil sayılmayabileceğini, bu tür eylemlerin, ötanazi bağlamında gördüğümüz eylemlerin sayılmayacağını düşünüyorum. Tabii işin cezai yönü farklı bir şey, ceza işte norma bağlı işte kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi, kanuna bağlılık esası geçerli olduğu için tabii bunun suç sayılmamasını teminen ceza kanununda özel düzenleme yapılabilir ama kişilik hakları bakımından böyle bir 24.madde ikinci fıkrasını değerlendirmemiz mümkün ve kişilik hakkı ihlali saymamamız mümkün diye düşünüyorum. Benim şimdilik arz edeceğim bu kadar, eğer soru gelirse daha da bilgi veririm, sağ olun.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Güven "ötanazinin yasalarda yer alıp almaması gerektiği konusundaki tartışmayı aktardı ve Anayasamızın 90.maddesi çerçevesinde uluslararası sözleşmeler ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında, Medeni Kanunumuz 23 ve 24.maddelerin yeniden gözden geçirilmesiyle" ilgili bilgi verdi, teşekkür ediyoruz kendisine. Bu arada salondan bir not geldi. Doktor Erhan Büken, burada mı kendisi, evet; bize şöyle bir not aktarmış, notunuzu

okuyacağım ötanazi ve ötenazi sözcükleri eski Yunanca kökenli sözcüklerdir. Ne yazık ki ötenazi söylemi yerleşmektedir. Oysa ötenazi eski Yunancada bir küfürdür, ötanazi ise iyi, hoş ölüm anlamına gelen ve kast edilen sözcüktür demişsiniz, böyle yazmışsınız.

DR. ERHAN BÜKEN - Özür dileyerek, ötenazi, otanezi karıştı, e ile yerleşti sanırım dilimize,

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz bu katkınızdan dolayı. Şimdi sözü Dokuz Eylül Üniversitesi Adlî Tıp Öğretim Üyesi Sayın Erdem Özkara'ya bırakıyoruz. Buyurun Hocam.

TÜRKİYE'DE ÖTANAZİ UYGULAMASI VE ÖTANAZİYE YAKLAŞIM

DOÇ. DR. ERDEM ÖZKARA

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ, Adli TIP ABD ÜYESİ

ÖTANAZİ NEDİR?

Ötanazi (euthanasia); Türkçe karşılığı iyi, hoş, kolay olan "eu" ve ölüm anlamına gelen "thanatos" sözcüklerinin birleşmesinden türemiş bir sözcüktür.

Ötanazi; iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar süreceği tıbben benimsenmiş olan, durumu kendisi ve yakınlarınca bilinen, zihinsel yeterliliğe sahip bir kişinin, kendi bilinci ve özgür iradesi ile vermiş olduğu karar üzerine kendisini tedavi eden hekim aracılığıyla acısız bir biçimde hayatının sonlandırılması olarak tanımlanabilir. Ancak günümüzde ötanazi olarak nitelenen uygulamalar bu tanımda yer alan ögelerin tamamını içermemektedir. Ötanazi kavramı ve uygulamaları günümüzde etik yönden çok yoğun olarak tartışılmaktadır.

ÖTANAZİ SINIFLAMASI

-Eylemin Gerçekleştirilmesiyle İlgili Kavramlar:

AKTİF ÖTANAZİ: Hekimin derin bir sedasyonu takiben ani ölüm yapacak nitelikteki ölümcül dozdaki ilacı uygulayarak (enjekte ederek v.b) hastasının hayatını sonlandırmasıdır.

PASİF ÖTANAZİ: Hekimin hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayacak yaşamı destekleyici tedaviyi sunmayarak (withholding) veya bu tedaviyi sona erdirerek(withdrawal) ölümü hızlandırması olarak tanımlanabilir.

HEKİM YARDIMLI İNTİHAR (Physician Assisted Suicide, **PAS**): Hastanın açık istemi sonucunda hekimin hastaya kendini öldürebilmesi için gerekli bilgi ve malzemeyi sağlamasının ardından öldürücü enjeksiyonu yapma işleminin bizzat hasta tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu işlem direkt enjeksiyon şeklinde olabildiği gibi bir düzenek yardımıyla da olabilir.

-**Hastanın İzniyle İlgili Kavramlar:**

İSTEMLİ(VOLUNTARY) ÖTANAZİ: Hastanın özgür iradesiyle açık bir şekilde istemesiyle yapılan ötanazidir.

İSTEMDIŞI (NON VOLUNTARY) ÖTANAZİ: Hastanın bu konudaki iradesinin hasta tarafından dile getirilemediği, bilincin kapalı olduğu koma, bitkisel yaşam gibi durumlarda uygulanan ötanazidir.

İSTEMSİZ (UNVOLUNTARY) ÖTA-NAZİ: Kişinin iradesine hiç başvurmadan, ölümcül hasta ya da sakat olması nedeniyle öldürülmesidir. Hasta ya ölmek istememiş ya da ne istediği hiç sorulmamıştır. Bu şekilde öldürmenin ötanaziyle tek ortak noktası öldürülen kişinin hasta olmasıdır. Bunun en tipik ve uç örneği Hitler'in 1939 yılında verdiği kararla Nazi Almanya'sında görülmüştür. "Ari ırk" oluşturmak için kronik hastalar, sakatlar, yaşlılar ve yaşamları "değersiz" bulunan Yahudi ve Çingene gibi ırklara mensup olanlar gaz odalarında katledilmiştir. **Aslında bu cinayetleri ötanazinin bir türü olarak sınıflamamak daha doğru bir yaklaşımdır.**

Yavaş yavaş ölürler, seyahat etmeyenler,
Yavaş yavaş ölürler, okumayanlar
Müzik dinlemeyenler,
Vicdanlarında hoşgörüyü barındırmayanlar.
NERUDA

TARİHÇE

Ötanazi tartışmaları günümüzden binlerce yıl önce Eski Roma Uygarlığı döneminde bile yapılmıştır. Antik Çağ'ın önemli düşünürleri intiharı ve hastaya yapılan tedavinin kesilmesini kendi bakış açılarından değerlendirmişlerdir. Bu konuda İÖ. 4. yüzyılda başlayan tartışmalarda **Platon, Pisagor, Aristo** gibi düşünürler "kişinin yaşamı terk etme hakkının olup olmadığını" sorgulamışlardır.

Platon "Phaedo" Adlî eserinde dini nedenlerle intihara karşı olduğunu belirtmesine rağmen daha sonra yazdığı "Devlet ve Kanunlar" Adlî eserlerinde bu görüşlerini yumuşatarak; "tedavisi mümkün olmayan veya sürekli sakatlık durumlarında hekimin tedaviyi kesmesi anlamında ötanazi uygulanmasını" haklı hatta gerekli bulmaktadır. Ayrıca

Platon çok acı veren durumlarda intihar edenleri ahlaki ve dini açıdan suçlu bulmadığını da belirtmektedir ki bu görüş o zaman geçerli olan dini görüşe tamamen zıt olması nedeniyle önemlidir.

Aristo intihara karşı çıkan düşünürlerin başında geliyordu. O; bireyin değil devletin asıl olduğunu ve kişinin yaşamı boyunca üreterek devlete hizmet etmesi gerektiğini belirterek intihar eden kişinin devlete olan borcunu ödemeyip toplumsal dengenin bozulmasına yol açacağını söylemektedir. Üretkenlik temelinde düşünen Aristo yeni doğmuş sakat çocukların öldürülmesinin yasal olmasını da savunmuştur.

DÜNYADA ÖTANAZİNİN YASAL BOYUTU

Günümüzde aktif ötanaziyi yasal olarak kabul eden üç ülke; Hollanda, Belçika, Lüksemburg.

Diğer ülkelerde yaklaşım kabaca iki grupta incelenebilir:

I.Grup: Ötanaziyi ayrı ve müstakil bir suç olarak kanunlarla düzenlemiş olan ülkeler.

II. Grup: Ötanaziyi özel kanunlarla düzenlememiş olan ülkeler.

I.Grup:

Bu grubu ötanaziyi ayrı ve müstakil bir suç olarak kanunlarla düzenlemiş olan ülkeler oluşturmaktadır. Bu ülkelerin ceza kanunları, **iradeye bağlı ötanaziyi adi bir öldürme suçundan ayrı bir suç olarak kabul edip hafifletici cezalarla düzenlemiştir.**

Alman Ceza Kanunu'nun 216. maddesinde akıl hastaları ile şuur ve iradesi yerinde olmayan kişiler haricinde, bir kişinin "ciddi ve sarih ısrarı" sonucu ötanaziyi gerçekleştiren kişi en az 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu 579. madde: 6-15 yıl hafif hapis.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 227. maddesine göre bir kimseyi ciddi ve ısrarlı talebi üzerine öldürme fiilini işleyen kişi hakimin geniş yetkisi ile hafif hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Polonya, Danimarka, Avusturya, Yunanistan, Romanya, İzlanda, Uruguay, Norveç, Finlandiya Ceza Kanunları da hastanın talebi üzerine ötanazi uygulamalarını ayrı bir suç olarak ele almakta ve hafif bir ceza ile cezalandırmaktadırlar(1,9,12,14,18).

II.Grup

Ötanaziyi kanunlarında özel olarak düzenlememiş ülkeler. Bu ülkeler söz konusu fiili yapılış yöntemine göre "kasten adam öldürme suçu" olarak kabul eder ve cezalandırırlar.

Fransız Ceza Kanunu 1 Mart 1994 tarihinde düzenlemesiyle 221/1. maddesine göre kasten adam öldürme suçunun ceza-

sı 30 yıl olarak belirlenmiştir ve ötanazi fiili de bu ceza kapsamında cezalandırılmaktadır(1,9).

İngiltere, Türkiye...

ÖTANAZİYE İZİN VEREN ÜLKELER

Hollanda, Belçika, Lüksemburg: Günümüzde istemli aktif ötanaziyi tanıyan ülkeler.

HOLLANDA

2001 yılında kabul edilen yasaya göre:

Hasta dayanılmaz ve sürekli acılar içinde olmalı,

Hasta ölüm isteğini açıkça dile getirmeli, ikinci bir hekiminde görüşü alınmalı,

Hastanın hayatına uygun tıbbi yöntemle (acısız) son verilmeli.

Yasaya göre 12 yaşından küçük çocuklara ölüm yardımı yapılamayacağı, 16 yaşından küçükler için ise ebeveynlerinden izin alınması gerektiği belirtilmektedir.

Bunun yanısıra Hollanda da ciddi bir hastalığı olan ve dayanılmaz acılar çeken bebeklere ötanazi uygulaması 2006 yılında yasallaşmıştır.

BELÇİKA

Hastaya ötanazi yapılabilmesi için, "fiziki veya psikolojik açıdan, tıbbi olarak sürekli ve dayanılmaz acı çekiyor olması, hastalık sürecinde çaresiz bir aşamada bulunması" gerekmektedir.

Ötanazi yapacak doktorun hastayla derinlemesine görüşmesi, sağlık durumu hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, "ötanaziden başka bir çare kalmadığı" konusunda hastayla mutabakat sağlaması da koşullar arasında bulunmaktadır.

"Hastanın ötanazi talebinde bulunmasıyla yapılması arasında en az bir ay geçmesi" ve "özel bir komisyonun nihai kararı vermesi" şartları da yasada yer almaktadır.

Yasaya göre; Belçika'daki insanlar, arzu ederlerse sağlıklı günlerinde bir yazılı vasiyet hazırlayarak, amansız bir hastalığa yakalandıkları veya bir kaza sonucu bilinçsiz kaldıkları, kurtuluş ümidi bulunmadığı durumlarda, ötanaziye gidilmesini isteyebilmektedirler.

Belçikalı doktorlar, ötanazinin yapılmasını izleyen 4 gün içinde, Federal Kontrol Komisyonu`na bilgi raporu sunuyorlar. Bu komisyonun üyelerinin üçte ikisi, mevcut verilerin incelenmesinden sonra, ötanazinin gereksiz olduğu kanaatine varırsa dosya savcılığa sevk edilip ve Adlî takip başlatılmaktadır.

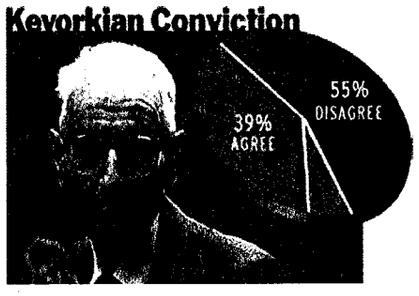
ABD:

Amerika'da Kasım 1994'te Oregon Eyaletinde "Onuruyla Ölüm Ya-

sası" çıkarılmıştır. Bu yasayla ölümcül hastalar için hekim yardımlı intihar suç olmaktan çıkarılmıştır.

İstemli aktif ötanazi ceza yasaları açısından cinayet olarak değerlendirilmektedir. Buna karşın pasif ötanazi genellikle ötanazi tanımının dışında düşünülerek hukuka uygun kabul edilmektedir.

ABD'de intihara yardım 23 eyalette suç sayılmaktadır.



DÜNYADA GÜNCEL YAKLAŞIMLAR

Dünya Tabipler Birliği 1981 yılında açıkladığı Lizbon Bildirgesi'nde "**Hastanın tedaviyi kabul veya reddetme hakkı olduğunu ve her hastanın saygın bir şekilde ölme hakkı olduğunu**" belirtmiştir.

1983 tarihli Venedik Bildirgesinde ise **pasif ötanazi** uygulamasını tanımlamış ve kabul etmiştir.

Eylül 1992 tarihli 44. Genel Kurulda; ötanazi ve hekim yardımlı intiharın etik olmadığını ancak hastanın tedaviyi reddetmesinin temel bir hak olduğu ve hekimin bu duruma saygı duymasının etik dışı bir davranış olmadığı görüşü açıklanmıştır.

ÜLKEMİZDEKİ YASAL DURUM

Ülkemizde ötanazi yasada açıkça belirtilmese de Türk Ceza Yasası uyarınca suçtur. Aktif ötanazi "**kasten öldürme** (Md.81:Ceza:Müebbet hapis)",

Hekim yardımlı intihar: "**intihara ikna ve yardım** (Md.84:Ceza: 4-10 yıl hapis)" şeklinde değerlendirilebilmektedir.

Pasif ötanazi: (Md.83?).

Hasta Hakları Yönetmeliği- (1 Ağustos 1998)

Madde 13. Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.

Madde 19*. Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

Yeni Türk Ceza Kanununda ilgili maddeler: Kasten öldürme

MADDE 81. - (1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi

MADDE 83. - (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı

gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

(3) **Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi** hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine **onbeş yıldan yirmi yıla kadar**, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.

İntihar

MADDE 84. - (1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının **intihar kararını kuvvetlendiren** ya da **başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi,** iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi **dört yıldan on yıla kadar hapis** cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiilin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.

Kutsal olan gerçekler değil, kişinin kendi gerçeği için çıktığı arayıştır. Gerçeğin düşmanı inanışlardır.

NIETZSCHE

Ülkemizdeki durumu irdeleyen bazı araştırma verileri:

-Türkiye'deki hekimlerin ötanaziye bakışı(Turkey's physicians attitudes toward euthanasia)

Özkara E, *Hancı H, Civaner M, Yorulmaz C, Karagöz M, Mayda AS, Gören S, Kök AN, "Turkey's physicians attitudes towards euthanasia: A brief research report",* ***OMEGA Journal of Death and Dying, Vol.49(2);109-115, 2004.***

Araştırma verileri:

Bu çalışmada; Türkiye'nin yedi coğrafi bölgesinde çalışan 949 hekime

ulaşılmıştır. Toplam hekim sayısının %1'inden fazlasına ulaşılmıştır. Anketi yanıtlayan hekimlerin %48.2'si pratisyen, %51.8'i uzmandır.

Hekimlerin %91.8'i ötanaziyi "Günümüz tıbbının iyileşme umudu taşımadığı, ilerleyici, acı verici ve öldürücü bir hastalığa yakalanan kişi için; kaçınılmaz ve ızdırap verici bir süreç olan ölümün kendi isteğiyle daha uygun şartlarda ve acısız olarak bir hekim yardımıyla gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlamıştır.

-Çalışmaya katılan hekimlerin **%19'u ötanazi istemiyle karşılaştıklarını** belirtmiştir.

-Hekimlerin **%55.9'u ötanazinin ülkemizde yasak da olsa gizlice uygulandığına inandıklarını** belirtmiştir.

-Hekimlerin %84.8'i ötanazinin ülkemizde tartışılmasının yararlı olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

Mayda AS, Ozkara E, Çorapcioglu F. Attitudes of oncologists toward euthanasia in Turkey. Palliat Support Care. 2005 Sep;3(3):221-5.

Türkiye'de çalışan onkologlara rastgele örnekleme yöntemiyle ulaşılıp, 18 soruluk çoktan seçmeli anket formunu doldurmaları istenerek, elde edilen veriler SPSS programında değerlendirilmiştir.

Türkiye'de onkolojiyle ilgilenen hekimlerin yaklaşık %10'una ulaşılmıştır(n=85).

Onkologların **%43.5'i** "Türkiye'de ötanazinin yasak da olsa gizlice uygulandığına inandığını" belirtmiştir.

Hekimlerin %**36.4**'ü iyileşme ümidi olmayan hastalarını tedaviye başlamamaları için yönlendirdiklerini belirtmişlerdir.

Onkologların yarısı **(%50.6)**'sı 'iyileşme ümidi olmayan hastasının tedavisini kestiğini' açıklamıştır.

*PASİF ÖTANAZİ: Hekimin hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayacak yaşamı destekleyici tedaviyi sunmayarak (withholding) veya bu tedaviyi sona erdirerek (withdrawal) ölümü hızlandırması olarak tanımlanabilir.

Karşılaştırmalı Veriler

Çalışmaya katılan hekimlere ötanazinin sözlük tanımının "İyileşmeyen ve ızdırap verici hastalığı olan bir kişinin acısız bir biçimde öldürülmesi' olduğu belirtilerek bu tanıma eklenmesi gerekenler soruldu:

Tablo. Araştırmaya katılan hekimlerin ötanazinin sözlük tanımına eklenmesi gerektiğini düşündükleri ögeler(Onkolog:n=85, Göğüs Hek.:n=110). *Bu soruda birden fazla şık işaretlenebileceği belirtilmiştir.

Ögeler	Onkolog %*	Göğüs Hek. % *
Hastanın bu konudaki isteği	93.0	80,9
Hekimin eylemde rol alması	43.5	28,2
Hasta yakınlarının isteği	29.4	39,1
Hastanın mental yeterliliği	74.1	74,5
Hastalığın iyileşmez olmasına gerek yoktur, ızdırap verici durumlarda da ötanazi uygulanabilmelidir.	-	6.4
Diğer (Ekleyiniz)...	-	2.7

Tablo . Ötanaziye karşı çıkanların gerekçeleri

	Hekimler (%)	Onkolog (%)	Göğüs Hek. (%)
İstismar olasılığı	**41.6**	36,6	**30,0**
Etik açıdan yanlış	24.9	**46,3**	8,2
Dini nedenler	18.7	31,7	6,4
Yasal değil	11.2	31,7	9,1
Diğer	3.6	-	1,8
Ötanaziye karşı çıkanların oranı (Toplam)	**61.4**	**56.2**	**59.2**

Hekimlerin iyileşme ümidi olmayan hastalarının tedavilerini kesme nedenleri

Tedavinin kesilme nedeni	Onkolog (n=39)%	Göğüs H. (n=31)%
'Hasta daha fazla eziyet çekmesin'	**84,6**	**45.2**
'Maddi bakımdan ailesine yük oluyordu'	**17,9**	**6.5**
'Yaşam destek cihazlarından veya tedavi olanaklarından başka hastanın faydalanması için'	**15,4**	**41.9**
'Maddi bakımdan hastaneye yük oluyordu'	**10,3**	**6.5**

Ölümcül, acı verici bir hastalığa yakalanmış **bilinci kaybolmuş yetişkin bir kişi** için söz konusu olursa ötanazi kararını kim vermelidir?

	Onkolog (%)	Göğüs Hek. (%)
Ailesi	**3.7**	**9.1**
Ailesi ve hekimi	**42.0**	**50.5**
Kendi iradesi dışında bu karar verilemez	**54.3**	**40.4**
Hekimi	-	-

Ötanazi uygulaması, istemi ve tartışmasına yaklaşımların karşılaştırılması

	Hekimler (n=949)	Onkolog (n=85)	Göğüs H. (n=110)
Ötanazi uygulamasına karşı olmayanlar	%38.6	%43,8	%40.8
Ötanazi isteğiyle karşılaşanlar	%19.0	%33,7	%22.7
Ötanazinin ülkemizde yasak da olsa gizlice uygulandığına inananlar	%55.9	%40,0	%46.7
Ötanazinin ülkemizde tartışılmasını yararlı bulanlar	%84.8	%84,3	%80.9

Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı

Özkara E, Yemişcigil A, Dalgıç M, "Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı", Adlî Tıp Dergisi, 15(2),46-52 (2001).

1998-1999 öğretim yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıfındaki 482 öğrenciye ötanazi konusundan haberlilikleri, bilgi düzeyleri ve ötanaziye bakışlarını ölçmek amacıyla 11 soruluk çoktan seçmeli anket formu doldurtuldu.

DEÜ Hukuk Fakültesi Öğrencileri(n=482)

Ötanazi tanımıyla ilgili soruda katılımcıların %85,3'ünün "Günümüz tıbbının iyileşme umudu taşımadığı, ilerleyici, acı verici ve öldürücü bir hastalığa yakalanan kişinin; kaçınılmaz ve ızdırap verici bir süreç olan ölümünü kendi isteğiyle daha uygun şartlarda ve acısız olarak bir hekim yardımıyla gerçekleştirilmesidir." seçeneğini işaretledikleri saptanmıştır.

Katılımcıların **%36,5'i** ötanazi uygulamasına karşı olmadığını,

%63,5 'i ise bazı gerekçeler nedeniyle karşı olduğunu belirtmiştir. Öğrencilerin uygulamaya karşı çıkma gerekçeleri incelendiğinde; istismar edilebilir olmasının %41,5 oranıyla ilk sırayı aldığı, bunu %16,3 ile dini nedenlerin, %7 ile yasal olmamasının izlediği görülmüştür.

Ötanazi uygulayan hekimin cezası ne olmalıdır? Sorusuna katılımcıların **%43,8'i ceza verilmemeli** yanıtını vermiştir.

Öğrencilerin %52,1'i ötanazinin belli koşullarla yasallaşmasını istediğini,

%10;2'si çevrelerinde ötanazi isteğiyle karşılaştıklarını,

%86'sı ülkemizde ötanazinin tartışılmasının yararlı olacağını belirtmiştir.

Ramon Sampedro Olgusu

"The Sea Inside-İçimdeki Deniz" filminden..

1969 yılında Ramon Sampedro İspanya'nın Galicia bölgesinde yaşayan 26 yaşında bir denizciydi. Bir yardan denize atladı ve bel kemiğini kırdı. Boynundan aşağısı tutmuyordu, iyileşmesi imkansızdı. 29 yıl süresince boynundan aşağısı felçli olarak yaşayan İspanyol Ramon Sampedro yıllarca yalnız başını oynatarak yaşadı ve yıllarca ötanazi istedi ama yasalar izin vermediği için reddedildi. Sampedro sonunda 11 arkadaşıyla anlaşarak arkadaşlarının her birine bir görev verdi. Biri zehirli ilacı aldı, diğeri eve getirdi, diğeri suyun içine damlattı..., 11. arkadaşı da Ramon'un son sözlerini videoya çekti. Vasiyetnamesi İspanya'yı altüst etti:



Ramon Sampedro'nun vasiyeti

"Sayın Yargıçlar, Sayın Siyasi ve Dini Yetkililer... Biraz önce seyrettiğiniz görüntülerden sonra size soruyorum; biçimsiz ve bozulmuş bir bedenin bekçisi olan bir insan için, yani benim için, saygınlık nedir? Vicdanlarınızın vereceği cevap ne olursa olsun, benim için saygınlık bu değildir. Ben, hayatı, özgürlüğü seven çoğu insan gibi, **yaşamanın bir hak olduğuna, ama bir mecburiyet olmadığına inanıyorum.** Buna rağmen bu duruma 29 yıl, dört ay ve birkaç gün boyunca tahammül etmek zorunda kaldım. Bunu daha fazla yapmayı reddediyorum! Gördüğünüz gibi yanımda içinde siyanür potasyum bulunan bir bardak su var. Onu içtiğimde, kendi irademle, sahip olduğum en özel, en meşru mülkiyete; yani bedenime son vermiş olacağım. Bu özgürlük eylemine sizler "intihara yardım" adını takmışsınız. Ben ise bu eylemi, **bir insanın gerçekten "benim" diyebileceği tek şeye, yani bedenine** ve onunla birlikte ne varsa, yani hayata, bilince egemen olmasına destek verenlerin insani yardımı olarak adlandırıyorum... Sizler, beni seven, bu sevgisinde tutarlı olan, yani beni benmişim gibi seven yakınlarıma ceza verebilirsiniz. Bütün bu sözlerime rağmen yine de ceza vermeyi kararlaştırırsanız, size şunu tavsiye ediyorum: **Bacaklarını ve kollarını kesin yardım edenlerin, çünkü ben onlardan kaderimi paylaşmalarını istedim**..." Ramon öldükten sonra savcılık soruşturma başlatınca, binlerce insan "Sampedro'nun ölümüne yardım ettim" diyerek dilekçe imzaladı. Bunun üzerine savcı davadan vazgeçti(11,46).

SONUÇ VE ÖNERİLER:

- Ötanazi tüm insanları ilgilendiren ve bilinmesi gerekli bir kavramdır.
- Ülkemizde yasal olarak suç sayılan bir eylemdir, etik olarak tartışılmaktadır.
- Hukukçular ötanaziyle ilgili gelişmeleri ve halkın beklentilerini yakından izlemek durumundadır.
- Sağlık çalışanları çalışma koşulları nedeniyle ötanazi kavramıyla (uygulaması?) sıklıkla karşılaşabilmektedir.
- Ülkemize özgü koşulların araştırılması ve buna uygun yaklaşım geliştirilmesi gerekmektedir.
- Herşey siyah veya beyaz değildir, gri hayatın bir gerçeğidir.

KAYNAKLAR

-Özkara E. Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar. Ankara, Seçkin yayıncılık.(2001).

- Özkara E, Civaner M, Oğlak S, Mayda AS. **"Euthanasia education for health professionals in Turkey: Students change their opinions"**, Nursing Ethics, 2004, 11(3);290-297.

-Özkara E,** Hancı H, Civaner M, Yorulmaz C, Karagöz M, Mayda AS, Gören S, Kök AN, "Turkey's physicians attitudes towards euthanasia: A brief research report", **OMEGA Journal of Death and Dying, Vol.49(2);109-115, 2004.

- Mayda AS, Ozkara E, Çorapcioglu F. Attitudes of oncologists toward euthanasia in Turkey. Palliat Support Care. 2005 Sep;3(3):221-5.

***-Gostin L.O. Drawing a Line Between Killing and Letting Die.** The Law, and Law Reform, on Medically Assisted Dying. 1993;21(1):94-101.*

-Morita, Tatsuya; Akechi, Tatsuo; Sugawara, Yuriko; Chihara, Satoshi; Uchitomi, Yosuke. Practices and Attitudes of Japanese Oncologists and Palliative Care Physicians Concerning Terminal Sedation: A Nationwide Survey. Journal of Clinical Oncology. Volume 20(3) pp 758-764, 2002.

-Tepehan S. Yoğun Bakım Servislerinde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Yaklaşımı. Y. Lisans Tezi. İÜ. Adlî Tıp Enstitüsü. 2006.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Özkara'ya "ötanazinin alt ayrımları, dünya ülkelerindeki uygulamaları ve özellikle ülkemizdeki hekimlerin ve hukuk fakültesi öğrencilerinin ötanaziye bakış açılarını" verdiği için teşekkür ediyoruz. Sorulara geçeceğiz. Kudret Hocamıza birkaç soru vardı.

PROF. DR. KUDRET GÜVEN - Çok teşekkür ediyorum gösterdiğiniz ilgi için. Doçent Doktor Erhan Temel, *Ausgburg* Hukuk Fakültesi, öğretim üyesi; İstismar edilmez mi? Ötanazi istismarı da, suiistimali de

beraberinde getirmez mi? Almanya'da ötanaziye ilişkin izin verilmemesinin önemli gerekçelerinden biri de budur, demişler. Efendim kuşkusuz ötanazi istismara elverişli bir kavram ve uygulama. Ama burada, yani daha doğrusu kamuoyunda ve bu işle ilgili olan bizlerin, hukukçuların, tıp adamlarının bir defa konuşması gereken şey şu ve üzerinde mutabakata varması gereken şey şu; ötanaziye taraftar olalım mı, olmayalım mı. Eğer evet diyorsak, istismarı engelleyici, önleyici çeşitli yollar, formüller bulunur. Hukukçuların işi budur, yani formülasyonu biz yaparız, yasada kuşkusuz gerek bunu uygulayacak tıp adamlarının gerekse kişinin işte kendisinin veya mirasçılarının suiistimalini önleyecek tedbirleri almak her zaman mümkündür. Yani akla gelen ilk tedbirlerden birisi de mahkeme iznidir. Tabii mahkemeyi de bizim şimdiki yargıda sıkça karşılaştığımız ve sorun olarak ifade ettiğimiz uzun yargılama şeklinde anlamamak lazım. Usulde bir değişiklik yapmak suretiyle biraz daha kısa sürede sonuç alabileceğimiz bir yargılama usulüyle pekala mahkemenin iznini almak yani gerek doktorun ortaya koyduğu teşhiste gerek kişinin rızasında veya kişinin rızası alınamadığı hallerde mirasçılarının rızasının ortaya koyulduğu hallerde bunları ne kadar samimi olduğu ve hukuka uygun olabileceğini mahkeme denetimine tabii tutarız ve olabildiğince yani mümkün olduğu kadar, azami oranda suiistimal önlenir diye düşünüyorum. Buna rağmen önlenemez dersek bu da sosyal açıdan çok septik bir yaklaşım olur yani doktordan şüphe, mirasçılarınızdan şüphe, o zaman hiç yaşamamak daha iyi olur diye düşünüyorum. Onun için yani eğer ötanaziyi prensibinde kabul edersek suiistimalleri önlememiz mümkün gibi geliyor bana. Ötanazi gerçekten tabii ki bu yaşamla ilgili, sağlıkla ilgili olduğu için herkesin kolay kolay kabul etmeyeceği bir şey. Yani bizler de bunları hani olsun, yasaya uygun görelim, düzenlemeler yapılsın filan derken çok tüylerimiz diken diken olarak söylüyoruz. Yani hiçbir meslek mensubu tıp ve hukukçularda dâhil olmak üzere yani hiç kimsenin yaşamının biran evvel sonlandırılmasına hizmet eden, bunu düşünebilme cesaretini gösterecek insanlar değiliz kuşkusuz yani gerçekten biz de rahatsız olarak bunları yapıyoruz. Ama şunu düşünmek lazım diye aklıma geliyor, hani hep söylenen bir sözdür, durumu da ifade iyi ediyor diye size de isterseniz ifade edeyim; hani ateşin sıcaklığını tencerenin dibi bilir derler. Ben şurada oturarak bir hastanın yani biraz evvel Adlî tıp uzmanı sevgili arkadaşımızın ifade ettiği şekilde bir hastalıktan doğan acının ve bir insanı nasıl yaşama ümidini kaybettirecek hale düşürmesini tahmin edemem, yani bilemem ama bunu yaşayanlar gerçekten intihar edecek noktalara gelmekteler. Öyle acılar olduğunu biliyoruz ki bilinen hiçbir uyuşturucu o acıyı dindiremiyor. Dolayısıyla

hastanın çok kötü bir duruma düşmesi, yaşam kalitesinin çok kötüleşmesi bir defa, yaşamı katlanılmaz görmesi mümkün olabiliyor ve intiharlara kalkışıyorlar. İntihar edenlerin -yine bir yayın okumuştum- en çok korktuğu şey ise intihardan kurtulmakmış arkadaşlar. Yani intiharlardan kurtulmak yani başarılı olamamak, tekrar yaşıyor olmak nedense toplumda utanç verici görülüyor, bulunuyor. Niye? İntihar etmiş bir kişi gözüyle, belki aklından zoru olan bir kişi gözüyle bu insanlar muamele görüyor.

Dolayısıyla bundan çok utanıyorlar ve intihara yardım, asiste intihar diye ifade ettiğimiz ötanazi türünde de işte doktorun intiharda yardımının istenmesinin, istemesinin temelinde bu yattığı söyleniyor. Yani sonuçtan emin olmak istiyorlar intihar edecek kişiler. Ama intihar durduk yere yani ben artık yaşamayacağım şeklinde bir intihara sıcak bakma şeklinde anlaşılmasın bu, yani bu şartları taşıyan, hastalıktan gerçekten çok muzdarip, her türlü yaşama sevincini kaybetmiş olan bir kişinin doktorun yardımına müracaat ederek, onun yardımıyla güzel bir ölüm yaşaması yani daha onurlu bir şekilde bu hayattan ayrılmasına yol açmak bence insan onurunun kurtarılması, korunması bağlamında çok ciddi bir gerek olarak görüyorum. Dolayısıyla yani bunları biraz böyle düşünmemiz lazım.

Yani ötanaziye sıcak bakan ve ihtiyaç duyanlar, hastalar diyorlar ki içlerinden; bu benim vücudum, bu benim yaşamım, ben size muhtaç oldum, ey tıp adamı beni bundan kurtar diyor. Yani bunu da tabii ki bu duruma düşenlerin bakışıyla gözüyle görmemiz lazım yoksa burada ben otururum pekala yaşamanın ne kadar bir üstün hak olduğundan bahsederim, buna asla hiç kimse efendim müdahale etmemeli falan derim, geçer gideriz. Bu kolaycılık olur. Ama konuyu böyle anlamaya ve algılamaya çalışırsak sanıyorum ötanaziyi daha sağlam bir temele ve insancıl bir temele oturtmuş oluruz.

Yani bazı yerlerde, kitaplarda görülür hani *mörsikilin* derler yani acıyarak öldürme yani doktorun gerçekten acıma duygularına ihtiyaç gösteren bir ortamda biz bu ötanaziyi hukuka uygun olarak düzenlensin, görelim filan diyoruz. Yani yoksa insanlar zaman zaman hayatı beğenmez, ötanaziye yani ölüyüm diye düşünür, doktordan da yardım ister, bunlar sübjektif sebepler yani gerçekten ötanazinin tanımına giren sebepler değil. Ama ciddi vakalarda gerçekten yaşama sevincinin ortadan tamamen kalktığı durumlarda bence çıkar yol ötanazi diye düşünüyorum. Bunu düzenlememiz mümkün. Nasıl olur, yaparız. Yine bir arkadaşımız sınırlı ehliyetsiz bir şahsın ötanazisi mümkün müdür? Bunu kanun temsilcisi talep eder mi? Burada da tabii temsil hükümlerini yine

devreye sokabiliriz. Biliyorsunuz bunlar, sınırlı ehliyetsiz dediğimiz kişiler sezgin, küçük ve kısıntılılardır. Bunların bazı şahsa sıkı suretle bağlı hakları tek başlarına kullanmaları düşünülebilir ama yine tedbiren yani yapacağımız bir yasal düzenlemede yine bir mahkeme kararını da bir sürü muamelede hani kanuni temsilcinin mahkemeye başvurma, izin alma mecburiyeti var biliyorsunuz. Bunu da bir mahkeme kararına bağlayarak istismarı önleme yoluna gidebiliriz diye düşünüyorum. Yani hele bir olay ortaya çıksın, buna bir gereksinme var gerçekten denilsin, ondan sonra onu biz yazarız, yaparız diye düşünüyorum. Efendim Sayın Erhan Büken, benim kıymetli arkadaşım, aynı üniversitedeyiz; "son zamanlardaki etik tartışmalar kişinin özerkliğinin ya da kendi geleceği hakkında karar verme hakkına dayalı kararının tek başına tedaviyi kesme ya da ötanazi kararı için yeterli olmadığını ortaya koyuyor" diyorlar. Yani bu bir yer alma meselesidir, bu bir görüş meselesidir, dünya görüşü meselesidir. Bunu böyle düşünenler de var, ben farklı düşünenlerdenim, bakalım bu nasıl ortaya çıkıyor.

Bir de şu var sayın izleyiciler; yasal düzenleme yapılmadığı zaman sanki toplumda bu eylemler hiç olmuyor gibi düşünüyoruz. İşte biraz evvel sevgili meslektaşım ortaya koydu. Gizli gizli yapıldığı kanaati tıp elemanları arasında da yaygın bir görüş olarak karşımıza çıktı. Yani ben de bu kanaatteyim, yani gizli gizli yapılabilir diye düşünüyorum ve yapanı da çok yani bizim kabul ettiğimiz şartlar taşıyorsa çok da eleştirmiyorum yani böyle bir durumda olan hastanın yaşamının sonlandırılması bence ahlaken de düzgündür, dinen de uygundur diye düşünürüm ama bu şartları taşıyorsa. Ama şu da bir yanılgı yani bunu düzenlememekle, bu işlerin hiç yapılmadığını söylemek de saf dillik olur. Dolayısıyla ben doktorların etik değerlerine teslim edilemeyecek kadar ciddi bir konu olan yaşama hakkının sonlandırılması yani ötanazi konusunda her türlü tedbirin alındığı ama bunu mümkün kılan bir yasal düzenlemenin mutlaka yapılması gerektiğine inanıyorum. Aksi takdirde işte gizli, kaçak göçek şeyler yapılır ve bizim gösterdiğimiz itinayı, özeni dahi göstermeden bazı vakalar yaşanabilir diye endişeleniyorum. Biz bunu efendim nüfus planlaması hakkındaki kanun çıkarılmadan evvel biliyorsunuz kürtajda da yaşadık, cinsiyet değiştirme operasyonlarında da yaşadık, yasa elvermiyordu ama herkes yurt dışında yaptırıyordu. Şimdi de yeni medeni kanunumuzda son yapılan değişiklikle mesela 40.maddede mesela cinsiyet değiştirme operasyonları çok zorlaştırıldı ve tıbbi gerçeklerden tamamen uzak bir noktaya çekildi. Ben yine aynı endişeyi taşıyorum; yasakla hiçbir yere gidilmez. İnanıyorum ki insanlar gidip bunu yurt dışında yaptıracaklar. Veya işte tabii bu tartışılabilir ama cinsel kimlik

üzerindeki hakların yeterince kullanılmaması nedeniyle yurt dışına gidip aynı cinsten insanların evlenip geldiğini göreceğiz gibime geliyor.

Neyse konuyu dağıtmayalım, yani yasal düzenlemenin yapılması zarureti bence kaçınılmaz gibime geliyor. Burada acaba kamu yararı var mı diye Sayın Erhan Büken ifade etmiş. Yani sadece kişinin kararı değil, tıbbi yarar ve hukuki süreci hatta toplumsal yarar gözetilebilir demişsiniz. Medeni kanunumuzun 24.maddesinde üstün nitelikli bir kamusal yarar var ise yine bir kişinin kişilik hakkı zedelenmesi halinde hukuka aykırılık yoktur diyoruz zaten. Yalnız ben burada bazı endişeler taşıdım da görüşümü ona dayandırmak istemedim. Yani bunda kamusal yarar da gözetiliyor denilebilir ama kamusal yarar kavramı hem muğlak bir kavramdır hem de artık biraz kamu, özel yarar, kişi, devlet ilişkileri falan biraz farklı yorumlanmaya başladı. Eskiden biz derdik ki mesela kamusal yararla özel yarar karşı karşıya geldiğinde kamu yararı üstün tutulur derdik. Şimdi devletin hizmetkar devlet olduğu anlayışı kamu hukukçuları tarafından savunuluyor.

Yani artık özel yararın üstün olması gerektiği yolunda bir gelişme var diye düşünüyorum. Onun için kamusal yararı burada ifade etmedim ama dediğiniz doğru. Yani işte hastanelerde yatacak yer yok, kurtarılabilecek hastaların alınamadığı bir ülkede efendim bu tür bir artık geriye dönüşü olmayacak hastanın yer işgal etmesinden tutun da işte bu konuda harcanan masrafların ülke ekonomisine yüklediği yükü falan dile getirmemiz mümkün. Ama dediğim gibi işin temeli şeye dayanıyor yani biz buna taraftar mı olacağız, olmayacağız mı? Taraftar olacaksak bunu biz bir şekilde işin içine kamusal yararı da dahil ederek gerekçesine meşru gösterebiliriz gibime geliyor. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Kayıtlara geçmesi açısından Soyaslan Hocam isminizi alabilir miyim?

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Bir ufacık katkıda bulunabilir miyim? Aslında ötanazi kavramına, Türk hukuku, Türk hukuk camiası yabancı değil. 2002'de son haliyle hükümete sunulan Dönmezer Tasarısı vardı ceza kanununda. O dolaylı yoldan tanıyordu, dolaylı yol deyişimin sebebi şu; iki seneye kadar hapis öngörüyordu, tecilin, ertelemenin kapsamına giriyordu bilinçli olarak konmuştu bu. Çok iyi bir gelişmeydi. Son tasarıda yani son Kanunda koymadılar. Düşünce, felsefe farklı da ondan konmadı. Ha, bundan sonra yine gündeme gelir diye düşünüyorum. Benim sormak istediğim; ben hastayım, doktorumu reddedebilirim, tedaviyi reddedebilirim. Bu kapıyı açmaz mı ötanaziye? Açar diye düşünüyorum. İzmir'de falan uygulaması oldu mu? Hiç olmadı mı? Doktoru reddedersiniz, oradan gidilir diye düşünüyorum tek yol.

Ötanazinin ben biliyorum felsefeyi seviyorum Nietzsche savunmuştu bir isim. Ekonomik ve felsefi kavram, ihtiyarları, sakatları temizleyin demiştir. Naziler uygulamıştır bu fikri aynı zamanda bir başka anlamı daha var. Teşekkür ederim.

DOÇ. DR. ERDEM ÖZKARA - Hocam Nietzsche –sözünüze katkıda bulunayım- Nietzsche'nin şöyle bir çarpıcı saptaması vardır; "doktorların insanların ölümlerini ellerinden almaya hakları yoktur" der.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Ölümün savunucusu birkaç filozof. Birisi Nietzsche'dir dedim, Almanlar uygulamıştır dedim.

OTURUM BAŞKANI - Hocam size birkaç soru vardı galiba.

DOÇ. DR. ERDEM ÖZKARA - Ben değerli meslektaşım Başkent Üniversitesi Adlî Tıp Anabilim Dalı'nda Sevgili Erhan Büken'in o güzel yazısıyla sorduğu soruları yanıtlayım çok kısa. Erhan Büken demiş ki; "Hekimin tedavi vermeme hakkı vardır. Tedaviyi vermeyip pasif ötanaziyi kabul ettiniz. Kanımca pasif ötanazi tedavi vermemeyle örtüşmez. Konu hakkındaki görüşünüz nedir?" İlk sorusu bu. Ben kabul etmedim, tanımlarla ilgili şeyleri söyledim ama şöyle bir şey var tabii ki hekimin tedaviyi reddetme hakkı vardır. Hekimin de o tedaviyi vermeme, başka meslektaşına gönderme ya da hiç hastaya o tedaviye başlamama hakkı vardır çünkü tedavinin yararlarına ya da getireceği yararın, getireceği zararlardan fazla olduğuna inanıyorsa tedaviyi yapmayabilir. Buradaki tedaviden kasıt hastanın yaşamını uzatacak, hastayı ölümden bir süre daha koruyacak bir tedavi, o nitelikte bir tedavi. Bugün birçok onkolog meslektaşımızla konuştuğumuzda hani *kemotoropitler* var çok pahalı ilaçlar, hastanın saçlarını döküyor, diğer fonksiyonlarını bozuyor ama yaşamını bir süre uzattığı iddia ediliyor. Bunlarla ilgili tartışmalar çok fazla yapılıyor ve bazı meslektaşlarımın da dürüstçe biz bu tedaviyi veriyoruz ama ben olsam kullanmam dediğini duyuyorum. Yani hastayı işte ortalama bir yıllık bir yaşam süresi veriliyor o hastalıkla birlikte. Bu tedavide bunun bir buçuk yıla çıkardığı iddia ediliyor. Ama bu bir buçuk yılın kalitesine baktığımızda çok berbat, yatağa bağlı bir buçuk yıl. Yani siz olsanız altı ay ayakta kalıp, altı ay yatağa bağlı geçirmeyi mi tercih edersiniz, yoksa bir buçuk yıl boyunca her on metre yürüdüğünüzde dinlenmek ihtiyacı duyduğunuz bir durumda mı geçirmek istersiniz? Böylede bir şey var yani yararı tartışılabilir.

İkinci sorusu Erhan Büken'in bizim yaptığımız onkologlarla ilgili araştırmada; "Tedavi vermeyen hekimlerin hastayı bilgilendirme ve hastayı seçenek sunmasını değerlendirmelerinizi ve görüşünüz nedir?" diye sormuş. Madde 19 Hasta Hakları Yönetmeliği'nde der ki; hastanın manevi yapısı üzerinde *(Anlaşılmıyor)* testleri yapmak suretiyle hastalı-

ğının artması ihtimalinin bulunması veya hastalığın seyrinin de sonucunun vahim görünmesi halinde net teşhisin saklanması caizdir. Burada bu soruyu sormadık, değerlendirmedik. Çünkü birçok onkoloğun ön araştırmalarımızda hastalarına değil de hastanın ailesine bu teşhisi söylediğini gördüğümüz için hastayla bu durumun müzakere edilmediğini, değerlendirilmediğini gördüğümüz için bu soruyu sormadık, ama anlamlı bir soru. Fakat hastayla bunun koordine edilmesi çok zor çünkü hasta ne yazık ki ülkemizde ki, bu ülkemiz gerçeği, birçok Avrupa ülkesinde hasta durumu ne olursa olsun öğrenmek istiyor. O gerçekle yüzleşme gücüne sahip olduğunu belirtiyor ve ne olursa olsun öğrenmek istiyor. Bizdeyse henüz o kadar güçlü değil sanırım hastalarımız, durumu kabul etmek istemiyorlar. Yani bunu söyleyen hekimlerimiz de hastaya söylediğinde hastalık hızlıca ilerliyor çünkü moral olarak çok çöküyor kişiler, daha çabuk ölebiliyor. Bu nedenle genellikle ailelere söyleyerek hekimler bu durumdan haberdar ediyorlar. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Evet, tıp, hukuk, felsefe, sosyoloji gibi birçok bilim alanının ortak konusu olan ötanaziyi incelemeye çalıştık, teşekkür ederiz dinlediğiniz için. İyi günler.

AV. BERNA ÖZPINAR - Değerli Başkanım ve konuşmacılarımıza Ankara Barosu olarak teşekkürlerimizi sunmak üzere plaketlerimizi vermek üzere Sayın Hocam Profesör Doktor Doğan Soyaslan'ı takdim ediyorum, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuk ve Ceza Usul Hukuku Bölüm Başkanı.

PLAKET TÖRENİ

AV. BERNA ÖZPINAR - Kurultayımız burada sona erdi, umarım biz Hukukçular adına bir açılım oluşturduk. Bundan sonrakinde daha geniş katılımlarla sürdürmek gayretindeyiz. Çok teşekkür ve saygılar sunarız. İyi akşamlar.

Hekim;

Pratik, etik ve yasal tüm zorlukların bilincinde olarak, her koşulda vicdanının sesini dinlemeli ve hasta için en iyi olanı yapmalıdır. Aşağıdaki bildirge hekimlik mesleğinin hastalara sağlamayı amaçladığı temel hakları içermektedir.

Yasalar veya hükümet uygulamalarının hastaların bu haklarına uygun olmadığı durumlarda, hekimler uygun yollarla bu uygulamaları düzeltmeye ve ortadan kaldırmaya çalışmalıdırlar.

- Hasta, hekimini özgürce seçme hakkına sahiptir.
- Hasta, hiçbir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılabilme hakkına sahiptir.
- Hastanın, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkı vardır.
- Her hastanın onurlu bir şekilde ölme hakkı vardır.
- Hasta, uygun bir dini temsilcinin yardımı da dahil olmak üzere, ruhi ve manevi teselliyi kabul veya reddetme hakkında sahiptir.

DÜNYA TABİPLER BİRLİĞİ HASTA HAKLARI BİLDİRGESİ (Lizbon – 1981)

978-9944-234-31-3

ANKARA BAROSU