



SAĞLIK HUKUKU MAKALELERİ II

İSTANBUL BAROSU
SAĞLIK HUKUKU MERKEZİ

2012



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Genel Yayın Sıra No: 208
2012 / 10
ISBN No: 978 - 605 - 5316 - 17 - 4

Yayına Hazırlayan
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam Basım
Sanatları Ltd.Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad.
No: 4 / 1
Ataşehir - İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70

www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Temmuz 2012
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
bin adet basılmıştır.

Bu kitapta yer alan düşünceler, yazarların sorumluluğundadır.
İstanbul Barosu'nun kurumsal görüşünü yansıtmaz.

SAĞLIK HUKUKU MAKALELERİ - II



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak

1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60

dergi@istanbulbarosu.org.tr

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Sevtap METİN

Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki
Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik7

F. Zehra KONUK

Biyoetik ve Hukuk Yönünden Gen Bilimi55

Müge ÜREM

Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar79

Gülen Sinem TEK

Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf
Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler103

Av. S. Sera KADIGİL

Engelli Haklarında Yeni Bir Olgu - Ashley Tedavisi.....131

Buse AKSARAY

Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu.....153

Seda ERGÜNEŞ

Yapay Dölllenme167

Av. Nesrin ÖZKAYA

Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu.....179

Veli DURMUŞ

İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Kusursuz Sorumluluğu195

Av. Handan Bakbak ÖZDEMİR

İnternet Üzerinden Sağlık Danışmanlığının Hukuki Durumu213

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER

Hekimlerin Mesleki ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği221

Av. Gültezer Hatırnaz EROL

Sağlık Çalışanlarının Tazminat Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci
Tamamlanmış Dava Örnekleri.....241

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER

Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu265

YÖRÜNGESİNDEN ÇIKAN TABİAT: ETİK, SOSYAL, PSİKOLOJİK VE HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİYLE TAŞIYICI ANNELİK

Doç. Dr. Sevtap METİN¹

Herhangi bir sebepten ötürü çocuk doğurma yeteneğinden yoksun ya da doğurması kendisi için tehlikeli olabilecek bir kadının çocuğunu, onun yerine karnında taşıyan kadına “taşıyıcı anne”, söz konusu edime de “taşıyıcı annelik” denir. Taşıyıcı annelik yönteminin tipik özelliği gereği, gönüllü çift ile aralarındaki anlaşma uyarınca taşıyıcı anne bebeğe gebe kalır, onu gebelik süresince taşır ve doğurur. Daha sonrasında da doğurduğu bebeği kısır çifte teslim eder ve de ebeveynlik haklarından vazgeçer.

Taşıyıcı annelik, oldukça yeni sayılabilecek bir olgu olmasına karşın ona benzer uygulamaların tarihi kökenleri Tevrat’a kadar götürülmektedir. Eski Ahit’te yer alan ifadelerle göre Hz. İbrahim’in kısır olan karısı Sarah eşine şöyle seslenir:

“Tanrı bana doğurmayı nasip etmedi. Yalvarırım sana hizmetçim Hacer’e git; belki onun sayesinde çocuk sahibi olabilirim”².

Tevrat’ta bahsi geçen benzer bir diğer örnek ise Yakub’un kısır eşi Rachel’in, eşine hitaben söylediği şu sözlerdir:

“İşte hizmetçim Bilha, onu git gör ve de ki; dizlerimde benim çocuğumu doğursun”³.

1 İstanbul Ün. Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
2 (Genesis 16:2 (Jerusalem Bible and King James Version). See. Janice C. Ciccarelli, Linda J. Beckman, “Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy”, Journal of Social Issues, Vol. 61, No. 1, 2005, s. 21-43.

3 (Genesis 30:3 (Jerusalem Bible). Avi Katz, “Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws”, Columbia Journal of Law and Social Problems, No: 1, 1986, s.1-55. Yakın Avrupa tarihinde özellikle İspanya’da krallar, çocuk sahibi olabilmek için taşıyıcı annelerden istifade etmişlerdir. Daha sonra taşıyıcı anneler sadece kendilerinin değil tüm hanedan çocuklarına bakıcılık yapmışlardır. Aşikârdır ki, bu gibi şeyler sır olarak saklanmış, çocuklar kendilerinin hem kral hem kraliçeyle genetik bağlarının olduğuna inandırılmışlardır.

Bunun yanı sıra antropolojik çalışmalar, sosyal ve biyolojik ebeveynlerin aynı olmadığı kimi uygarlıkların varlığına işaret etmektedir. Örneğin, Güney Afrika’daki Kgatla kabilesinde çocuksuz bir çift için onların yakını bulunan bir diğer çift, kısır çifte

Tıptaki ve bilimdeki gelişmeler, özellikle de tüpte dölleme yönteminin (IVF) uygulanmaya başlanması, eski zamanlardaki söz konusu pratiği modern zamanlara taşımıştır. Ancak kutsal metinlerde bahsi geçen örnekler, modern taşıyıcı annelik uygulamalarından oldukça farklıdır. Zira Tevrat'taki doğal yollarla gerçekleşen gebeliklerden farklı olarak günümüz taşıyıcı anneleri cinsel ilişki kurulmaksızın IVF yoluyla gebe kalmaktadır⁴.

1. Taşıyıcı Annelik Hakkındaki Bazı Temel Kavramların Tanımları

Taşıyıcı annelik hakkında daha ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce, konuyla ilgili bazı temel tanımların yapılması uygun düşecektir.

Taşıyıcı annelik, kısır çiftler için üremeye yardımcı yöntemlerden bir tanesidir. Cenini taşıması ve doğurduktan sonra kendilerine teslim etmesi koşuluyla taşıyıcı bir anneye anlaşıma yapan çift, “sosyal ebeveyn, akdi ebeveyn veya gönüllü ebeveyn” olarak değişik şekillerde adlandırılmaktadır.

Başlıca üç tür taşıyıcı annelik tipi var olmakla birlikte literatürde bu tiplerin isimlendirilmesi konusunda bir birlik ve uzlaşma bulunmamaktadır. Yabancı dildeki kaynaklarda bazen *geleneksel* bazen *genetik* kimi kez de *kısmi* taşıyıcı annelik diye gönderme yapılan, Türkçe yazında ise *ikame annelik* veya *yedek annelik* denilen birinci tip taşıyıcı annelikte, çocuk sahibi olmak isteyen kısır kadının kocasının spermi ile taşıyıcı annenin yumurtası döllendirilmektedir. Bu uygulama, kadının hem yumurtalıklarının çalışmadığı hem de çocuğu taşıma ve doğurma yeteneğinden mahrum bulunduğu hallerde söz konusudur. Bu sınıflandırmada taşıyıcı kadın hem genetik hem de doğuran kadın sıfatıyla annedir. Bir diğer deyişle bu kategoride taşıyıcı annenin, çocuğu dokuz ay karnında taşımak haricinde onunla genetik bağı vardır. Baba ise çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü çiftin erkek üyesidir.

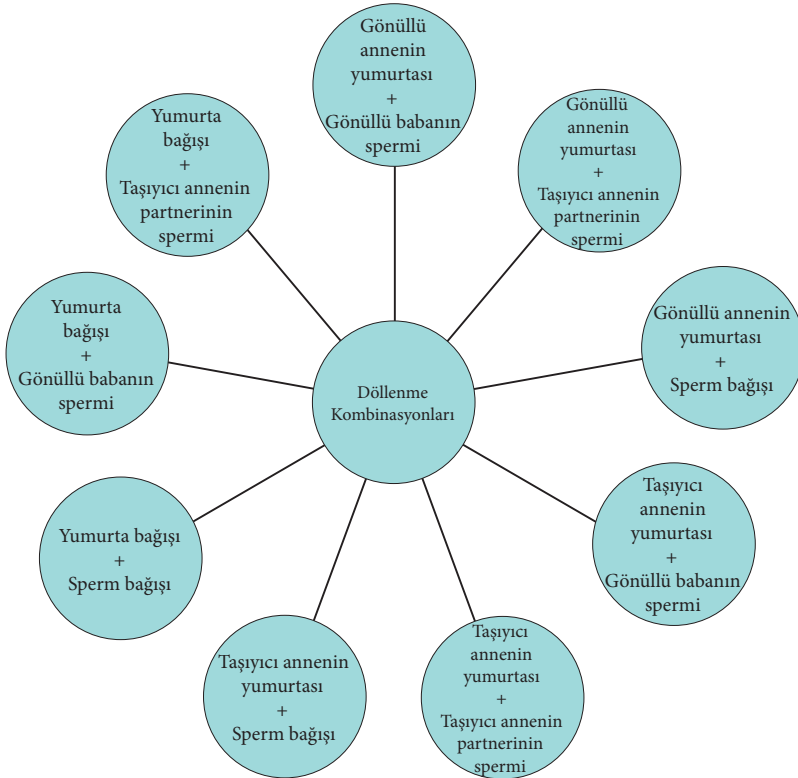
Gestasyonel, tam veyahut *genetik-olmayan* ya da Türk doktrininde adlandırıldığı ismiyle *ödünç(ivazsız)* veya *kiralık (ivazlı)* taşıyıcı annelik tipinde ise kısır olan kadının esasen yumurtaları sağlıklı çalışmakla birlikte rahmi gebeliği başarıyla neticelendirmeye elverişli değildir. Bu durumda çocuk sahibi olmaya gönüllü kısır kadının yumurtası, eşinin

verilmek üzere çocuk doğurmaya karar verebilmektedirler.

4 George Palattiyil, Eric Blyth, Dina Sidhva, Geeta Balakrishnan, “Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work”, *International Social Work*, 53, (5), 2010, s..686-700; Rosalie Ber, “Ethical Issues in Gestational Surrogacy”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, No:21, 2000, s. 153-169.

spermiyle laboratuarda IVF yöntemiyle döllenirilmekte ve ardından taşıyıcı annenin rahmine transfer edilmektedir. Genetik olmayan tam taşıyıcı annelikte taşıyıcı kadın, doğacak bebek ile herhangi bir genetik bağlantıdan yoksundur ve böylece gönüllü ebeveynler aynı zamanda çocuğun genetik anne ve babasıdır⁵.

Üçüncü durumda ise istem sahibi anne ve babanın her ikisi de çocuk yapma yeteneğinden yoksun bulunduğu için üçüncü kişilere ait sperm ve yumurta kullanılarak taşıyıcı annede hamilelik sağlanmakta, çocuk doğduktan sonra da istem sahibi anne-babaya verilmektedir. Bu durum ise kullanılan sperm ve yumurtaların farklı kişilere ait olması, bu kişilerin evli olması, taşıyıcı annenin evli olması gibi olasılıklarda karmaşık sorunlar ortaya çıkarmakta, çocuğun birden çok anne-babası olabilmektedir.



5 Ciccarelli, Beckman, "Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy", s. 21-43; Noa Ben-Asher, "The Curing Law: On The Evolution Of Baby-Making Markets", Cardozo Law Review, Vol. 30, No:5, 2009, s.1885-1924; Patricia Donovan, "New Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas", Family Planning Perspectives, Vol. 18, No. 2 (Mar. - Apr., 1986), s. 57-60.

Şema I: Yukarıdaki şemada taşıyıcı annelik düzenlemesinin ürünü olabilecek tüm dölleme ilişki ve durumları gösterilmiştir. Böylece taşıyıcı annelik düzenlemesinin neticesi doğacak bir çocuğun beş tane ebeveyni olması olasılığı vardır: Yumurta bağışlayan, sperm bağışlayan, bebeği gebelik süresince karnında taşıyan ve de onu yetiştiren gönüllü anne ve baba⁶.

Taşıyıcı annelik ayrıca özgecil ve ticari taşıyıcılık olmak üzere de kategorilendirilmektedir⁷. Özgecil taşıyıcı annelikte taşıyıcı kadına herhangi bir maddi ödeme yapılmazken ticari taşıyıcı annelikte taşıyıcı kadın hizmeti karşılığını maddi olarak alır ve kendisine para ödemesi yapılır⁸.

Taşıyıcı annelik her ne kadar evlat edinme ile mukayese edilse de aralarında temelden farklılıklar vardır. Bir kere taşıyıcı annelik, çocuk ve ebeveyn arasında tam yahut en azından kısmi genetik bağ kurulmasını mümkün kılarken evlat edinmede her iki ebeveynle de genetik bağıntı yoktur. Üstelik ebeveynler, arzu ettikleri belirli fiziksel/karakter özelliklere sahip bir taşıyıcı anne seçme şansına sahiptirler. Ayrıca, taşıyıcı annelik uygulamasında ilişkinin tarafları, çocuğun gönüllü ebeveyne teslim edilmesi hususuna gebelik ve doğumdan önceki safhada bilinçli olarak karar vermektedirler. Oysa tipik bir evlat edinme durumunda zaten “mevcut” bir çocuk için en iyi çözüm bulunmaya çalışılır. Diğer deyişle biyolojik anne, girdiği ilişkinin neticesinde hamile kalmıştır ve bebek ya doğmak üzeredir yahut hâlihazırda doğmuştur⁹.

6 Olga B.A.van den Akker, “Psycho-social aspects of surrogate motherhood”, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, 2007, s. 53-62.

7 Türkçe literatürde özgecil taşıyıcı annelik karşılığı “ivazsız”, ticari taşıyıcı annelik karşılığı da “ivazlı” taşıyıcı annelik terimleri kullanılmaktadır. Bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 70-71.

8 Aristides N. Hatzis, “From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece”, Portuguese Economic Journal, Volume:8, Nr:3, 2009, s. 205-220.

9 Katz, “Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws”, pp.1-55; Van den Akker, “Psycho-social aspects of surrogate motherhood”, s. 53-62; M. M Tieu, “Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers”, Journal of Medical Ethics, Nr. 35, 2009, s.171-175; Ber, “Ethical Issues In Gestational Surrogacy”, pp.153-169; Brenda M. Baker, “A Case for Permitting Altruistic Surrogacy”, Hypatia, Vol. 11, No. 2, (Spring 1996), s.34-48.

2. Taşıyıcı Annelik Üzerine Bazı Araştırmalar.

2.1. Taşıyıcı Annenin Saikleri ve Beklentileri Hakkında Araştırmalar.

Bu bölümde, taşıyıcı annelerin psiko-sosyal durumları özellikle de onları taşıyıcı anne olmaya iten saikler ve beklentileri ile ilgili belli başlı bazı araştırma örneklerinden bahsedilecektir.

Bunlardan biri olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nden Ciccarelli'nin 14 taşıyıcı anneye yaptığı mülakatlarda onlara bebeklerinden vazgeçtiklerinde ne hissettikleri sorulmuştur. Bu kadınlardan birisi, bebeğinden vazgeçmiş olmaktan dolayı strese girdiğini ve diğer iki taşıyıcı anne de bebeklerle güçlü bir içgüdüsel bağlanma hissettiklerini belirtmişlerdir. Diğer yandan geri kalan 11 taşıyıcı anne, bebekle aralarında hiçbir bağlanma hissi duymadıklarını söylemişler ve bu durumu; **“Bağlılık hissetmedim çünkü başından beri benim çocuğum olmadığı kafamdaydı”** veya **“Bebekten vazgeçmekten dolayı kendimi kötü hissetmediğim için nerdeyse suçluluk duydum”** şeklinde dile getirmişlerdir. Taşıyıcı annelerin bu ifadeleri, bebekten vazgeçmekte herhangi bir sorun görmediklerine işaret edebilir. Ciccarelli'nin araştırmasının bir diğer sonucu da tatmin yahut tatminsizliğin, çiftlerle kurulan ilişkiyle yakından ilintili olduğudur. Mamafih tüm bu sonuçlar taşıyıcı annenin, bebeğin kaybıyla baş edebilmek için bazı indirgeme stratejileri geliştirdiğini ve bu olasılığın da meselenin çok daha derinde yerleşik olduğunu da düşündürebilir¹⁰.

Van Zyl ve Van Nierkerk tarafından yapılan bir başka çalışmada; fetüs ile ne tür bir bağlantı hissettikleri sorusuna taşıyıcı annelerin verdiği tipik cevaplar şu şekildedir: “Bebeğin bana ait olduğunu hiç düşünmedim”, “Bebek benim değil ve ben yalnızca onu taşıyorum” ve “Kesinlikle bir otel gibiyim” şeklinde olmuştur.

Baslington'un 19 taşıyıcı anneye gerçekleştirdiği bir görüşmede, taşıyıcı olma kararı almadaki en güçlü saik 11 kadın için para iken bunlardan yedi kişi için para tek sebep olmamıştır. Geri kalan sekizi ise herhangi bir finansal kazanç beklentisi içinde bulunmadıklarını beyan etmişlerdir. Taşıyıcı annelerin çoğu bebekten vazgeçmekten doğan olumsuzluklarla başa çıkabildiklerini özellikle sözleşme yaptıkları çiftle güzel

10 Ciccarelli, Beckman, “Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy”, s. 21-43; Hazel Baslington, “The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process”, Journal of Health Psychology, Vol: 7, No:1, 2002, s. 57-71; Tieu, “Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers”, s.171-175.

bir ilişki kurabildikleri takdirde, geçici mutsuzluğun kaybolduğunu ve bunun da bebeği terk etmenin yükünü hafiflettiğini ifade etmişlerdir. Bununla birlikte aynı araştırma, bir taşıyıcı annenin, bebeği bırakmaktan doğan pişmanlık ve suçluluk yüzünden iki buçuk yıl süresince ızdırap çektiğini açığa çıkarmıştır. Bir başka taşıyıcı anne ise bebekten ayrılmakta güçlük çekmiş, doğum sonrası depresyona düşmüş ve suçluluk duygusu hissetmiştir¹¹.

Vasanti Jadva'nın 2003'te İngiltere'de yaptığı araştırmada yalnızca tek bir taşıyıcı anne için paranın bir motivasyon unsuru olduğunu görürüz. Ayrıca aynı araştırma, istisnasız 34 taşıyıcı annenin tümünün anlaşmaya uyarak bebeği gönüllü anne-babaya teslim ettiğini açığa çıkarmıştır. Söz konusu çalışmaya göre taşıyıcı annelerin %32'si zihni ve duygusal problemler yaşamış ve bu oran aylar sonra % 15'e gerilemiş ve de üzerinde çalışılan vakaların %6'sında bu problemler bir yıl devam etmiştir. Zihni ve duygusal problemler özellikle gönüllü anne tanıdık olduğunda ve çocuğu teslim ettikten sonra artmaktadır. Bu araştırmada yer alan kadınların %9'u hala bu tip sorunlar yaşamakta olup, %6'sı bir psikoloğa devam etmek zorunda kalmışlardır.

Van der Akker'in taşıyıcı anneler hakkındaki araştırmasından çıkan sonuçlardan bir tanesi, bu kadınların taşıyıcı anneliği hoş bir deneyim olarak gördükleridir. Bu bağlamda onu bir nevi olgunlaşma, hayatlarına kattıkları bir artı değer yahut bir dağcının zirveye tırmandıktan sonra duyduğuna benzer bir tatmin duygusu şeklinde tanımlamışlar ve taşıyıcı anneliğin kendilerine olan güvenlerini arttırdığını söylemişlerdir. Çocuktan vazgeçmek çoğu taşıyıcı kadın için memnuniyet verici bir deneyim olup yalnızca küçük bir bölümü için bu memnuniyete biraz hüzün eşlik etmiştir¹².

Ragone'nun Amerika Birleşik Devletleri'nde 1988'den 1996 yılına kadar üç farklı taşıyıcı annelik programı merkezinde yürüttüğü araştırmaları, 28 taşıyıcı anne ile yapılan hem yüz yüze sohbetler hem formel mülakatların ürünüdür. Ragone öncelikle "Sizi taşıyıcı anne olmaya iten saikleriniz nedir" sorusuna taşıyıcı annelerden gelen cevapların biribi-

11 Baslington, "The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process", s.57-71;Tieu, "Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers", s.171-175.

12 Monir Pashmi M.A., Seyed Mohammad Sadegh Tabatabaie Ph.D., Seyed Ahmad Ahmadi Ph.D., "Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan", Iranian Journal of Reproductive Medicine, Vol.8, No.1, Winter 2010, s. 33-40.

rinin aynı olduğunu gözlemlemiş, hepsinin adeta ellerine verilmiş bir kâğıttan aynı sözleri tekrar ettikleri duygusuna kapılmıştır. Taşıyıcı kadınların verdiği tek tip cevaplardan da görüldüğü üzere onları taşıyıcı anne olmaya iten saikler örneğin kısır bir çiftin çocuk sahibi olmasına yardım etme isteği, mali kazanç ve hamilelik sevgisi gibi belli başlı ama tekrarlayan sebeplerdir. Ancak bunun yanı sıra Ragone'nun çalışması, kadınların daha önceden yaptırdıkları kürtaj operasyonunun (taşıyıcı annelerin%26'sı) ve/veya çocuğunu evlatlık vermekten (%9) doğan suçluluk duygusunun da onları taşıyıcı anne olmaya motive edebildiğine işaret etmektedir. Her ne kadar taşıyıcı anneler, kolay bir gebelik dönemi geçirdiklerini ileri sürseler de bazılarının dış gebelikten kaynaklı düşüklükler gibi ağır bir hamilelik ve buna bağlı problemlerle yüz yüze geldikleri gözlemlenmiştir. Taşıyıcı anneler kendi yaptıkları şeyi, "çifte duydukları sevginin bir armağanı" olarak nitelendirmek suretiyle dolaylı bir biçimde de olsa yapılanın para ile telafi edilemeyeceğini dile getirmiş olmaktadır. Kadınlara, doğurdukları bebeğin kendilerine ait olduğunu düşünüp düşünmedikleri sorulduğunda istisnasız hepsi de böyle düşünmedikleri cevabını vermişlerdir. Taşıyıcılar, gönüllü annenin değerini ve onun çocuğu beslemekteki rolünün önemini yükseltirken, kendi genetik/fiziksel katkılarının değerini düşürme eğilimindedirler. Taşıyıcı anne örneğin doğurduğu çocuğu beslemeyi reddetmek suretiyle gönüllü annenin annelik rolünü kolaylaştırmakta birincil rol oynamaktadır. Gebelik ve doğum, tamamen kadın işi olarak betimlenirken üçlü ilişkide babanın rolü ikincil statüye indirgenmektedir¹³.

Kaliforniya Üniversitesi sosyoloji bölümünden Berend'in, www.surromonline.com (SMO), isminde ve taşıyıcı anneler ile istem sahibi annelerin deneyimlerini paylaştığı bir internet sitesinden elde ettiği verilerden oluşan çalışması da ilginç siber teknolojik veriler içermektedir. Siteye yazan taşıyıcı annelerin çoğunluğu, çocuklu ve evli kadınlardır ve yine birçoğu, kariyer sahibi olmasalar da çalışmaktadırlar. Taşıyıcı anneler, bebeğe bağlanamamalarının sebebini, hem genetiğe hem de niyete atıfta bulunarak açıklamaktadırlar. Genetik bakımdan kendilerine ait olsa bile bebeğin, gönüllü anne-baba için yapılmaya niyet edildiğini vurgulamaktadırlar.

"Taşıdığım bebeği bedenimle besledim, onu sevdim ve hatta onun uğrunda hayatımdan da olabildim. Hayatımın en güzel deneyimlerinden

13 Helena Ragoné, "Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers", *American Ethnologist*, Vol. 23, No. 2 (May, 1996), s. 352-365.

bir tanesiydi. Yine de insanlara şunu hatırlatmak zorundayım ki, ben bebekten vazgeçmedim sadece onu ebeveynlerine geri verdim. Bir hayat vermekten ötürü döktüğüm göz yaşlarına rağmen dünyaya getirdiğim bebeğe hala annelik hissetmiyorum”.

Taşıyıcı annelerin sıkça tekrar ettikleri şeylerden biri de ceninden ziyade onun gerçek anne-babası saydıkları gönüllü çift ile birbirlerine bağlandıklarıdır. Birincil ilişki, taşıyıcı anne ve fetüs arasında değil taşıyıcı ve gönüllü çift arasında kurulmaktadır. Taşıyıcı anneler, kısırlığın büyük bir talihsizlik olduğunu düşünmekte ve çocuksuz çiftlere büyük bir sempatiyle yaklaşmaktadırlar. Taşıyıcı anneler, kendilerini bir amaca odaklanmış ve bu amaca ulaşmak için ellerinden gelen her şeyi yapmak isteyen kadınlar olarak tanımlamaktadırlar. Bu amaç elbette gönüllü çiftin bebeklerini sağlıklı bir şekilde dünyaya getirip onların ellerine teslim etmektir.

Yine siteye yazan taşıyıcı annelerden biri, düşüncelerini şu şekilde dile getirmiştir:

“Gönüllü çiftin arzusu ve sevgisi olmasa bu çocuk asla dünyaya gelmezdi. Bu gebelik planlı ve istenen bir gebelik”.

Yöntem gereği üremeye yardımcı teknikler yardımı ile hamile kalan taşıyıcı anneler, doğaldan farklı, kimyasal bir hamilelik yaşadıklarının farkındadırlar. Bu farklılıklardan biri de döllenen yumurta ve embriyonun, erken aşamadaki bebekler olduğu varsayımdır. Onlar potansiyel bebeklerdir ve yumurta, embriyo, fetüs ile bebek arasındaki ayrımlar çoğu zaman silinmektedir. Bir taşıyıcı anne, siteye gönderdiği elektronik postada; “sekiz hücreli embebek (embriyo bebek) transfer ettik” ifadesini kullanmaktadır.

Taşıyıcı anneler hem gebeliğin bizatihi kendisine hem de “yaşam hediye etme” fikrine bağlılık geliştirmektedirler. Siteye yazan taşıyıcı annelerden biri bu konudaki duygularını;

“Hakikaten yeniden hamile kalmak istiyorum. Bir çubuğa işemek, pembeye dönüştüğünü görmek istiyorum. Ultrason seyretmek istiyorum. İçimde küçük bir bebeğin kımıldadığını hissetmek istiyorum. Her şeyden çok, yetiştirmesi için onu bir başkasına vermek istiyorum” şeklinde dile getirmiştir.

Bu çalışmadaki bulgular da Ragon'un; “doğumdan sonra gönüllü çiftin dikkatini kaybetmenin, taşıyıcı anneleri duygusal bakımdan çö-

kerttiği” iddiasına benzer sonuçlara işaret etmektedir. Ancak kaybetme duygusu daha karmaşıktır. Sadece özel bir ilişkinin kaybı değil, gönüllü çiftin güvenini ve takdirini yahut kendi imajını ve taşıyıcı anneler topluluğundaki statüsünü kaybetme korkusu söz konusudur. Gebelik bittiğinde taşıyıcı anne hamile kadınlar kulübüne aidiyeti kaybetmekten yeis duymaktadır.

‘Bir yaşam hediye etmek’, ‘mucize gerçekleştirmek’ ve ‘gelecek için umut’, taşıyıcı anneliğin favori tanımlarıdır. Gebeliğin gerçekleşmeyişi ve düşüklükler, erken doğumlar, bu hediyeyi kayba, umudu umutsuzluğa döndürmenin yanı sıra annenin kendi imajına meydan okumaktadır. Gebelikleri planladığı gibi gitmeyip düşükle sonuçlandığında da çocuğunu kaybetmekten değil, gönüllü çifti hayal kırıklığına uğrattıkları için üzüntü hatta vaat edilen hediyeyi verememekten ötürü suçluluk duymaktadırlar¹⁴.

Bir İslam ülkesi olan İran’da taşıyıcı annelik uygulamasına rastlanmakta, Tahran, İsfahan ve diğer şehirlerdeki bazı tıp merkezlerinde kısır çiftlere için taşıyıcı annelik seçenek olarak sunulmaktadır¹⁵. Bu bağlam-

14 Zsuzsa Berend, “Surrogate Losses: Understandings of Pregnancy Loss and Assisted Reproduction among Surrogate Mothers”, *Medical Anthropology Quarterly*, Vol: 24, Issue: 2, s. 240-262.

15 İslam hukukunun dört ana kaynağı vardır. Bu kaynakların birincisi, Kur’an, ikinci kaynak ise peygamber sıfatıyla Hz.Muhammed’in (şii mezhebinde ayrıca imamların) söyledikleri, yaptıkları ve kabul ettiklerinden oluşan Sünnettir. İslam müelliflerinin belli bir konudaki görüş birliği demek olan İcma, İslam hukukunun üçüncü kaynağı iken, dördüncü kaynak Sünni mezhep için kıyas/analoji ve Şii mezhep söz konusu olduğunda ise akıl’dır. Dördüncü kaynak olan akıl ve kıyas, bu iki mezhep arasındaki önemli farklardan birini açığa çıkarmaktadır. Şii teolojiye göre ahlaki iyi ve kötü, bizatihi aklın kendisinden çıkar ve bu yüzden yeni ortaya çıkan ahlaki ve hukuki meseleler hem kutsal metinlerin hem de aklın ışığında tartışılıp, nitelendirilmelidir. Buna karşın Sünni okulun çoğunluğuna göre biyo-etik dâhil tüm hukuki meseleler yalnızca kutsal metin ve peygamber geleneğine dayanarak çözümlenmelidir. Bu yüzden yeni meselelerle karşılaşıldığında, kutsal metin olan Kur’an’a en uygun cevabı bulmak için kıyasa dayalı tümdengelim yöntemi kullanılabilir.

Bir erkeğin sperminin, karısından başka bir kadının rahmine yerleşmesi demek olduğundan taşıyıcı anneliğe, Sünni müelliflerin çoğu izin vermemekte ve yasak (haram) olduğunu düşünmektedir. Azınlıkta kalan diğer Sünni müellifler ise taşıyıcı anneliği, İslam hukukunda (fıkıh) izin verilen “süt annelik”e benzetmektedirler. Çoğu Şii müellif bir kısırılık tedavisi olarak taşıyıcı anneliğe yalnızca evli çiftler için olmak kaydıyla izin vermektedir. Şii ekol, embriyoyu spermden farklı tutmakta ve bir erkeğin sperminin karısı haricinde başka bir kadına girmesi ile taşıyıcı annenin rahmine bir embriyonun girmesine aynı şekilde bakmamaktadır. Gerçekte söz konusu pratiğe, bir embriyo ya da fetüsün bir rahimden diğerine transferi olarak bakılmaktadır. Ayrıca taşıyıcı annelik, süt anneliğe çok yakın görülmekte ve taşıyıcı annelik uygulaması günah sayılmamaktadır. K. Aramesh, “Iran’s experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns”, *Journal of Medical Ethics*, Volume:35, Issue:5,

da İran'dan verilecek araştırma örneği 15 gönüllü anne, 15 taşıyıcı anne ve 30 geleneksel anne (her biri en az bir çocuklu) ile 2009 sonbahar-kışı arasında İsfahan'da yapılan görüşmelerde toplanan verilerden oluşmaktadır. Araştırma, taşıyıcı ve gönüllü annelerin sosyo-kültürel statülerinin tamamen farklı olmasına karşın psikolojik özelliklerinin kayda değer bir değişiklik göstermediğini açığa çıkarmaktadır. Tüm örneklerde taşıyıcı anneler, kısır bir çifte yardım etmekten dolayı mutludur ve başlıca maksatları özgecildir. Araştırmaya katılan taşıyıcı annelerin %46.6'sı, birincil motiflerinin özgecil olup, mali problemlerin sonra geldiğini deklare etmişlerdir. Onların bu ifadelerine, gerçek hislerini yansıtmaktan çok, mülakat yapana verilen otomatik bir cevap şeklinde kuşkuyla yaklaşmak mümkündür. Diğer %40 ise başlıca saiklerinin evvela finansal olup özgecil amaçların sonra geldiğini ifade etmişlerdir. Hamilelik müddetince gönüllü anneye güzel bir ilişki kurmalarına rağmen doğumun ardından gönüllü annelerin, taşıyıcı anne ile olan bağlarını artık daha fazla sürdürmek istemedikleri görülmüştür. Biri hariç, tüm gönüllü anneler taşıyıcı anne ile herhangi bir ilişki istemediklerini ve onların bebeği görmelerine izin vermediklerini açıklamışlardır. Bebeği, gönüllü annebabaya teslim konusunda ise biri hariç, taşıyıcı annelerin hiçbir problem yaşamadıkları görülmüştür¹⁶.

Taşıyıcı annelik pratiğinin İsrail'de aldığı görünümü anlayabilmek, ürünü olduğu Yahudi-İsrail kültürünü tanımayı ve anlamayı gerektirmektedir. İsrail gibi aile merkezli bir toplumda damgalandıkları için bekâr kadınlar, statülerini yükseltmek üzere anneliği kullanabilmektedirler. Annelik, bekar bir kadını marjinal statüden çıkarıp daha tabii

2009, s.320-322.

Fakat taşıyıcı anneliği, süt annelik ile mukayese etmek, hukuken geçerli bir analogi değildir. İki pratik arasında kıyas yapmak için uygun koşullar bulunmamaktadır. Analoginin en önemli unsuru, illet birliğidir. Süt anne pratiğinin sebebi/illeti, doğmuş bir bebeğin sağlıklı bir şekilde beslenmesi ve büyütülmesi iken taşıyıcı anneliğin illeti, taşıyıcı annenin rahmini kullanan bir çiftin bebek sahibi olmasını sağlamaktır. Bu durumda illet/sebep birliğinin olmayışı yüzünden de süt annelik ile taşıyıcı annelik arasında analogi yapmanın olanaksız olduğu görüşü ileri sürülmektedir.

İslam hukukunun fer'i/ikincil kaynaklarından bir tanesi de "mesalih-i mürsele"dir. Mesalih-i mürsele, bir kararın üzerine inşa edildiği ve insanlığa yarar getiren yahut bir zararı uzaklaştıran ancak geçerli olup olmadıklarına dair bir kanıtın bulunmadığı sebeplerdir. Ancak bazı müelliflere göre taşıyıcı anneliği bu bağlamda ele alarak izin vermek yine de mümkün değildir. Zira taşıyıcı anneliğin neden olduğu psikolojik, sosyal ve hukuki problemler dikkate alındığında söz konusu pratiğin zarardan ziyade yarar sağlayacağını da bir garantisi yoktur. Ülfet Görgülü, "Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış, Journal Of Islamic Law Studies, Issue: 15, 2010, s.197-207.

16 Pashmi M.A., Seyed Tabatabaie Ph.D. etc., "Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan", s: 33-40.

yahut normatif bir statüye çekerken, anneliğin yadsınması İsraili Yahudi bir kadını ötekileştirebilmektedir. Bu bakımdan taşıyıcı anneler, çocuksuz kadınlara yardım ederek iyi bir vatandaş olma görevini yerine getirmeyi sürdürürler. Gerçekte İsraili taşıyıcı annelerin eylemleri, cinsiyet rollerine bağlı kültürel formlarda herhangi bir değişiklik yaratmayı, devletin patriarkal çıkarları/ilgileri ile de uyumludur. Bu kısa girişten sonra şimdi İsrail’de yapılmış bir araştırma örneğinden bahsetmeye başlayabiliriz. Söz konusu araştırma 8 İsraili taşıyıcı ve 11 gönüllü anne ile hem katılarak gözlem hem açık formatlı mülakatlara dayalıdır. Araştırma, süreç boyunca taşıyıcı kadınların bedenlerine “yapay”lık atfettiklerini ve hormon gibi yabancı maddelere karşı bedenlerini kontrol edebilen güçlü kadınlar olarak kendilerini tanımladıklarını ortaya koymuştur. Taşıyıcı anneler kendilerini fetüsten kolayca ayırabilmişler ve çiftle olan doğal genetik bağlantısına vurgu yapmak suretiyle fetüsü bir “yabancı” olarak düşünmüşlerdir¹⁷.

17 Her ne kadar Musevi dini hukuku, hısımlığı genetik olmaktan ziyade gebelik ve doğuma göre belirlemekteseyse de taşıyıcı anneler, genetik hısımlık modeli lehine olmak üzere gebelik ve doğumun önemini göz ardı etmek eğilimindedirler. Annenin kim olduğu meselesini aydınlatmak üzere birçok dini otorite; “gebelik müddetince bir kadının rahminde dönüştürülmüş ikizler, kardeş kabul edilir” diyen Talmut’un, Yevamot 976’daki ifadelerine göndermede bulunur. Rahimde dönüştürüldüğü düşünülen ikizler ve onların hem birbirleri hem de anneleriyle ilişkisi, gebelik gerçekleştikten sonra oluşturulmalıdır. Musevi teolojisinde dönüşüm, “diriliş” ile birbirine yakın sayılmakta ve mevcut tüm soybağı ilişkilerini ortadan kaldırmaktadır. Bu kaynak, taşıyan ve doğuran kadının, Musevi dini hukukuna göre anne kabul edilmesi lazım geldiği fikrini desteklemektedir. Bununla birlikte Haham Ezra Bik, meseleyi çözümlmek üzere yeni bir model sunmaktadır. Onun düşüncesine göre, analogi yapılabilecek bir durum yok ise anne kimliğini belirlemede, kazuistik metot hiçbir rol oynamaz. Meseleyi cevaplayacak uygun hukuki kaynak yoksa Talmut’un anneliği nasıl anladığını görmek için aggadic kültürüne bakılması gerekecektir. Aggadic, annelik ve babalık modelleri için farklı bir anlayış önermektedir. Örneğin Talmud’da Tractate Niddah (30a)’nı ifadesi:

“Rabbimiz bize öğretti. İnsanda üç varlıktan ortak payda vardır. Kutsal olan, anne ve baba. Baba, semeni ile çocuğun kemiklerini, tırnaklarını, beynini ve gözünün beyazını biçimleyen ‘beyaz töz’ü sağlar. Anne ise deriyi, eti, saç, kan ve gözün karasını biçimleyen ‘kırmızı töz’ü verir. Tanrı’ya gelince; O’da tin, ruh, karakter güzelliği, görme ve işitme gücü, konuşma ve yürüme ile akıl ve anlama yetilerini sağlar. İnsan için bu dünyadan ayrılma vakti geldiğinde Tanrı, kendisine ait olan bölümü geri alır ve geride anne ile babanın katkıları kalır (Talmud, Tractate Niddah 30a)”. Bu anlayış, kadın ve erkeğin rolünü eşitleyip, annelik için genetik temellendirmeye işaret etmektedir.

Elly Teman, “The Medicalization of ‘Nature’ in the ‘Artificial Body’: Surrogate Motherhood in Israel”, *Medical Anthropology Quarterly*, Volume: 17, 2003, s.78-98.

Taşıyıcı annelik üzerine Hindistan'ın Anand¹⁸ şehrinde 2006-2008 arası yürütülen araştırma projesi, 42 taşıyıcı anne, onların kocaları, 16 gönüllü anne-baba, iki doktor ve aracı ile hem açık format mülakatlara hem de 9 ay müddetle klinik ve hostel ya da taşıyıcı kadınların kendi evlerinde katılarak gözlem yoluyla elde edilen verilere dayanmaktadır. Tüm taşıyıcı kadınlar evli ve çocuklu olup, yaşları da 20 ile 45 arasında sıralanmaktadır¹⁹. Hintli taşıyıcı anneler, geleneksel akrabalık modelini yeni

18 Anand, Hindistan'ın Gujarat eyaletinde yer alan bir şehirdir. Anand'daki klinik, taşıyıcı annelerin doktorlar, hemşireler ve aracı kadınlar tarafından eğitilmesinde aktif rol oynamaktadır. Çevre köylerden tedarik edilen kadınların bazıları yalnızca iki yıl içinde ikinci kez taşıyıcı annelik yapmışlardır. Yabancı ülkelerden gelen çiftler (ABD, Tayvan, Güney Kore, Güney Afrika, Büyük Britanya, Türkiye ve İspanya) Anand'dan taşıyıcı anne kiralamak suretiyle önemli ölçüde paradan tasarruf sağlamaktadırlar. Klinik ayrıca taşıyıcı annelerin günlük faaliyetlerinin doktorlarca yahut gönüllü çiftlerce izlenebildiği çeşitli hosteller çalıştırmaktadır. Tüm taşıyıcı kadınlar, bir odada birlikte kalmakta ve gece kalmamak kaydıyla kocalarının ziyaret etmesine izin verilmektedir. Amrita Pande, "It May Be Her Eggs But It's My Blood": Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India, *Qualitative Sociology*, Volume: 32, Number: 4, 2009, pp. 379-397.

19

İsim	Yaş	Din	Meslek	Kocanın mesleği	Aylık gelir (\$)	Eğitim	Çocuk sayısı	Gönüllü anne ve babanın tabiyeti
Sudha	27	Hindu	Çiftçi	Kamyon şoförü	65	İlkokul	1	Mumbai
Raveena	30	Hindu	Banka veznedarı	Banka veznedarı	200	Kolej	2	US
Pushpal	27	Hindu	Mağazada işçi	Boyacı	50	Lise	2	Bangalore & US (NRI)
Salma	25	Müslüman	Ev kadını	Şoför	50	Orta okul	2	Güney Afrika
Dipali	25	Hindu	Sigortacı	Boşanmış	30	Lise	2	Güney Afrika
Vaneeta	36	Hıristiyan	Hastabakıcı	Terzi	150	İlkokul	3	US
Vidya	30	Hıristiyan	Ev kadını	Gündelikçi işçi	40	Lise	3	Madras
Daksha	20	Hindu	Ev kadını	Çiftçi	20	Okuma-yazma yok	3	Haydarabad
Anjali	25	Hıristiyan	Ev kadını	Sabit bir işi yok	20	İlkokul	2	(UK)
Parvati	36	Hindu	Hemşire	Fabrika işçisi	100	İlkokul	1	NRI
Gauri	28	Hindu	Ev kadını	Satıcı	30	Okuma yazma yok	2	US
Jagruti	35	Hindu	Bir okulda işçi	Berber	35	Ortaokul	3	Delhi
Rita	23	Hindu	Ev kadını	Seyyar satıcı	40	Ortaokul	2	NRI (US)

temeller üzerine yeniden inşa etmeye teşebbüs etmişlerdir. Anand'daki taşıyıcı anneler, kan bağıını farklı şekilde yeniden yorumlamışlar ve yalnızca fetüsün, annenin kanıyla beslendiğini iddia etmekle kalmamışlar ayrıca bu kan bağıının, çocuğa kimliğini verdiğiğine vurgu yapmışlardır²⁰. Akrabalık modelinin bu yeniden yorumlanması, “genlerin” bebek üzerinde iddiada bulunmanın yegâne temeli olduğu fikrine meydan okuduğu gibi onun yerine ter (emek) ve bebek ile anne arasındaki kan bağıını (töz, madde) yerleştirmiştir. Taşıyıcı annelere göre bebekle olan maddi bağları (kan, göğüs sütü) ve onu taşıyıp, doğurmak için sarf ettikleri gayret, genetik anneye nazaran kendilerini bebeğe daha fazla yaklaştırır ve bağlar. Gerçek ya da hayal, taşıyıcı anneler, sınıflarının hatta ülkesinin sınırla-

Tejal	27	Hindu	Ev kadını	Boyacı	30	Ortaokul	2	Mumbai
Sapna	27	Hindu	Ev kadını	Fabrika işçisi	120	İlkokul	2	NRI (US)
Savita	45	Hindu	Klinikte temizlikçi	Ayrı yaşıyor	40	İlkokul	2	Singapur
Varsha	38	Hindu	Garson	İşsiz	15	Ortaokul	2	UP (India)
Rita	29	Hindu	Ev kadını	Plastik toplayıcı	60	İlkokul	2	NRI (US)
Nisha	36	Hıristiyan	Hemşire	Şoför	100	Ortaokul	1	US
Yashoda	38	Hıristiyan	Klinik hizmetçisi	Dul	20	Okuma-yazma yok	2	İspanya
Tejal	30	Hindu	Öğretmen	Boyacı	40	Lise	1	NRI (Dubai)
Tina	26	Hıristiyan	Ev kadını	Şoför	60	Ortaokul	3	NRI (Dubai)
Rina	26	Hindu	Mağazada işçi	Şoför	100	Lise	2	US
Diksha	24	Hindu	Ev kadını	Fabrika işçisi	70	Lise	2	NRI (US)
Vaishali	24	Hindu	Aşçı	Fabrika işçisi	70	Lise	1	US
Shanta	33	Hindu	Works in a parlör	Şoför	100	Ortaokul	3	NRI (US)
Naseem	30	Musulüman	Ev kadını	Günlük işçi	40	Ortaokul	1	UP (India)
Panna	27	Hindu	Ev kadını	Seyyar satıcı	60	Ortaokul	3	Türkiye
Naina	36	Hıristiyan	Hemşire	Fabrika işçisi	60	Lise	2	US

20 Hindistan'da yerleşik anlayışa göre semen, kandan elde edilir. Babanın ürünü olarak çocuk, onun kanından gelir ve bu yüzden babasının grubuna aittir. Annenin kanı, cenini beslemek açısından önem taşımakla beraber çocuğa kimliğini vermez.

rının ötesindeki gönüllü annelerle hısımsı olduklarına inanmaktadırlar^{21*}. Bununla birlikte Jyoti ve Hetal gibi taşıyıcı kadınlar, genetik anne/babanın yatırımını hatırlatarak çocuğun, babanın “mameleki” olduğu düşüncesini güçlendirmişlerdir. Böylece Hintli taşıyıcı anneler bir yandan annelik iddiasının kapsamını genişletip, babanın katkısının değerini düşürürken, öte yandan baba evine aidiyeti kabul etmektedirler²².

Şimdi de tüm bu veri ve bulguları özetleyip, yorumlamaya çalışalım.

Sonuç olarak; taşıyıcı anneler, finansal kazanç, gebelik ve doğum yapmaktan alınan haz, başkalarına yardım etmekten duyulan tatmin, ulvi duygular dâhil farklı motiflere sahiptir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin çoğu kez güç, eğitim, statü, mali durum vs. bakımından eşit olmayan iki tarafı birbirine bağladığına sıklıkla gönderme yapılmaktadır. Hâlbuki eldeki verilerin çoğu bu kanaatin tam tersine işaret etmektedir. Taşıyıcı annelerin çoğu yirmi ile otuz yaşları arasında, beyaz, Hıristiyan, evli ve çocukludur. Taşıyıcı annelerin aile gelirlerinin düşük olduğu yine genel bir kanı iken eldeki verilere göre ortalama gelir grubu düzeyinde yer almaktadırlar ve çalışan (işçi) sınıftadırlar. Daha önce de ifade edildiği gibi çoğunluğu, finansal kazanç düşüncesinin, taşıyıcılık yapma kararını vermede temel motiflerini oluşturmadığını söylemektedir. Elbette bu söylem, yöntemin yoksul, genç ve etnik kadınları sömürdüğü itirazının üstesinden gelmek için taşıyıcı annelik acentelerinin, potansiyel taşıyıcı anneleri seçerken ihtiyatlı ve dikkatli tutum almalarından kaynaklanıyor olabilir.

Yapılan araştırmaların işaret ettiği bir diğer sonuç gereği şayet doğan bebek genetik bakımdan taşıyıcı anneyle bir bağ taşımıyorsa bu olgu, bebekten vazgeçmiş olmanın sancısını/yükünü hafifletebilmektedir. Uzun süreli memnuniyet, taşıyıcı annenin gönüllü anne/baba ve çocuk ile ilişkileri konusundaki beklentilerinin karşılanıp karşılanmadığına bağlıdır. Bilhassa duygusal stres ve pişmanlık, eğer taşıyıcı anne kendini gönüllü çift tarafından terk edilmiş hissetmeye başladığında, çoğalmaktadır. Taşıyıcı kadınlar, “kiralık bir rahim”den daha fazla bir şey ifade etmek istemekteler ve sağlıklı bir rahimleri olduğu için yalnızca bir araç muamelesi görmek istememekte aksine gönüllü çiftin hayatlarının bir par-

21 * Taşıyıcı Raveena; “Bizim gönüllü anneyle bağımız cennette kurulmuş ve her ikimiz de bunun böyle kalması için elimizden geleni yapacağız” der. Raveena, birçok bakımdan istisnai bir taşıyıcı annedir. Kolej eğitimi almış klinikteki tek kadın olan Raveena, büyük oğlunun kalp ameliyatı için taşıyıcı anneliğe yönelmiştir.

22 **Pande**, “It May Be Her Eggs But It’s My Blood”: Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India”, s. 379-397.

çası haline gelmeyi ümit etmektedirler. Gönüllü çiftin bebek ile birlikte taşıyıcı annenin hayatından kaybolup gitmelerini, kendilerine yapılmış bir sadakatsizlik/ihanet olarak görmektedirler.

Taşıyıcı annelerin saikleri konusundaki ifadeleri; üreme, annelik, aile hakkındaki kültürel olarak geleneksel kabul görmüş fikirleri yansıtmaktadır. Ancak diğer taraftan geleneksel değer ve inançlardan sapan –örneğin parasal karşılık gibi- taşıyıcı annelik ilişkisinin bazı karakteristik özelliklerini değersizleştirmeye çaba sarf etmektedirler. Ayrıca taşıyıcı annelerin dermeyen ettikleri motivasyonları, eylemlerini meşrulaştıracak sosyal kabul görmüş gerekçeler sunmak için ne kadar çok sosyal baskı altında kaldıklarına işaret etmektedir²³.

Daha önce yapılmış bir kürtajdan yahut çocuğunu evlatlık vermekten duyulan pişmanlık, kısır çiftlere yardım ya da para kazanma gibi motifler, taşıyıcı anne olma kararının karmaşık bir dizi faktör ve psikolojik durumlara dayandığını ispatlamaktadır.

Her ne kadar geleneksel annelik ile barışık olsalar da taşıyıcı anneler, geleneksel aile ve annelik düşüncesinden radikal bir ayrılışı da temsil etmektedir. Taşıyıcılık olgusu, hem annelik içgüdüsünü destekleyen hem de ona karşı olan çatışkılı deliller ortaya koyar. Cesaret kırıcı sosyo-kültürel normlara rağmen taşıyıcı annelerin çok azı, taşıdığı çocuğa geçici bir bağlanma hissettiklerini belirtmektedirler. Daha da azı ise doğurdukları bebeği beraberinde alıkoymaya karar vermektedir. Bu şekilde, hem bebeklerinden vazgeçen taşıyıcı anneler hem de bebek sahibi olmak için (parasal) bir karşılık ödeyen sözleşmeciler anneler, annelik içgüdüğü mitini yıkmaktadırlar²⁴. Fakat bu “annelik davranışlarını yadsımak” olgusu

23 Katherine Drabiak, Carole Wegner, Valita Fredland, and Paul R. Helft, “Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity”, *Journal of law, medicine & ethics*, 100 years of transplantation, Summer 2007, s.300-309.

24 İkinci Cinsiyet adlı kitabında Simone de Beauvoir (1953), annelik içgüdüğü tartışmaya açmakta ve böyle bir içgüdüğü olmadığını iddia etmektedir. Badinter ise Avrupa'nın son 300 yılındaki çocuk büyütme pratiklerini analiz ederek, 19.yüzyıl süresince annelik üzerine tartışmalardaki dönüşümün neticesi, kadınların davranışlarında bir değişim olduğu sonucuna varmaktadır. Onun görüşüne göre annelik içgüdüğü miti 18.yüzyılın ikinci yarısında yüksek çocuk ölümü oranlarına aldırılmaz görünen ebeveynlere bir tepki olarak yaratılmış güçlü bir ideolojik baskıdan ibarettir. Geçmişte çocuklar daha müreffeh anneler için daha az varlıklı kadınlar tarafından büyütülmekteydi. 20.yüzyılda ise bu durum tersine döndüğü söylenebilir. Kısırlığın çoğalması ve evlat edinilecek çocuk sayısındaki azalma gibi faktörler, daha az varlıklı kadınlar tarafından, kısır ama varlıklı kadınlar için çocuk doğrulduğu sosyal koşulları yaratmıştır. Baslington, “The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process”, s. 57-71; Elisabeth Badinter, *Annelik Sevgisi: 17.Yüzyıldan Günümüze Bir Duygunun Tarihi*, Çeviren: Kamuran Çelik, İstanbul, Afa

farklı bir şekilde de yorumlanmaya elverişlidir. Bu durum taşıyıcı annenin kendisini bir “kuluçka makinesi” ve doğurduğu bebeği de fiziksel ve biyolojik emeğinin neticesi olmaktan öte bir ilişki kuramadığı bir “ürün” diye gördüğüne delalet edebilir. Ve bu da taşıyıcı annenin hem kendi bedenine hem anneliğe yabancılaştığı anlamına gelir²⁵.

2.2. Taşıyıcı Anneliğin Kamuoyunca Etik ve Hukuki Kabulü Hakkındaki Araştırmalar

İngiltere’de 1988 yılında *Brazier Surrogacy Review* dergisi ekibi, “Taşıyıcı anneye, sözleşmenin diğer tarafı olan gönüllü çift tarafından yapılacak bir ödemeye hukuki bir yasak getirilmeli midir” sorusuna, halktan 369 adet yazılı cevap toplamış ve katılımcıların %88.83’ü (310 kişi) “hayır” cevabını vermiştir.

Fransa’da Biyo-Tıp Ajansı, taşıyıcı annelik hakkında Aralık 2006’dan Ocak 2007’ye kadar telefon aracılığıyla bir araştırma yürütmüştür. 1086 katılımcının %55’i, taşıyıcı anneliğin ahlaken kabul edilebilir olduğu ve %53’ü de bu uygulamaya Fransa’da hukuken izin verilmesi gerektiği yolunda görüş bildirmiştir. Araştırma ayrıca katılımcıların %44’ünün, taşıyıcı anneliğin Fransa’da zaten yasal olduğunu zannettiklerini açığa çıkarmıştır²⁶.

Fransa’daki bir diğer çalışma ise Eylül-Ekim 2009’da Orleans Bölgesi Merkez Hastane’sinde 115 kadın ile gerçekleştirilmiştir. Araştırmaya katılan kadınların çoğunluğu Fransız ve Hıristiyan olmakla birlikte diğer tek Tanrılı dinlerin mensupları da temsil edilmiştir. Yine katılımcıların %80’i, en az bir çocuk sahibidir ve yaşları 19 ile 44 arasında değişmektedir. Örneğin taşıyıcı anneliğin kabul edilebilirliği gibi ahlaki ve hukuki görünüşleri hakkındaki toplam 16 soru, 109 hasta tarafından cevaplanmış ve kadınların %60’i, taşıyıcılığın ahlaken kabul edilebilir olduğunu ve %91’i de kısırlık, evlat edinmeye sıcak bakmama veya homoseksüel çiftlerin koşullarında buna hukuken izin verilmesi lazım geldiğini ileri sürmüşlerdir. “Kısırlık, taşıyıcı annelik için kabul edilebilir bir sebeptir” görüşü, kadınların %87’sinin düşüncesini temsil etmektedir. %12’si, başka bir çift için gebe kalıp taşıyıcılık yapmayı kabul edebileceklerini söylerken kadınların %47’si, taşıyıcı annenin çocuğuyla ve %34’ü de

Yayınları, 1992.

25 Tieu, “Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers”, s.171-175.

26 Yukarı Semba, Chiungfang Chang, Hyunsoo Hong, Ayako Kamisato, Minorı Kokado and Kaori Muto, “Surrogacy: Donor Conception Regulation In Japan”, *Bioethics*, Volume:24, Issue:7, 2010, s. 348-357.

gönüllü çiftle ilişkisini sürdürebileceğini savunmaktadır. Katılımcı kadınların %9'u, dini yasaklar, belirsiz soybağları ve psikolojik travma gibi bazı nedenler yüzünden taşıyıcı anneliği reddetmiştir. Kadınların çoğunluğu için hem taşıyıcı anne hem de gönüllü çift için yaş sınırlaması olmalıdır. Kadınların %70'inin görüşüne göre taşıyıcı anneler, gönüllü çift yahut sağlık sigortasından mali tazminat almalıdır²⁷.

Ne yazık ki ülkemizde taşıyıcı annelik hakkında kamuoyunun düşüncelerine ışık tutacak araştırma sayısı çok sınırlıdır. Taşıyıcı annelik ve gamet bağışının kabul edilme düzeyini belirlemeye yönelik öncü çalışmalardan bir tanesi, Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nin üremeye yardımcı tedavi merkezi bünyesinde gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmanın en önemli verisi, katılımcıların %23.3'ü yumurta bağışına ve %3.4 sperm bağışına olumlu yaklaşırken, taşıyıcı anneliğin kabul düzeyinin ise %15.1 olduğudur. 357 katılımcının 54'ü şayet hamile kalamazlarsa, taşıyıcı bir anne aramaya koyulacaklarını ve %14.9'da (357 katılımcının 55'i) taşıyıcı annelik hakkında yeterli bilgi sahibi bulunmadıklarını bildirmişlerdir. %5.3'ü (323 kişiden 17'si), taşıyıcı anne olmayı düşünebileceklerini söylerken, %12'si (325 katılımcının 39'u) yalnızca yakın bir akraba için bunu yapabileceklerini belirtmişlerdir²⁸.

Türkiye'deki bir diğer öncü çalışma da GATA Hemşirelik Yüksek Okulu öğrencilerinin, taşıyıcı anneliğe yönelik tutumlarını belirlemek amacıyla icra edilmiştir. Bu çalışmada 281 katılımcıya hem Türkiye'de yasak olan taşıyıcı anneliğe ve hem de kısırlık sebebiyle çocuk sahibi olamamaları durumunda, çocuk sahibi olmanın diğer olanaklarına karşı yaklaşımları sorulmuştur. Hem evlat edinmeyi hem de taşıyıcı anneliği kabul edebileceklerini söyleyenlerin sayısı, %47.7 (n=131) ile en kalabalık grubu oluşturmaktadır. 281 katılımcının 35'i ise olası bir kısırlık durumunda kendileri için yalnızca taşıyıcı anneliği tek çözüm yolu olarak görmekte ve tercih etmektedir. Bir diğer deyişle, katılımcıların %12.5'u yalnızca taşıyıcı anneliği tercih ve kabul etmektedir. %11 oranındaki bir başka grup ise kısırlıklarına razı olacakları ve hiçbir şey yapmayacakları şikkını işaretlemişlerdir. 169 katılımcı, taşıyıcı anne tutmayı kabul edilebilir bulmaktadır. Bu katılımcılara "Taşıyıcı anne olarak kimi tercih

27 S. Alouini, L. Mesnard, P. Megier, A. Desroches. Department of Obstetrics and Gynaecology, Centre Hospitalier Régional d'Orléans, France, "Ethical and legal aspects of surrogate pregnancy: opinion of French women on surrogate pregnancy", 10th International Congress on Preimplantation Genetic Diagnosis, May 5-8th, 2010.

28 Baris Baykal, Cem Korkmaz, Seyit Temel Ceyhan, Ümit Göktolga, İskender Başer, "Opinions of infertile Turkish women on gamete donation and gestational surrogacy", Fertility and Sterility, Vol. 89, No. 4, April 2008, s.817-822.

edersiniz” diye sorulduğunda, “Tanımadığım biri” seçeneği %53.3 ile ilk sırayı almaktadır. Bir başkası için taşıyıcı anne olmayı kabul edip etmeyecekleri sorusuna ise katılımcıların %18’i olumlu cevap vermişlerdir. Gelecekteki bir kısırlık teşhisi durumunda çocuk sahibi olmak için olası tercihlerin dağılımını karşılaştırdığımızda, istatikselsel olarak sınıflar arasında önemli farklılıklar gözlenmiştir. “Taşıyıcı anne olarak kimi tercih edersiniz” ve “Kimin için taşıyıcı anne olmayı kabul edersiniz” sorularına verilen cevapların dağılımında da yine sınıflar arasında fark vardır²⁹.

3. Ticari Taşıyıcı Anneliğe Karşı Tezler

Taşıyıcı anneliğe itirazlar genelde iki ana grupta toplanır. Bu itirazların ilki, taşıyıcı anneye olan zararlı etki ve sonuçlarına odaklanırken, ikincisi ise çocuğa odaklıdır.

3.1. Taşıyıcı Anneye Odaklı İtirazlar

1. Taşıyıcı anneliğe ilk itiraz “bedenin satılması” argümanıdır. Taşıyıcılık, literatürde fahişeliğe benzetilmekte olup bu iddiaya göre kadınlar rahimlerini satmakta ve bedenlerinin kontrolünden vazgeçmektedirler. Her ne kadar fahişelik ve ticari taşıyıcı annelik para için yapılsa da buradaki analogi doğru kurulmamıştır ve her iki hizmet arasında mukayese ve bezerlik kurmak güçtür. Zira fahişelik ve taşıyıcı annelik, farklı konu ve amaçlara sahiptir. Fahişeliğin amacı, cinsel tatmin için kadının bedenini satması iken (gerçekte kiralamak) taşıyıcılığın amacı dünyaya bir çocuk getirmektir.

2. Para karşılığı yapılan taşıyıcılığın, kadının bedenini bir ticari metaya, bir üreme aracına indirgediği öne sürülmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde genellikle taşıyıcı kadına, hizmet karşılığı para ödenen bir makine gibi muamele edilmektedir. Kendi amaçlarımız için başkalarına araç gibi davranmak sömürücüdür zira bu davranış, karşımızdaki ni pazarda alınıp-satılabilen bir eşyaya indirger. Bu yüzden sözleşmeye taraf gönüllü çifte, taşıyıcı annenin üreme emeğini satın alabilmesine hukuk düzeni tarafından izin verilmemelidir³⁰. Aksi halde böyle bir hu-

29 Selim Kılıç, Muharrem Uçar, Necmettin Koçak, Gülşah Aydın, Asiye Günay, Damla Gençtürk, “GATA Hemşirelik Yüksek Okulu Öğrencilerinde Taşıyıcı Anneliğe Yönelik Tutumun Belirlenmesi”, Gülhane Tıp Dergisi, Sayı: 51, 2009, s. 216-219.

30 Damelio and Sorensen, “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, s.269–277; Jason K.M. Hanna, “Revisiting Child-Based Objections To Commercial Surrogacy”, Bioethics, Volume: 24, Issue: 7, 2010, s. 341–347; Lori B. Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, Virginia Law Review, Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law (Nov.,1995), s.2343-2375; Donovan, “New

kuki işlem, kadını nesneleştirecek veya sömürecektir. Başkası için gebelik, emeğe yabancılaşmadır ve hukuk, potansiyel taşıyıcı anneleri böyle bir yabancılaşmadan korumak zorundadır. Özgecil olsun ya da olmasın taşıyıcı annelik, kadının kendisini bir “üreme aracı” olarak görmesine yol açar, özünde yabancılaşılması gereken kendi üreme kapasitesine yabancılaştırır³¹. Bazı kişisel haklar otonomi ve onurun korunması için öylesine elzemdir ki, yabancılaşamaz olarak muhafaza edilmelidir. Bu bağlamda taşıyıcı annelik sözleşmesi, annenin çocuğunu sevme hakkına, pazar koşullarında alış-verişe konu yabancılaşılabilir bir hakmış gibi muamele etmektedir³².

Kadının özneliğine düşman olan taşıyıcı annelik sözleşmeleri, kadın bedeninin medikalleştirilmesi/tıplaştırılması suretiyle kadının onurunu çığnemektedir. Taşıyıcı annenin bedeninin tıplaştırılması; hamilelik süresince “alkol, sigara, uyuşturucu kullanmaktan ve cinsel ilişkiden kaçınmayı, işine ara vermeyi, periyodik kan testlerini yaptırmayı ve fetüsün sağlıklı gelişimi için gerekli vitaminleri ve günlük iğneleri, ilaçları almayı” kabul etmesi biçiminde taşıyıcı annelik sözleşmesinde yazılı hale getirilmektedir. Taşıyıcı ayrıca doktor tavsiyesine göre amniyosentez gibi doğum öncesi ön tanı testlerine, kürtaja, sezaryene vs. razı olmaya zorlanmaktadır. Taşıyıcılık, kadının bedenine ve hayatına, tıp aracılığıyla yapılan müdahalenin en uçtaki örneklerinden bir tanesidir³³.

3. Taşıyıcı anneliğe getirilen ve en bilindik muhalefet gerekçesi, onun gerçekten iradi olmadığıdır. Taşıyıcı anne ne konuda müzakere ettiğinin tam anlamıyla bilincinde ve farkında değildir. Ayrıca çaresizce yoksul olmadıkça böyle bir sözleşmenin altına imza koymayacaktır.

Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas”, s. 57-60.

31 Marksist feminizm perspektifinden bakıldığında annelik kavramı, yeni üreme teknolojilerinin girişiyle birlikte değişmiştir. Eski tanım gereği annelik, kadının olduğu bir statü şeklinde anlaşılırmaktaydı. Ancak yeni tanımda annelik bir aktivite, bir iş, hizmet olarak görülmektedir. Bebekler, annenin emeği ile üretilmektedir ama çoğu kalifiye olmayan işçiler gibi onlara da güvenilmez ve hızada tutmak için takip edilip denetlenmeleri gerekir. Bebeklerin/fetüsün ticarileştirildiğini ve anneliğin proleterleştirildiğini görmekteyiz. İşçiden bir bebek yapması istenir ama o ürünün işçiye geri dönmesine izin verilmez. Barbara Katz Rothman, “Comment On Harrison: The Commodification Of Motherhood”, Gender & Society, Vol: 1, No:3, September 1987, s. 312-316.

32 Baker, “A Case for Permitting Altruistic Surrogacy”, pp. 34-48; Elizabeth S Anderson, “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, Health Care Analysis, Volume: 8, Number:1, 2000, s. 19-26.

33 Medikalleştirme, Michel Foucault’un düşünce sisteminde önemli yer tutan ve bu düşünürün geliştirdiği bir kavramdır. Bkz. Teman, “The Medicalization of ‘Nature’ in the ‘Artificial Body’: Surrogate Motherhood in Israel”, s.78-98.

Bu itirazı çürütmek için yapılan karşı-liberal itiraz ise kadınların, kendi çıkarlarını en iyi şekilde değerlendirmeye ve korumaya muktedir, özgür bireyler olduğunu söylemektedir. Daha da yoksullaşmak yerine diğer herhangi meşru bir iş gibi markette üreme kapasitelerini satmak suretiyle birçok taşıyıcı kadın para kazanabilme hakkına sahiptir.

Ancak tüm seçimlerin görece özgür olduğu şeklindeki bireyci faraziye yüzeysel kalmakta ve bireysel eylemlerin, sosyal koşullardan kolayca ayrıştırılabileceğini varsaymaktadır. “Taşıyıcı annelik, işsiz olmaktan daha iyi bir seçenektir” ifadesi, bu kararın özgürce verildiğini göstermeye yeterli değildir. Taşıyıcılık, kadın için yeni ama aynı zamanda birçoğu için mecburi bir seçenek niteliği taşır. Kadının sahip olduğu seçenekleri sayıca arttırmadığı gibi onları istemedikleri bir tercihe zorlar. Ancak arzu edilmeyen bir tercih olmasına rağmen, bu seçeneği reddetmenin bedeli bu kadınlar için çok ağırdır. Para kazanmak için başka yol kalmadığını hissedebilecek kadınlar vardır³⁴.

4. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, sosyal ve ekonomik bakımdan daha az avantajlı kadınları sömürmekte, üçüncü dünyanın yoksul kadınları, kırsal yahut kariyerleri sebebiyle üreme planlarını erteleyen batılı kadınların üreme noksanlıklarını karşılamak için araç olarak kullanılmaktadır. Yeni üremeye yardımcı teknikler artık uluslararası bir endüstri haline gelmiştir. Kendi ülkelerindeki hukuki yasak ve sınırlamalar yüzünden daha ucuz ve hızlı, kolay taşıyıcı anne bulunabilmesi ve cinsiyet tercihi olanağı gibi nedenler, batıdan üçüncü dünya ülkelerine üreme amaçlı turizmi teşvik etmektedir. Kendilerini koruyacak yeterli hukuki düzenlemeler bulunmamasına rağmen pek çok genç ve kalifiye olmayan Asyalı ya da Doğu Avrupalı kadın için taşıyıcı annelik, kendi ülkelerindeki yasal bir işten kazanabileceklerinden fazla para kazanmayı vaat etmektedir. Örneğin Hindistan’da kişi başı yıllık gelir 500 dolar civarında iken 3000-6000 dolar arasında bir gelir elde etme fırsatı veren bu sektör yoksul Hintli kadınlar için çekici bir finansal seçenek sunmaktadır. Nitekim bu sektörün ülkenin ikinci büyük endüstrisi haline geldiği iddia edilmektedir.

Taşıyıcı annelik ve yumurta bağıışı hem gelişmiş hem az gelişmiş ülkelerde uygulanmakla birlikte az gelişmiş ülke kadınlarının durumu,

34 Anne Donchin, “Reproductive Tourism And The Quest For Global Gender Justice”, *Bioethics*, Volume: 24, Issue: 7, 2010, s. 323-332; Jennifer Damelio and Kelly Sorensen, “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, *Bioethics*, Volume: 22, Issue: 5, 2008, s. 269-277.

ekonomik küreselleşme yüzünden daha da kötüleşmektedir. Ekonomik küreselleşme kadının mevcut kırılma noktalarını şiddetlendirmekte, yoksulluklarını arttırmakta ve onları, kadının geleneksel ev içi rollerine uygun düşük ücretli işlere sürüklemektedir. Bu endüstrilerin devamı, yumurta ve taşıyıcı annelik hizmetleri sağlayan yerel kadınların yoksulluklarının sürdürülmesine bağlıdır. Oysa yalnızca batılı ve/veya zengin kadınlar değil tüm insanlar ayrımcılık ve sömürünün tüm biçimlerine karşı korunmaya hem muhtaç hem de buna layıktır. Ve buna üreme kapasitelerini etkileyen koşullar dâhildir³⁵.

5. Bir diğer itiraz konusu ise hamilelik ve doğumun sebep olabileceği sağlık riskleriyle ilintilidir. Hamilelik doğal bir süreç olmakla birlikte risksiz olduğu da söylenemez. Hamileliğin sebep olduğu yahut şiddetlendirdiği vücut sistemindeki bozulmalar (kalp, solunum, boşaltım, endokrin, sinir vb.) yüzünden 1/4800 ölüm riski potansiyeli vardır. Hamile bir kadından bu risklere hazır olması beklenebilir ancak unutulmaması gereken husus, taşıyıcı annelikte bu risklerin altına başkalarının yararı için girildiğidir. Bu bakımdan işler yolunda gitmediği takdirde boşu boşuna bu risklerin üstlenildiği söylenebilir. Örneğin Daily Mail gazetesi, 29 yaşında bir taşıyıcı annenin doğumdan kısa bir süre sonra öldüğünü haber vermiştir³⁶.

Sağlık riskleri argümanını çürütmek amacıyla, “maden işçilerinin de bu işin ciddi sağlık riskleri taşıdığını ve yaşam sürelerini kısalttığını bilmelerine rağmen çalışmayı kabul ettikleri ve hukuk düzeninin de bu karara müdahale etmediği” örneği verilmektedir³⁷.

3.2. Çocuğa Odaklı İtirazlar

1. Her şeyden önce, taşıyıcı annenin rızasının gönülden olup olmadığı dahi şüpheler taşıırken bir bebeğin rızasını beyan etmesi mümkün bile değildir. Bunun anlamı, sözleşmenin tarafını değil ancak konusunu teşkil eden bebeğin otonom olmadığıdır³⁸.

35 Palattiyil, Blyth, Sidhva, Balakrishnan, “Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work”, s.686-700; Donchin, “Reproductive Tourism And The Quest For Global Gender Justice”, s. 323-332.

36 Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, s.2343-2375; Tieu, “Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers”, s. 171-175.

37 Damelio and Sorensen, “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, s. 269-277.

38 Hanna, “Revisiting Child-Based Objections To Commercial Surrogacy”, s. 341-347.

2. Konuyla ilgili en popüler olanı, taşıyıcılığın çocuk satışı ile eşdeğer olduğu ve çocuk haklarını ihlal ettiği tezidir. Buna göre; taşıyıcı annelik sözleşmesi, çocuğu alınıp-satılabilir bir ürün konumuna getirmektedir. Ayrıca yine çocuğa, başkalarının amaçlarına hizmet eden bir araç muamelesi yapılmakta, böylece yalnızca insan olarak asli ahlaki değerini ve saygıyı azaltmakla kalmayıp taşıyıcı anne, gönüllü çiftler dâhil herkesin hayatına saygı değerini ortadan kaldırmaktadır³⁹.

Böylece yeni bakış açısından çocuk ticarileşmiş bir üründür ve artık mahkemeler birbiriyle yarışan iddialar karşısında “ürün üzerinde kimin mülkiyet hakkı sahibi olduğuna” karar verecektir. İşçi sıfatıyla taşıyıcı anne mi yoksa işveren sıfatıyla gönüllü çift mi⁴⁰?

Ancak hukuk diliyle konuşacak olursak; taşıyıcı annelik sözleşmesi, bebek satışı ile aynı şey olmayıp çocuk üzerindeki ebeveyn haklarının transfer edilmesi ile eşdeğer görülmektedir. Yalnız bu konuda bir hususu daha düzeltmek gerekecektir. Hukuki bakış açısından taşıyıcı anneye yapılan ödeme ebeveynin velayet hakkının gönüllü çifte transferi karşılığı ödenen bir bedel değildir. Yalnızca taşıyıcı annenin çocuk üzerindeki hukuki ebeveynlik iddiasından gönüllü çift lehine vazgeçmesi karşılığıdır. Çünkü taşıyıcı annenin hakkı, devredilebilir değil ancak vazgeçilebilir bir haktır⁴¹.

Ancak taşıyıcı annelik sözleşmesi, bebek satışı olarak düşünülmesi de hala ahlaken reddedilmeye devam edilmektedir. Bebeğin taşıyıcı anneden gönüllü çifte teslimi, sözleşmenin esaslı bir niteliğidir ve bir çocuğun sevgi ve cömertlik dışında bir başkasına verilmesi çocuğun nesnelendirilmesidir. Daha da ötesi, sevgi duygusu, annenin bebeği üzerindeki velayet iddiası için en önemli gerekçeyi verir. Gebelik kontratı, annenin yabancılaşılması olanaksız bulunan çocuğunu sevme hakkına sanki hukuki işlemlerle değiş-tokuş edilebilen yabancılaşılabilir bir şeymiş gibi muamele etmektedir⁴².

39 Damelio and Sorensen, “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, s. 269–277; Baker, “A Case for Permitting Altruistic Surrogacy”, s. 34-48.

40 Rothman, “Comment On Harrison: The Commodification Of Motherhood”, s. 312-316.

41 Anderson, “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, s. 19-26.

42 Anderson, “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, s.19-26; Hugh V. Mclachlan And J.K. Swales, “Babies, Child Bearers And Commodification: Anderson, Brazier Et Al., and The Political Economy Of Commercial Surrogate Motherhood”, Health Care Analysis, Volume: 8, Number:1, 2000, s. 1-18.

Bir diğer ahlaki itiraz ise Kant'ın ödev etiği üzerine temellendirilmektedir. Kant'ın ödev etiği gereği otonomi, bizim kişisel tercihlerimizin gereğinin değil, ödevlerin yerine getirilmesini icap ettirir. Ebeveynler, çocuklarına olan sorumluluklarını pazarlık konusu yapamaz. Sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için gerekli araçlar, -hak ve ödevler arasındaki ilişkiye uygun olarak- onlara ebeveyn /velayet haklarını bahşeder. Ebeveyn olmanın getirdiği hak ve sorumluluklardan, öyle istendiği için vazgeçilemez. Bu haklar, ebeveynin isteğine göre özgürce yabancılaşabileceği mülkiyet haklarından değildir⁴³.

Ancak bu bağlamda taşıyıcı annelikte öncelikli ilginin, çocuğun esenliği olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Sözleşmenin tarafı olan gönüllü çift, çocuğu sömürmek yahut satıştan kar elde etmek amacıyla para ödememekte fakat sadece ebeveyn olmak istemektedir. Ayrıca büyük çoğunlukla baba zaten çocuğun genetik babasıdır ve onun, kendi çocuğunu satın aldığı söylemek biraz tuhaf gözükmektedir. Doğal olarak bir baba çocuğu satın almak için para ödemez ancak taşıyıcı annenin çocuğu taşıması ve doğurması hizmetlerinin karşılığını öder. Ve nihayet potansiyel istismar olasılığı, taşıyıcı anneliğin topyekün yasaklanmasını değil, düzenlenmesi gerektiğini haklı kılar⁴⁴.

3. Çocuğa dayalı diğer bir karşıt tez, “çocuk üzerinde doğacak zararlı sonuçlar” ile ilgilidir. Bu argümana göre, taşıyıcı annelik, çocuk üzerindeki potansiyel fiziki, psikolojik ve sembolik riskler yüzünden yasaklanmalıdır. Nasıl dünyaya geldiğini öğrenmek de çocuğa psikolojik zarar verebilir⁴⁵.

Bununla birlikte konuya başka bir açıdan yaklaşmak da mümkündür. Çocuğun duygusal ve psikolojik gelişimi bakımından taşıyıcı anne tarafından vazgeçilmiş olmanın yol açacağı depresyon, tabii baba tarafından kabul görmemekle pekala dengelenebilir. Bu arada, taşıyıcı annelik ile dünyaya gelen çocuğun psikolojik gelişimi hakkında yapılmış az sayıda araştırma, bu prosedürün çocuğun üzerinde zararlı etkiler doğurduğuna işaret etmemektedir⁴⁶.

43 Kant, Immanuel; Ahlak Metafizliğini Temellendirme, Çev: Nejat Bozkurt, 2.Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2008, s. 202-230; Alastair V. Campbell, “Surrogacy, Rights And Duties: A Partial Commentary”, Health Care Analysis, Nr: 8, 2000, s.35-40

44 Katz, “Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws”, s.1-55; Damelio and Sorensen, “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, s. 269-277.

45 Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, s. 2343-2375.

46 Bulgular, taşıyıcı annelik yöntemiyle kurulmuş aileler üzerindeki uzun dönemli çalışmanın ikinci evresine aittir. Yöntem: Çocuğun ikinci doğum gününde, taşıyıcı

4. Taşıyıcı Anneliği ve Sözleşmeyi Destekleyen Tezler

1. Liberal nötrlük prensibi gereği devlet, birbirleriyle yarışan ahlaki iyilere karşı yansız kalmaya devam etmeli ve bireyler, kendi iyi yaşam kavramlarını biçimlemekte ve takip etmekte özgür kalmalıdır. Bu yüzden hamilelik sözleşmesi, taşıyıcı anne tarafından gönüllü bir şekilde kabul edildiği sürece sözleşmeyi yürürlüğe koymak, onun otonomisi ve onurunu ihlal etmez. Tam tersine onu böyle bir sözleşmeye girişmekten men etmek, otonomisine ve kişiliğine zarar verebilir⁴⁷.

2. Paternalistik olmayan hükümet ve hukuk ancak masum üçüncü şahıslara bir zarar riski var ise yahut taraflar rasyonel hareket edemiyorsa, bireylerin tercihlerine ve özel yaşamlarına meşru olarak karışabilir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi neticesi doğan çocuğa, bu durumun zararlı etkilerini ortaya koyan deliller olmadıkça, bireylerin verdikleri üreme kararlarına saygı duyulmalıdır. Yukarıda değinilen özel sebepler hariç hükümetin üreme ve sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesi gerekmez⁴⁸. Özellikle sözleşme hukukunun ekonomik analizine uyararak, şayet bir kişi hukuki bir işlemle daha iyi/müreffeh hale getiriliyor ve bu işlem neticesinde hiç kimse daha kötü duruma düşmüyorsa, sözleşmelere yürürlük gücü verilmelidir. Bu, sözleşme hukukunun iyi bilinen “Pareto büyüklüğü” ilkesidir. Gerçekte de bebek sözleşme sayesinde kesinlikle daha iyi durumdadır zira sözleşme olmasa belki hiç varlık bulamayacaktır⁴⁹. John Harris’in dediği gibi, yaşamaya değmeyecek kadar kötü olmadıkça, doğmuş olmak daima çocuğun menfaatinedir. Taşıyıcı annelik veya yardımcı üreme teknikleri söz konusu olduğunda da buna ilave edilecek bir

annelikle oluşturulmuş 37 aile, yumurta bağışıyla oluşmuş 48 aile ve doğal yollarla çocuk sahibi 68 aile; psikolojik esenlikleri, ebeveyn-çocuk ilişkisi ve çocuğun psikolojik fonksiyonları bakımından birbirleriyle karşılaştırılmıştır. Sonuçlar: Taşıyıcı anne tarafından anne yapılmış kadınların, doğal yollarla gebe kalmış aileler ile karşılaştırıldığında, daha pozitif anne-çocuk ilişkisi sergiledikleri tespit edilmiştir. Taşıyıcı annelikle dünyaya gelmiş 2 yaş çocukları, duygusal ve bilişsel gelişimleri bakımından doğal yollarla gebe kalmış yaşlılarından farklılık göstermemişlerdir. See. Susan Golombok, Fiona MacCallum, Clare Murray, Emma Lycett and Vasanti Jadva, “Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children’s psychological development at age 2”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47:2 (2006), s. 213-222.

47 Richard A. Posner, “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Volume:5, No:21,1989, s.21-31.

48 Liezl van Zyl, “Intentional Parenthood and the Nuclear Family”, *Journal of Medical Humanities*, Vol. 23, No. 2, Summer 2002, s.107-118; Hatzis, “From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece”, s.205-220

49 Posner, “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, s.21-31.

başka gerekçe ve fikir yoktur. Çocuğun en çok menfaatine uygun düşen şey var olmak iken, en kötü alternatif hiç dünyaya gelmemektir. Bu çocukların, üçüncü kişilerin yardımı olmadan dünyaya gelebileceklerini anlayacakları yerine dünyaya gelme biçimleri yüzünden psikolojik zarar göreceklərini varsaymak haksızlıktır⁵⁰.

3. Kimilerine göre de taşıyıcı annelik, kısır çiftlerin birçok problemine çözüm getirmeyi vaat etmektedir. Çocuk sahibi olamamak, çoğu zaman kısır çiftleri strese sokarak evliliklerini tehdit edebilir hatta yıkabilir. Bilhassa patriarkal toplumlarda çocuksuzluk, toplumun daha tutucu ve geleneksel kesimlerinde yaşayan kocaların, gayri resmi olarak ikinci eş almalarına yol açar; bu da ilk eş için büyük bir felaket anlamına gelebilir. Kısırlık ayrıca bu toplumlarda bir damgalanma ve tahammül edilemez bir durum yarattığı gibi benzer koşullar bazen batı toplumlarında yaşayan batılı çiftler için de geçerli olabilir. Kısır kadınlar için taşıyıcı annelik seçeneği yasaklandığında diğer olasılık, kısır olmayan bir başka kadın için kocası tarafından terk edilmektir. Taşıyıcı annelik, kadının kısırlığı yüzünden tehlikeye düşmüş evlilikler için bir çözüm sunabilir ve böylece aile birliğinin devamına hizmet eder⁵¹.

4. Dördüncü argüman, ayrımcılıkla ilintilidir. Taşıyıcı anneliği yasaklamak, ayrımcılık yasağı ilkesine aykırıdır. Şayet üreme organları uygun işlev görüyorsa sorumsuz, sevgisiz, ilgisiz insanlar hatta katiller ve çocuk tacizcilerinin bile üreme hakları vardır ve bu hak hukuk tarafından sınırlanmamıştır. Toplum ve hukuk, “kim iyi anne-baba olur, kim olamaz” kararını verme yetkisiyle donatılmadığından, normal koşullarda hiç kimse ebeveyn olmak için yeterince paraya, arzuya, yetiye ve zamana sahip bulunduğunu kanıtlama zorunda değildir. O halde üçüncü kişilerin yardımını yasaklamak ise doğal yollarla çocuk sahibi olamayan insanlara karşı yapılmış bir ayrımcılık demektir. Ve ayrıca, tabiatın bu kısır çiftlere uyguladığı ayrımcılığın hukuk tarafından da güçlendirilerek teyit edilmesi anlamına gelir⁵².

50 John Harris, *Hayatın Değeri: Tıp Etiğine Giriş*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1998, s. 202-206; Campbell, “Surrogacy, Rights And Duties: A Partial Commentary”, s.35-40; Byron Chell, “But Murderers Can Have All The Children They Want: Surrogacy And Public Policy”, *Theoretical Medicine*, Nr: 9, (1988), s. 3-21.

51 Aramesh, “Iran’s experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns”, pp. 320-322; Posner, “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, s.21-31.

52 Chell, “But Murderers Can Have All The Children They Want: Surrogacy And Public Policy”, s. 3-21.

5. Yeniden Tanımlanan Annelik

Başta tüp bebek gelmek üzere yeni üreme teknolojilerinin girişi yalnızca cinsel ilişki ve üremenin birbirinden ayrılmasıyla sonuçlanmayıp, anneliğin de yeniden tanımlanmasını gerekli kılmıştır. Geleneksel aile yapısında genetik, taşıyıcı ve sosyal anne tektir ve aynıdır. Fakat günümüzde taşıyıcı annelik gibi yeni üreme teknolojileriyle, genetik ve taşıyıcı anne özellikleri birbirinden ayrılabilir. Bu yüzden tıbbi ve hukuki kurumlar, ortaya çıkan bu yeni aile hukuku ilişkileri ve ebeveynlik tartışmalarını yeni boyutlarıyla ele almak zorundadır.

Her ne kadar bir insanı ebeveyn yapanın ne olduğu konusunda bir uzlaşma bulunmamakla birlikte, ebeveynlik üç farklı kaynağa sahiptir. Birinci görüş, anneliğin, çocukla olan genetik bağlantıdan doğduğudur. Modern bilimin bakış açısından fetüs, erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleşmesinden müteşekkildir. O yüzden de kendisinden yumurtanın elde edildiği kadın, anne ve spermin alındığı erkek de baba olarak kabul edilmelidir. Rahim ise fetüsün büyüüp gelişmesi için gerekli bir mekân olmaktan öte bir şey değildir ve nitekim embriyonik gelişimin erken evreleri bugün laboratuvarda gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca gelecekte fetüsün laboratuvar koşullarında büyütülmesi için yapay rahim kullanılması beklentisi vardır⁵³.

Gestasyonalist iddiaya göre ise annelik, bebeği taşımak ve doğurmak-tan kaynaklanır. Gebeliğin kendine has eşsiz özelliklerinden birincisi, fetüs ile onu taşıyan anne arasında kurulan biyolojik bağıdır. Öncelikle fetüs fiziksel olarak taşıyıcı annenin içinde muhafaza edilir, maddi olarak onun bedeninden çıkarılır ve nihayet psikolojik bakımdan da onu taşıyan kadınla bütünleşmiştir. Kısacası fetüs yaşayabilmek için doğrudan onu taşıyan anneye bağımlıdır.

Anne-bebek bağının en somut örneklerinden bir tanesi oxytocin hormonudur. Hormon oxytocin, bebeği taşıyan annenin doğal annelik içgüdülerine uygun tepki vermesinde önemli rol oynar. Gelişim psikolojisi literatürünün de işaret ettiği gibi bebek, bilişsel ilgilerini biçimlendirmeye, onu taşıyan anne ile kurduğu ilişki sayesinde başlar⁵⁴. O halde, yumurta

53 Alan Jotkowitz, "Surrogate Motherhood Revisited: Maternal Identity from a Jewish Perspective", 19 April 2011, Çevrimiçi, <http://www.springerlink.com/content/jh288758314567v8>.

54 Tieu, "Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers", s.171-175; Tim Bayne and Avery Kolers, "Toward A Pluralist Account Of Parenthood", *Bioethics*, Volume: 17, Number: 3, 2003, s.221-242; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 58.

ve spermin kaynağına bakılmaksızın, taşıyıcı anne, annedir zira bebek onun bedeninin bir parçasıdır. Taşıyıcılık lehindeki destekleyici bir diğer kanıt, taşıyıcı annenin ortaya koyduğu emek üzerine temellendirilebilir. Taşıyıcı anne hamilelik ve doğum süresince zahmete, sıkıntıya, acı ve risklere maruz kalırken, çocuğun olmasına sebebiyet veren genetik annenin sarf ettiği emek asgari düzeydedir.

Şüphesiz birçok taşıyıcı annenin, fetüs ve yeni doğan ile bağ kurduğu doğrudur ama diğer yandan birçok anne de -en azından başlangıçta-yeni doğmuş bebeklerine karşı aldırılmaz bir tutum sergileyebilmektedir. Buna ilaveten, örneğin yakın akrabalar, aile dostları, hastane görevlileri gibi başka kişiler de farklı şekillerde yeni doğan ile duygusal bağ kurabilmekte ancak bu durum onları ebeveyn yapmak için bir sebep oluşturmamaktadır⁵⁵.

Literatürde daha az ağırlıkta olmakla birlikte ebeveynliğin biyolojik ilişki yerine niyet/isteklilik temelinde kurulması gereğini savunan düşünce, hukuk kuramcıları arasında giderek popüler hale gelmektedir. Niyete dayalı ebeveynlik düşüncesine göre, genetik ve taşıyıcı annelik arasındaki fark önem taşımaz. Çünkü her iki durumda da hamilelik, ebeveyn olmaya niyet eden ve bu iradeyi taşıyanların girişimiyle başlamaktadır ve bu durum ebeveyn olarak kabul edilmek için zorunlu bir koşuldur. En geniş kapsamıyla besleyip büyütme niyet etmek, ebeveynlik hak ve sorumluluklarının nasıl elde edildiğini açıklamak için uygundur⁵⁶. Ebeveyn olma iradesine sahip olanlar gerçek ebeveynlerdir zira üreme ilişkisinin ilk sebebi yahut ilk hareket ettiricisi onlardır. Onlar olmasa, bir bebek varlık kazanamaz ve dünyaya gelemez.

Mamafih niyetlilik görüşü de bazı sorunlarla yüklüdür. Her şeyden önce birçok insan hiç de iradi ve istemli bir şekilde hamile kalmaz ama bu onları yine de planlı bir hamilelik tasarlamış olanlardan daha az ebeveyn yapmaz. Böylece anne-baba olmayı istemek ve buna niyet etmek, ebeveyn olmanın zorunlu bir koşulu değildir.

Tekçi/monistik açıklamada, annelik tek bir dayanağa sahiptir. Örneğin taşıyıcılık, anne olmanın hem zorunlu hem de yeterli koşuludur. Bunun haricinde diğer görüşler çoğulcu/plüralist görüşlerdir⁵⁷. Çoğulcu

55 Bayne and Kolers, "Toward A Pluralist Account Of Parenthood", s.221-242.

56 Liezl van Zyl and Anton van Niekerk, "Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood", **Journal of Medical Ethics**, Volume:26, Issue:5, 2000, s.404-409; Bayne and Kolers, "Toward A Pluralist Account Of Parenthood", s.221-242

57 Bayne and Kolers, "Toward A Pluralist Account Of Parenthood", s.221-242.

açıklama şeması, genetik yahut taşıyıcı veya istemli/sosyal ebeveynliğin muhakkak birbiriyle yarışması ve rekabet etmesi gerekmediğine, buna bağlı olarak da bir çocuğun birden fazla anneye sahip olabileceğine işaret eder. Basit ve yalın tanımlar, hukuki amaçlara hizmet edebilirler ama kişiler arasındaki zengin ve karmaşık ilişkiler ağını yansıtmakta başarısızdırlar⁵⁸.

6. Taşıyıcı Annelikte Bazı Etik ve Hukuki Açmazlar

Gönüllü anne-babalar, taşıyıcı annelik sözleşmesiyle; “Taşıyıcı anne sigara içmeyecek, alkol kullanmayacak, cinsel ilişkiye girmeyecek, ceni ni kürtaj ettirmeyecek, doktora düzenli görünce ve belirli tıbbi prosedürlere uyacak ve kesinlikle bebeği gönüllü çifte teslim edecek”, türünden bir dizi taahhüdü satın alabilirler.

Taşıyıcı annenin, gönüllü çiftin isteği doğrultusunda ve fakat hukuk düzeni tarafından gebeliği sonlandırmaya yahut aksine gebeliği devam ettirmeye zorlanmasının, onun mahremiyet hakkını ihlal edeceği öne sürülmektedir. Kürtaj, yabancılaşılması mümkün olmayan ve böylece muhafaza edilmesi gereken bir haktır. Yabancılaşamayan bu hak, taşıyıcı annenin devretmeyi tercih edeceği bir hakkı kendisinde alkoymaya zorlar. Birçok yabancılaşılması mümkün olmayan hakların neden bu şekilde kalması gerektiğini izah etmek üzere Antony Kronman da, kişilik hakları ihlal edildiği takdirde hukuk düzeni tarafından, hizmet sözleşmelerinin bozulmasına ve buna bağlı olarak aslında ödenmesi lazım gelen tazminatın ödenmemesine izin verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Taşıyıcı anne, sözleşme hakkında karar değişikliğine gittiğinde muhtemeldir ki sözleşmeyi yaptığı andaki kararını, yabancı ve irrasyonel bir hareket olarak görecektir. Önceki “ben”i, kendi menfaatlerine karşı hareket etmek suretiyle kendine ihanet eden farklı ve yabancı bir kimsedir. Önceki benin kendisine ihanet ettiği ve rasyonelliğe aykırılık duygusu, hâlihazırdaki rasyonelliği ve şu anki kararlarının gelecekteki “ben”ine etkisi hususunda kendisini kuşkuya düşürür. Böylece taşıyıcı annelik bağlamında yabancılaşılması olanaksız kürtaj hakkının temellendirilmesini sağlamak üzere “kişilik” kavramından hareket edilmektedir. Taşıyıcı anneyi, gebeliği devam ettirmeye zorlamak, geçmişteki bir hatayı fiziksel olarak sürdürmeyi dayatarak onun kendine saygısını ve bütünlüğünü tehdit eder. Zira bu bağlamda kürtaj hakkı, beden kontrolünü ve üre-

58 Giuliana Fausta Fuscaldo, “Genetic Ties: Are They Morally Binding?” , Bioethics, Volume:20, Issue: 2, 2006, s. 64-76.

me kararlarını, üçüncü kişilerin müdahalesinden uzak tutarak taşıyıcı annenin otonomisini korur⁵⁹.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin en sıkıntı verici problemlerinden bir tanesi, kusurlu bebeklerin akıbetidir. Genetik kusurların birçoğuna, doğum öncesi testlerle tanı konabilmektedir. Hamilelik sürecinde bebeğin hastalığı yahut engeli teşhis edilmiş olmasına ve gönüllü çiftin muhalefetine karşın taşıyıcı anne gebeliği sürdürmeyi isteyebilir. Yahut tam aksine gönüllü çiftin istememesine aldırış etmeden bebeği kürtaj ettirmeyi tercih edebilir. Fakat bebeğin kusurlarının tümü, doğum öncesi testlerle saptanamamakta ve bazı kusurlar, doğum sürecindeki travmalardan kaynaklanabilmektedir. Bu durum da doğumdan sonra bebeğin, gönüllü çift tarafından reddedilmesine yol açabilir⁶⁰.

Şayet taşıyıcı anne fikrini değiştirir de bebeği gönüllü çifte teslim etmekten vazgeçerse ne olacaktır? Şüphesiz taraflar arasında velayet savashları başlayacaktır ve Bebek M vakası, bu problemin en bilindik örneğidir. Taşıyıcı anne ve onun yardımıyla çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü çift arasındaki bu dramatik hukuki mücadelede, New Jersey Yüksek Mahkemesi, ticari taşıyıcı annelik sözleşmesini hukuka aykırı görmüş, taşıyıcı annenin çocuğun hem doğal hem de yasal annesi olduğunu ve gönüllü annenin ebeveyn hak ve ödevlerine sahip olamayacağını netleştirmiştir⁶¹.

59 Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogate Mothers: Harvard Law Review, Vol. 99, No. 8 (Jun., 1986), s. 1936-1955.

60 Ber, "Etical Issues In Gestational Surrogacy", pp. 153-169; Tieu, "Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers", s.171-175.

61 1985'de Mary Beth Whitehead, potansiyel babanın spermliyle gebe kalmak ve doğacak bebeği William Stern (potansiyel baba) ile eşine teslim etmek üzere taşıyıcı annelik sözleşmesinin altına imza atar fakat doğumun ardından bebekten vazgeçmemeye ve sözleşmeyi bozmaya karar verir. Bu velayet tartışmasını mahkemeye taşıyan Mr.Stern, sözleşmenin yürürlüğe konulmasını talep eder. Söz konusu davada New Jersey Mahkemesi, taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerli olduğuna hükmederek, Stern çifti lehine olmak üzere Whitehead'ın ebeveynlik haklarını sona erdirmiş; bir çiftin üreme haklarını konu edinen hukuken geçerli sözleşmeler yapma hakkının anayasal teminat altında olduğunu hüküm altına almıştır. Şubat 1988'de ise New Jersey Yüksek Mahkemesi, alt derece mahkemesinin kararını bozmuş ve Whitehead'ın ebeveynlik haklarını yeniden tanımıştır. Yüksek Mahkeme bu kararında taşıyıcı annenin üzerindeki ekonomik ve sosyal baskı yüzünden serbest iradesi ile karar veremeyeceğini kabul etmiştir. Mamafih, Yüksek Mahkeme, Whitehead ile karşılaştırıldığında mali açıdan çok daha uygun olması sebebiyle alt derece mahkemesinin velayet hakkını Bay Stern'e veren karar hükmünde bozmaya gitmemiş ancak Whitehead'e ziyaret hakkı tanımıştır. Sharyn Roach Anleu, "Surrogacy: For Love but Not for Money?", Gender and Society, Vol. 6, No. 1, 1992, s. 30-48; Ben-Asher, "The Curing Law: On The Evolution Of Baby-Making Markets", pp.1885-1924; Görgülü, "Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış", s.197-207.

Dokuz aylık gebelik müddetince, taşıyıcı anne ile bebek arasında kurulan fiziki ve

Bebek Manji Yamada vakası, taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğacak çocukların hukuki statülerinin belirsizliği durumuna verilebilecek bir diğer bilindik örnektir. Bebek Manji, Hintli bir taşıyıcı anne tarafından 25 Temmuz 2008’de Anand şehrinde dünyaya getirilmiştir. Bununla birlikte Manji doğmadan evvel onun Japon olan anne-babası boşanmışlar ve ne taşıyıcı anne ne yumurta bağışçısı ne de gönüllü anne Manji’yi istememiştir. Dahası yürürlükteki Hindistan yasaları, genetik babanın baba statüsünü hukuken tanımadığından Manji’yi Japonya’ya götürmesine ve bekâr bir erkeğin bebek Manji’yi evlat edinmesine izin vermemiş; nihayetinde Manji’nin büyükannesine, onu Japonya’ya alıp götürmesine müsaade edilmiştir⁶².

Jaycee B vakasında da, taşıyıcı anne bebeklerini doğurmadan evvel gönüllü çift boşanmış ve bebek ile hiçbir genetik bağı bulunmadığı için baba tüm hukuki yükümlülüklerini yadsımıştır.

Çözümü güç bir diğer sorun da taşıyıcı annenin ölümüdür. Şayet taşıyıcı anne hamilelik yüzünden ölürse bundan kim sorumlu tutulacaktır?

Genelde özgecil taşıyıcı anneliğin, ticari taşıyıcı annelikle karşılaştırıldığında daha tercihe şayan ve izin verilebilir olduğu düşünülmektedir. Özgecil taşıyıcı annelik, yakın aile bireyleri arasındaki böbrek bağışına benzetilebilir. Kız kardeşe geçici olarak rahmini kiralamak ve ona yardım için hamile kalmak, kız kardeşe böbreğini bağışlamak ile eşdeğerdir. Fakat kadın akraba, taşıyıcı anne olmak için duygusal bakımdan manipüle edilerek bu fedakârlığa zorlanabilir yahut kısır olmadığı ve hamile kalabildiği için kendini suçlu hissedebilir⁶³.

duygusal bağlar, muhtemelen onun bebeği kendi uhdesinde muhafaza etmek kararına etkide bulunmaktadır. Birçok insan, bebekle kurulan duygusal bağın, bebeğin var olmasında merkezi rol oynadığını düşünmektedir. Ancak başka bir görüş açısından ise taşıyıcı annenin bebeği yetiştirme hakkının yabancılaşılması mümkün olmayan bir hak olduğu kabul edilmekle beraber babanın da benzer bir menfaate sahip olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gerektiği savunabilir. Yabancılaşma, taşıyıcı annenin kişiliğini riskli hale getirmekle birlikte yabancılaşılama da bu kez babanın kişiliğini risk altına sokmaktadır.

62 Palattiyil, Blyth, Sidhva, Balakrishnan, “Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work”, s.686–700.

63 Anleu, “Surrogacy: For Love but Not for Money?”, s. 30-48.

7. Karşılaştırmalı Bir Hukuk Çalışması Girişimi: Taşıyıcı Anneliğin Dünya Üzerindeki Bazı Hukuki Görünümleri

7.1. Yunanistan'da Taşıyıcı Annelik

Yunanistan'da taşıyıcı annelik başlıca Medeni Kanununun 1458.maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴. Aşağıdaki koşulların karşılanmış olması şartıyla, soybağı hakkındaki önceden mevcut düzenlemeleri değiştiren 3089/2002 numaralı yasa, embriyo yaratılmadan ve transfer edilmeden evvel mahkemenin yetki vermesi suretiyle taşıyıcı anneliğe izin vermiştir:

· İlgili taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin olması ve şayet taşıyıcı anne evliyse eşinin de ayrıca yazılı bir şekilde rızasının alınması. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmesi herhangi bir maddi kazanç ihtiva edemez bir diğer deyişle mali kazanç yasaktır.

· Sözleşmenin tarafı olan gönüllü kadın, kendisinin çocuk doğurmaya elverişli olmadığını, taşıyıcı kadının da gebe kalmaya elverişli ve sağlık durumunun iyi halde bulunduğunu tıbben kanıtlamak zorundadır.

· Hem gönüllü hem taşıyıcı anne, Yunanistan'da ikamet ediyor olmalıdır (3089/2002 sayılı yasanın 8.maddesi) .

· Bu koşullar gerçekleştirildiğinde mahkemenin iznini alan kadın, çocuğun annesi sayılır. Fakat bu karine, çocuğun taşıyıcı annenin yu-murtasıyla oluşturulduğunu ispat etmek suretiyle taşıyıcı yahut karine olarak anne sayılan tarafından dava yoluyla çürütülebilir (Medeni Kanununun 1464.maddesi) ⁶⁵.

7.2. İngiltere'de Taşıyıcı Annelik

Birleşik Krallık'ta taşıyıcı annelik, 1990 ve 2008 tarihli *İnsan Üremesi ve Embriyoloji Yasası* ile 1985 tarihli *Annelik Sözleşmesi Yasası* ile düzenlenmiştir. Aslında taşıyıcı annelik sözleşmeleri Birleşik Krallıkta

64 Article 1458: The transfer of fertilized ova to another woman (the ova should not be hers) and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health and is able to conceive.

65 Ismini Kriari – Catranis, "Human Assisted Procreation and Human Rights: The Greek response to the felt necessities of the time", *European Journal of Health Law*, Nr: 10, 2003, pp.271-279; Hatzis, "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", s.205-220.

hukuken icra kabiliyetine sahip değildir. Eğer taşıyıcı anne bebeği transfer etmeyi reddederse ne gönüllü çift bebeği teslim etmek konusunda taşıyıcı anneyi zorlayabilir ne de taşıyıcı anne, kendisine ödenmeyen paranın ödenmesi için gönüllü çifti dava edebilir. Hâlihazırda taşıyıcı anne, genetik bakımdan çocukla bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın yasal annesi olarak kabul edilir. Eğer taşıyıcı anne evli ise kocası da doğan bebeğin yasal babası olarak tanınır. Fakat tüm bunlar çürütülmesi mümkün karinelere. Bir ebeveynlik düzenlemesi yapılmadıkça taşıyıcı anne, çocuğun yasal annesi olmaya devam eder.

1990 tarihli *İnsan Üremesi ve Embriyoloji Yasası*, taraflar arasında karşılıklı rızaya dayalı bir ebeveynlik düzeneği yapılmış olması şartıyla nüfus memuruna, doğan bebeği gönüllü çiftin hanesine kaydetmeyi emretmektedir. 2008 tarihli değişik *İnsan Üremesi ve Embriyoloji Yasası'nın* 54. kısmı, aynı cinsiyetten olan ya da evli olmamakla birlikte uzun süredir aile gibi yaşayan çiftlere de taşıyıcı annelik sözleşmesi yaparak çocuk sahibi olmayı ve yasal anne-baba olarak tanınmayı mümkün hale getirmiştir. Ebeveynlik anlaşmasının şu koşulları karşılması gereklidir:

Her şeyden önce karşılıklı aydınlatılmış rıza şarttır. Şayet taşıyıcı anne rıza vermeyi reddederse taraflar altı aylık zaman sınırı içinde müracaat etme hakkını kaybederler. Çocuk, genetik bakımdan en azından gönüllü çiftten bir tanesiyle bağlantılı bulunmalı ve halihazırda başvuruda bulunan gönüllü çift ile beraber yaşıyor olmalıdır. Nihayetinde 8.bölümde, taşıyıcı anneye ödeme yapılması yasaklanmaktadır. Bununla birlikte 8.kısımdaki aksine hükme rağmen mahkemeler, taşıyıcı anneye parasal ödeme yapıldığı durumda dahi ebeveynlik anlaşmalarını reddetmeme eğilimindedirler⁶⁶.

7.3. Fransa'da Taşıyıcı Annelik

1994'den beri Fransız Medeni Kanunu'nun 16/7.maddesine göre, bir başkası için/yararına üreme veya taşıyıcı annelik yapmaya ilişkin herhangi bir anlaşma, hukuka aykırı ve geçersizdir. Taşıyıcı kadın tek başına çocuğun biyolojik annesi olarak tanınmıştır. Mahkeme önünde 10 yıl boyunca çocuklarının soybağına sahip olmaya çalışan Maennessons çiftinin davası, bu konuda bilinen bir örnektir.

66 Phillip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK: Is There A Clear Way Forward?", King's Student Law Review, Volume II, Issue: I, 2010, s.37-50.

7.4. Almanya’da Taşıyıcı Annelik

1991 tarihinde yürürlüğe giren *Alman Embriyoyu Koruma Yasası*, yumurta bağışını yasakladığı gibi üreme tıbbi bakımından da oldukça sınırlayıcı hükümler içermektedir. Bu yasa gereği tıp mesleğiyle uğraşan profesyoneller, taşıyıcı annelik sözleşmesi ile girdiği taahhüdü yerine getirmek için doğumdan sonra bebeği sözleşmenin diğer tarafını oluşturan gönüllü çifte verme niyetinde olan bir kadına yapay dölleme yahut embriyo nakletmemek mecburiyetindedir. Bu yasağa aykırılık, hapis yahut para cezasını gerektiren bir suçtur. 1989 tarihinde Almanya’da yürürlüğe girmiş bulunan *Evlat Edinmede Aracılık Etme Hakkındaki Yasa’nın* ilgili 13 b maddesi ise, hiç kimsenin, taşıyıcı anne ile gönüllü çifti, taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmak üzere bir araya getiremeyeceğini ifade etmektedir.

7.5. İsrail’de Taşıyıcı Annelik

Başka birçok ülkenin aksine İsrail’de taşıyıcı annelik yasal olduğu gibi masraflar kamu sigortası tarafından karşılanmaktadır. İsrail’de taşıyıcı anneliği düzenleyen 1996 tarihli *Fetüsün Taşınması Hakkındaki Sözleşmeler Yasası*, bu yolla yapılan doğumların ancak İsrail hastanelerinde gerçekleştirilebileceğini buyurmaktadır. Bu yasa, Sağlık Bakanlığı yetkilileri arasından seçilmiş bir komite tarafından taşıyıcı anneliğin devlet kontrolü altında uygulanmasına izin vermektedir. Hükümetin atadığı bu komite, bütün taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ilgili hukuk normlarına göre yapılıp yapılmadığına onay vermekle görevlidir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin uygun bulunarak onaylanması için taşıyıcı annenin 22 yaşından büyük ve 40 yaşından küçük olması ayrıca beş defadan fazla doğum yapmamış olması gerekir. Taşıyıcı anne ve gönüllü çiftin her biri tıbbi ve genetik geçmişi hakkındaki bilgileri, polisten alınmış sabıka kayıtlarını komiteye vermek mecburiyetinin yanında Musevi dinine mensup olduklarını da kanıtlamak zorundadırlar. Bunun yanı sıra her üçü de kan testleri, psikolojik muayene ve sosyal başarı testleriyle, hastalıklar ve zihni bozukluklar yönünden kontrolden geçmiş olmalıdırlar. Taşıyıcı annelik seçeneği yalnızca kadının gebe kalamadığı ya da gebeliği başarıyla nihayetine erdiremediği çiftlerle sınırlı tutulmuştur. Yumurtanın, gönüllü anneden yahut anonim bir bağışçıdan sağlanabilmesi mümkün iken, İsrail hukuku sperm bağışına izin vermemektedir⁶⁷. Böylece yal-

67 Teman, “The Medicalization of ‘Nature’ in the ‘Artificial Body’: Surrogate Motherhood in Israel”, s. 78-98; Anderson, “An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK: Is There A Clear Way Forward?”, s.37-50.

nızca gönüllü baba adayının kendi spermleri kullanılabilir. İsrail taşıyıcı annelik yasası, bebeğin doğumuna kadar gebelik müddetince taşıyıcı anneye otonomi bahşetmektedir. Cenine anne karnında tedavi amacıyla müdahale edilip edilemeyeceğine izin verme kararı da taşıyıcı anneye aittir. İsrail Taşıyıcı Annelik Yasası ayrıca taşıyıcı anneye, gebeliğini sonlandırma yetkisi tanımakta ancak bebeğin doğumundan sonra fikrini değiştirerek kendinde alıkoymasına destek vermemektedir. Bu arada özgecil amaçlarla kız evlat yahut kız kardeş için gebe kalmak ve doğurmak, ensest ve zinayla ilgili dini sebeplerden ötürü İsrail hukukunda yasaktır (şüphesiz anne/kız kardeşten yumurta bağıışı kabulü de evleviyetle yasak kapsamına girmektedir).⁶⁸.

7.6. Hindistan'da Taşıyıcı Annelik

Her ne kadar taşıyıcı anneliği düzenleyen henüz yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte 2002'den beri yasal kabul edilen Hindistan'da ticari taşıyıcı annelik sadece uygulanmakla kalmayıp ülkenin gündemine büyüyen bir endüstrisi haline gelmektedir. Hindistan'da taşıyıcı annelik, liberal modele oldukça yakındır ve özel ticari kurumlar tarafından, devletin müdahalesi olmaksızın onların kendi ölçütlerine göre düzenledikleri sözleşmelerle yürütülmektedir. Ticari taşıyıcı annelik, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nce de 2002 yılında kabul edilmiştir. Mafih Sağlık ve Aile Bakanlığı, ülkedeki taşıyıcı annelik vakalarını izlemek ve denetlemek amacıyla bir yasa tasarısı hazırlamıştır. Eğer bu yasa tasarısı parlamentodan geçerse, yeni *Üremeye Yardımcı Teknolojileri Düzenleme Yasası*, ticari taşıyıcı anneliğe izin vermiş olacaktır ancak bu tasarı, genetik bağlantılı taşıyıcı anneliği yasaklamaktadır. Ayrıca tasarı gereği, taşıyıcı annelik sözleşmesi sadece bebeği taşımaya ve doğurmaya tıbben elverişsiz çiftler söz konusu olduğunda icra edilebilirliğe sahiptir. Yine sadece 21 yaşından büyük ve fakat 35 yaşından küçük Hint vatandaşları, taşıyıcı annelik yapabilecektir. Bu niteliklere sahip taşıyıcı annenin kendi çocukları dâhil beşten fazla canlı doğum yapmamış olması zorunludur ve aynı çift lehine taşıyıcı anneye üç defadan fazla embriyo transferi yapılamaz. Tasarı, üremeye yardımcı teknoloji bankası ile taşıyıcı anne arasında ve gönüllü çift ile taşıyıcı anne arasında hukuken geçerli, icra edilebilir sözleşmeler yapılmasına izin verirken taşıyıcı anneden şunlar talep edilmektedir:

68 Ber, "Ethical Issues In Gestational Surrogacy", pp.153-169; Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK: Is There A Clear Way Forward?", s.37-50.

- Taşıyıcı anneyi veya doğacak çocuğu tehlikeye atabilecek hastalıklara karşı tıbbi testler yaptırmak,
- Gönüllü çifte teslim edilene kadar cenine zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak,
- Doğacak çocuk hakkındaki tüm ebeveynlik haklarından vazgeçmeye razı olmak,
- Şayet birden fazla fetüs taşıyorsa taşıyıcı annenin fetüs indirgemesi müdahalesine onay vermek,
- Şayet evli ise kocasının rızasının alınmış olmak⁶⁹.

7.7. Japonya’da Taşıyıcı Annelik

Jinekoloji derneğinin başı çekmesi ile Japonya’da taşıyıcı annelik, taşıyıcı anneye getirdiği fiziksel ve psikolojik yükler ve de aile ilişkilerini/bağlarını daha karmaşık hale getirmesinden ötürü yasaklanmıştır. Bununla birlikte, bu yasağa aykırılık ayrıca bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Japonya’daki mevcut yasal durum, bebeği doğuran kadının “anne” olduğunu ifade etmektedir. Her ne kadar bazı Japon kuramcılar yakın gelecekte olumlu bir yasal değişiklik beklememekle birlikte kamuoyu baskısı yüzünden Japon hükümeti tarafından kısır çiftler lehine bazı değişiklikler düşünüldüğüne dair işaretler vardır⁷⁰.

7.8. Gürcistan’da ve Ukrayna’da Taşıyıcı Annelik

Yumurta ve sperm bağışının yanı sıra taşıyıcı annelik de 1992 yılından beri Gürcistan’da serbesttir. Geçerli olan hukuka göre yumurta bağışçısı ya da taşıyıcı anne, dünyaya gelen bebek üzerinde ebeveynlikle ilgili hiçbir hakka sahip değildir.

Ukrayna’da ticari taşıyıcı annelik sözleşmesi yoluyla yasal yoldan çocuk sahibi olma olanağı yalnızca heteroseksüel evli çiftlerle sınırlı tutulmuş; bekâr kadın veya erkeklere, homoseksüel yahut resmi nikâh bağı olmayan farklı cinsten çiftler için bu yol kapalı tutulmuştur. Taşıyıcı annelik, Ukrayna Aile Yasası’nın 123.maddesi ile Sağlık Bakanlığı’nın 24 numaralı düzenlemesinde ele alınmıştır. Taşıyıcı anne için getirilen

69 Pande, “It May Be Her Eggs But It’s My Blood”: Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India, pp. 379-397; Palattiyil, Blyth, Sidhva, Balakrishnan, “Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work”, s.686-700.

70 Semba, Chang, Hong, Kamisato, “Surrogacy: Donor Conception Regulation In Japan”, s.348-357; Marcelo de Alcantara, “Surrogacy In Japan: Legal Implications For Parentage and Citizenship”, Family Court Review, Vol. 48, No. 3, July 2010, s. 417-430.

yaş sınırı 20-40 olup, bedensel ve zihinsel bakımdan sağlıklı ayrıca en az kendine ait sağlıklı bir çocuğunun da olması şartı aranmaktadır Elbette sözleşmenin tüm taraflarının yazılı rızası alınmış olmalıdır. Bu şartlar yerine getirilmek kaydıyla taşıyıcı annelik için herhangi bir resmi kurdan izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ukrayna'da taşıyıcı annelik ile dünyaya gelen bebeğin doğum kaydına, doğrudan anne-baba sıfatıyla gönüllü çiftin adlarının yazılması mümkündür. Genetik bağlantılarının olup olmadığına bakılmaksızın gebelik anından itibaren bebeğin gönüllü çifte ait olduğu kabul edilmektedir. Taşıyıcı anne doğumun ardından bu yolla dünyaya gelen bebeği kendisinde alıkoymamaktadır (123/3).

8. Taşıyıcı Anneliğin Türkiye'deki Hukuki Görünümü

Yapay dölleme ve embriyo transferinden doğan soybağı ile ilgili yeni hukuki problemler, Türk Medeni Kanunu'nda görünürlük kazanmamıştır. Türk Medeni Kanunu, yeni doğanın annesiyle olan ilişkisi bakımından "mater semper certa es/ anne daima apaçık ve aşikârdır" şeklindeki Roma hukuku prensibini benimsemiştir. Daha açık bir ifadeyle TMK, çocuğu doğuran kadını daima yasal olarak anne kabul eder (282/1). Bu hükmün altında yatan temel gerekçelerden biri; göbek kordonu vasıtasıyla çocuk ve onu taşıyan kadının bütünleşmesi olgusu, diğeri de anneliğin, gebelik ve doğum kıstaslarıyla objektif olarak belirlenebilirliği ve tanımlanabilmesidir.

Böylece Türk Medeni Kanunu'na göre doğuran kadının anneliği çürütülemez bir karine görünümündedir. Türk kanun koyucusu, ortak yaşam ve göbek bağının, anneliğin karakteristik özelliği olduğunu ve böylece de çocuğun, genetik anneden ziyade biyolojik annesiyle bütünleştiğini varsaymaktadır.

Bununla birlikte Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun genetik annesinin kim olduğunu bilme hakkı olduğunu bildirmektedir. Ancak bu durum, çocuğun, yasal annesini reddetme hakkını içermez ve gerektirmez.

Türkiye'de yapay döllemeyi düzenleyen *Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği* adını taşıyan özel bir hukuki düzenleme vardır. Yönetmeliğin 1.maddesi gereği, yalnızca çocuk sahibi olamayan evli çiftler, yapay dölleme ve embriyo transferi tedavisi görebilirler. Yönetmeliğin ikinci ek maddesi, bilinen tıbbi kısırlık tedavileriyle çiftlerin çocuk sahibi olamayacaklarının tıbben kanıtlanması ve yapay dölleme

tedavisi sürecinde evli çiftlerin kendi gametlerinin kullanılması gerektiğini buyurmuştur. Nihayetinde yönetmelik, üçüncü kişilere ait yabancı embriyoların, kısırlık tedavisi gören çifte transferini yasaklamaktadır. Buna ilave olarak, Yönetmelik, evli çiftlerden alınan yumurta ve sperm diğer adaylarda kullanılmasını da yasaklamaktadır. Sonuç olarak hem yumurta/ sperm bağıışı hem de taşıyıcı annelik, Yönetmelik tarafından kesinlikle yasaklanmıştır⁷¹.

Bu meseleyle ilgili bir diğer sorun, taşıyıcı annelik sözleşmesi taraflarının, bu sözleşmeden doğan karşılıklı hukuki yükümlülüklerini yerine getirmelerinin talep edilip edilemeyeceğidir. Örneğin şayet taşıyıcı anne (yasal anne) bebeği gönüllü çifte teslim etmeyi reddederse, gönüllü anne-baba, bebeği kendilerine teslim konusunda taşıyıcı anneyi hukuken zorlayabilecek midir? Bunun cevabı “hayır”dır. Genetik anne-baba, çocuğu taşıyıcı anneden ancak onun rızası bulunmak koşuluyla ve evlat edinme yoluyla alabilme olanağına sahiptir. Şayet taşıyıcı anne, sözleşme gereği doğumdan sonra bebeği teslim yükümünü yerine getirmese evvelce ona ödenen para, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermeye zorlanabilir. Bu sözleşmenin Türk hukuk düzeninde bağlayıcılıktan uzak bulunması, ahlaka -ki burada ahlaka aykırı olan bizzat çocuğu doğurma ve teslim etme davranışı değil bunun bir edim karşılığında üstlenilmiş olmasıdır- ve hukuka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilen şeyin iadesini yasaklayan BK.m.65 kuralının uygulanmasını haklı kılmaz⁷².

Kısacası taşıyıcı annelik sözleşmesi, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğu için Türk hukuk düzeninde ne geçerli ne de icra edilebilirdir.

Nihayet Türkiye’deki bir olguya dikkat çekmek gerekir. Taşıyıcı annenin doğurduğu çocuk, sanki gönüllü anne doğurmuş gibi önce hastane-

71 Yönetmelik hükümlerinin ön gördüğü koşulların ve usullerin dışında izin verilmeyen yapay dölllenme türlerinin uygulanması halinde, rızaya dayalı bu müdahaleyi yapan hekimin ve rıza gösteren kadının bir yaptırımla karşılaşması karşılıklı belirsizdir. Daha doğrusu bu durum düzenlenmemiştir. Kaldı ki zaten yönetmelikle suç ve ceza oluşturulması beklenmez. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, yönetmelik hükümlerine aykırılığın yaptırımını, merkezin faaliyetinin Sağlık Bakanlığı’na durdurulmasıyla sınırlandırılmıştır. Fakat Türk Ceza Kanununda bu konu ile ilgili bir madde olmadığı gibi herhangi bir özel yasa ile de yönetmelik hükümlerine aykırılığı cezalandıracak bir düzenleme getirilmemiştir.

72 Doktrinde egemen olan görüş bu yöndedir. Bkz. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.167; Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2006, s.72-73; Şükran Şıpka, “Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, Çevrimiçi, <http://www.turkhukuksitesi.com>, 25.5.2011.

de onun adına ve sonrasında nüfus kütüğünde gönüllü çiftin hanesine kayıt ettirilmektedir⁷³. Hâlbuki bu tarz bir pratik, Türk hukukuna göre bir suç teşkil eder. Bir çocuğun genetik bağına gizlemek ya da değiştirmek, Türk Ceza Kanununun 231. maddesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir⁷⁴.

8.1. Taşıyıcı Annelik Yöntemi ile Dünyaya Gelen Çocukların Soybağı Problemi

Soybağı konusunda karar verirken, çocuğun ve ailenin saadeti ve bunun yanı sıra gelecek nesillerin sıhhatinin göz önünde bulundurulması gerektiği, bilinen kabullerdir. Yine aile hukuku doktrininde ağırlıkla kabul edilen görüş, bir insanın hukuken tek bir annesinin olmasıdır.

73 Şükran Şıpka, "Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar", Çevrimiçi, <http://www.turkhukuksitesi.com>, 25.5.2011.

"Türkiye'de yasal olmayan işlemlerden sonra çocuğu nüfusa almak için kullanılan bilindik iki yöntem vardır. Birincisi, evde doğum, ikincisi ise hastanede doğum yapan taşıyıcı annenin kendi kimliği yerine gönüllü annenin kimliğinin kullanılması. Türkiye'de doğumu yapan kişi, bebeğin yasal annesi kabul edildiği için ancak bu yolla çocuğun biyolojik anne ve babasının nüfusuna geçmesi sağlanmaktadır".

Bu satırlar, taşıyıcı annelik hakkında bir gazetenin verdiği haberden alıntılanmıştır. Aynı haberde verilen diğer bilgiler de, Türkiye'deki olgusal durumu yansıttığından oldukça ilginçtir.

"Taşıyıcı annelik Türkiye'de yasak ancak turizmciler paket turlarla aileleri yurtdışında taşıyıcı annelerle buluşturuyor. 800 çocuk bu yöntemle dünyaya geldi. Rahmi olmayan, bir hastalık nedeniyle doğuramayacak durumda olan ve estetik yahut psikolojik kaygılar nedeniyle hamile kalmak istemeyen Türk kadınlarının talebi birleşince, ihtiyaca cevap veren paket turlar 800 Türk çocuğun, taşıyıcı annenin rahminde dünyaya gelmesini sağladı. Bu sayı sadece turlarla anlaşılıp giden ailelerin çocuk sayısıdır. Yurtdışı paketine gücü yetmediği için Türkiye'de el altından taşıyıcı anne kullanan ya da yurt dışındaki ajanslarla irtibata geçip kendi organizasyonunu kendi yapan aileler eklenince sayı kaçta ulaşır bilinmiyor.

Türkiye'de yasak olan bu işlem için, işlemin legal olduğu ve kontratla güvence vaat eden Amerika, Hindistan ve Gürcistan gibi ülkelerin yolunu tutan aileler, taşıyıcı annenin bulunmasını da kapsayan paketler için Hindistan ve Gürcistan'da 30 bin Euro, ABD'de ise 100 bin doları bulan bedellerle çocuk sahibi oluyor. (ABD'de gerçekleşen işlemlerde taşıyıcı anne 25-50 bin dolar arasında ücret alırken işlemi yapan klinikler de 15-25 bin dolar arası kazanmaktadır). Yerli ajanslara her yıl yüzlerce başvuru gelmekle birlikte ücret nedeniyle her ajansın yılda ortalama 15-20 ailenin işlemi uygulatabildiği belirtilmektedir. Bu işle uğraşan yerli turizm şirketinin verdiği bilgilere göre; Türk kadınlarının taşıyıcı anne isteme nedeni, %80'lik payla rahim olmaması ya da doğuma engel hastalıklardır. Aile, işlemden önce taşıyıcı anneye tanışmakta ve doğum olduktan sonra da çocuğu Türkiye'ye getirerek kendi nüfusuna geçirmekte, taraflar bir daha görüşmemektedir. İşlemin yasal olduğu ülkelerde risk daha azdır. Çünkü taşıyıcı anne, yolun yarısında "Bebeği vermek istemiyorum" diyememektedir.

Türkiye'de taşıyıcı annelik yasal olmamakla beraber Facebook'ta işleme aracılık etmek için kurulmuş birçok grup bulunmaktadır". "Taşıyıcı anneler 800 Türk doğurdu", Gazete Habertürk, 29 Ocak Pazar 2012.

74 Şükran Şıpka, "Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar", Çevrimiçi, , 25.5.2011.

Aksine çözüm, çözümü zor başka problemleri beraberinde getirir. Çifte anneliği veya ikiye bölünmüş anneliği, mevcut nesep hükümleriyle bağdaştırmak olanaksız olduğu gibi ailenin ve çocuğun saadetine gölge düşürür Her somut olayda çocuğun çıkarına uygun düşen kişinin anne kabul edilmesi yaklaşımı da benimsenemez. Zira hukuk güvenliği gereği genel bir kaide koymak gerekir⁷⁵.

Şimdi de şayet taşıyıcı annelik her nasılsa gerçekleşmişse, Medeni Kanunun düzenlemesi çerçevesinde soybağı sorununu çözümlenmeye çalışalım:

a) Çiftlere ait embriyo kullanılması:

Medeni Kanuna göre çocuğu doğuran kadın anne kabul edilmiş ve bu konuda belirleyici unsur olarak *çocuğun doğrulması* olgusunu esas almıştır. Çocukla anne arasındaki nesep bağı, doğumla kurulmaktadır. İstem sahibi çiftlere ait yumurta ve sperm ile döllenen embriyonun, genetik anne ve babasına karşı nesep bağı ile bağlanması, yürürlükteki Türk Medeni Kanunu açısından mümkün değildir⁷⁶. Çocuğu doğuran kadın bekârsa doğan çocuk, anasına karşı nesep bağı ile bağlı olduğu halde babasına karşı nesepsizdir. Bununla birlikte bu yolla dünyaya gelen çocuğun, istem sahibi genetik baba tarafından tanınması pekâlâ olanaklıdır. Bu koşulda çocuk ile baba arasında soybağı kurulmasına karşın çocuk ile genetik anne arasında nesep bağı kurulmuş olmaz. Taşıyıcı annenin evli olması olasılığında, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılacağından Medeni Kanunun 285. maddesine göre çocuk sahih nesepi sayılır. Çocuğun annesi doğuran kadın, babası ise doğuran kadının kocasıdır. Kadının kocası çocuğun nesebini reddetmedikçe (MK.295/3) genetik baba tarafından da tanınması mümkün değildir⁷⁷. Ancak çocu-

75 İsmail Aytaç, "Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi", Adalet Dergisi, Yıl:93, Sayı: 11, Nisan 2002, s. 183-199; Haluk N. Nomer, "Sunı Döllene Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", Prof.dr.Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s. 545-594.

76 Hüseyin Hatemi de; taşıyıcı annelik uygulaması ile "yumurtayı veren kadın" ile "doğuran kadın" arasında annenin kim olduğu tartışması çıkmışsa, doğuran kadının anne olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak her ikisinin de evlenme yasağı bakımından "ana" sayılması gerektiğini belirterek evlenme yasağı, mirasçılık gibi hükümlerin her iki kadın için de doğması gerektiğini ifade etmektedir. "Yumurta hücrelerini veren kadın" ve "doğuran kadın"ın mirasçılıkları, "iki eş" gibi, ana sıfatı ile elde edilebilecek miras payını eşit paylaşma şeklinde olmalıdır. Buna karşılık, çocuğun hangi kadına tevdi edileceği hususu "çocuk yararı ve esenliği" ilkesine göre hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, s. 73. Kişisel kanaatim, bu düşünceye katılmak yönündedir ve belli bir ölçüde de bir çocuğun birden fazla annesi olabileceğine işaret etmektedir.

77 Bu halde geriye sadece çocuğun soybağını reddetmesi ve ancak ondan sonra genetik

ğün nesebinin reddedilmesinden sonra genetik baba tarafından tanınması mümkündür.

Böylece hem genetik anne hem genetik baba ile soybağı kurulabilmesi için çocuğu birlikte evlat edinmeleri gerekecektir⁷⁸.

Medeni Kanunumuz, babaya tanıdığı nesebi reddetme hakkını anneye vermemiştir ancak doktrinde bu konuda bir yasa boşluğu olup olmadığı tartışmalıdır. Yasa koyucunun, çocuğun nesebini reddetme hakkına sahip olabilecekleri, sınırlı sayı ilkesiyle saydığı ve bu sayılanların dışındakilere bu hakkı tanımak istemediği kısacası bilinçli bir susması olduğu kabul edildiğinde ortada bir yasa boşluğu yoktur diye düşünülebilir. Ancak kanımca burada yasa koyucunun, doğuran kadının çocuğun annesi olmayabileceği ihtimalini göz önüne almadığı ve yeni biyo-teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan yasal bir boşluk vardır. Annenin nesebi red hakkının bulunduğu kabulü halinde, ilk planda çocuğu doğuran kadını anne olarak kabul etmek ve nüfusa bu şekilde kaydetmek gerekecektir. Ancak karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir ve nüfus sicilindeki anne kaydının değiştirilmesi istenebilir. Kayıt ancak karinenin aksinin ispat edilerek yumurtanın sahibi gerçek annenin tespiti ve böylece karineye dayanan nesep ilişkisinin mahkemece iptal edilmesi üzerine yanlış hale gelir ve düzeltilmesi gerekir. Anneliğin iptalini ve çocuğun yumurtanın sahibi olan kadına bağlanmasını hem doğuran kadın hem de yumurtanın sahibi kadın isteyebilmelidir. Taşıyıcı anneliğe razı olan kadının sonradan nesebini reddetmesi, hakkın kötüye kullanması oluşturmaz. Diğer yandan yumurtanın sahibi olan kadının dava açmasının, çocuğun bir aile içinde büyümekteki menfaatine aykırı yönü yoktur. Çünkü sonuçta çocuk, istek sahibi gönüllü çiftin müşterek çocuğu olarak bir aile ortamında büyüyecektir. Yalnız anneliğin reddi ve tespiti davaları birlikte açılmalıdır. Anneliğin tek başına reddi, çocuğun hem annesiz hem babasız kalmasına yol açabilir. Doğuran kadın ile yumurtanın sahibi kadının yanısıra şayet varsa onların kocaları ve çocuk da davada taraf olarak yer almalıdır. Davanın kabulü halinde çocuğun annesi yumurtanın sahibi olan kadın, babası da -varsa şayet- o kadının yapay dölleme gerçeği andaki kocası olur. Yapay döllemede kullanılan sperm kocaya ait olmasa da durum budur. Karısının yumurtasının taşıyıcı annede kullanılmasına baştan rıza gösteren koca, sonradan

babasına bağlanması ihtimali kalmaktadır. Bkz. Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, s. 73.

78 Aytaç, "Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi", s. 183-199;

çocuğun kendisinden olmadığını iddia edemez. Çocuk, istekte bulunan karı-kocanın evlilik içi çocuğu olur⁷⁹.

b. Kocaya ait spermle taşıyıcı annelik:

Burada da Medeni Kanun gereği, doğuran kadının anne sayılması gerekecektir; kaldı ki taşıyıcı anneye ait yumurta kullanılması halinde kendisi aynı zamanda genetik bakımdan da annedir. Taşıyıcı anne bekârsa çocuğu isteyen gönüllü çift için tek çözüm, “eşlerden biri en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin 30 yaşını doldurmuş olması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinmektir. Bunun için öncelikle çocuğu isteyen gönüllü koca çocuğu tanıyacak ardından karısı onun çocuğunu evlat edinecektir (MK/306).

Şayet taşıyıcı anne evliyse iki ihtimal söz konudur. Taşıyıcı annenin evli olduğu durumda, koca nesebi reddetmedikçe sperm sahibi genetik babanın çocuğu tanınması olanaklı değildir. Kaldı ki, taşıyıcı annenin kocasının, eşinin yumurtasıyla, gönüllü babanın sperminin döllenesine rızası bulunduğu durumda; kocanın, çocuğun nesebini reddetme hakkı da yoktur⁸⁰. Ancak rızası yoksa koca çocuğun nesebini reddedebilir ve ondan sonra nesebi reddedilen çocuk, genetik baba tarafından tanınmak suretiyle aralarında soybağı kurulabilir ve ardından onun karısı çocuğu evlat edinebilir. Bir diğer olasılık da; eğer taşıyıcı annenin kocası soybağını reddetmezse çocuk soybağını reddedebilir ve sonra da çocuğu isteyen gönüllü koca çocuğu tanıyabilir. Bir başka çözüm yolu da, taşıyıcı anneden doğan çocuğun istem sahibi anne-baba tarafından ortaklaşa evlat edinilmesi yoludur⁸¹.

c. Çiftlerin her ikisine de ait olmayan embriyo ile taşıyıcı annelik:

Çiftlere ait olmayan embriyo ile taşıyıcı annelikte, üçüncü kişilere ait sperm ve yumurta kullanılmak suretiyle elde edilen embriyo, taşımak ve doğurmak üzere taşıyıcı anneye transfer edilmektedir. Bu olasılıkta istem sahibi çiftin her ikisi ile çocuk arasında genetik hiçbir bağ bulunmamaktadır.

Taşıyıcı anne evli ise çocuk evlilik birliği içinde doğduğundan, anne-babaya karşı neseplidir. Anneye çocuğun nesebi red hakkı tanınmadı-

79 Nomer, “Sunı Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, s. 545-594.

80 Kişilik işlemi hakkı olan soybağının reddi davası açma hakkından önceden feragat edilemeyeceğine ilişkin Hüseyin Hatemi'nin aksi görüşü için bkz. Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, s.75.

81 Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, s.79.

ğından taşıyıcı anne bu yola gidemez. Üçüncü kişiye ait spermin kullanılmasına taşıyıcı annenin kocasının rızası varsa nesebi reddedemez şart buna rızası yoksa doğan çocuğun nesebini reddedebilir. Fakat istem sahibi kocanın spermi kullanılmadığından nesebi reddedilse bile çocuğu tanıması olanaksızdır. Yine olanaklı tek çözüm gönüllü çiftin birlikte çocuğu evlat edinmeleridir.

Sonuçlar

Çoğu ülkenin hukuku, taşıyıcı anneliği hiç düzenlenmemiş ve yasaları bu konuda sessiz kalmıştır. Özel yasal düzenlemelerin mevcut olduğu hukuk düzenlerinde bile taşıyıcı anneliğin yasal çerçevesi konusunda tutarlılık ve yeknesaklık yoktur. Çoğu hukuk, taşıyıcı anneyi yasal olarak anne kabul etmekte ve gönüllü çift tarafından evlat edinme işleminin yerine getirilmesini şart koşturmaktadır. Ancak kimi az sayıda hukuk düzeni de genetik anneye öncelik ve üstünlük tanımaktadır. Buna karşın diğer bazı ülke hukuklarında taşıyıcı anneliğe teknik olarak izin verilmekle birlikte taşıyıcı annelik sözleşmeleri hukuken yürürlük gücü bulamaz. Bu tutarsızlıkların nedeni, taşıyıcı anneliğe karşı bir tutumu yansıtmaktan ziyade hukukun kendi taşıdığı özellik olabilir. Genelde hukuk düzeni, bilim ve teknikteki ilerlemeleri, sosyo-ekonomik değişimleri ve olayların gidişatını geriden takip eder.

Taşıyıcı annelik, evlat edinmenin yerini alma potansiyeline sahiptir ve gebelik öncesi evlat edinme olarak düşünülmektedir⁸². Bununla birlikte meseleye dâhil olan taraflara uygun hukuki korumayı sağlamak ve kötüye kullanmaları, trajedileri önlemek zorunludur. Eğer kısır çiftlerin çocuk edinmesinin bir aracı olarak kabul edilecekse, taşıyıcı anneliğin hukuki statüsü açık kılınmalıdır. Eski Roma hukuku karinesi, “anne daima bellidir”, artık hakikati temsil etmekten uzaktır. Hukuk, taşıyıcı annelik pratiğini yasaklamak yerine koşulları düzenlemelidir.

Son kararını vermeden önce taşıyıcı annenin, “taşıyıcı annelik eğitim sınıfı”na devam etmesi koşulu getirilebilir. Sınıfta örneğin sözleşmede taşıyıcı anneden hukuken neyin talep edilip edilemeyeceği, önceki taşı-

82 Donovan, “New Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas”, s. 57-60; Katz, “Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws”, s.1-55; M.Onursal Cin, “Yardımcı Üreme Metotları ve Embryonun Korunması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 5, Yıl: 2005, pp. 31-37. Cin de taşıyıcı anneliğin, kısır çiftler için hukuki bir çözüm beklentisi olarak düşünülebileceğini ifade etmektedir. Evlat edinmeye hukuken izin verildiğine göre taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmaya da izin verilebilmelidir. Bu yöntemde bu çiftler için en azından kısmen genetik olarak kendilerine ait bir çocuk sahibi olabilmeleri olanaklıdır. Tüm bu gerekçelere karşın Cin, yine de gönüllü çifte çocuğu teslim eden taşıyıcı anneye olumsuz psikolojik etkilerinden dolayı taşıyıcı anneliğe karşı çıkmaktadır.

yıcı annelerin şahsi deneyimleri, taşıyıcı anneye sunulabilecek başka iş olanakları, doğumdan sonra bebeği kendisinde alıkoyup koyamayacağı gibi konularda bilgi verilebilecektir. Taşıyıcı anne, gerçek alternatifler hakkında ne kadar doğru bilgilendirilirse baskıya karşı o kadar direnebileceği umulabilir⁸³.

Taşıyıcı anne, fikrini değiştirerek çocuğu muhafaza etme hakkına sahip olabilmelidir. Buna yönelik olarak örneğin özellikle genetik bakımdan kendisine ait bir cenini taşıyan taşıyıcı anneye, bebeğin doğumundan itibaren belirli bir yasal süre içinde (örneğin 20 gün) bu amaçla mahkemeye müracaat ederek taşıyıcı annelik sözleşmesini tartışmaya açma ve çocuğun velayetini alma imkânı tanınabilir. Zira cenin ve taşıyıcı anne arasındaki bağlanma riski ne gözden uzak tutulabilir ne de bunun sonuçları önemsizleştirilebilir.

Taşıyıcı anneye, girdiği sağlık risklerine karşı ve ailesini korumak için de hayat sigortası yapılmalıdır.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı annenin gebeliği süresince ne dilerlerse onu yaptırmak konusunda gönüllü anne-babaya bir hak bahşetmez. Sadece taşıyıcı anne sözleşmede neye razı olmuş ise onu isteyebilirler. Şüphesiz taşıyıcı anne gebeliği sürdürmek yahut devam ettirmek kararına haizdir. Tıpkı diğer gebe kadınlar gibi⁸⁴.

Bir çocuğun ancak bir annesi ve babası olabileceği ideali, sosyal gerçeklikten uzak düşebilmektedir ve artık hukuk bunu tekrar gözden geçirmek ve tartışmak zorundadır. Bir çocuğun genetik geçmişinin izini sürebilmesine hukuken olanak tanınması, ana-baba rolü ile ilgili değil statüyle ilgilidir. Bu statü, role bakılmadan ikiden fazla yetişkine paylaştırılabildiğinde taşıyıcı anne yahut genetik anne, çocukla olan statü bağını kaybetmek zorunda kalmaz. Statü ilişkisi ömür boyu iken ana-babanın çocuğu yetiştirme sorumluluğu ve buna dayalı velayet hakkı, sonsuz değildir. Ancak diğer yandan, ebeveynlik statüsü için birbiriyle yarışanlar arasında, çocuğun bakım ve yetiştirilmesi konusunda üstlendikleri sorumluluğa göre bir statü hiyerarşisi kurulabilir. Ebeveyn rolünü yıllarca yerine getirmeye niyetli olanlar, bunu yapmaya niyetli olmayıp sadece genetik statüsünün hatırına ebeveyn olanlardan daha fazla bu statüye layıktır. Statünün alanı genişletilmeden, ebeveynlik ödevlerinin bazılarının hukuken yeniden dağıtımı meselesi anlaşılacaktır⁸⁵.

83 Damelio, Sorensen, "Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy", s 269-277.

84 Donovan, "New Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas", s. 57-60.

85 Craig Lid and Tom Hewitt, "Law and the complexities of parenting: parental status and

Bu çalışmanın sonunda tıpta devrim niteliğinde bir gelişme olarak nitelendirilen bir olgudan bahsetmeden geçilemeyeceği kanısındayım. Ağustos 2011'de Akdeniz Üniversitesi'nde gerçekleştirilen ve dünyadaki ilk rahim nakli operasyonu olarak rapor edilen ameliyatla Türk cerrahlar, kadavradan aldıkları bir rahmi, 21 yaşında bir kadına nakletmişlerdir⁸⁶. Rahmin işlevini görmesi ve gebeliğin sağlanması durumunda rahim nakli, İslam hukukunun taşıyıcı anneliği yasakladığı Müslüman ülkeler açısından faydalı olacaktır. Dahası taşıyıcı anneliğin aleyhindeki fikirler, olumsuz kamusal algı ve yasal belirsizlik, rahim naklini daha iyi bir üreme alternatifi olarak desteklemeye sebep olabilir. Bununla birlikte bu yeni üreme tekniği tamamen de problemsiz değildir. Birincisi, nakil edilmiş bir rahim ile hamilelik elde etmek olasılığı henüz düşüktür. Yani rahim nakli, sağlıklı bir gebelik elde etme konusunda çok az tıbbi başarı şansı sunmaktadır. Vaat ettiği yararların yanısıra rahim naklinin potansiyel zararları da gözden uzak tutulmamalıdır. Sağlıklı bir gebelikle sonuçlansa bile gebeliğin, nakil edilmiş rahmi nasıl etkileyeceğini tahmin etmek için elimizde uygun veri yoktur. Buna ilave olarak bu mesele başka tıbbi ve ahlaki boyutlarıyla tartışılmaya devam edilecektir⁸⁷. Her şey göz önüne alındığında rahim nakli, henüz taşıyıcı anneliğe alternatif değildir ama gelecekte taşıyıcı anneliğin yerini alabilir yahut ona alternatif olmak yerine kısır kadınlar için ilave bir başka seçenek olabilir. Eğer bu gerçekleşirse bile yine de hukukun hedefinin alternatif üreme yöntemleri geliştirmek yerine taşıyıcı anneliği düzenlemek olması gerektiği iddia edilebilir.

Şayet sosyal baskı ve beklentiler, bir kadının anne olması gerektiği yolunda inancına katkıda bulunuyorsa bu amacının peşinden gitmesi için toplumun yardım yükümü olduğunu söylemek akla aykırı değildir.

parental function", **Journal of Social Welfare and Family Law**, Volume:31, Issue: 4,2009, s. 391-406.

86 Aslında ilk rahim nakli Türk cerrahlardan önce 2000 yılında Suudi Arabistan'da yapılmıştır. Suudi Arabistan'da canlıdan yapılan rahim naklinde, alıcıda iki ay adet kanaması sağlanabilmiştir. Ancak üç ay sonra rahim işlevini kaybetmiş ve vücuttan çıkarılmak zorunda kalmıştır.

87 Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ruby Catsanos, Wendy Rogers And Mianna Lotz, "The Ethics Of Uterus Transplantation", *Bioethics*, Erly view online version, 4 July 2011, s.1-9.

KAYNAKÇA

- Alouini, S; Mesnard, L; Megier, P; Desroches, A; Department of obstetrics and Gynaecology, Centre Hospitalier R'egional d'Orl'eans, France, "Ethical and legal aspects of surrogate pregnancy: opinion of French women on surrogate pregnancy", **10th International Congress on Preimplantation Genetic Diagnosis, May 5-8, 2010.**
- Anderson, Elizabeth S.; "Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales", **Health Care Analysis**, Volume: 8, Number:1, 2000, s. 19-26.
- Anderson, Phillip; "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There A Clear Way Forward?", **King's Student Law Review**, Volume II, Issue I, 2010, s.37-50.
- Andrews, Lori B.; "Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood", **Virginia Law Review**, Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law (Nov.,1995), s. 2343-2375.
- Anleu, Sharyn Roach; "Surrogacy: For Love but Not for Money?", **Gender and Society**, Vol. 6, No. 1, 1992, s. 30-48.
- Aramesh, K; "Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns", **Journal of Medical Ethics**, Volume:35, Issue:5, 2009, s.320-322.
- Aytaç, İsmail; "Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi", **Adalet Dergisi**, Yıl:93, Sayı:11, Nisan 2002,s. 183-199.
- Baker, Brenda M.; "A Case for Permitting Altruistic Surrogacy", **Hypatia**, Vol. 11, No. 2 (Spring 1996), s.34-48.
- Baslington, Hazel ; "The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process", **Journal of Health Psychology**, Vol: 7, (1) , 2002, s.57-71.
- Badinter, Elisabeth; **Annelik Sevgisi: 17.Yüzyıldan Günümüze Bir Duygunun Tarihi**, Çeviren: Kamuran Çelik, İstanbul, Afa Yayınları, 1992.
- Baykal, Baris; Korkmaz, Cem; Temel, Seyit Ceyhan; Göktolga, Ümit; Başer, İskender;** "Opinions of infertile Turkish women on gamete donation and gestational surrogacy", **Fertility and Sterility**, Vol. 89, No. 4, April 2008, s.817-822.
- Bayne, Tim and Kolers, Avery ;"Toward A Pluralist Account Of Parenthood", **Bioethics**, Volume: 17, Number: 3, 2003, s.221-242.
- Ben-Asher, Noa, "The Curing Law: On The Evolution Of Baby-Making Markets", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, Number:5, 2009, s.1885-1924.
- Ber, Rosalie; "Ethical Issues In Gestational Surrogacy", **Theoretical Medicine and Bioethics**, Volume: 21, 2000, s.153-169.
- Berend, Zsuzsa; "Surrogate Losses: Understandings of Pregnancy Loss and Assisted Reproduction among Surrogate Mothers", **Medical Anthropology Quarterly**, Vol: 24, Issue: 2, s. 240-262.
- Campbell, Alastair V. "Surrogacy, Rights And Duties: A Partial Commentary", **Health Care Analysis**, Nr: 8, 2000, s.35-40.
- Catsanos, . Ruby; Rogers, Wendy and Lotz, Mianna; "The Ethics Of Uterus Transplantation", **Bioethics**, Erly view online version, 4 July 2011,s.1-9.
- Chell, Byron; "But Murderers Can Have All The Children They Want: Surrogacy And Public Policy", **Theoretical Medicine**, Nr: 9, (1988), s. 3-21.

- Ciccarelli, Janice C.; Beckman, Linda J.; “Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy”, **Journal of Social Issues**, Vol. 61, No. 1, 2005, s. 21-43.
- Cin, M.Onursal; “Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:5,Yıl:2005, s.31-37.
- Damelio, Jennifer and Sorensen, Kelly ; “Enhancing Autonomy In Paid Surrogacy”, **Bioethics**, Volume: 22, Issue:5, 2008, s. 269-277.
- De Alcantara, Marcelo; “**Surrogacy In Japan: Legal Implications For Parentage and Citizenship**”, **Family Court Review**, Vol. 48, No. 3, July 2010, s. 417-430.
- Donchin, Anne; “Reproductive Tourism And The Quest For Global Gender Justice”, **Bioethics**, Volume: 24, Issue: 7, 2010, s. 323-332.
- Donovan, Patricia; “New Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas”, **Family Planning Perspectives**, Vol. 18, No. 2 (Mar. - Apr., 1986), s. 57-60.
- Drabiak, Katherine; Wegner, Carole; Fredland, Valita and Helft Paul R.; “Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity”, **Journal of law, medicine & ethics**, 100 years of transplantation, Summer 2007, s.300-309.
- Fuscaldo, Giuliana Fausta; “Genetic Ties: Are They Morally Binding?”, **Bioethics**, Volume:20, Issue: 2, 2006, s.64-76.
- Golombok, Susan; MacCallum, Fiona; Murray, Clare; Lycett, Emma and Vasanti Jadva, “Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children’s psychological development at age 2”, **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, 47:2 (2006), s. 213-222.
- Görgülü, Ülfet; “Taşiyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış”, **Journal Of Islamic Law Studies**, Issue: 15, 2010, s.197-207.
- Hanna, Jason K.M.; “Revisiting Child-Based Objections To Commercial Surrogacy”, **Bioethics**, Volume: 24, Issue: 7, 2010, s. 341-347.
- Haris, John; **Hayatın Değeri: Tıp Etiğine Giriş**, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1998.
- Hatzis, Aristides N.; “From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece”, **Portuguese Economic Journal**, Volume:8, Nr:3, 2009, s.205-220.
- Jotkowitz, Alan; “Surrogate Motherhood Revisited: Maternal Identity from a Jewish Perspective”, **Journal of Religion and Health**, Published online 19 April 201, Çevrimiçi, <http://www.springerlink.com/content/jh288758314567v8>.
- Kant, Immanuel; **Ahlak Metafiziğini Temellendirme**, Çev: Nejat Bozkurt, 2.Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2008.
- Katz, Avi; “Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws”, **Columbia Journal of Law and Social Problems**, No: 1, 1986, s.1-55.
- Kılıç, Selim; Uçar, Muharrem; Türker, Türker; Koçak, Necmettin; Aydın, Gülşah; Günay, Asiye; Gençtürk, Damla; “GATA Hemşirelik Yüksek Okulu Öğrencilerinde Taşiyıcı Anneliğe Yönelik Tutumun Belirlenmesi”, **Gülhane Tıp Dergisi**, Sayı:51, 2009, s. 216-219.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan; **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2006.
- Kriari – Catranis, Ismini; “Human Assisted Procreation and Human Rights: The Greek response to the felt necessities of the time”, **European Journal of Health Law**, Nr: 10, 2003, s.271-279.
- Lid, Craig and Hewitt, Tom; “Law and the complexities of parenting: parental status and

- parental function”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, Volume:31, Issue: 4,2009, s. 391-406.
- McLachlan, Hugh V. And Swales, J.K.; “Babies, Child Bearers And Commodification: Anderson, Brazier Et Al., And The Political Economy Of Commercial Surrogate Motherhood”, **Health Care Analysis**, Volume: 8, Number:1, 2000, s.1-18.
- Nomer, Haluk N.; “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **Prof. dr.Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545-594.
- Palattiyil, George; Blyth, Eric; Sidhva, Dina; Balakrishnan, Geeta; “Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work”, **International Social Work**,53, (5), 2010, s.686-700.
- Pashmi, Monir M.A., Tabatabaie, Seyed Mohammad Sadegh Ph.D., Seyed Ahmad Ahmadi Ph.D., “Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan”, **Iranian Journal of Reproductive Medicine**, Vol.8. No.1, Winter 2010, s. 33-40.
- Pande, Amrita**; “It May Be Her Eggs But It’s My Blood”: Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India, **Qualitative Sociology**, Volume:32, No:4, 2009, s. 379-397.
- Posner, Richard A.; “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, **Journal of Contemporary Health Law and Policy**, Volume:5, Nr:21,1989, s.21-31.
- Ragoné, Helena; “Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers”, **American Ethnologist**, Vol. 23, No. 2 (May, 1996), s. 352-365.
- Rothman, Barbara Katz; “Comment On Harrison: The Commodification Of Motherhood”, **Gender & Society**, Vol. 1 No. 3, September 1987, s. 312-316.
- Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogate Mothers: **Harvard Law Review**, Vol. 99, No. 8 (Jun., 1986), s.1936-1955.
- Semba, Yukarı; Chang, Chungfang; Hong, Hyunsoo; Kamisato, Ayako; Kokado, Minoru; and Muto, Kaori; “Surrogacy: Donor Conception Regulation In Japan”, **Bioethics**, Volume: 24, Number: 7, 2010, s. 348-357. Serozan, Rona; **Çocuk Hukuku**, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Şıpka, Şükran “Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, Çevrimiçi, <http://www.turkhukusitesi.com>, **25.5.2011**.
- Temam, Elly; “The Medicalization of “Nature” in the “Artificial Body”: Surrogate Motherhood in Israel”, **Medical Anthropology Quarterly**, Volume: 17, Number:, 2003, s.78-98.
- Tieu, M M; “Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers”, **Journal of Medical Ethics**, 2009;35, s.171-175.
- Van den Akker, Olga B.A.; “Psychosocial aspects of surrogate motherhood”, **Human Reproduction Update**, Vol.13, No.1, 2007, s. 53-62.
- Van Zyl, Liezl; “Intentional Parenthood and the Nuclear Family”, **Journal of Medical Humanities**, Vol. 23, No. 2, Summer 2002, s.107-118.
- Van Zyl, Liezl and Van Niekerk, Anton; “Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood”, **Journal of Medical Ethics**, Volume:26, Issue:5, 2000, s.404-409.

BİYOETİK VE HUKUK YÖNÜNDEN GEN BİLİMİ

F. Zehra KONUK¹

GİRİŞ

Son yıllarda tıp alanında yaşanan büyük gelişmeler, insanlığı hastalıkların tedavisi, insan ömrünün uzatılması ve yaşam kalitesinin yükseltilmesi konusunda umutlandırmaktadır. Kısa süre öncesine kadar çaresiz kabul edilen pek çok hastalığın artık günümüzde tedavi edilebilir olması, bir kısmının ise en azından ilerlemesinin durdurulması noktasında tıp biliminin geçtiğimiz yüzyılda muazzam bir yol kat ettiğini söyleyebiliriz.

Gen bilimi her ne kadar tarihi çok eskiye dayanmasa da, tıbbın kat ettiği bu yolda en önemli yardımcılarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gen bilimindeki gelişmeler bir yandan insanlığa umut olmakla birlikte, önemli biyoetik tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Tıptaki ve özellikle gen araştırmalarındaki gelişmelerin, insanlığa hizmet için olduğu gibi, yanlış ellerde, insanlık aleyhine ve insan onuruna aykırı çalışmalar için de kullanılabilmesi mümkündür. Zira gen bilimi, artık insan DNA'sının sırlarını çözmekte, genlerle ilgili bilgilerin toplanmasını ve hatta genetik müdahaleleri mümkün kılmaktadır. Yakın zamana kadar hepimize sadece fantastik filmlerinin senaryolarında rastlanabilecek gibi gelen pek çok konunun, günümüzde ünlü üniversitelerin laboratuvarlarında gen araştırmalarının konusu olabildiğini görmekteyiz. Bu da genetik ayrımcılık ve "ısmarlama insan" ihtimalini ve tartışmalarını gündeme getirmektedir.

Uluslararası toplum gen araştırmalarının ve genel olarak tıptaki gelişmelerin insanlık aleyhine kullanılabileceğinin bilinciyle ve böyle bir ihtimalin önüne geçebilmek için, bilimsel gelişmelerle paralellik arzedecek şekilde bu çalışmaların yasal çerçevesini çizmeye çalışmaktadır. Bu çalışmada öncelikle gen araştırmalarının tarihsel gelişimine kısaca göz atıp ardından gen araştırmalarının hukuki kaynaklarına dayanarak, günümüz dünyasında bu konunun hukuksal çerçevesini tespit etmeye

1 Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

çalışacağız. Üçüncü bölümde ise gen araştırmaları ve uygulamalarıyla ilgili etik ilkeler ile bunların uygulanmasında gündeme gelen sorunlara yer vereceğiz. Bu bağlamda gen bilimi ile ilgili tartışmalarda en çok gündeme gelen konulardan biri olarak “öjenizm”le ilgili tartışmalara da kısaca değineceğiz.

I- GEN BİLİMİ

Gen, her bir insan hücresinin çekirdeğinde bulunan ve protein üretim faaliyetini yürüten moleküllerdir. Hücrenin büyümesini ve alacağı şekli genler tayin eder². Gen, DNA'nın bir parçasıdır ve bu “yönetici” molekül nasıl görüldüğünüzü, vücudumuzda hangi olayların gerçekleştiğini ve bazen de hangi hastalıkları geçirmeye eğilimli olduğunuzu belirler³. Gen bilimi ise genin yapısını, işlevini ve kalıtsal özellikleri inceler.

Gen bilimi genetik araştırmalar ve genetik tanı/tedavi olarak iki başlık altında incelenebilir.

Genetik araştırmalar, kalıtsal nitelikteki hastalıklara sebep olan genlerin tespiti, tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi gibi genel amaçlı çalışmalardır. Genetik tanı ise bir hastanın genetik hastalığın tespiti, yahut risk durumunun belirlenmesi, doğum öncesi tanı, toplum taraması, DNA üzerinden kimlik tespiti, hastanın genetik tedavisi gibi pek çok başlığı kapsamaktadır. Genetik tanı başlığı altındaki bu uygulamaları, çalışmamızda kısaca “genetik uygulamalar” olarak isimlendireceğiz.

Gen uygulamalarının çeşitli türleri vardır. Örneğin somatik gen tedavisinde, hastanın ihtiyaç duyduğu ilacın bizzat kendi hücreleri tarafından üretilmesi söz konusudur. Burada değiştirilmesi hedeflenen sadece hastalıklı hücrelerdir. Hastaya sağlıklı gen enjekte edilerek, sağlıklı genlerin sağlıklı olanlara baskın gelmesi hedeflenmektedir. Bu tedavinin hastanın alt soyu üzerinde hiçbir kalıcı etkisi bulunmaz⁴. Ancak gen tedavisi henüz güvenilir olmadığı için pek çok ülkede uygulanmasına önemli sınırlamalar getirilmiştir.

Gen bilimi ile ilgili olarak en güncel tartışma konuları klonlama ve kök hücre çalışmalarıdır.

2 Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, Oniki Levha, 2010, s.202.

3 Gen Nedir?, Realage Sağlık Ansiklopedisi, (çevrimiçi), http://www.realage.com.tr/v2/Gen-Nedir_4_70_3198.htm, 16.06.2011.

4 Metin, s.224.

Klonlama Yunanca'da aynı kökten yeni dallar elde etmek anlamına gelmektedir⁵. Klonlama, bir organizma veya hücrenin genetik olarak özdeşlerinin oluşturulması işlemidir. Bu işlem üreme ve tedavi amaçlı olarak iki farklı amaç için kullanılabilir. Bu iki farklı kavram çekirdek transferi ile "üreme amaçlı klonlama" ve çekirdek transferi ile "tedavi amaçlı klonlama" başlıkları altında değerlendirilmektedir⁶.

Üreme amaçlı klonlama, sperme gerek olmaksızın üremenin gerçekleştirilmesidir. Bu uygulamanın insanlar üzerinde denenmesi, insanın metalaştırılacağı, birbirine özdeş insanların oluşturulması yoluyla soybağı ve kişilik kavramlarına ilişkin büyük bir kargaşa yaşanacağı, gerek annenin gerekse klon bebeğin yaşamı açısından hayati riskler taşıdığı, klonlama yoluyla dünyaya gelecek bir kişinin sosyal ve psikolojik yönden kabul sorunu yaşayacağı, bu uygulamanın insanlardan organ taramaları yaratma amaçlı olarak kullanılabilceği, bire bir aynı DNA'ya sahip kişilerin adli tıp yönünden de (örneğin DNA'dan kimlik tespiti, ya da nesep tespiti yapılamaması gibi) sorunlara sebep olacağı gibi pek çok eleştiriye maruz kalmaktadır⁷.

Tedavi amaçlı klonlamada ise klonlama yoluyla elde edilen embriyo ana rahmine yerleştirilmemekte, embriyodaki kök hücreler alınmak suretiyle doku elde edilmektedir.⁸

Bu noktada kök hücre araştırmalarından da kısaca bahsetmek gerekecektir. Kök hücre insan vücudunun belli bölümlerinde bulunan erişkin kök hücrelerden, hamileliğin sonlandırılması yoluyla elde edilen fetustan, doğumda kordon kanından ve en önemlisi embriyodan elde edilebilmektedir⁹. Ancak bu kaynaklar içerisinde en önemlisi embriyodur. Çünkü en güvenilir sonuçları veren, araştırmaya en uygun dokuları sağlayan kaynak embriyodur. Kök hücre araştırmalarında kullanılan embriyonik dokular, yardımcı üreme teknikleri kapsamında oluşturulup kullanılmayan ve dondurularak saklanan yedek embriyolardan ya da yumurta bağışısı yolu ile araştırma amaçlı oluşturulan embriyolardan elde edilmektedir¹⁰.

5 Metin, s.182.

6 Unesco Türkiye Milli Komisyonu, Klonlama ve Biyoetik, Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara, Unesco, 2005, s.5.

7 Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat, 2006, s.33-34.

8 Kırkbeşoğlu, s.37.

9 UTMK Raporu, s.11-13.

10 UTMK Raporu, s.9.

Ancak bu durum beraberinde önemli etik ve hukuki tartışmaları da getirmektedir. Zira kök hücre araştırmaları, sadece araştırma amaçlı embriyo oluşturulması, kullanımı ve kök hücre alımı sırasında embriyonun ziyan edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bazı ülkelerde embriyo kişi olarak kabul görmekte ve korunmaktadır. Örneğin İrlanda Cumhuriyeti, anayasasında böyle bir hükme yer verilmiştir. Alman Embriyo Koruma Kanunu'nda da embriyonun menfaatine olmayan hiçbir müdahaleye izin verilmemektedir. Diğer yandan İngiltere ise on dört günlük olana kadar embriyo üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına müsaade etmektedir¹¹.

Avrupa'da, Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, İrlanda gibi bu uygulamayı tamamen yasaklayan ülkeler olduğu gibi, Finlandiya, Yunanistan gibi sadece artan embriyolardan kök hücre alınmasına izin veren, yahut İngiltere ve Hollanda gibi sadece kök hücre alınmak üzere in vitro embriyo oluşturulmasına izin veren ülkeler vardır. Bazı ülkelerin ise hukuk sistemleri bu konuda hiçbir düzenleme içermemektedir¹².

Ancak insan embriyosunun ziyan edildiği gerekçesiyle kök hücre araştırmalarını yasaklayan ülkelerin birçoğunda, örneğin Almanya'da kürtaj yasaldır, ayrıca "in vitro" (tüp bebek uygulamaları için rahim dışında oluşturulan) embriyolardan, kullanılmayanlarının imha edilmesi kanunlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde de embriyonun ziyan edilmesi söz konusudur. Bu nedenle doğal yolla oluşan, ya da üreme amaçlı olarak in vitro oluşturulan embriyonun ziyana yasal olarak müsaade edilirken, sadece bilimsel araştırma söz konusu olduğunda embriyoya hukuksal ve insani bir değer atfedilmesi bilim çevrelerinde yoğun olarak eleştiri konusu olmaktadır¹³.

Görüldüğü üzere kök hücre araştırmalarının meşruluğu konusunda modern dünya henüz net bir fikir birliğine varmış değildir.

II- GEN ARAŞTIRMALARININ HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

II. Dünya Savaşı sonrasında, özellikle Almanya'da yapılan tıbbi ve genetik araştırmaların insanlık dışı detaylarının ifşa olmasıyla birlikte, gen araştırmalarının kötüye kullanılmasını engellemek üzere etik kodların oluşturulması gereği ortaya çıkmıştır. Bu alandaki temel ilkeleri içeren

11 Tuğrul Katoğlu, "Türk hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi", AÜHFD, y. 2006, c.55, sa.1, ss.157-190, s.185.

12 Katoğlu, s.184.

13 Katoğlu, s.186.

uluslararası metinlerin kaleme alınması, kültürel çeşitlilik dolayısıyla oldukça güçtür¹⁴. Ancak uluslararası iletişim içerisinde birtakım temel ilkelerin bulunması ihtiyacı da açıktır.

Bu araştırmaların tamamen sınırsız bir özgürlük çerçevesinde yapılmasının, insanlık aleyhine korkunç bir sonuç doğurabileceği ihtimali, pek çok uluslararası kuruluşu harekete geçirmiştir. Bu konudaki önemli uluslararası belgeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

A- NUREMBERG İLKELERİ

Bu konuda atılan ilk somut adım 1947'de Amerikan Tıp Derneği tarafından yayınlanan Nuremberg İlkeleri'dir. Nazi Almanyası'nda tutuklular üzerinde yapılan deneylerin sorumluları Nuremberg Savaş Suçluları Mahkemesi'nde yargılandıkları sırada Amerikan Tıp Derneği insanlar üzerinde yapılacak her türlü tıbbi uygulamaya ilişkin genel ilkeler geliştirmiş ve bunları 1947 yılında yayınlamıştır¹⁵.

Nuremberg İlkeleri, temel olarak şu on prensibi içermektedir:

- Tıbbi araştırmada katılımcının gönüllü onayı mutlaka alınmalıdır.
- Araştırma toplum yararı için yapılıyor olmalı ve başka yöntem ve çalışma şekilleri ile ulaşılamayan sonuçlara yönelik olmalı, gelişigüzel ya da gereksiz olmamalıdır.
- Yapılan araştırma, hayvanlar üzerinde yapılan deneylere ve hastalığın bilinen seyrine dayanarak yapılmalıdır.
- Araştırma, katılımcıda hiçbir gereksiz fiziksel ya da mental soruna yol açmayacak şekilde düzenlenmelidir.
- Katılımcıda ölüm ya da kalıcı yaralanma gibi bir sonucun öngörüldüğü deneyler yapılmamalıdır (araştırmayı yapan doktorun kendisinin denek olarak katılması hali hariç olmak üzere).
- Araştırmanın getirdiği risk, sonucunun insanlığa sağlayacağı faydadan daha fazla olmamalıdır.
- Ölüm, sakatlık, yaralanma gibi haller için her türlü tedbir alınmalıdır.
- Araştırma bilimsel yeterlilik ve tecrübeye sahip kişiler tarafından yapılmalıdır.

14 Katoğlu, s.162.

15 Ashihan Tolun, Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik, Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, sa. 15, Ankara, Yeni Reform Matbaacılık, 2007, s. 1.

· Katılımcı, araştırmının devamının kendisi için mümkün olmadığı yönünde zihinsel ya da fiziksel bir karara varırsa, istediği zaman araştırmadan çıkabilmelidir.

· Araştırmayı yöneten kişi, denek için bir tehlike doğduğu takdirde araştırmayı derhal durdurmaya hazırlıklı olmalıdır.¹⁶

Nuremberg İlkeleri, temel olarak katılımcıların hakları ile ilgili prensiplerin çerçevesini oluşturmaya yönelmiş, uygulayıcıların yükümlülüklerine çok fazla değinmemiştir. Genel çerçeve niteliğindeki bu ilkeler, daha sonra gelen kapsamlı uluslararası belgelerin temelini oluşturmuştur.

B- HELSİNKİ DEKLARASYONU

Nuremberg İlkeleri'nin yayınlamasından sonra bu konuya ilişkin ilk kapsamlı belge Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi'dir. Bildirge ilk olarak 1964'te yayınlanmış, daha sonra 1975 (Japonya-Tokyo), 1983 (İtalya-Venedik), 1989 (Hong-Kong), 1996 (Güney Afrika), 2000 (İskoçya-Edinburgh), 2002 (ABD, Washington), 2004 (Japonya), 2008 (Güney Kore-Seul) toplantılarında yeniden değerlendirilmiş ve güncellenmiştir.¹⁷

“İnsan katılımcıların dahil olduğu tıbbi araştırmalarda etik ilkeler” alt başlığı altında yayınlanan bu bildirgenin giriş kısmında, bildirgenin temelde araştırmaların uygulayıcılarına, yani hekimlere yönelik olduğu, ancak araştırmaya katılan diğer kişilerin de bu ilkelerin benimsenmesi yönünde teşvik edilmesi öngörülmektedir. Ayrıca yine bir temel ilke olarak katılımcının menfaatinin her şeyden önce geleceği düzenlenmiştir.

Bildirgenin giriş kısmında md. 8'de bütün tıbbi uygulama ve araştırmaların risk ve sorumluluk içerdiği de kabul edilmiştir. Böylelikle hiçbir risk içermeyen bir araştırma ortamının yaratılmayacağı kabul edilerek, bu risklerin en aza indirgenmesi için gerekli tedbirler ve uygulanacak etik ilkeler sıralanmıştır.

Bildirgenin Temel İlkeler Bölümü md.15'te araştırmının, henüz başlamadan öce bağımsız bir etik kurulun onayına sunulması gerektiği, md.16'da katılımcıların korunmasının hekimin sorumluluğunda olduğu ve bunun aksi yönünde anlaşma yapılamayacağı, md. 17'de dezavantajlı ya da istismara açık (engelliler ya da çocuklar gibi) gruplar üzerinde

16 The Nuremberg Code, (çevrimiçi), http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/Nuremberg_Code.html, 19.07.2011.

17 World Medical Association Declaration of Helsinki, (çevrimiçi) <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/17c.pdf>, 01.06.2011.

yapılacak araştırmaların şartları, md.23'te kişisel bilgilerin korunması, md. 27-29'da muvafakat verme kabiliyeti olmayanlar üzerinde yapılacak araştırmaların şartları ile ilgili ilkeler açıklanmıştır. Bu ilkelerin daha sonra pozitif hukuk normları haline geldiğini görmekteyiz.

C- İNSAN GENOMU VE İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ

Bu bildirme, Unesco'nun 1997 tarihli toplantısında oybirliğiyle kabul edilmiřtir¹⁸. Özellikle gen araştırmaları hakkında olması bakımından önemlidir. Bildirgenin ilk bölümünde insan genomunun insanlığın ortak mirası olduğundan bahsedilmiş, insan onuruna vurgu yapılmış, insanın benzersizlik ve çeşitliliğine sayđı gösterilmesi gerektiği ve insan genomunun kazanç malzemesi olamayacağı belirtilmiştir.

Bireyin hakları bölümünde, daha önceki genel ilkelere ek olarak bireyin araştırma sonuçlarından bilgi sahibi olmak ve "olmamak" hakkına sayđı duyulması, genetik ayrımcılık yasağı, genetik verilerin gizliliğinin korunması, onam verme ve gizliliğin korunmasına ancak istisnai durumlarda ve yasa ile düzenlenmiş olmak şartıyla sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir.

"İnsan Genomu zerinde Araştırma" başlığı altında ise öncelikle gen araştırmalarının, insan hakları temel özgürlükler ve insan onurundan daha değerli olamayacağı vurgulanmıştır. Ardından da üreme amaçlı insan klonlamasının insan onurunun aykırı olduğu belirtilerek yasaklanmıştır. Bu bölümde genetik araştırmaların teşhis ve tedavi amaçlı olması gerektiği düzenlenmiştir.

D- AVRUPA KONSEYİ BİYOTİP SÖZLEŞMESİ

Gerek Nuremberg İlkeleri, gerekse Dnyasa Tıp Birliği'nin ve Unesco'nun bildireleri gen araştırmalarına ilişkin temel erveveyi çizmekle birlikte, tavsiye niteliğinde prensip kararlarıdır. Avrupa Konseyi Biyo Tıp Sözleşmesi ise, taraf devletler açısından bağlayıcı bir hukuk metni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sözleşme uzun bir müzakere sürecinden sonra 1997 yılında imzaya açılmış olup, tıp dünyasındaki pek çok önemli ve tartışmalı konuya ilişkin düzenleme iermektedir¹⁹. Öncelikle sözleşmenin başlangıç bl-

18 The Universal Declaration on The Human Genome And Human Rights, (evrimii) , <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990eo.pdf>, 01.06.2011.

19 Council Of Europe European Treaties Ets No. 164 Convention For The Protection of Human Rights And Dignity of The Human Being with Regard To The Application Of Biology And Medicine: Convention On Human Rights and Biomedicine, (evrimii)

münden itibaren yer verilen “insan onuru” kavramı, tıbbi araştırmaların hem temelini oluşturmakta, hem de sınırını belirlemektedir.

Sözleşmenin IV. bölümde “insan genomu” başlığı altında genetik ayrımcılık yasağı, genetik araştırmaların sadece sağlık ve sağlık amaçlı araştırma amacıyla, genetik müdahalelerin yalnızca “önleme, teşhis ve tedavi amacıyla” ve altsoyun genomunda değişiklik yapılması amacı taşımamak şartıyla yapılabileceğini, son olarak da cinsiyetle ilgili kalıtsal hastalıklar hariç olmak üzere doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme tekniklerinin kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle bilim dünyasının gündeminde olan pek çok etik tartışmada pozitif hukuk normu ile sınırlamalar getirmektedir.

Sözleşmenin “Bilimsel Araştırma” başlığı taşıyan V. bölümünde ise insan katılımcılar üzerinde bilimsel araştırma yapılabilmesi için gerekli şartlar sıralanmıştır. Buna göre insanlar üzerinde yapılacak tıbbi araştırmalar ancak aşağıdaki şartlar dahilinde yapılabilir:

- İnsanlar üzerinde yapılmasından başka bir aynı etkinlikte seçeneğin bulunmaması,

- Katılımcının maruz kalacağı tehlikenin araştırmadan beklenen yararlarla oransız olmaması,

- Projenin bilimsel değerinin bağımsız bir kurul tarafından onaylanmış olması,

- Üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmaları için, kanun tarafından öngörölen haklar ve güvenceler hakkında bilgilendirilmeleri,

- Katılımcının muvafakatinin açık ve belirgin şekilde verilmesi ve belgelendirilmiş olması, muvafakatın her zaman geri alınabilir olması.

Muvafakat etme kabiliyeti bulunmayanlar (çocuklar, engelliler gibi) üzerinde yapılacak araştırmada ise bu şartlara ilaveten;

- Araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan bir yarar sağlama beklentisinin olması,

- Muvafakat etme kabiliyeti olanlar üzerinde aynı etkinlikte bir araştırma yapma imkanının bulunmaması,

- İlgili kişinin itirazda bulunmaması,

· İlgili kişi yerine muvafakat etmek yetkisi bulunan kişinin yazılı onayının alınması,

· Araştırma, ilgili kişiye doğrudan fayda sağlamayacak ise araştırma konusu hastalıkla ilgili, aynı durumdaki kişilere yarar sağlaması beklenen önemli bir bilimsel gelişmeye katkı sağlaması ve ilgili kişi tarafından minimum tehlike ve külfet yaratması, şartları aranmaktadır.

Sözleşmenin 18. maddesinde “embriyonun korunması” ve “sadece araştırma amaçlı embriyo yaratılması yasağı” yer almaktadır.

Doktrinde embriyonun korunması, embriyoya saygılı, insan onuruna uygun, keyfilikten uzak bilimsel araştırma yapılması olarak tanımlanmaktadır²⁰.

Araştırma amaçlı embriyo oluşturulması yasağı ise doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüş bu düzenlemenin embriyonik kök hücre çalışmalarının tamamen yasaklanması anlamına geleceğini ve bilimsel açıdan kabulü imkansız olduğunu savunmuş, hatta bazı ülkeler sadece bu maddenin bilimsel araştırmaların önünde engel teşkil edebileceği düşüncesiyle sözleşmeyi imzalamamış ya da onaylamamıştır²¹. Bir diğer görüş, bu maddenin sadece klonlama yoluyla sağ ve tam insan meydana getirmeyi yasakladığını, dolayısıyla üremeye yönelik olmayan kök hücre çalışmalarının bu madde kapsamı dışında kaldığını savunmaktadır. Örneğin Hollanda kök hücre çalışmalarının sözleşmedeki yasağın kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle çalışmalara izin vermektedir²².

Son olarak sözleşmeye sonradan eklenen Ek Protokolle insan klonlaması yasağı getirilmiştir. Ek protokolün giriş kısmında insan kopyalamasının teknik açıdan mümkün olduğu belirtilmiş ve insanın genetik özdeşinin (klonunun) yaratılmasının insanı araçlaştıracığı ve insan onuruna aykırı olduğu, bu nedenle biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılması teşkil edeceği belirtilmiş ve Ek Protokol md. 1 ile klonlama açık bir şekilde yasaklanmıştır.

Birçok olumlu ve önemli düzenlemeyle birlikte, bu sözleşme bazı konularda sıkı yasaklar getirdiği için, bilimsel çalışmaların önüne set vuracağı eleştirilerine de maruz kalmaktadır²³.

20 Katoğlu, s.182.

21 Katoğlu, s.183.

22 Katoğlu, s.186.

23 Katoğlu, s.189.

Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi ve Ek Protokolü Türkiye tarafından imzalanmış, 2003 yılında TBMM tarafından onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Türkiye’de yapılacak genetik araştırma ve uygulamaların tamamı, bu sözleşmenin ön gördüğü tüm şartların sağlanması ile yapılabilecektir. Biyotıp Sözleşmesi’ne aykırı olarak yapılan araştırma ve uygulamalar hasız fiil ve suç teşkil edecek, uygulayıcıların hukuki ve cezai sorumluluklarını doğuracaktır. Sözleşmenin ülkemizde yürürlüğe girmesinden sonra, uygulamasıyla ilgili olarak 2005 yılında bir genelge yayınlanmış ve bu genelge çerçevesinde embriyonik kök hücre çalışmaları durdurulmuştur²⁴.

III- GEN ARAŞTIRMALARINDA ve GENETİK UYGULAMALARDA ETİK İLKELER

Yukarıda kısaca değindiğimiz uluslararası düzenlemelerin her biri, genetik araştırma ve uygulamalar için birtakım yükümlülükler ve sınırlamalar getirmektedir. Bu metinlerin tamamından yola çıkarak genetik araştırma ve uygulamalarda uygulanması gereken ilkeleri ve genel hatlarıyla şu şekilde özetleyebiliriz:

A- BİLGİLENDİRİLMİŞ ONAM

Modern dünyada hemen hemen tüm tıbbi uygulamalar içi aranan aydınlatılmış onam, genetik araştırma ve uygulamalarda farklı cepheleri de olan bir kavrama dönüşmektedir. Zira diğer tıbbi uygulamalarda, ilgili kişiye ya da yetkili temsilcisine, uygulanacak prosedür ve muhtemel riskler hakkında bilgi verilmektedir. Oysa ki genetik bir araştırmaya katılacak ilgili kişilere, sadece bu bilgilerin verilmesi yeterli değildir.

Genetik araştırmaya katılacak kişiye öncelikle genetik araştırma ya da uygulamanın amacı açıklanmalıdır. Araştırmanın hangi hedefe yöneldiği, bu hedefe ulaşırken hangi metotları izleyeceği ve araştırmadan beklenen faydalar konusunda katılımcı bilgilendirilmelidir. Ayrıca alınan genetik malzeme, başta açıklanan bu amaç dışında katılımcının izni alınmaksızın kesinlikle kullanılmamalıdır.

Ardından da katılımcıya muhtemel yarar ve riskler hakkında bilgi verilmelidir. Bu işlem herkesin anlayabileceği bir dille ve mümkün olduğu kadar teknik terimler kullanılmadan yapılmalıdır. Katılımcıya araştırma sırasında soruları olursa irtibat kurabileceği kişi ya da kurumların isimleri ve irtibat bilgileri de verilmelidir²⁵.

24 Katoğlu, s.186.

25 Tolun, s.3.

Ayrıca bilgilendirilmiş onamın Biyotıp Sözleşmesi'ne göre "açık", "belirgin" ve belgelendirilmiş olması gerekmektedir. Belgelendirme kavramından mutlaka yazılı olmak anlaşılmalıdır. Kanaatimizce metinde "yazılı" olmak şartının bulunmaması kasti bir tavır olup, yazılı şekilde muvafakat etmek imkanı bulunmayan kişiler için, diğer başka yöntemlerle de bunun belgelendirilmesi mümkün olabilir (örneğin video kaydı). Ancak elbette ki imkansızlık sözkonusu değilse, bu onamın yazılı şekilde alınması esastır ve ihtilaf halinde ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Bilgilendirilmiş onamla ilgili olarak iki önemli sorun karşımıza çıkmaktadır: Bunlardan ilki muvafakat etme kabiliyeti bulunmayan kişilerin onamının nasıl alınacağı sorunudur. Kişinin muvafakat etme kabiliyetini geçici ya da daimi olarak kaybetmesi mümkündür. Bu durumda onun yerine kanunen yetkili kılınan kişi ya da kurum bu onayı verecektir. Ancak bu kişiler üzerinde genetik araştırma yapılabilmesi için kanuni temsilcisinin onamı yeterli olmayıp ayrıca başkaca şartların varlığı aranmaktadır. Özellikle Biyotıp Sözleşmesi ile bu konuda oldukça ayrıntılı bir düzenleme getirilmiş, muvafakat yeteneği olmayanların, tıbbi araştırmalarda adeta "kayıp göze alınabilecek bir materyal" gibi kullanılmasının önüne geçmeye çalışılmıştır.

Buna göre öncelikle bu kişiler üzerinde yapılacak bir araştırma, muvafakat verme kabiliyeti olmayan kişileri üzerinde yapılamayacak nitelikte olmalıdır. Örneğin Down sendromunun tedavisine ilişkin bir genetik araştırmanın sağlıklı bir kişi üzerinde yapılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda zaruri olarak muvafakat edemeyecek durumda olan bu kişinin araştırmaya dahil edilmesi gerekmektedir.

Ayrıca araştırma sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde doğrudan bir fayda yaratmasının beklenmesi, yahut ilgili kişi üzerinde doğrudan fayda sağlamayacak ise sonucunun çok önemli bir bilimsel gelişme sağlayarak aynı durumdaki hastalara yarar sağlama amacı taşıması, ilgili kişiye ise asgari bir tehlike ve külfet getirmesi şarttır.

Diğer yandan sözleşme, muvafakat verme kabiliyeti olmayanlar yönünden açıkça, verilecek iznin yazılı olması şartını aramaktadır.

Bir diğer önemli sorun ise katılımcının onamı, istediği zaman geri alabilmesidir. Bu husus birçok uluslararası belgede mutlak olarak aranmaktadır. Araştırmadan çıkmak isteyen katılımcıya hiçbir maddi külfet yüklenmesi de mümkün değildir. Bu noktada genetik araştırma ve tedavilerin çok zahmetli ve masraflı süreçler olması karşısında, katılımcıların

kötü niyetli çabalarına karşılık araştırmanın korunması konusu gündeme gelmiştir. Gerçekten de oldukça uzun süreli ve masraflı bir araştırmanın sonuç evresinde, katılımcının araştırmadan çıkmak istemesi durumunda ne olacaktır? Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, katılımcının korunması kadar, yapılan araştırmanın da katılımcının kötü-niyetli girişimlerine karşı korunması gerektiği savunulmuştur. Kanaatimizce burada insanın önceliği ilkesi gereği ne olursa olsun katılımcının çıkma isteğine saygı duyulmalı ve katılımcının çıkma iradesinden sonra ona ait genetik malzeme kullanılmamalıdır. Elbette ki böyle bir sonuç katılımcının kötü niyetli olduğu durumlarda, örneğin kendisinin bir menfaati olmamasına rağmen, sadece yapılan araştırmaya zarar vermek kastıyla hareket etmesi halinde, bizi hakkaniyetli bir sonuca götürmeyecektir. Ancak diğer yandan kişilere istedikleri zaman muvafakatini geri almak imkanı tanınmadığı takdirde, katılımcıların artık zarar gördükleri bir araştırmada kalmaya mecbur edilmesi sonucu ile karşı karşıya kalınabilir. Ayrıca başta verilen onamın sonradan geri alınamayacak olması, kişilerin araştırmalara gönüllü olarak katılmalarının da önünde önemli bir engel olacaktır. Bu noktada belki bir çözüm önerisi olarak, katılımcının çıkma isteğinin tamamen kötüniyetli olduğunun anlaşılması halinde, araştırma için yapılan zorunlu masrafları tazmin etmek yükümlülüğü getirilmesi düşünülebilir. Ancak bu ihtimalde dahi, yükümlülük sadece tazminle sınırlı olmalı , onamını geri alan katılımcıya ait genetik malzeme artık kullanılmamalıdır. Zira kişinin hayatı ile ilgili son derece önemli bilgileri içeren bu malzeme, ancak onun rızasının varlığı halinde incelenebilmelidir.

B- SONUÇLARIN BİLDİRİLMESİ

Yapılan tıbbi araştırma ve uygulamanın sonuçları, katılımcılara bildirilmelidir. Ancak bu noktada, kişinin sonuçları bilmek hakkı gibi, ayrıca “bilmemek hakkı”nın da bulunduğu kabul edilmelidir. Risk altındaki bireyin tıbbi kontrol altına alınması şüphesiz faydalıdır. Ancak hastalık riskinin ortadan kaldırılamadığı durumlarda bu bilginin gerçekten kişiye faydası olacağı söylenebilir mi? Örneğin ailesinde Huntington hastalığı olduğunu öğrenen bir kişi hayatı boyunca bu hastalığa yakalanacağını bilerek yaşadığında, bu bilginin hastaya bir faydası olmayacaktır. Bu nedenle sonucu ne olursa olsun taşıdığı genetik bilgiyi öğrenmek bir yandan kişisel bir hakken, diğer yandan bilmemek hakkının ihlali olarak da görülebilir²⁶. Bu nedenle katılımcıya araştırma sonuçları hakkında bilgi almak isteyip istemediği, en başta onam formunda sorulmalıdır²⁷.

26 Metin, s.203.

27 Tolun, s.3.

Kimi yazarlar, araştırmanın sonucunun katılımcı açısından kişisel önem taşımaması halinde kişinin bu genetik bulguları öğrenmesinin şart olmadığı fikrini ileri sürmüştü de²⁸, kanaatimizce bu tür bir araştırma ya da uygulamanın konusu olan kişinin kendisini güvende hissetmesi açısından, sonuçları öğrenme hakkına istisna getirilmemeli, katılımcının iradesinin “bilmek” yönünde tezahür ettiği her durumda, öğrenmekte kişisel yararı olup olmadığı tartışılmaksızın, sonuçlar kendisine açıklanmalıdır.

C- GENETİK DANIŞMANLIK HİZMETİNİN SAĞLANMASI

Genetik araştırma ve uygulamalar gibi, günlük hayatta kişilerin bilgi sahibi olma ihtimali düşük olan bu teknik konularda, katılımcılara ücretsiz genetik danışmanlık hizmeti sağlanmalıdır. Genetik danışmanlık hizmetinin araştırma ekibinden olmaması dışarıdan bağımsız bir kişi olması gerekmektedir. Danışan, katılımcıyı sadece bilgilendirmeli, kesinlikle yönlendirme yapmamalıdır²⁹.

Ancak bu noktada önemli bir sıkıntı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; genetik danışmanlık hizmetinin katılımcıya, araştırmayı yapacak kurum ya da kişilerce sağlanması gerekmektedir. Şu halde dışarıdan da bulunsa, bu kişi, araştırma ekibi ile bağlantılı, kaçınılmaz olarak da bu ekiple maddi ilişki içerisinde olacaktır. Şu halde böyle bir danışmanlık hizmetinin tamamen bağımsız olabileceğinden bahsetmek oldukça güçtür.

Katılımcıya genetik danışmanlık sağlanması, aydınlatılmış onamın bir parçası olarak düşünülebilir ise de, ondan farklı olarak araştırma başında sağlanması yeterli değildir. Katılımcı, araştırmanın her safhasında, aklına takılan her hususta ücretsiz olarak bu hizmetten yararlanmalıdır.

D- GİZLİLİK

Genle ilgili bilgilerin, kişinin hayatında son derece önemli bir yeri olması sebebiyle, hem iş hayatını ve hem de özel hayatını doğrudan etkileyebilmesi mümkündür. Bu nedenle genetik araştırmada elde edilecek kişisel bilgilerin korunması büyük önem arz etmektedir.

Genetik araştırmalarda veriler, genel olarak elektronik bir veri tabanında paylaşılır ve erişim izni bulunan herkes tarafından görülür. Bu noktada genetik testlerin sonuçlarının gizliliği problemi ortaya çıkmak-

28 Bkz. Tolun, s.3.

29 Tolun, s.3.

tadır³⁰. Uygulamada araştırmacılar, katılımcının kişisel güvenliğinin sağlanabilmesi için, genetik malzemeyi kimlik bilgileri ile değil, verilen kodlarla kayıt altına almakta ve veri tabanına da bu kodlarla kaydetmektedirler.

Katılımcının genetik bilgileri kendisinin rızası olmadan aile bireylerine dahi verilmemelidir. Ancak bazı durumlarda bir kişinin genetik bilgisi, aile bireylerinin sağlını doğrudan etkiliyor olabilir. Örneğin baba üzerinde yapılan genetik araştırmada, kalıtım yoluyla çocuklara geçecek fakat tedavi edilebilir nitelikte bir hastalık saptanırsa, bu bilgi, çocuklarla paylaşılabilecek midir? Burada babanın tıbbi bilgilerinin gizliliğinin korunması hakkı ile çocuğun kendi hastalığı hakkında bilgi edinme hakkı arasında nasıl bir tercih yapılacaktır? Bu soruya cevap vermek oldukça güç görünmektedir.

E- KATILIMCININ ARAşTIRMAYA BAğLI GİDERLERİNİN KARşILANMASI

Genetik araştırmalarda katılımcıya maddi menfaat sağlanması etik olup olmadığı çokça tartışılan konulardan biridir. Bir taraftan kişinin böyle önemli bir kişisel bilgiyi üçüncü kilerle paylaşma riskini alması için, maddi bir teşvikin gerekli olduğu savulurken, diğer taraftan bu tür bir “teşvik”in insan geninin ticari kazanç vasıtası haline gelmesi sonucunu doğurabileceği ileri sürülmektedir.

Ancak katılımcının, araştırmaya katılmak için yapmak zorunda kaldığı masraflarının (örneğin ulaşım giderleri, ilaç masrafları, yahut işinden geri kalma durumu varsa bu süreye ilişkin kazanç kayıplarının) ödenmesi hususunda genel olarak bir uzlaşma olduğu söylenebilir³¹.

F- ETİK KRULDAN İZİN ALINMASI

Genetik araştırma için her ülkenin ulusal mevzuatında öngörülen etik kurullardan izin alınması gerekmektedir. Bu izin henüz araştırmaya başlanmadan önce alınmalıdır.

Etik kurulun kimlerden teşekkül etmesi gerektiği önemli konulardan biridir. Bu kurulda sadece tıpçıların ya da bilim adamlarının olması yeterli midir? Bu soruya genellikle tıpçıların ve hukukçuların farklı cevaplar vermekte olduğunu görüyoruz.

30 Metin, s.204-206.

31 Tolun, s.4

Son zamanlarda oluşan bir alan olarak “biyo etik uzmanları”nın da bu kurullarda görev alması gerektiği savunulmaktadır. Ancak öncelikle kimlerin biyo etik uzmanı olarak kabul edileceği belirsiz olduğu gibi, diğer yandan biyo etik uzmanlarının varlığının çözüme yönelik olmadığı ve durumu daha da karmaşıkleştirdiği eleştirileri yapılmaktadır³².

Türkiye’de tıp fakülteleri ve araştırma hastaneleri bünyesinde kurulan yerel etik kurullar bulunmaktadır. Halen eğitim hastanelerinde kırk, tıp fakültelerinde kırkbeş tane olmak üzere toplam seksenbeş yerel etik kurul mevcuttur³³. Son yıllarda üniversite etik kurulları da oluşturulmaya başlanmıştır. Ayrıca Sağlık Bakanlığı bünyesinde Merkezi Etik Kurul kurulmuştur. Bu kurulun oluşumu ve çalışma esasları yönetmeliklerle belirlenmektedir.

G- ARAŞTIRMA VE UYGULAMANIN ÖNLEME, TEŞHİS VE TEDAVİYE YÖNELİK OLMASI

Genetik tespitlerin, pek çok şekilde insan sağlığına hizmet dışındaki amaçlarla kullanılabileceğini belirtmiştik. Genetik veriler sosyal alanda, iş yaşamında, sigorta işlemleri alanında bazı genetik özelliklere sahip kişilerin avantajlı ya da dezavantajlı konuma getirilerek ayrımcılık yapılmasına hizmet edebilir. Örneğin bir hastalığı taşıdığı bilinen kişilerin işe alınmaması, yahut belli bir geni taşıyan kişilere hayat ya da sağlık sigortası yapılmaması gibi. Uluslararası belgelerde yer bulan “ayrımcılık yasağı” hiç kimsenin genetik bir özelliği dolayısıyla ayrımcılığa tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. İşte bilimin bu ayrımcılığa hizmet etmemesi için yapılacak uygulama ve araştırmaların sadece hastalıkları önleme, teşhis ve tedavi amacıyla yapılması öngörülmüştür. Genetik araştırma ve uygulamalar kesinlikle genetik ayrımcılık yapmaya, yahut da cinsiyete dayalı bebek seçimine hizmet amacıyla kullanılmamalıdır.

IV- GEN BİLİMİNİN KARANLIK YÜZÜ : ÖJENİZM

Öjenizm, kelime olarak “iyi gencilik” olarak tercüme edilebilir. Bu terim insan geninin iyileştirilmesi felsefesi olarak da tanımlanmaktadır.³⁴

32 İlke Bezen Aydoğdu/Nesrin Çobanoğlu, “Tıp Etiğinden Biyoetiğere İlerlerken Biyoetik Uzmanı: Sorun Kümesi mi Çözüm mü?”, Tıp Etiğinden Biyoetiğe, V. Tıp Kongresi, 13-15 Kasım 2008.

33 Murat Akova, “Bilimsel Araştırmaya Hazırlık Aşamasında Etik Kurul İşlemleri”, Ulakbim Ulusal Akademik Yayıncılık 2008 Yılı Toplantısı Sağlık Bilimleri Sunumları, (çevrimiçi) <http://www.ulakbim.gov.tr/cabim/vt/uvf/tip/sempozyum6/akova.pdf>, 19.07.2011.

34 Kırkbeşoğlu, s.33.

Öjenizm (eugenism) terimi ilk defa 19. yüzyılda Sir Francis Galton tarafında ortaya atılmıştır. Buna göre olumlu öjenizm bir türün kalıtsal özelliklerini “düzeltmek” amacıyla seçimli yetiştirme yapılmasını, olumsuz öjenizm ise istenmeyen özelliklere sahip türlerin (biyolojik alt sınıfların) üremelerinin sınırlandırılması yoluyla toplumdan sistemli olarak silinmesini ifade eder³⁵.

Bu felsefenin II. Dünya Savaşı Almanyası’nda ne tür sonuçlar doğurduğu herkesin malumudur. Amerika’da ise henüz II. Dünya Savaşı’ndan önce, zorla kısırlaştırma yasaları çıkartılmış ve pek çok kişi isteği dışında sterilizasyona tabi tutulmuştur. Bu alanda hukuk tarihine geçen önemli davalardan bir olarak Buck v. Bell davası karşımıza çıkmaktadır. Davada zeka geriliği olan bir anneden doğan ve kendisinde de zeka geriliği bulunan, ancak evlenme ehliyetine sahip Carry Buck’un mahkeme kararıyla ve iradesi dışında kısırlaştırılmasına karar verilmiştir. Gerekçeli kararda mahkeme başkanının hukuk tarihine geçecek önemli bir ifadesi yer almaktadır: “ Üç nesil embesil yeter!”.

Buck v. Bell davasında değerlendirmenin, engelli kişinin ya da doğacak çocuklarının menfaatleri yerine, toplumsal menfaatler, özellikle de ekonomik çıkarlar üzerinden yapıldığını görmekteyiz. Kararın dayandığı temel argüman, bu kişilerin çoğalmasının topluma hiçbir fayda sağlayamadığı gibi, bilakis bakımlarının toplum için büyük bir ekonomik yük olduğudur³⁶. Amerika dışında Kanada, İsveç, Norveç, Finlandiya ve İzlanda’da da bu tür zorunlu kısırlaştırma yasaları çıkarılıp uygulanmıştır³⁷.

Üreme hakkı, en temel insan haklarından biri olduğundan zorunlu sterilizasyon uygulamaları etik açıdan büyük eleştirilere maruz kalmıştır. Tam ehliyetsiz kişiler yönünden değerlendirildiğinde, bu kişilerin ebeveynlik yapabilme kabiliyetlerinin bulunmaması ve ebeveynlik duygusunun ayırdına varabilmeleri mümkün olmadığından, ayrıca doğabilecek çocukların, kendilerini tanıması dahi mümkün olmayan ebeveynlere sahip olması ihtimali düşünüldüğünde, hem çocuğun hem de engelli kişinin menfaati nazara alınarak, sterilizasyon makul görünebilir. Ancak kanaatimizce bu uygulama sadece tam ehliyetsizler yönünden sınırlı olarak değerlendirilmeli, geniş yorumlanmamalı ve adeta bir “genetik arındırma projesi” olarak uygulanmasına imkan verilmemelidir.

35 Metin, s.237.

36 Buck v. Bell Case, U.S.Supreme Court, 02.05.1927, full text, (çevrimiçi) <http://supreme.justia.com/ us/274/ 200/ case.html>, 01.06.2011.

37 Metin, s.238, 137 no.lu dn.

Eski öjenik felsefe, insanlar üzerinde istemedikleri deneylerin yapılması, beğenilmeyen genetik özelliklere sahip kişilerin sistemli olarak üremelerinin engellenmesi, bu kişilerin üzerlerinde iradeleri dışında genetik tedavi ve yöntemlerin uygulanması gibi faşist sonuçlar getirmiştir. Bir başka deyişle eski öjenik felsefede gen bilimi, faşizme hizmet için kullanılmıştır.

Yeni öjenizm tartışmalarında ise daha maddeci bir yaklaşımın varlığına şahit olmaktayız. Özellikle suni döllenme tekniklerinin gelişmesi sonucu, aileler “preimplantasyon tanısı” yöntemiyle özel niteliklerde çocuk sahibi olmak istemektedirler. Bazı aileler daha iyi genetik özelliklere sahip, örneğin daha uzun boylu, daha güzel, ya da daha zeki çocuk siparişi verirken, bazı ailelerin ise özellikle genetik bir bozukluğu taşıyan bebek talebinde buldukları görülmektedir (örneğin cüce bir çiftin, gen taraması yöntemiyle cüce bir çocuk sahibi olma talebinde bulunması gibi).

Doktrinindeki baskın görüş, çocuğun otonomluğuna saygı gereği bu tür özelliklerin önceden tayin edilmesini etik bulmazken, bir diğer görüş ise bunun normal hatta gerekli olduğunu savunmaktadır. Savulescu'nun “üremenin esenliği” olarak isimlendirdiği bu prensip çerçevesinde, ailelerin genetik donanımı en avantajlı çocuğa sahip olmaları amaçlanmaktadır³⁸.

Öncelikle “en iyi çocuğu seçmek” ödevi döllenmenin doğal seyrini göz ardı emekte, adeta tüm ebeveynlere laboratuvar ortamında ve tıbbi müdahale ile döllenme yükümü getirmektedir. Bu noktada bunun ekonomik ve sosyal yükleri bir tarafa, doğal yoldan döllenme imkanı olan kişileri, zorlu cerrahi uygulamaları, hormon tedavilerini vs. kabul etmeye mahkum etmektedir. Diğer yandan ceninlerine üstün genetik özellikler programlamaya mali imkanları yeterli olan ailelerin çocuklarına, diğer ailelerin çocuklarına nazaran çok büyük bir biyolojik avantaj sağlanmış olacaktır. Bu da “genetik alt sınıf” ve “genetik aristokrasi” oluşmasını kaçınılmaz kılacaktır³⁹.

Genetik tarama yoluyla yapılacak elemelerde esas olan ceninin yararı olmalıdır. Ceninin yararına olmayan talepler, çocuğunun otonomluğuna müdahale anlamına geleceğinden kabul edilmemelidir. Ayrıca tanı amacıyla embriyodan hücre alınması tıbben tamamen güvenli bir uygulama olmayıp, doğacak çocuk için önceden kestirilemeyen bazı riskler

38 Julian Savulescu, Guy Kahane, “The Moral Obligation To Create Children With The Best Chance Of The Best Life”, *Bioethics*, c.23, sa. 5, 2009, ss. 274-290, s. 275.

39 Metin, s.236.

taşımaktadır⁴⁰. Bu nedenle genetik tanı uygulamalarına, gerçek bir ihtiyacın sözkonusu olmadığı hallerde başvurulmaması daha uygun olacaktır. Ancak hemen belirtelim ki doğum öncesi testlerin sonucuna göre, ebeveynin sağlık gerekçesiyle kürtaja karar verme yetkisinin, çocuğun yaşam hakkıyla karşı karşıya geldiği, bu nedenle genetik taramaların engellilere yönelik bir ayrımcılık biçimi olduğu görüşü de doktrinde savunulmaktadır⁴¹.

“İsmarlama bebek” ile ilgili bir diğer tartışmalı konu ise bu durumun cenin dışında birinin sağlığına fayda sağlaması durumudur. Örneğin çocukları hasta olan bir ailenin, uygun doku bulunmadığı için, çocuklarına uygun dokuda bir bebek istemesi halinde bu talebe olumlu cevap verilebilecek midir? Zira burada sağlık amaçlı bir talep sözkonusudur, ancak sağlığı sözkonusu olan ceninin kendisi değildir. Bu uygulama halen pek çok Avrupa ülkesinde yasak olmakla birlikte, izin verilen ülkelerde de her bir uygulama için ülkenin en üst etik kurulundan izin alınması şartı getirilmiştir⁴².

Genetik uygulamalarla ilgili bir diğer tartışmalı konu, genetik tarama sonucu cinsiyet ayrımcılığı yaratılması ve seçici kürtaj uygulamalarıdır. Bu uygulamalarda aileler ya en başta gen taraması sonucu kendi istedikleri cinsiyette bir bebeğin döllemesini sağlamakta, yahut da gen testleri ile çocuğun cinsiyetini hamileliğin erken haftalarında öğrenmekte ve kendi istedikleri tercihe uyun olmaması halinde gebeliğe son vermektedirler.

Genetik uygulamalarla çocuğun cinsiyetinin önceden belirlenmesi ayrımcılık yasağına aykırı olduğu gibi nüfustaki doğal kadın-erkek dengesini bozarak sosyal yapıya zarar verebilir. Örneğin seçici kürtajın yoğun olarak uygulandığı Hindistan’da 2001 yılında yapılan nüfus sayımında ülkenin zengin kesimlerinde kız çocuk doğum oranında keskin bir düşüş olduğu tespit edilmiştir. Keza benzeri bir durum ailelerin tek çocuk sahibi olmalarına izin verilen Çin’de de karşımıza çıkmaktadır⁴³. Son yıllarda Hindistan’da gebelikte cinsiyet taraması yasaklanmış, ancak kadın için değil, koca ve uygulamayı yapan doktor için ceza öngörülmüştür⁴⁴.

40 Tolun, s.6.

41 Metin, s.206.

42 Tolun, s.6.

43 Metin, s.209.

44 Metin, s.211.

Seçici kürtajın hukuken yasaklanması önemli eleştirilere de maruz kalmaktadır. Hatta feministler arasında dahi bu durumun eleştirildiğini görmekteyiz. Liberal feministler, kız çocuklarının gen taraması yoluyla elenmesine karşı çıkmakla birlikte, devletin üreymeyle ilgili her türlü müdahalesinin zorlukla elde edilen üreme haklarına ve kürtaj hakkına darbe anlamına geleceğini, ayrıca ataerkil bir toplumda erkek çocuk doğurarak statü kazanabilecek bir kadının elinden bu hakkının alınmaması gerektiğini, bu nedenle cinsiyet seçiminin yasaklanmasının isabetli olmadığını savunmaktadırlar⁴⁵.

Kanaatimizce bu görüş kendi içinde bir paradoks yaratmaktadır. Zira bir taraftan kadının toplum içerisinde güçlenmesi amacıyla bahsedilmekte iken, diğer yandan bu gücün temin edilmesi için, -eninde sonunda kadın cinsinin aleyhine olduğu aşikar olan- kız çocuklarının dünyaya gelme hakkının engellenmesine izin verilmektedir. Ayrıca kadının toplumda kısmen de olsa daha iyi bir konum elde etmesinin, “kız çocuğu doğurmama” şartına bağlanmasının da zımni kabulü söz konusudur. Burada bireysel anlamda kadının sağlayacağı küçük bir faydaya karşılık, toplumsal anlamda kadın cinsiyetinin aşağılanmasına ve tedrici olarak azalmasına sebep olan bir uygulamanın meşrulaştırılması sözkonusu olacaktır. Buna karşılık kız çocuklarının doğmaması talebinin var olduğu bir toplumda, bir kadının sırf erkek çocuk doğurduğu için toplumda çok saygın ve etkin bir konuma geleceğine inanmak da fazla iyiniyetli bir düşünce olacaktır. Bu nedenle, cinsiyet seçimi ve buna bağlı kürtaj uygulamalarının yasak olmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, ailelerin erkek çocuk tercihine sebep olan sosyo-kültürel eğilimlerin eğitim yoluyla aşılması sağlanmadıkça cinsiyete dayalı kürtajın, sadece yasal düzenlemelerle engellenemeyeceğine ilişkin görüşlere de katılmaktayız⁴⁶.

Gen taraması sonucu cinsiyet seçimi her zaman sosyal bir tercih olarak karşımıza çıkmayabilir. Zira bazı genetik hastalıkların özellikle erkek çocuğuna genetik olarak aktarımı sözkonusu olup, bu nedenle bebeğin sağlıklı olarak dünyaya gelebilmesi için cinsiyet seçiminin zorunlu olduğu durumlar da varolabilir. Bu tür durumlarda tıbbi gereklilik sözkonusu olduğundan cinsiyet seçimine genellikle hukuken izin verildiğini görmekteyiz.

45 Metin, s.212.

46 Bu konudaki görüşler için bkz. Metin, s.212, 104 no.lu dn.

İngiltere’de 1990 tarihli “İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası” (The Human Fertilisation and Embryology Act) ile tıbbi nedenlerle yapılacak cinsiyet tercihi izin verilmiş, ancak sosyal nedenler ile yapılacak cinsiyet tercihi yasaklanmıştır⁴⁷. Ayrıca Uygulama Yönetmeliği’nde de sadece embriyo üzerinde müdahale ile değil, sperm ayırıştırması yoluyla da cinsiyet seçimi yasaklanmıştır⁴⁸.

Bu yasa İngiliz kamu oyunda oldukça tartışmalıdır. Örneğin 1999 yılında İngiliz bir ailenin yaptığı başvuru kamuoyunu uzun süre meşgul etmiştir. Beş çocuklu bir aile, tek kız çocukları olan Nicole’ü trafik kazasında kaybederler ve yeniden çocuk sahibi olmaya karar verirler. Hali hazırda dört erkek çocuk sahibi olan bu aile, embriyonik cinsiyet taraması ile çocuklarının kız olmasını sağlamak istemekte ve kaybettikleri Nicole’ün yerini almasını amaçlamaktadırlar. Bu konuda kliniklere yaptıkları başvurular yasal engeller nedeniyle reddedilmektedir. Bunun üzerine aile Nicole’ün fotoğrafı ile birlikte başvuruda bulunarak bahsi geçen yasanın yeniden değerlendirilmesini talep etmişlerse de, bu başvuruları olumlu bir sonuç vermemiştir⁴⁹. Ancak kamuoyunda “aile dengelemesi” kavramının çokça tartışılması ve bu amaçla yapılan cinsiyet seçimine olumlu bakılması sonucunu doğurmuştur.

Kanaatimizce bu tür duygusal talepler, her ne kadar “aile dengelemesi” gibi terimlerle rasyonalize edilmeye çalışılsa da, cinsiyet taraması gibi önemli bir konuda, geçerli bir ayırım sebebi olmamalıdır. Zira bu tür istisnaların kolayca cinsiyet ayrımcılığına açılan arka kapılar olarak kullanılması mümkündür.

Gelecek nesillerin biyo niteliklerinin önceden belirlenmesi ve altsoy- ların biyolojik koşullandırılması, bir nesilin kendisinden öncekilerin değerlendirmeleri doğrultusunda şekillenmesi, dolayısıyla bir “nesillerarası tiranlığın” oluşması sonucunu doğurabilecektir⁵⁰. Bu nedenle genetik araştırma ve uygulamaların, amaç yönünden kısıtlanmasına yönelik , önleme teşhis ve tedavi amaçlı olması şartının isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

47 Stephen Wilkinson, “Sexism, Sex Selection And Family Balancing” Medical Law Review, No:16, Oxford University Press, 2008, (çevrimiçi) <http://pol285.blog.gustavus.edu/files/2009/08/Wilkinson-Sexism-Sex-Selection-and-Family-Balancing.pdf>, 18.07.2011, s.4.

48 Wilkinson, s.5.

49 Wilkinson, s.7.

50 Katoglu, s.178.

SONUÇ

Gen bilimi pek çok hastalığın teşhis ve tedavisi için bize yeni kapılar açmaktadır. Hastalıkların genetik tanı yoluyla tespit edilmesi ve gen tedavisi yoluyla doğru genin hücreye verilerek hastalığın tedavi edilmesi, tıp tarihinde çığır açan önemli gelişmelerdir. Ancak bu çalışmaların henüz çok yeni olması karşısında gen tedavisine mesafeli yaklaşılmalı, düzeltilerek verilen genin hücrede bir başka bozukluğa sebep olabilmesi ihtimalinin henüz bertaraf edilemediği göz önünde tutulmalıdır.

Gen biliminin insanlığa hizmeti sadece hastalılarla sınırlı olarak da düşünülmemelidir. Örneğin DNA'dan kimlik tespiti yapılabilmesi ceza hukuk açısından, DNA incelemesi ile nesep bağının tespit edilmesi medeni hukuk açısından çok önemli gelişmelerdir.

Gen araştırmalarında insana hizmetin nerede başlayıp, nerede son bulduğu, araştırmada maddi çıkarların mı, yoksa katılanların çıkarlarının mı öncelikli olduğu her somut olayda farklı özellikler arzeden, her somut olayda cevabı değişebilen sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin gizliliğin korunması katılımcıyı korumayı amaçlarken, diğer yandan katılımcının aile bireylerinin kendi sağlıkları açısından hayati önemi haiz birtakım tehlikeleri bilmemeleri sonucunu doğurabilmektedir.

Gen araştırmaları insanlığın ortak faydasına büyük gelişmeleri bünyesinde barındırdığı gibi, II. Dünya Savaşı sırasında tecrübe edilmiş olduğu üzere insan eliyle insana zarara vermenin en tehlikeli ve en acımasız yöntemlerinden birine de dönüşebilir.

Keza gen biliminin sınırsız özgürlük alanı, kolaylıkla insanın metalaştırılması ve tıp bilimi yoluyla "genetik aristokrasi" ve "genetik alt sınıflar" yaratılması, yani kapitalizmin hizmetinde yeni bir öjenizmin yolunu da açabilir.

Bu nedenle, gen araştırmaları ve uygulamalarında, evrensel etik ilkelerin tespitinden, bütün zorluklara rağmen vazgeçilmemelidir. Elbette bilimsel gelişmelere paralel olarak bu ilkelerin zaman içerisinde birtakım değişikliklere uğraması mümkün ise de yine de evrensel kabul görmüş birtakım ilkelerin varlığına olan ihtiyaç bizce son bulmayacaktır. Bu ilkelerin tamamını kuşatan en temel kavram ise "insan onuru" olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan gen araştırmaları ve uygulamalarına ilişkin çok dar yasal çerçevelerin de, bazen somut olayda vicdanları ve adalet duygularını yaralayabilecek sonuçlar ortaya çıkarması mümkün olduğundan, bu husustaki kararlar, genel çerçeve yasalarla çizildikten sonra, kuruluşu ve yetkileri de yine yasa ile belirlenen etik kurullara bırakılabilir. Böylelikle her somut olayda, konunun özelliklerine ve tarafların konumlarına göre, daha adaletli, toplum vicdanını yaralamayacak, yahut insan onurunu zedelemeyecek sonuçlara ulaşılabilmesi ihtimali arttırılmış olacaktır.

Biyo etiğın temel ilkeleri olarak kabul edilen özerkliğe saygı, yararlılık, zarar vermeme ve adalet ilkeleri gen araştırmaları ve gen uygulamalarında da somut olayın özelliklerine göre uygulanmalıdır.

Ayrıca organ nakli, kök hücre çalışmaları gibi konulardaki mevzuattaki mevcut düzenlemeler, özellikle ilgili yönetmeliklerdeki ve TCK'daki hükümler, güncel tıbbi gelişmelere uygun olmalıdır. Yasal düzenlemelerde bir yandan insan onurunun korunması gözetilmeli, ancak diğer yandan tıp bilimin gelişmesinin önüne de engeller konulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Akova, Murat: "Bilimsel Araştırmaya Hazırlık Aşamasında Etik Kurul İşlemleri", Ulakbim Ulusal Akademik Yayıncılık 2008 Yılı Toplantısı Sağlık Bilimleri Sunumları, (çevrimiçi) <http://www.ulakbim.gov.tr/cabim/vt/uvt/tip/sempozyum6/akova.pdf>, 19.07.2011.

Aydoğdu, İlke Bezen/

Nesrin Çobanoğlu: "Tıp Etiğinden Biyoetiğe İlerlerken Biyoetik Uzmanı: Sorun Kümesi mi Çözüm mü?", Tıp Etiğinden Biyoetiğe, V. Tıp Kongresi, 13-15 Kasım 2008.

Buck v. Bell Case, U.S. Supreme Court, 02.05.1927, full text, (çevrimiçi) <http://supreme.justia.com/us/274/200/case.html>, 01.06.2011.

Büken, Nüket Örnek /

Nüket Yürür Kutlay: "Etikolegal Açıdan Genetik Araştırmalar", İKU Dergisi, Sa.22, 2009, (çevrimiçi) http://www.akademika.org/iku-dergisi/pdf/pdf_IKU_199.pdf, 14.06.2011.

"Gen Nedir": Realage Sağlık Ansiklopedisi, (çevrimiçi), http://www.realage.com.tr/v2/Gen-Nedir_4_70_3198.htm, 16.06.2011.

Katoğlu, Tuğrul: "Türk hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi", AÜHFD, y. 2006, c.55, sa.1, ss.157-190.

Kırkbeşoğlu, Nagehan: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat, 2006.

Metin, Sevtap: Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, Oniki Levha, 2010.

Sass, Hans-Martin: "Genetik Tarama ve Hasta Bilgilendirmesinde Biyoetik Sorunlar", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi, c.12, sa.1, 2004.

Savulescu, Julian,

Guy Kahane: "The Moral Obligation To Create Children With The Best Chance Of The Best Life", *Bioethics*, c.23, sa. 5, 2009, ss. 274-290, (çevrimiçi) <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2008.00687.x/pdf>, 18.07.2011.

Tolun, Aslıhan: *Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik*, Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, sa. 15, Ankara, Yeni Reform Matbaacılık, 2007.

Unesco Türkiye Milli

Komisyonu: *Klonlama ve Biyoetik*, Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara, Unesco, 2005.

Wilkinson, Stephen: "Sexism, Sex Selection And Family Balancing" *Medical Law Review*, No:16, Oxford University Press, 2008, (çevrimiçi) <http://pol285.blog.gustavus.edu/files/2009/08/Wilkinson-Sexism-Sex-Selection-and-Family-Balancing.pdf>, 18.07.2011.

Council Of Europe European Treaties Ets No. 164 Convention For The Protection of Human Rights And Dignity of The Human Being with Regard To The Application Of Biology And Medicine: *Convention On Human Rights and Biomedicine*, (çevrimiçi) <http://www.bioethicsanddisability.org/council.htm>, 12.04.2011.

The Nuremberg Code, (çevrimiçi), http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/Nuremberg_Code.html, 19.07.2011.

The Universal Declaration on The Human Genome And Human Rights Declaration, (çevrimiçi), <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990eo.pdf>

World Medical Association Declaration of Helsinki, (çevrimiçi) <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/17c.pdf>, 01.06.2011.

KADIN VÜCUDU VE ETİK SORUNLAR

Müge ÜREM¹

I. Temel Kavramlar

A. Değer, Ahlak, Etik Kavramları

Değer, ahlak ve etik kavramlarının çoğu zaman birbirini yerine kullanılabilir kavramlar olduğundan öncelikle bu kavramlar arasında ne tür farklar olduğunu incelemekte fayda olacaktır.

Değer (*value*), kıymet, erdem, iyilik, güzellik, arzu edilen anlamına gelmektedir; örneğin, düzgün olma, verimli olma, doğruluk, merhamet duyma gibi². Ahlak (*morals-morality*) ise gelişen, aktarılan, öğrenilen insan davranışlarında neyin iyi ya da doğru olduğuna yönelik geleneksel inançlardır³; dolayısıyla aynı toplum içinde yaşayan gruplar ve hatta bireyler arasında dahi farklılık gösterebilir. Etik (*ethics*), ahlaki eylemin bilimidir⁴ ve felsefenin, doğru ya da iyi davranışa ilişkin genel ilkelere gerekçeleri ve bunları doğası üzerine çalışan bir dalını ifade eder⁵. Başka bir ifadeyle, iyi ve doğru kavramlarının ne olduğunu, mutlak iyi, mutlak doğru olup olmadığını ve bunlara ulaşmanın mümkün olup olmadığını araştıran zihinsel çaba olarak da tanımlanabilir⁶. Etik değerler dürüstlük, yardımseverlik, doğruluk, adaletli olmak, sadakat, yalan söylememek, cana kıymamak gibi dünyanın her yerinde genel geçer olan değerler olduğundan toplumdan topluma fark göstermezler. Bu sebeple de denilebilir ki, etik değerler ortaktır ve kişiler arasında çok büyük farklılıklar bulunmaz⁷.

1 Araş. Gör. (Maltepe Ün. Hukuk Fak), İstanbul Ün. Hukuk Fak. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi.

2 Barry R. Furrow, Thomas L. Greaney, Sandra H. Johnson, Timothy Stoltzfus Jost, Robert L. Schwartz, *Bioethics: Health Care Law and Ethics*, USA, Thomson/West Publishing, 2004, s. 2.

3 Furrow/Greaney/Johnson/Jost/Schwartz, a.g.e., s. 2.

4 Annemaria Pieper, *Etige Giriş*, Çev. Veysel Atayman, Gönül Özen Sezer, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 22.

5 Furrow/Greaney/Johnson/Jost/Schwartz, a.g.e., s. 2.

6 Berna Arda, Serap Şahinoğlu Pelin, "Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları", Ankara, Ankara Tıp Mecmuası, 1995, s. 48, s. 313.

7 Erdem Aydın, *Tıp Etiği*, Ankara, Güneş Kitabevi, 2006, s. 2.

Etik çalışma disiplininin amacı ahlaki davranışın yapısını ve farklılıklarını bulmaktır. Ahlak ve etik, insanın karakter özelliklerini, tutum ve davranışlarını incelemek ve bunları geliştirip mükemmelleştirmek gibi ortak bir amacı haiz olduğundan, bu iki kavramın çoğu kez aynı manada kullanıldığı görülür⁸.

B. Biyoetik

Biyetik, sözlük anlamı itibariyle “Sağlık alanına yönelik etkinlikler ve canlı organizma üzerinde yapılan çalışmalarda ortaya çıkan değer sorunlarının konu edildiği, tartışıldığı, araştırıldığı disiplinler arası alan.” demektir⁹.

Günümüze kadar geliştirilmiş olan tüm etik teorilerde, başlıca üç sorun çözümlenmeye çalışılmıştır. Bunlar; iyi veya en yüksek iyi sorunu, doğru eylem sorunu ve irade özgürlüğü sorunu olarak sıralanabilir¹⁰. Biyotıp etiği de kendine özgü ilkeleri kabul ederek hareket etmektedir. Biyoetik disiplin alanının kendine özgü ilkeleri özellikle tıp etiğine dayanmaktadır. Biyoetiğin alt dalı olan tıp etiği ise tedavi edici hekimlik, temel tıp bilimleri, her türlü tıp araştırmaları, halk sağlığı gibi temel yönleri içinde yaşayan değer sorunlarının ele alındığı alandır¹¹. Amniyosentez sonucu ya da radyolojik tanı yöntemleri ile gebeliğe son vermek, yaşam desteği sorunu, yapay döllenenme ve genetik araştırmaların gelişmesinden doğan öjeni sorunu tıp etiğinin başlıca sorunlarından. Tıp etiğinin temel ilkeleri, dürüstlük ilkesi, yaşama saygı ilkesi, zarar vermeme ilkesi, adalet ilkesi, özerklik ilkesi ve yasallık ilkesidir¹².

Günümüzde biyoetiğin başlıca ise sorunları şöyle sıralanabilir: Kürtaj, ötenazi, kalıtım malzemesinin seçimi, insan üzerindeki deneyler, organ nakli, bilgilendirme yükümlülüğü, etik kurullar ve tıbbi kaynakların dağıtımındaki adalet¹³. Biyoetiğin konusu sadece tıp etiğinin konusu olan insan hayatı değil, mevcut tüm organizmaların hayatıdır¹⁴. Biyoetik, insan hayatının, özgürlüğünün ve onurunun, bilimsel araştırmalarda, sonuçları tahmin edilemeyen modern teknolojiler dolayısıyla tehlikeye

8 Yeşim Işıl Ülman, “Etik, Biyoetik, Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar”, İstanbul, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2010, s. 1.

9 (Çevrimiçi), <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 20.05.2011.

10 Doğan Özlem, Etik Ahlak Felsefesi, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2004, s. 30.

11 Yaman Örs, “Tıbbi Etik ve Etik Kurulları”, Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi, C. 4, S. 1., 1996, s. 1.

12 Arda, Şahinoğlu, a.g.m., s. 329 vd.

13 Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, XII. Levha Yayıncılık, 2010, s. 2.

14 Yaman Örs, “Biyo-tıp Etiği ve Felsefenin Sınırları”, Etik ve Meslek Etikleri, Ed. Harun Tepe, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2000, s. 54; Pieper, a.g.e., s. 88.

girdiği her durumda gereklidir. Teknoloji sayesinde mümkün olanın peşine takılıp sorumsuzca davranmak yerine, genelin çıkarını dikkate alarak teknolojik müdahalenin sınırlarının çizilmesi şarttır¹⁵.

II. Kadın Vücudu ve Etik

Kadın ve erkeğin biyolojik farklılıkları, yani kadının fizyolojine bağlı olarak ortaya çıkan gebelik ya da doğum süreçleri, doğurganlığın sona ermesiyle ortaya çıkan yeni dönem ya da menopoz gibi süreçler, kadınların kendilerine özgü sağlık sorunlarıyla karşılaşmasının temelidir¹⁶. Çalışmamız kapsamını teşkil eden, kadının kendi vücudu ve taşıdığı embriyo¹⁷ üzerindeki söz hakkı biyoetiğin en ilgi çeken sorunlarından biridir.

A. Kızlık Zarı Muayenesi

Gelişmiş ülkelerde kadının toplumsal statüsü ve dolayısıyla sağlık düzeyi yüksek iken, gelişmekte olan ya da az gelişmiş toplumlarda bu oranın genellikle düşük olduğu görülür. Bu tür ülkelerde kadın-erkek arasında eğitim, ekonomi, sağlık, politika ve de özellikle cinsiyet hususundaki ayrımcılık belirgindir.

Cinsiyet ayrımcılığının yarattığı sorunlardan birisi olan ve erkek-egemen toplumlarda erkeklerin, kadınların bedenlerini ve yaşamlarını kontrol etmek ve baskı altına almak için kullandıkları bir araç olan kızlık zarı muayenesi, başka bir ifadeyle bekâret kontrolü ya da evlenme muayenesi talebi, özellikle ülkemizde hekimlerin çok sık karşılaştıkları bir durumdur¹⁸. Burada hekimlere adeta bir bilirkişilik görevi yüklenmekte

15 Pieper, a.g.e., s. 89.

16 Serap Şahinoğlu, Yaman Örs, Kadın Sağlığında Tıbbi Etik Sorunları, (Çevrimiçi) http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kadin_sagliginda_tibbi_etik.pdf, 19.05.2011.

17 Embriyo nedir? Embriyo için Belçika, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg gibi ülkelerde kanuni tanımlama yapılmazken, Avusturya hukuku, gelişmeye elverişli hücrelerin oluşturduğu hücreleri, Alman Hukuku pronükleinin kaynaştığı andan itibaren oluşan ve gelişmeye elverişli döllenmiş hücreleri, İngiliz Hukuku ise döllenme anını tamamlamış yaşayan embriyoları embriyo olarak nitelendirmiştir. İspanyol Hukukunda pre-embriyo, embriyo, fetüs için farklı tanımlar verilmektedir. Bkz. F. Shenfield, G. Pennings, C. Sureau, J. Cohen, P. Devroey, B. Tarlatzis, "The Moral status of the Pre-Implantation Embryo", Human Reproduction Vol. 16, No. 5, London, European Society of Human Reproduction and Embryology, 2001, s. 1047. Biz çalışmamızda fetüs ve embriyo kavramını birbiri yerine kullanacağız.

18 Kızlık zarı muayenesinin genel gerekçeleri şunlardır: Evlilik öncesi bekâreti belgelemek, fiziksel travmaya uğrayan kadınların, sıklıkla ailelerinin zorlamasıyla, bekâretlerinin olup olmadığının belgelenmesi, ilk gece sonrasında bekâretinden şüphe edilen kadının bakire olup olmadığının saptanması. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Elif Gürsoy, "Kızlık Zarı Muayenesi/Bekâret Denetimi", (Çevrimiçi) http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kizlik_muayenesi.pdf, 30.05.2011; Elif Gürsoy, "Gebe

ve hekimden, kadının bundan evvel bir cinsel ilişkiye girip girmediğinin denetimi beklenmektedir¹⁹.

Ülkemizde bekâretin toplumsal anlamı cinsiyete göre farklılık göstermektedir. Kadın için bakire olmak namuslu olmanın bir göstergesi iken, erkek için bakir olmak özel bir anlam taşımamaktadır. Bu ataerkil aile yapısının kadına ve erkeğe bir öğretisidir²⁰. Kızlık zarı muayenesi ile kadının namuslu olması ya da onurlu davranması gibi ahlaki davranış ve tutumların kızlık zarının var olup olmaması ile belirlenebileceği düşünüldüğünden, kadının doğuştan gelen bu özelliği diğer özelliklerinin yanında daha ayrı bir önem taşımaktadır²¹. Günümüzde kızlık zarına verilen önemin yitirildiği düşünülse de, son yıllarda yaşanan namus cinayetleri ya da genç kadınların maruz kaldıkları bu muayene sebebiyle intihara kalkışmaları, konunun önemini yitirmediğini göstermektedir. Örneğin, Türk Tabipler Birliği tarafından “Kızlık Zarı Bakışına Yaklaşım” konulu çalışmaya katılan jinekologlar, yüzde elli oranında kızlık zarı muayenesini yaptıklarını belirtmişlerdir²².

Biyoetik bakımından bir insana herhangi bir incelemenin yapılabilmesi için kişinin buna ilişkin rıza göstermiş olması aranır. Ancak kadının bu muayeneye rıza göstermiş olması durumunda bile onun bu konudaki özgürlüğü tartışmalıdır. Dolayısıyla kızlık zarı muayenesinde hekime getirilen kadının iradesinde özgür olduğundan bahsetmek gerçekçi değildir²³.

Kızlık zarı muayenesinin evlenme muayenesi olarak anılmasından bahisle evlenmek için gerekli koşulların sayıldığı mevzuata değinmek yerinde olacaktır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁴ m. 136 gereğince nikâh işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporu gereklidir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu²⁵ m. 122’de evlenecek erkek ve kadınların evlenme-

ve Jinekoloji Polikliniklerinde Çalışan Ebe ve Hemşirelerin Kızlık Zarı Muayenesine İlişkin Görüş ve Yaklaşımları”, Hacettepe Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Bilim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 1999, s. 14.

19 Şahinoğlu, Örs, a.g.m., s. 5.

20 Ebru Çevik, Ayşe Tapucu, Şahin Aksoy, “Toplumsal ve Etik Bir Sorun Olarak Kızlık Zarı İncelemesi”, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, Ankara, 2003, s. 172.

21 Serap Şahinoğlu Pelin, “The Question of Virginity Testing in Turkey”, Bioethics, Vol. 13, pp. 256-261, July 1999, s. 5.

22 Gürsoy, a.g.t., s. 19 vd.

23 Şahinoğlu, Örs, a.g.m., s. 6.

24 8.12.2001 tarihli, 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

25 6.5. 1930 tarihli, 1489 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

den evvel tıbbi muayeneye tabi olduğu, m. 123 ve 124'te ise evlenmeye engel hastalıklar sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, bu kanun uyarınca kabul edilen Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamesi²⁶ ve Evlendirme Yönetmeliği²⁷ incelendiğinde kızlık zarı muayenesinin evlenme muayenesine dâhil olduğu belirtilmemiştir. Çoğu zaman istememesine rağmen bu muayeneyi yapmak zorunda kalan hekimin, gerek tıp eğitiminde gerek kadın doğum ya da adli tıp hekimliği gibi konuyla ilintili alanlardaki eğitimlerinde yasal mevzuat hakkında bilgilendirilmesi yerinde olacak, böylece hekimin yanlış uygulamaları en aza indirilmiş olacaktır²⁸.

Ailenin ya da erkeğin, kadına fiziki ya da psikolojik zorlamasıyla, kadının rızası dışında yaptırdıkları kızlık zarı muayeneleri özellikle genç kızlarda psikolojik sorunlara da yol açabildiği gibi aynı zamanda kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa m. 17/2 uyarınca; *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz."* Yine m. 20/1 uyarınca; *"Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."*

Kızlık zarı muayenesi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden, kadınlara karşı her türlü ayrımcı uygulama yapılmamasını ve kamu yetkililerinin bu yükümlülüğüne uygun davranmalarını öngören Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi²⁹ ve Birleşmiş Milletler Pekin Deklarasyonu³⁰ hükümlerine ve Birleşmiş Milletler'in İnsan Hakları Evrensel Bildirisi³¹ m. 5; *"Hiç kimse işkenceye, zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara ve muamelelere tabi tutulamaz."* ve m. 12; *"Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışamaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır."* hükümlerine de aykırı bir uygulamadır. Görüldüğü

26 21.9.1931 tarihli, 1904 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

27 07.11.1985 tarihli, 18921 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

28 Şahinoğlu, Örs, a.g.m., s. 6.

29 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye Cumhuriyeti tarafından Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış, 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

30 Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararıyla bir taahhütler konferansı olarak planlanan IV. Dünya Kadın Konferansı'nda 4-15.9.1995 tarihleri arasında imzaya sunulmuş ve Türkiye tarafından da imzalanmıştır.

31 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş; Türkiye Cumhuriyeti tarafından 6366 Sayılı Onay Kanunu ile kabul edilmiş ve 19.3.1954 tarihli, 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

üzere bir kişinin kendi istemi dışında kızlık zarı muayenesine tabi tutulması etik bakımından uygun olmadığı gibi hukuki de değildir.

Kızlık zarı muayenesi, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye indirgenğinde hekimin bu muayeneyi yapmasının ya da yapmamasının ülkemizde “kültürel tıp etiği sorunu” olarak karşımıza çıktığını görürüz³². Türk Tabipler Birliği Etik Kurulu’nun 20.06.2009 tarihinde Türk Tabipleri Birliği II. Etik Bildirgeler Çalıştayında kabul edilen “*Türk Tabipleri Birliği Kızlık Zarı Kontrolü ve Onarımında Hekim Tutumu Bildirgesi*”nde kızlık zarı muayenesinin, rutin ya da sağlık sorununa bağlı tıbbi muayenenin bir parçası olmadığı, bunun kadının cinsel kimliğine bir saldırı olduğu, hekimin sağlık hizmeti sunulan kişi ya da yakınlarından gelecek talepleri bilimsel bilgiye uyumluluğu temelinde değerlendirerek geri çevirme hakkına sahip olduğu, adli durumlar hariç olmak üzere hekimin bu muayeneyi raporlandırmaması gerektiği belirtilmiştir³³. Ayrıca, çoğu zaman başka bir kimsenin fiziki ya da psikolojik zorlaması ve toplumsal baskı sonucunda kadının, kendi rızasıyla bu muayeneyi ya da onarımı talep etmesi durumunda dâhi hekimin kadını aydınlatarak işlemleri reddetmesinin hekimin etik sorumluluğunda bulunduğu da ifade edilmiştir.

Ülkemizde birçok genç kız, halen toplumumuzda kabul gören genel ahlak ve namus anlayışından kaynaklanan kızlık zarı muayenesi talebiyle karşı karşıya kalabilmekte, ancak bu talep etik ve psikolojik yönü ile toplumun bazı kesimleri tarafından kanıksanmış olan bir uygulama olarak varlığını sürdürmektedir. Bu muayene ile kadının pek çok yönden olumsuz etkileneceği göz ardı edilirken tıbbi etik ilkelerinden olan zarar vermeme, özerkliğe saygı, gizlilik, adalet ilkeleri de ihlâl edilmektedir.

Muayeneye özellikle gelişme çağındaki kızların getirildiği düşünülürse, cinsel olgunluğun başladığı dönemde yaşanacak travma kişinin tüm hayatına tesir edecek ve hatta zaman zaman bu işlem kişiyi intihara kadar götürecektir. Kızlık zarı muayenesi, adli durumlar haricinde hiçbir hukukî dayanağa sahip olmadığı gibi aynı zamanda kadının kendi bedeni üzerinde söz hakkını ortadan kaldıran fiziksel ve psiko-sosyal bakımdan kadına uygulanan bir şiddettir.

Kızlık zarı muayenesinde kadına biyolojik bir varlık olarak yaklaşmakta, kadının duygu, düşünce ve değer yargıları göz ardı edilmektedir. Hâlbuki bu muayeneye tabi tutulan kadının ileriki dönemlerde gerekli

32 Şahinoğlu, Örs, a.g.m., s. 5.

33 Kanımızca, bunun bir hak değil bir yükümlülük olduğunun kabulü etik bakımdan en uygun çözüm olacaktır.

olabilecek jinekolojik muayenelerden kaçtığı ya da ileriki cinsel yaşantısının olumsuz etkilendiğine yönelik araştırmalar mevcuttur. Pek çok zararı içerisinde bulunduran bir muayenenin, amacı hastalıkları tedavi etmek, sağlığı korumak ve geliştirmek olan sağlık hizmetlerinin temel felsefesine, yani zarar vermeme ilkesine aykırı olduğu alenidir. Özerkliğe saygı ilkesinde, bireyin kendi ile ilgili kararları verme hakkının kendisine ait olması kabul edildiğinden, bu noktada da kızkılık zarı muayenesinde kadının kendi özerk iradesinden bahsetmek zor olacaktır. Çünkü bu noktada özerklik kadına değil, topluma aittir. Özellikle adli vakalarda kadın ifadesini ispatlamak için bu uygulamaya rıza gösterir. İşte bu noktada kadının iradesinin özgünlüğü şüphelidir. Gizlilik ilkesi bakımından konun ele alındığında, kızkılık zarı muayenesini yapan hekimler ve orada bulunan sağlık personelinin bu bilgiyi ilgili kurum ya da kişiler dışında kimseye paylaşmamasını gerektirir. Muayene neticesinde elde edilen verilerin başkalarına açıklanması sır saklama ilkesinin ihlâlüne sebep olur. Bu noktada düşünülmesi gereken şudur: Hekimin, kadını töre cinayetlerinden korumak için bu muayeneyi yapması düşüncesinde kadını daha büyük bir zarardan korumak için bu ilkenin ihlâlini haklı gösterebileceğidir. Ancak aksı olduğunda, kadının bakire olmaması halinde kadını yine ölüme itmek olasılığı bulunmaktadır. Kızkılık zarı muayenesinin bir sağlık hizmeti olduğu kabul edilse bile, adalet ilkesinde ihtiyacı olana ihtiyacı kadar sağlık hizmeti götürmek üzerinde durulmaktayken bu muayeneye kadının ihtiyacı olduğu söylenemez³⁴.

B. Sezaryen Reddi

Gebe kadının normal ya da müdahaleli doğum değil de karın boşluğunun cerrahi yoldan açılarak doğurtulması işlemine sezaryen denir. Günümüzde anne ve bebek hayatının tehlikeye girdiği durumlarda sezaryen uygulamaları yapılarak hem anne ve bebeğin hayatı kurtarılabilir hale gelmiş hem de sakat doğum riskini azaltılabilmektedir.

Tıbbi endikasyon olmadan uygulanan sezaryenlerin etik boyutunun tartışılmasının yanı sıra, tüm tıbbi girişimler gibi sezaryende de insan yaşamı için kritik bir girişim yapıldığından bu girişimin sadece tıbbi endikasyonlar doğrultusunda uygulanması tıbbi etik bakımından önem taşımaktadır. Endikasyon olduğu durumlarda annenin sezaryen uygulamasını reddetmesinin etik boyutu incelendiğinde, fetüsün hakları ile gebe annenin özerkliğinin ve dokunulmazlığının çatıştığı görülür. Hekimin anne adayına sezaryeni önerdiği durumlarda “hastanın yeterliliği”

34 Çevik/Tapucu/Aksoy, a.g.m., s. 175 vd.

kavramı üzerinde durulmalıdır. Yeterli kişi, yaşamını kontrol edebilen ve yaşamı ile ilgili kararları verebilen dolayısıyla onamı veya reddi geçerli kabul edilen kimsedir³⁵.

Sezaryen reddi, anne adayının ya da bebeğin içinde bulunduğu özel durumunun elverdiği ölçüde ahlaken müsaade edilebilmelidir. Anne adayının, bikini giydiğinde vücudunda bir dikiş izini görmek istememesi dolayısıyla ya da dini ya da kültürel inançlarından dolayı sezaryen reddi ve çocuğun hayatını tehlikeye atması haklı görülemez. Genellikle hekimler, eğer annenin faydasına olmayacaksa ve anne adayının buna dair iradesini gösterecek ehliyeteye sahip olmadığı düşünülüyorsa sezaryen reddini önemsemeyiz. Örneğin 1997 yılında İngiltere’de hekimler bir anne adayına, normal doğum ile bebeğin doğması halinde bebeğin ölebileceği ya da beyin hasarının oluşabileceği sebebiyle sezaryen girişimini önermiş fakat anne adayını fobisi yüzünden sezaryeni reddettiğini, sonra kabul ettiğini, sonra tekrar reddettiğini söylemesi üzerine hekimler anne adayının bu kararı vermede “yeterli” olmadığına kanaat getirip mahkemeye başvurmuşlardır. Mahkeme ise “yeterli” anne adayının, kendisinin veya bebeğin hayatını ya da sağlığını riske atmadığı sürece sezaryeni reddedebileceğine karar vermişlerdir³⁶.

C. Sterilizasyon (Döllenme Yeteneğinden Mahrumiyet)

Tıp bilminde tubal sterilizasyon ya da Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te³⁷ anılan tabiriyle kadınlarda tüp ligasyonu, halk arasında kısırlaştırma ya da döllenme yeteneğinden mahrumiyet olarak anılan sterilizasyon, kadın üreme organlarında spermle yumurtanın buluşmasını engellemek için geliştirilen cerrahi bir yöntemdir.

Modern çağda doğum kontrolünü bir insan hakkı olarak görülmeye başlanması ve sıkça yapılan düşük ya da aşırı doğurganlık ile sağlık ve refah arasındaki ilişkinin iyi anlaşılması sonucunda uygun tedavilerin ya da teknolojinin araştırılmasına ve geliştirilmesine başlanmıştır.

Sterilizasyon, kalıcı bir yöntemdir ve bu sebeple ailesini tamamlamış kadınlara uygulanması gerekir. Aksi halde genç yaşlarda sterilizasyon yöntemine başvuran kişilerde, tekrar evlenme ya da mevcut ço-

35 Adnan Ataç, Tolga Güven, Remzi Gülsoy, “Sezaryen Reddine Etik Açıdan Bakış”, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 12, Ankara, 2004, s. 270 vd.

36 Helga Kuhse, Peter Singer, A Companion to Bioethics, Singapore, Blackwell Publishing Ltd., 2009, s. 155.

37 18.12.1983 tarihli, 18225 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

cuğu ölümü neticesinde tekrar çocuk sahibi olma isteği pişmanlık nedeni olabilmektedir³⁸.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un³⁹ 4. maddesinde sterilizasyonun, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale olduğu ve sterilizasyon ameliyatının, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı; 6. maddede ise sterilizasyon talebinde bulunan kadının evli olması halinde eşinin de rızasının gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca kanunun 2. maddesinde sterilizasyonun, devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı ve bu kanunun öngördüğü haller dışında sterilizasyon yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanımızca, sterilizasyon yöntemine başvurmak isteyen kadına, bu kararının tüm sonuçlarına varabilmesinde yardımcı olmaya yönelik Etik Kurullar oluşturulmalı, örnekler gösterilmeli, onlarla iletişim kurması ve fikir alması sağlanmalı, geri dönülemez bu karar için uzun bir süre tanınmalı ve hatta yaş sınırı bile konmalıdır.

Zihinsel engelli kişiler bakımından sterilizasyon yöntemi ele alındığında denilebilir ki, tarihte zihinsel engellilerin sorumluluklarını kendiliklerinden anlamaktan aciz oldukları düşünüldüğünden zorla kısırlaştırılmaları sağlanmaya çalışılmış ve bu amaçla Amerika'da 1900'lerde sterilizasyon yasaları kabul edilmiştir⁴⁰. Günümüzde ise zihinsel engelli kadınların sterilizasyona tabi tutulması her somut olayda uygun olmayabilir. Zihinsel engelli kadının genetik bir sebepten ötürü zihinsel engelli olması ve bunu gelecek nesillere de aktarma ihtimalinin çok yüksek olduğunun tespit edilmesi ve zihinsel engelin çocuğa gerekli destek, eğitim ve bakım sağlayamayacak derecede fazla olması halinde zihinsel engelli kadın için sterilizasyonun uygun olup olmadığının tespitine dair Etik Kurullar'ın oluşturulması ve görevlendirilmesi en uygun çözüm olacaktır⁴¹.

38 Mehmet Sakıncı, "Histeroskopik Tubal Sterilizasyon; Mikrotıraç Yönteminin Güvenlik Ve Etkinliğinin Araştırılması", Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004, s. 6.

39 27.05.1983 tarihli, 18059 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

40 Esra Kilimcioğlu Güler, "Tıbbi Ortamların ve İlişkilerin Engelli Kişilere Uygunluğunun Etik Yönden Değerlendirilmesi", Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Adana, 2005, s. 3 vd.

41 Kanımızca, kürtaj uygulamasını rutin hale getirmiş kadınlar, Etik Kurullarca kürtaj uygulaması yerine sterilizasyon hakkında aydınlatılmalı ve bu uygulama tavsiye edilmelidir.

D. Kürtaj

Yaşamın başlangıcında, ana rahmine düşme, gebelik, doğum, ölüm süreci içinde insan varlığının çeşitli gelişim evrelerinde yaşanabilen sorunlar, biyoetiğin kapsamında yer almaktadır. Günümüzde biyoetiğinin, yaşamın başlangıcı ve etik sorunlar kapsamında ele aldığı gebeliğin sonlandırılması ana tartışma konularından biri olarak önemini korumaktadır. Teknik deyimiyle abortus, küretaj, halk arasında kullanılışı ile düşük⁴² ya da kürtaj olgusu, tıbbi, dini,⁴³ ahlaki, sosyolojik ve üreme sağlığı boyutu ile yüzyıllardır temel tartışma alanlarından biri olmuştur⁴⁴.

Kadınların üreme davranışını etkileyen ekonomik ve sosyal değişkenlerin bir sebebi bireylerin ya da çiftlerin içinde buldukları ekonomik ve sosyal koşullardır. Bu koşullar bireylerin ya da çiftlerin, çocuk sahibi olma ya da olmama kararının yanı sıra sahip olmak istedikleri çocuk sayısını da etkileyerek nüfus artış hızını belirlemektedir⁴⁵.

Gebelik ile kadının hayatında ve vücudunda beslenme alışkanlığı, hareket kabiliyeti, işgücü, kariyer planlaması gibi pek çok değişiklik olmaktadır. Dolayısıyla bu ve benzer nedenler de kadının üreme kararı alma aşamasına etki göstermektedir⁴⁶. Fizyolojik özelliklerimizin sadece kadınların doğurganlık özelliğine sahip olmaları sonucunu doğurması ve üreme yükünün büyük bir bölümünü değiştiremez biçimde kadınların üzerine yüklemesi, konunun kadınlar bakımından ele alınmasını zorunlu hale getirmektedir⁴⁷.

Üreme hakları, ulusal yasalarda, uluslararası insan hakları bildirelerinde ve diğer belgelerde benimsenmiş; bütün çiftlerin ve bireylerin

42 Düşük, genel olarak doğal sebeplerle ya da amacı embriyonun hayatını sonlandırmak olmayan dış etkiler sonucu kendiliğinden meydana gelir. Burada kürtaj anlamında kastedilen düşük isteyerek düşüktür.

43 Din ve kürtaj arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, a.g.e., s. 23 vd.

44 Yeşim Işıl Ülman, Muhtar Çokar, "Tıp Tarihi Işığında Bir Tıp Etiği Sorunsalı: İskat-ı Cenin", Türkiye Biyoetik Derneği VI: Tıp Etiği Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı, İstanbul, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, 2010, s. 110.

45 Toplumsal cinsiyet rollerinin oluşmasına neden olan toplumsal ilişki biçimleri ve cinsiyete dayalı işbölümü, üreme davranışına ve cinsel yaşama ilişkin biyolojik özelliklerden kaynaklanmayan pek çok yükü de kadınların üzerine yüklemektedir. Dolayısıyla kadınların üreme davranışının şekillenmesi gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için farklılaşabilmektedir.

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

47 Bozkurt, a.g.t., s. 26.

çocuklarının sayısına, doğum aralığına ve zamanlamasına özgürce ve sorumlulukla karar verme temel hakkı, bunu yapacak bilgiye ve araçlara sahip olma hakkı, cinsel sağlık ve üreme sağlığında en yüksek standarda ulaşma hakkı gibi belirli insan hakları benimsenmiştir⁴⁸.

Biyoetik bakımından ele aldığımızda şu soru akla gelir: Kürtaj, doktorun yaşatma, hayatı koruma yükümlülüğü ile bağdaşır mı⁴⁹? Kürtaj olgusunda, salt hasta-hekim ilişkisi değil, aynı zamanda embriyoyu, baba ve hatta toplumu da ilgilendiren bir ilişki biçimi olarak ele alınabilir. Kürtaj uygulaması yapan hekim, aslında öğrendiği ve toplumun ondan beklediği temel ilkelere aykırı biçimde davranır. Ölüm yerine yaşamı ve yaşatmayı seçmesi gereken hekim, annenin isteğini yerine getirirken çelişkili bir durum da meydana getirmiş olur⁵⁰.

Gebelik sonlandırmada amaç uterus içindeki canlı varlığın hayatını sona erdirmek olduğundan kürtaj, etik açıdan sorgulanan tıbbi bir uygulamadır. Buna ilişkin olarak kişisel hakların nerede başlayıp nerede bittiği, özellikle de bu hakların etik boyutları ile kadınların istemedikleri gebeliklere son verme/verdirtme hakkı üzerine tartışmalar mevcuttur. Kürtaja karşı çıkanlar, sadece fetusun yaşam hakkına inandıkları için değil, bunun cinsel ahlaka ve kadının toplumsal rolünü tehdit eden bir sembol olarak gördükleri ve kadınların ve erkeklerin geleneksel aile rollerinden vazgeçmeleri halinde toplumun yıkıma uğrayacağına inandıkları için bu tavrı benimserler⁵¹.

Türk Tabipleri Birliği, kadınların istemedikleri bir gebeliği sürdürmeye zorlanamayacakları gerçeğinden hareketle uygulanan gebeliğin sonlandırılması işleminin, kadına istemediği gebeliği sürdürmeme seçeneği sunmakla birlikte, yaşam ve sağlığının tehlikeye atılmasına da yol açtığını belirtmiştir. Sağlık çalışanlarının temel sorumluluğu, gebeliğin önlenmesi noktasındadır. Tıbbi gerekçelerle ya da istenmeyen gebeliklerin önlenemediği durumlarda gebeliği sonlandırma işlemi; gebeliği sonlandırmaya ilişkin yasal sınırlar göz önünde tutularak, annenin yaşam ve sağlığını tehdit edebilecek olası sorunları önleyecek bir sağlık kurumunda, yeterli bilgi ve beceriye sahip bir hekim tarafından gerçekleştirilmelidir⁵².

48 Bozkurt, a.g.t., s. 33.

49 Pieper, a.g.e., s. 87.

50 Nurdan Kırımhoğlu, "Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar", Ankara, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 6, 1998, s. 30-31.

51 Muhtar Çokar, Kürtaj, İstanbul, Babil Yayınları, 2008, s. 112.

52 Türk Tabipleri Birliği Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirge", Türk Tabipleri Birliği Etik

Gebeliğe son vermeyi kabul etme durumunda, bu uygulamanın hangi gerekçelerle ve gebeliğin hangi dönemine kadar yapılmasının kabul edilebilir olduğu tartışmaları başlamaktadır. Bu tartışma çerçevesinde rahim içindeki varlığın hangi aşamada hangi niteliği kazandığı konusu gündeme gelmekte, özellikle de kalp atımının başlaması ve acı duyabilme özelliğinin ortaya çıkması üzerinde durulmaktadır⁵³.

Cenin beyin dalgalarını göstermeye başladığında, cenin ayrı yaşayabildiğinde-canlılık göstermesi-, doğum gerçekleştiğinde ya da çocuk rasyonel olarak düşünmeye başladığında da kişiliğin başladığına yönelik görüşler de mevcuttur. Embriyonun dölleme anından itibaren kişiliğin başladığı görüşü masum birini öldürmekle eş tutulmuştur. Ceninin ayrı yaşayabilmesi-canlılık göstermesi-, beyin dalgası yayması ve doğması ile kişiliğin başladığına dair görüşler, erken kürtaja izin vermekte, fakat sonraki dönemde kürtaji haklı görmemektedir. Doğumun gerçekleşmesi ile kişiliğin başlayacağına dair görüş, kürtaja izin vermekteyken, çocuğun akli olarak düşünmeye başlaması ile kişiliğin başlayacağına dair görüş ise kürtaja ve hatta sonrasında bebek katline dahi ceviz vermektedir. O halde, bu görüşlerden hangisi kabul edilmelidir⁵⁴?

Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar (MK m. 28/1). Hak ehliyeti ise MK m. 28/2 gereğince, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü anda başlar⁵⁵. Kürtaj hakkındaki etik tartışmalarının merkezinde “hak” kavramı yer alır. Ceninin hayat hakkını savunan kürtaj karşıtları kişiliğin başlangıcı anına ilişkin olarak kişiliğin, embriyo-

Bildirgeleri, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2010, s. 24.

53 Handan Akın, “Çukurova Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Ve Eğitim Fakültesi Öğrencilerinin Temel Biyoetik Konuları Hakkındaki Görüşleri”, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007, s. 33.

54 Harry J. Gensler, “Bazı Etik Kuramların Normları Işığında Kürtaj”, Çev. Muhammed Enes Kala, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 32, 2010, s. 237.

55 Çocuğun hak ehliyetine sahip olma anının, ceninin ana rahmine düştüğü an değil dölleme anı olduğunun kabulü, teknolojik gelişmelerin getirdiği uygulamalara uygun bir sonuçtur. Şöyle ki, dış dölleme olduğu tüp bebek uygulamalarında hak sujesi olma anı, sağ ve tam doğum şartı ile embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an değil, embriyonun dış ortamda oluşturulması anı olarak kabul edilmesi kanun koyucunun amacına uygun olacaktır. 6.3.2010 tarihli, 27513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik gereğince embriyoların saklanması için verilmektedir. Bu durumda, hak sahibi olma ehliyeti yine dölleme anı kabul edilmesi uygundur. Ancak dölleme anına önem verilerek hak ehliyetin başlangıç anının belirlenmesi, anne karnına yerleştirilmeden önce embriyonun hukuki varlık kazanması anlamına gelmez. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 16-17.

nun çoğalmaya başlaması yani döllenme anı ile başladığı; kadının “kendi bedeni üzerinde karar hakkı”nın daha öncelikli olduğunu söyleyenler ise kişiliğin, doğum ile başladığını savunurlar⁵⁶.

Ceninin hayat hakkına sahip olup olmadığı tartışmalı bir konu olmakla birlikte, bunun pratik sonucu ceninin hayat hakkına sahip olduğunun kabulü halinde cenine atanacak bir kayyım ile kürtaja engel olunabilmesidir⁵⁷. Ceninin hayat hakkının doğumdan önce başladığının kabul eden görüş, sağ ve tam doğma geciktirici şartına bağlı hak ehliyetinin, çocuğun hayat hakkını korumaya yetmemesinden dolayı sağ ve tam doğum şartının, malvarlığı hakları ve özellikle MK m. 427/b.3 ve m. 643/1’de sözü edilen (*Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.*) mirasçılık hakları bakımından ele alınması gerektiği yönündedir⁵⁸. Buna göre ceninin hayatı ancak annenin hayatının tehlike altında bulunması gibi zaruret hali durumunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin varlığı ile sonlandırılabilir⁵⁹. Aksi görüş ise şu yöndedir: Ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığı hususunda Medeni Kanun’da bir hüküm mevcut değildir. Anayasa’da ve diğer kanunlarda ananın ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümler dolaylı olarak cenini korumaktadır. Ancak bu hükümler ceninin hayat hakkını değil, ceninin yaşama ümidini korumaktadır. Dolayısıyla hayat hakkı, doğumla ortaya çıkar; cenin, sağ ve tam doğum gerçekleştiği anda kişilik kazandığından bu andan itibaren ancak hayat hakkına sahip olur⁶⁰. Sağ ve tam doğum, kişiliğin başlaması için geciktirici şarttır. Buna göre kişilik sağ ve tam doğum şartı ile kazanılmış olsa

56 Gensler, a.g.m., s. 236; Johnson, a.g.m., s. 8. Bu noktada belirtmekte fayda vardır ki, insan embriyolarının araştırmalarda kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin görüş embriyoya ait doku örneği naklinin pek çok hastalığa ışık olacağı yönünde iken aksi görüş, buna ilişkin kararda özellikle kişinin hak ehliyetinin başlangıç anının ele alınmasının gerektiği yönündedir. Bkz. Helga Kuhse, Peter Singer, Bioethics An Anthology, İngiltere, Blackwell Publishing, 2006, s. 544. Embriyolar üzerinde araştırmaların yapıp yapılmaması hakkında yapılmış düzenlemelerden biri olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’nde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 18/2 maddesi uyarınca sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.

57 Tülay Aydın, “Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 27.

58 Hüseyin Hatemi, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 12; Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 31; Dural/Öğüz, a.g.e., s. 19.

59 Hatemi, a.g.e., s. 12.

60 Dural/Öğüz, a.g.e., s. 19; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 91.

da çocuğun ana rahmine düştüğü ana kadar geçmişe etkili olacaktır⁶¹. Tam ve sağ doğumu geciktirici şart olarak kabul edildiğinde doğumdan önceki safhada cenin, kişiliğe sahip değildir ve annenin bir parçasıdır. Dolayısıyla anne karnındaki çocuğa annenin izni ile gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir. Dolayısıyla anne rahmine yerleştirilmeden evvel ya da o anda yapılan uygulama neticesinde sakat kalan çocuk, bu sebeple uğradığı zararları tazmin edebilecektir⁶².

Kanımızca, MK m. 28/2'de geçmişe etkili olma sonucu tam ve sağ doğum şartı bir geciktirici şart olmasaydı kabul edilmezdi⁶³. Cenine hayat hakkı sağ ve tam doğum ile ortaya çıkar. Sağ ve tam doğum şartı MK m. 427/b.3 ve m. 643/1 bakımından söz konusu olmalıdır. Annenin hayatının tehlike altında olmaksızın, gelecek nesillerin ya da ceninin tehlike altına girmesi ya da annenin daha da ağır-kaldırılmaz bir sosyal ve maddi zorluğun altına girmesi durumunda kürtaşı etik görmek uygun olacaktır.

Türk mevzuatında kürtaşı ilk defa 1.4.1965 tarihli 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile ancak tıbbi zorunluluk halinde serbest bırakılmış; ilga edilen bu kanunun yerine yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile de yasal süre içerisinde gerçekleştirilmek ve rızaya dayalı olmak kaydıyla kürtaşı izin verilmiştir⁶⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶⁵ m. 99'da da hangi hallerde çocuk düşürtmenin suç sayılacağı sayılmıştır⁶⁶.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesi, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi

61 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 15 vd.; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 19. Geciktirici şartın yerine bozucu şartın varlığı kabul edildiğinde, çocuk hak ehliyetine henüz ana karnındayken sahip olacağından, kürtaşı kararı için çocuğa atanmış bir kayyım gerekecektir. Bu görüş, cenine hak ehliyeti tanınarak kürtaşı engelleme çabasıdır. Bkz. Serozan, a.g.e., s. 91.

62 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 15 vd.

63 Aynı yönde bkz. Aydın, a.g.t., s. 31.

64 Bir canlının hayatını sonlandırmanın söz konusu olduğu bir eylemin, devlet politikası gibi değişebilen kavramlar ile değil, tıp, felsefe, hukuk ve din gibi kökü daha eskilere dayanan ve toplumların hayatında önemli yeri olan kurumlar tarafından yönlendirilmesi gerekirdi. Bkz. Şahin Aksoy, "Kürtaşı Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?", Ankara, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 4, Sayı 4, 1996, s. 13.

65 12.10. 2004 tarihli, 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

66 TCK m. 99/6: "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, 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." Türk Ceza Kanunu'nda konuyla ilgili düzenlenen suçlar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, a.g.e., s. 499 vd.

sakınca olmadığı takdirde hekimin istek üzerine rahim tahliyesini uygulayabileceğine ilişkindir. On haftayı aşan gebeliklerde rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde hekimin objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6/1 maddesinde, kadının evli olması durumunda kürtaj için eşinin de rızası gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yasal çerçevede eşin rızasının aranması gebe kadının resmi eşi olması koşuluna bağlanmıştır. Kanımızca, kürtaj için kocanın rızasının sadece evlilik durumunda aranması, evlilik dışı bir durumda ise sırf evli olmadıkları gerekçesiyle taraflarca da baba olduğu kabul edilen kişiye bu hakkın tanınmaması ise hakkaniyete uygun bir çözüm olmayacaktır.

Embriyonun babası olan kişinin gebeliğe son verilmesine ilişkin rızasının gerekip gerekmediği tartışma konusudur⁶⁷. Kadının anne olmak için, örneğin hastalık dolayısıyla, tek şansının olduğu durumda, kocanın buna karşı çıkması durumunda ne olacaktır? Kanımızca, kanun düzenlemesi kadının kürtajı istediği durumlarda kocanın rızasının aranacağına dair olup, kadının kürtaja rızası olmaksızın kocanın tek tarafı olarak kürtajı istemesi durumunda kadının kararına üstünlük tanınmalıdır. Gebeliğin sonlandırılması etik açıdan ele alındığında denilebilir ki, her somut olayın kendi içinde incelenmesi doğrudur. Örneğin, doğum kontrolüne dair önlemleri almasına rağmen ya da tecavüz sonucunda gebe kalmış kadına gebeliği sonlandırma hakkı verilmelidir. Aksine, gebeliği sonlandırma işlemini sık sık uygular hale gelmiş kadına, bunun bir aile planlaması yöntemi olmadığı açıklanmalı ve bu uygulamayı tekrarlanmasını önleyecek çareler bulunmalıdır.

E. Yardımcı Üreme Teknolojileri

Üreme yeteneğinin olmadığı durumlara çare olarak geliştirilen yardımcı üreme teknikleri, ilk olarak 18. yy. sonlarında John Hunter tarafından kullanılmaya başlanmıştır⁶⁸. İlk zamanlarda biyoetik anlamda

67 Gebeliğe son verme işlemi için erkeğin rızasının gerekmeyeceği görüşü embriyoya ya da fetüse bir şans daha tanımak adına erkeğin devrede olmasını savunmaktadır.

68 Erol Cihan, "Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'i İlkah", İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz-Ağustos Sayısına Ek, 1971, s. 18.

tartışmaya sahip değildi. Bu tekniğin serbestçe kullanılması anne-baba olacak bireylerin ebeveyn olma isteğini rahatlatmıştı. Ancak bu uygulama artmaya başladıkça beraberinde biyoetik tartışmaları getirdi⁶⁹.

Yapay dölleme, çocuk sahibi olmayan çiftlerin tedavi amaçlı olarak başvurduğu bir yöntemdir (homolog dölleme). Bu yöntem iki yolla uygulanabilir. Dar anlamda yapay dölleme, spermin kadının rahmine aşılması ve yumurtanın rahimde döllendirilmesidir. Bu anlamda dölleme de iki yolla olabilir⁷⁰. İlki, eşten alınan spermin rahme yerleştirilmesi, ikincisi ise başka bir erkekten alınan spermin rahme yerleştirilmesi⁷¹. Geniş anlamda yapay dölleme ise cinsel ilişki olmaksızın erkekten alınan spermin dış ortamda yumurta ile döllenmesini ifade etmektedir⁷².

Yapay döllemeye karşı çıkanlar, görüşlerini doğanın en iyisini bileceği görüşüne dayandırır. Buna göre, doğal seksüel ilişkinin bir sonucu olan döllemenin, yapay olarak gerçekleştirilmesini, doğanın kendi denge kurallarına aykırı kabul ederler ve ahlaki açıdan doğru olmadığını savunurlar. Ayrıca insan embriyosuna ruhsuz bir obje gibi bakarak ona bir deney materyali olarak davranmanın insan onurunu zedeleyeceğine inanmaktadırlar. Aksi görüşteki yararlı kuram taraftarları, yardımcı üreme teknolojileri kullanılarak çocuk sahibi olmanın etik olduğunu, bunun sayesinde bireylerin mutlu olduğunu; ödev bilim kuramı taraftarları ise bireyin özerk olmasından hareketle aydınlatılmış onamları var olduğu sürece bunun etik olduğunu ileri sürerler⁷³.

Yardımcı üreme teknolojilerinde biyoetiğin asıl sorununu, üçüncü kişiden alınan sperm ile eşin yumurtasının dölleme (heterolog dölleme), üçüncü kişiden alınan yumurta ile eşin sperminin dölleme ve taşıyıcı annelik uygulamaları oluşturmaktadır.

1. Üçüncü Kişiden Alınan Sperm İle Eşin Yumurtasının Dölleme

Üçüncü bir kişiden alınan spermle yumurtanın döllemesine, veriçiyle (donör) dölleme denmektedir. Erkekte spermin olmaması, spermin düşük kalitede olması veya geçiş gösteren bazı genetik hastalıkların gelecek nesillere taşınmak istenmemesi bu tür döllemeyi gerekli kılmıştır.

69 Aydın, a.g.e., s. 113.

70 Cihan, a.g.m., s. 18; Haluk N. Nomer, "Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 545.

71 Aydın, a.g.e., s. 113.

72 Nomer, a.g.m., s. 545.

73 Nermin Ersoy, "Yapay Döllemenin Etik Konuları", Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt 6, 1996, s. 67 vd.

Sperm bağıışı yoluyla yardımcı üreme tekniğinin uygulanamayacağına ilişkin Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 1 açık bir ifade ile yönetmeliğin amacını; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için hakkındaki usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmektedir. Yönetmelik m. 18/4 uyarınca, eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların bu yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması; m. 18/5 gereğince ise adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır.

Sperm bağıışı, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile yasaklanmış olmakla birlikte, bunu yapan evli çiftlere herhangi bir ceza öngörülmemiştir. Ancak toplumumuzda giderek artma eğilimi gösteren bu durum biyoetik kapsamı içinde en çok ilgi çeken sorunlardan biridir.

Üçüncü bir kişinin sperminin eşin yumurtasıyla döllenerek ana rahmine yerleştirilmesi halinde çocuğun ana ile soybağı değil (MK m. 282/1) ama kocanın babalığı ile ilgili sorun gündeme gelmektedir. Bu noktada kocanın, sperm bağıışına izin verip vermediğine göre çeşitlenen görüşler mevcuttur.

Üçüncü bir kişinin spermi ile eşin yumurtasının döllenmesine rıza gösteren kocanın, artık soybağını reddedemeyeceği görüşüne göre rıza, çocuğu baştan kabullenme anlamına gelmektedir. Bu rıza ahlaka aykırı kabul edilse bile (BK m. 20-YBK m. 27) çocuğu kabullenme ve soybağını reddetme hakkından feragat bakımından geçerlidir. Aksi halde kocaya hakkını kötüyü kullanma imkânı verilmiş olur. Ancak, burada çocuk yönünden soybağının reddinden feragatin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Çocuğun ruhsal ve bedensel sağlığı açısından genetik babasını bulması, ona hukuken bağlanması, genetik hastalıklarının bilip ona göre sağlıklı bir hayat sürmesi imkânı tanınmalıdır⁷⁴.

Eşler, bu işleme rıza verdikten sonra hataen ya da üçüncü bir kişinin iradesi dâhilinde üçüncü kişinin sperminin yumurtayla döllenmesi

74 Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 297. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7/1 gereğince çocuk, ana-babasını bilme hakkına sahiptir.

halinde de kocanın, rıza vererek bunun sonuçlarına katlanması gerektiğinden hareketle soybağını reddedemeyeceğine, bu noktada çocuğun yararına üstünlük tanınması gerektiğine dair görüşler mevcuttur. Buna göre kocanın rızası çocuğa sirayet etmemeli ve çocuğa soybağının reddi davası açma hakkı tanınmalıdır⁷⁵. Katıldığımız aksi görüş ise çocuğa soybağının reddi davası açma hakkını vererek; kocanın rızasının, dürüstlük ilkesi ve güven sorumluluğu gereğince kocanın sadece, doğmasına rıza gösterdiği çocuğa ergin olana kadar nafaka ödeme yükümlülüğünün bulunması gerektiği yönündedir. Buna göre soybağının reddi hakkı bir kişilik işlemdir ve önceden feragat anlamına gelecek yorumlar isabetli değildir⁷⁶.

2. Üçüncü Kişiden Alınan Yumurta İle Eşin Sperminin Döllenmesi

Kısırlık sorunu yaşayan kadınların sıkça başvurduğu yöntemlerin başında gelen yumurta bağıışı uygulamasında üçüncü kişiden alınan yumurta ile eşin spermi dış ortamda döllendirilmekte, sonrasında da eşin rahmine yerleştirilmektedir. Bu sonuç da çocuğun annesinin kim olduğu sorununu doğurmaktadır.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik sperm bağıışında olduğu gibi yumurta bağıışını da yasaklamış olsa da, denilebilir ki günümüzde bu uygulama ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Bu uygulamayı yaptıran kadın ile çocuk arasında MK m. 282/1 gereğince soybağı doğum ile kurulmaktadır. Çocuğu doğuran kişinin, anne olarak nüfusa kaydedilmesine, ancak bu kaydın karineye dayandığına, aksinin ispatı halinde doğuran kadının anneliğinin iptal edilebileceğine yönelik görüşe göre, doğuran kadının bu uygulamaya rızası, onun soybağını reddetme hakkını ortadan kaldırırken; rızası dışında başkasına ait yumurta ile dölleme yapıldığında ise kadına soybağı red hakkı tanınmalıdır⁷⁷. Katıldığımız diğer görüşe göre ise, doğuran kadının anneliği, aksi kanıtlanamaz kesin bir karinedir. Anneye soybağının red hakkı tanımak da çocuğun uzun süren yargılama safhası boyunca annesiz kalması sonucunu doğuracaktır⁷⁸.

Biyoetik tartışma bakımından bu başlık altında şu konuya da değinmek fayda sağlayacaktır: İleri yaşlardaki bir kadının, üçüncü kişinin yumurtası ile gebe kalması etik midir? Yukarıda yer alan açıklamalarımız

75 Nomer, a.g.m., s. 588 vd.

76 Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (Sınav Hazırlık Kitabı), İstanbul, Filiz Kitapevi, 1999, s. 104; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 64.

77 Nomer, a.g.m., s. 573.

78 Hatemi/Serozan, a.g.e., s. 287.

uygun olduğu ölçüde elbette bu soruna uygulanabilecektir. Ancak burada tartışılması gereken esas konu ileri yaşa gelmiş bir kadının üçüncü kişinin yumurtası ile gebe kalması ve doğum yapması halinde hem kadın sağlığı hem de çocuk sağlığı ve geleceği bakımından nasıl bir sonuca varılacağıdır⁷⁹. Kanaatimizce, sağlık sorunlarıyla karşı karşıya kalması çok yüksek ihtimal olan, yeterli fiziksel güce sahip olmayan bir kadının böyle büyük bir sorumluluk alarak yardımcı üreme tekniği yoluyla gebe kalması kadının içinde bulunduğu şartlar itibariyle kısıtlanmalıdır. Ancak olaya tersinden baktığımızda da şu gerçeğe yüzleşmek zorunda kalıyoruz: Erkeğe her yaşta baba olma fırsatı tanınırken, kadının elinden bu fırsatın alınması ne kadar doğrudur? Bu noktada kesin bir karara varmak hatalı sonuçlara bizi götüreceğinden, bu sorunun her somut olay bazında kadının maddi ve bedeni gücü, bulunduğu sosyal koşullar incelenerek bir karar verilmesi yerinde olacaktır.

3. Taşıyıcı Annelik Uygulamaları

Önceleri eşler arasında uygulama alanı bulan ve salt bir tedavi aracı olarak görülen yardımcı üreme teknolojileri, zaman içerisinde ticari hale dönüşme eğilimi sergilemiştir. Kadınların, rahimlerini başkalarına ait embriyolar için kullanmaya başlamasıyla ortaya taşıyıcı annelik olgusu çıkmıştır.

Taşıyıcı annelik, gebe kalamayan kadının yerine başka bir kadının gebe kalarak doğan çocuğu aileye teslim etmesidir. Aslında geçmişte de halk arasında özellikle kısır kardeşler arasında taşıyıcı annelik uygulaması yapıla gelmiştir⁸⁰.

Taşıyıcı annelik üç türlü uygulama alanı bulur. İlk olarak kısmi taşıyıcılık, doğal ya da yapay üreme yöntemleriyle taşıyıcı anneye genetik bağlılığı olan bir yöntemdir. Kısmi taşıyıcılıkta, erkek eş, taşıyıcı anne olmayı kabul eden kadınla cinsel ilişkiye girer ya da yapay dölleme ile taşıyıcı annenin yumurtası ve kocanın spermi döllendir. Burada doğan çocuğun annesinin taşıyıcı anne olduğundan şüphe yoktur. Taşıyıcı anne evli değil ise, istem sahibi anne ve baba için hukuki tek çözüm yolu MK m. 306/3 gereğince evlat edinme, baba için ise tanıma olabilir⁸¹.

79 Bu tartışma kapsamında kadının menapoz öncesi dönemde saklatmış olduğu yumurtasını, kariyeri sonlandığında, ileri yaşlarda kullanması da biyoetik yönden tartışılabilir.

80 Erdem Aydın, "Taşıyıcı Annelikle İlgili Etik Sorunlar", (Çevrimiçi) <http://www.journalagent.com/z4/vi.asp?pdire=tjod&plng=tur&un=TJOD-42714&look4=>, 20.06.2011.

81 Leyla Keser, "Ödünç Annelik Sözleşmesi", Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 52,

İkinci tip uygulama olan tam taşıyıcılıkta ise evli çiftlerin yumurtaları ve spermeleri dış ortamda döllendikten sonra taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilir⁸². Kanımızca, doğum ile kadının anneliğine üstünlük tanınmalı ve anne yönünden soybağının kesin karine olduğu kabul edilmelidir. Üçüncü uygulama ise eşlerden her ikisinin de üreme yeteneğinden yoksun olması durumunda yapılır. Üçüncü kişilerden alınan yumurta ve sperm, döllenerek taşıyıcı anneye nakledilir ve doğduktan sonra çocuk, sözleşme tarafı anne-babaya verilir. Bu durum en karmaşık yapıda olanıdır, çünkü çocuk üç anne üç de babaya sahip olmaktadır⁸³.

Taşıyıcı annelik uygulamasının ticari hale dönüştürülmesi insan vücudunun ticari mala dönüştürülmesi olup, ahlak kurallarına aykırıdır. Taşıyıcı annelik ya da ödünç annelik sözleşmesi adı altında yapılan bu tip sözleşmelerin, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı (MK m. 23) olduğundan BK m. 19-YBK m. 26 gereğince de batıl olduğu kabul edilmelidir⁸⁴.

Ticari olmayan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin amacının yalnızca çocuk sahibi olduğundan hareketle hukuka uygun olduğu görüşü yanında⁸⁵, taşıyıcı annenin gebelik süresince çocukla bütünleşmesi sonucunda psikolojik ve biyolojik yıpranması sebebiyle bu tip sözleşmelerin geçerli olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur⁸⁶. Günümüzde sıkça karşımıza da çıktığı gibi, her ne kadar taşıyıcı annelik sözleşmesi bir ivaz karşılığında yapılmış olsa da taşıyıcı annenin çocuk ile geçirdiği gebelik sürecinden sonra çocuktan kopamaması ve çocuğu teslimden kaçınması, sözleşmenin her iki tarafı ve hatta yargılama sürecini geçirecek olan çocuğun gelişimi ve kişiliği için de olumsuz durum sergilediğinden kanımızca etik değildir.

III. Sonuç

Kadının fizyolojik yapısı gereği sahip olduğu kızlık zarının, bilimsel ya da adli bir amaç olmaksızın hekim tarafından incelenmesi, kadının salt biyolojik varlık olarak görülmesi, hekime ise adeta bilirkişilik görevinin yüklenmesi etik görülmemelidir. Kadının toplum içinde geleceği durum, gelecekteki cinsel hayatı, yaşaması muhtemel travmalar ve hatta inti-

1997, s. 311.

82 Aydın, a.g.m., s. 20.

83 Yumurta hücrelerini veren genetik anne, biyolojik anne taşıyıcı anne, istem sahibi olan sosyal anne, sperm hücresi veren genetik baba, istem sahibi sosyal baba ve taşıyıcı anne evli ise koca hukuki baba konumundadır. Bkz., Keser, a.g.m., s. 308.

84 Nomer, a.g.m., s. 568 vd.

85 Nomer, a.g.m., s. 570.

86 Cihan, a.g.m., s. 30 vd.

harlar düşünülduğünde böyle bir uygulamanın kadına sağladığı yarar yok denecek kadar azdır. Bunun sağlık sorununa dayanan bir muayene olmadığı ve kadının kendi bedeni üzerinde söz sahibi olmasını yok eden bu uygulamanın kadına yönelik şiddet olduğu kabul edilmeli, özellikle hekimlere kızluk zarı muayenesine ilişkin hukuki düzenlemeler hakkında bilgi verilmelidir.

Normal doğum yöntemleriyle hamile kadının doğum yapmasının kendi ve bebek için hayati risk taşıması halinde sezaryen reddine üstünlük tanınmamalı, kadının ciddi sağlık çekinceleri dışında sadece kendini düşünerek katlanılmaz sonuçlar doğuracak bir durum yaratmasına izin verilmemelidir.

Tıp literatüründe sterilizasyon olarak bilinen dölllenme yeteneğinden mahrumiyet ise, kadının bedeni üzerinde söz sahibi olduğu bir diğer tartışma alanıdır. Sterilizasyon sonucunda geri dönülemez bir yola girecek olan kişilerin Etik Kurullar oluşturularak bu konuda ciddi şekilde aydınlatılması, uzun bir süre tanınarak bu karardan emin olmalarının sağlanması etik olacaktır.

Çalışmamızın en ilginç konusunu oluşturan kürtaj hakkında denilebilir ki, cenine tam ve sağ doğum öncesinde hayat hakkı MK m. 28/2'nin geciktiric şart olarak kabul edilmesinden dolayı tanınamaz. Annenin hayatının tehlike altında olmaksızın, gelecek nesillerin ya da ceninin tehlike altına girmesi ya da annenin daha da ağır-kaldırılmaz bir sosyal ve maddi zorluğun altına girmesi durumunda kürtajı etik görmek uygundur.

İnsana saygı ilkesi gereğince, yardımcı üreme teknolojilerinin tedavi amaçlı olduğu ve çocuk sahibi olma yeterliliğine sahip olmayan kimselere bu fırsatın tanınması gerektiği kabul edilmelidir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 16/1 uyarınca yetişkin erkeklerle kadınların, aile kurmaya hakkı vardır. Buradan yola çıkarak denilebilir ki, doğurma ve dölllenme hakkı gereğince devlet, teknolojinin ve etik kuralların makul gördüğü çerçevede bireylere bu hakkı tanınmalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken durum, salt olarak bireyin mutlu olması için, örneğin ölüm cezasına çarptırılmış kimsesiz bir kadının hapisshanede yalnızlık çekmemesi için çocuk sahibi olma hakkının bulunup bulunmadığı biyo-etik ile mutluluk arasında kabul edilebilir bir ilişki olup olmadığı tartışılmalıdır.

Yardımcı üreme tekniğinde kabul edilemez olması gereken tedavi amacıyla, kanunların gerektirdiği şekilde yapılan uygulamalar değil; ka-

nımızca embriyoların, sperm ya da yumurtaların ya da rahmin ticari amaçlarla kullanılmasıdır. Kadın vücudu bir sömürü aracı haline dönüştürülmemeli, rahim üreme makinesi haline getirilmemelidir. Üreme özgürlüğüne dayanarak toplumsal menfaate ve doğacak çocuğun yaşamına etkide bulunmak etik bulunmamalıdır. Uzun vadede bu tür uygulamalar, toplumun değerlerini, ahlaki yapısını etkileyecek, toplumda annesini bilmeyen ya da babasını hiç tanımayan çocukların çoğalmasına yol açacak, hatta kardeşlerin ya da ana-baba ile çocuğun evlenmelerine imkân vererek soybağı ve biyoetik sorunlarının artmasına sebebiyet verebilecektir.

KAYNAKÇA	
Akın, Handan	“Çukurova Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Ve Eğitim Fakültesi Öğrencilerinin Temel Biyoetik Konuları Hakkındaki Görüşleri”, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007.
Aksoy, Şahin	“Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?”, Ankara, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 4, Sayı 4, 1996.
Arda, Berna/Şahinoğlu Pelin, Serap	“Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”, Ankara, Ankara Tıp Mecmuası, 1995.
Ataç, Adnan/ Güven, Tolga/ Gülsoy, Remzi	“Sezaryen Reddine Etik Açısından Bakış”, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 12, Ankara, 2004.
Aydın, Erdem	Tıp Etiği, Ankara, Güneş Kitabevi, 2006.
Aydın, Erdem	“Taşiyıcı Annelikle İlgili Etik Sorunlar”, (Çevrimiçi) http://www.journalagent.com/z4/vi.asp?pdire=tjod&plng=tur&un=TJOD-42714&look4=
Aydın, Tülay	“Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
Bozkurt, Özgü Karaca	Uluslar arası Nüfus ve Kalınma Konferansı (ICPD, 1994) Eylem Programı'nın Türkiye'de Uygulanan Sağlık Politikalarının Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden İncelenmesi, Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, 2011.
Cihan, Erol	“Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'i İlkah”, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz-Ağustos Sayısına Ek, 1971.
Çevik, Ebru/ Tapucu, Ayşe/ Aksoy, Şahin	“Toplumsal ve Etik Bir Sorun Olarak Kızlık Zarı İncelemesi”, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, Ankara, 2003.
Çokar, Muhtar	Kürtaj, İstanbul, Babil Yayınları, 2008.
Dural, Mustafa	Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006.

Ersoy, Nermin	“Yapay Döllenmenin Etik Konuları”, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 6, 1996.
Furrow, Barry R./Greaney, Thomas L./Johnson, Sandra H./ Stoltzfus Jost, Timothy/Schwartz Robert L.	Bioethics: Health Care Law and Ethics, USA, Thomson/West Publishing, 2004.
Gensler, Harry J.	“Bazı Etik Kuramların Normları Işığında Kürtaj”, Çev. Muhammed Enes Kala, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 32, 2010.
Gürsoy, Elif	“Kızlık Zarı Muayenesi/Bekaret Denetimi”, (Çevrimiçi) http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kizlik_muayenesi.pdf
Gürsoy, Elif	“Gebe ve Jinekoloji Polikliniklerinde Çalışan Ebe ve Hemşirelerin Kızlık Zarı Muayenesine İlişkin Görüş ve Yaklaşımları”, Hacettepe Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Bilim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 1999.
Hatemi, Hüseyin	Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
Hatemi, Hüseyin	Aile Hukuku (Sınav Hazırlık Kitabı), İstanbul, Filiz Kitapevi, 1999.
Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona	Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
Johnson, L. Syd M.	“Contemporary Ethical And Legal Aspects: A. Ethical Perspectives”, Encyclopedia of Bioethics Vol 1, Ed. Stephen G. Post, New York, Macmillian Reference USA, 2004.
Keser, Leyla	“Ödünç Annelik Sözleşmesi”, Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 52, 1997.
Kırımlioğlu, Nurdan	“Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, Ankara, Türk Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt 6, 1998.
Kırkbeşoğlu, Nagehan	Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
Kilimcioğlu Güler, Esra	“Tıbbi Ortamların ve İlişkilerin Engelli Kişilere Uygunluğunun Etik Yönden Değerlendirilmesi”, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Adana, 2005.
Kuhse, Helga/ Singer, Peter	A Companion to Bioethics, Singapore, Blackwell Publishing Ltd., 2009.
Kuhse, Helga/ Singer, Peter	Bioethics An Anthology, İngiltere, Blackwell Publishing, 2006. (Bioethics)

Metin, Sevtap	Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, XII. Levha Yayıncılık, 2010.
Nomer, Haluk N.	"Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe	Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
Özlem, Doğan	Etik Ahlak Felsefesi, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2004.
Örs, Yaman	"Tıbbi Etik ve Etik Kurulları", Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi, C. 4, S. 1., 1996.
Örs, Yaman	"Biyo-tıp Etiği ve Felsefenin Sınırları", Etik ve Meslek Etikleri, Ed. Harun Tepe, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2000.
Pieper, Annemaria	Etiğe Giriş, Çev. Veysel Atayman, Gönül Özen Sezer, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.
Sakıncı, Mehmet	"Histeroskopik Tubal Sterilizasyon; Mikrotıkac Yönteminin Güvenlik Ve Etkinliğinin Araştırılması", Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004.
Shenfield, F./ Pennings, G./ Sureau, C./ Cohen, J./ Devroey, P./ Tarlatzis, B.	"The Moral status of the Pre-Implantation Embryo", Human Reproduction Vol. 16, No. 5, London, European Society of Human Reproduction and Embryology, 2001.
Serozan, Rona	. Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
Şahinoğlu Pelin, Serap	"The Question of Virginity Testing in Turkey", Bioethics, Vol. 13, pp. 256-261, July 1999.
Şahinoğlu, Serap/ Örs, Yaman	Kadın Sağlığında Tıbbi Etik Sorunları, (Çevrimiçi) http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kadin_sagliginda_tibbi_etik.pdf
Ülman, Yeşim Işıl	"Etik, Biyoetik, Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar", İstanbul, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2010.
Ülman, Yeşim Işıl/ Çokar, Muhtar	"Tıp Tarihi Işığında Bir Tıp Etiği Sorunsalı: İskat-ı Cenin", Türkiye Biyoetik Derneği VI: Tıp Etiği Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı, İstanbul, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, 2010.
	http://tdkterim.gov.tr/bts/
	http://www.kazanci.com.tr
	Türk Tabipleri Birliği Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirge", Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2010.

TÜRK HUKUKUNDA KADININ VÜCUDU ÜZERİNDEKİ TASARRUF HAKKINI SINIRLAYAN DÜZENLEMELER

Gülen SİNEM TEK¹

GİRİŞ²

Kadın vücudu ile erkek vücudu, yaratılış itibari ile birbirinden farklıdır. Bu farklılık, kadın vücudu ile erkek vücudunun tâbi oldukları hukukî düzene de yansır. Böylece kadın ile erkeklere, vücutlarını ilgilendiren bazı konularda değişik hükümlerin uygulanması gündeme gelmektedir. Bu farklılıklardan yola çıkarak, kadın vücudunun Türk hukukunda, özellikle mevzuat ve yargı kararlarında nasıl ele alındığını saptamayı amaçlamaktayız. “Türk Hukukunda Kadın Vücudu Ve Biyotıp” başlıklı bu çalışmamızda, kadın vücudu ile erkek vücudunun en belirgin biçimde ayrıldığı husus olan üreme sistemine ilişkin müdahaleler (I) incelenecek ve kadınların vücuduna ilişkin üreme sistemi haricindeki biyomedikal müdahaleler (II) ele alınacaktır.

I. ÜREME SİSTEMİNE İLİŞKİN MÜDAHALELER

Üreme sistemine ilişkin müdahaleler, gebelik hâlinin reddini (A) hedefleyebileceği gibi, üremeye yardımcı (B) da olabilir.

A. Gebeliğin Reddi

Gebeliğin reddi üst başlığı altında inceleyeceğimiz hâller, gebeliğin önlenmesi ile gebeliğin sona erdirilmesidir.

1. Gebeliğin Önlenmesi

Gebeliğin önlenmesi, gebeliği önleyici nitelikte ilaç ve araçları kapsadığı gibi, sterilizasyon ve kastrasyon müdahalelerini de içermektedir.

1 Araş. Gör. (Bahçeşehir Ün.Hukuk Fak), İstanbul Ün. Hukuk Fak.Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi.

2 Bu makale, 9-10 Aralık 2011 tarihinde RUIB (Uluslararası Üniversiteler Biyoetik Ağı) tarafından düzenlenen ve Touser’de gerçekleşen “Kadın Vücudu ve Biyo-tıp” konulu workshopda Türkiye’yi temsilen Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir ile birlikte hazırladığımız çalışmadaki benim sorumluluğuma düşen kısmın genişletilmiş halidir. Sayın Hocama bu fırsatı verdiği için teşekkür ediyorum.

a. Gebeliği önleyici nitelikte ilaç ve araçlar

Gebeliği önleyici nitelikte ilaç ve araçların kullanımının yasal dayanağı, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bulunur. Ne var ki, bu ilaç ve araçlara ilişkin bir tanım kanunda yer almamaktadır. Kanun koyucunun, gelişen teknolojilerle birlikte bu ilaç ve araçların çeşitlenebileceğini öngörerek bilinçli bir boşluk³ yarattığı sonucuna varılabilir.

Gebeliği önleyici ilaç ve araçların imali ve ithali Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın iznine tâbidir (NPHK m. 3/f. II). Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın izni olmaksızın bu ilaç ve araçlar kullanılamaz. Bakanlıkça gebeliği önleyici olarak kabul edilmeyen ilaç ve araçların imali ya da ithali halinde, bu ilaç ya da araçları üreten veya yurda sokan kişiler bir yıldan üç yıla kadar hapis ya da beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (NPHK m. 7/f. I). Bakanlıkça nüfus planlamasında kullanılacak ilaç ve araç niteliği saptanmamış bu ilaç ve araçların insanlar üzerinde kullanılması hâlinde ise, TCK m. 90 kapsamında insan üzerinde deney suçu oluşur (NPHK m. 8/f. I).

b. Sterilizasyon

Sterilizasyon, NPHK m. 4/f. I uyarınca, bir erkek ya da kadının cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmaksızın çocuk yapma yeteneklerinin giderilmesidir⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, sterilizasyon ameliyatı ancak tıbbî bir sakınca olmadığı takdirde ergin kişinin talebi üzerine yapılabilir. Her ne kadar hüküm açıkça belirtmiş olmasa da, sterilizasyon ameliyatının yapılabilmesi için, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması sebebi ile talep eden kişinin, konumuz itibari ile kadının, ayırt etme gücüne sahip olması gerekecektir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a dayanan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzük'ün⁵ 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kadınlarda sterilizasyon ameliyatını ya bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ya da bir genel cerrahi uzmanı gerçekleştirecektir. Aynı Tüzük'ün 11. maddesi uyarınca da bu ameliyat yalnızca resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde

3 Bilinçli boşluk, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı boşluktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 111; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 95.

4 Kastrasyon ile karşılaştırılması için bkz. s. 4.

5 Yazının devamında "Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük" şeklinde zikredilecektir.

yapılır. Kadınlara ilişkin sterilizasyon ameliyatı esnasında gerekli olan araç ve gereçler ile ameliyat esnasında bulunması gereken personel özel olarak sayılmıştır.

Sterilizasyon ameliyatının yapılabilmesi için kadının başvuru sırasında bir izin belgesi imzalaması gerekir. Şayet kadın evli ise, kocasından da başvuru sırasında ayrıca izin belgesi imzalaması istenir; kocanın izni olmadan sterilizasyon ameliyatı gerçekleştirilemez (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f. II). Evli erkeğin sterilizasyon ameliyatı için başvurması hâlinde de aynı şart ile karşılaşılır. Eşin rızası hususunda kadın ile erkek arasında bir ayrımcılık söz konusu olmasa da, bu uygulama, mevcut Medenî Kanunu'nun ruhu ile bağdaşmamaktadır. Her ne kadar evlilik "hukuksal-ekonomik" bir ortaklık yaratsa da, bu ortaklık içinde her bir eş, bireysel yaşam alanını koruyacaktır⁶. Bunun sonucu olarak, eşlerin diğer eşin rızası olmaksızın kendi vücutları üzerinde tasarruf edebilmeleri gerekir. Bir doğum kontrol yöntemi olması sebebi ile sterilizasyonun dolaylı olarak aile birliğini ilgilendirdiği şüphesiz ise de, kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkı ile doğrudan biçimde etkili olduğundan; bireysel menfaat aile menfaatinin önünde tutulmalı, *de lege feranda* olarak eşin diğer eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın sterilizasyon ameliyatına girmesine olanak tanınmalıdır. Eşinin bu ameliyatı yaptırmasını kabullenemeyen diğer eşin başvurabileceği imkân ise, MK m. 166 kapsamında evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açmak olacaktır.

Rızaya dayalı bir şekilde yapılmamış ya da kişinin rızasının bulunmasına rağmen yetkili kişi tarafından yapılmamış sterilizasyon ameliyatı, kısırlaştırma suçuna sebebiyet verir. TCK m. 101 uyarınca, kişiyi rızası olmadan kısırlaştıran için üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kısırlaştırma ameliyatını yapan kimsenin bu konuda yetkili olmaması ise, ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Kişinin rızası bulunmakla beraber, sterilizasyon ameliyatının yetkisiz bir kişi tarafından yapılmasında da ameliyatı yapan kişi için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bununla beraber, Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f. II'de aranan eşin rızası alınmaksızın sterilizasyon ameliyatının gerçekleştirilmesi, TCK m. 101 kapsamında kısırlaştırma suçu teşkil etmez⁷; rızası alınmayan eş, şartları oluşmuşsa sterilizasyo-

6 Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 153-154.

7 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 721; Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 373;

nu gerçekleştiren kişi ya da kurumun haksız fiilden dolayı sorumluluğuna gidebilir.

c. Kastrasyon

Kastrasyon, kadınlar açısından, her iki yumurtalığın da çıkarılarak östrojen hormonunun salgılanmasının, bu şekilde kadının cinsel fonksiyon görme, dolayısıyla da üreme yeteneğinin sona erdirilmesidir⁸. Kastrasyonu tanımlayan yazarlar, öncelikle sterilizasyon ile bir karşılaştırma yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre NPHK m. 4/f. I uyarınca, sterilizasyon cinsel ihtiyaçların tatminine engel olmaksızın çocuk yapma yeteneğinin giderilmesi olarak tanımlandığı ve kastrasyon da bu müdahaleden daha ağır olduğuna göre, kastrasyon cinsel ilişkiye girme kabiliyetinin de sonlandırılarak çocuk yapma yetisinin ortadan kaldırılmasıdır⁹. Oysa erkek vücudu için geçerli olan bu tanım kadın vücudu bakımından isabetli değildir. Kadınlar açısından kastrasyonun sonucu, daha çok erken menapoza benzetilmektedir¹⁰. Kastrasyon, kadının cinsel ilişkiye girme yeteneğini etkilememektedir. Bu sebeple sterilizasyon ile kastrasyon arasındaki sınır, cinsel ilişkiye girme yeteneğinin kaybı ile değil; üreme yeteneğinin sürekli olarak sonlanması ile çizilmelidir. Böylece bir kişinin çocuk yapma yeteneği geri dönebilecek bir biçimde paralize ediliyorsa sterilizasyondan; üreme yeteneği tamamı ile sonlandırılıyorsa kastrasyondan bahsetmek gerekir.

Kastrasyona ilişkin yasal düzenleme Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un dördüncü maddesinde yer alır. Buna göre, bir ameliyat esna-

Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 280.

- 8 Ünal Er, Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 109; Hakeri, s. 723; Tezcan/ Erdem/Önok, s. 279; Stedmans Medical Dictionary: castration, 22nd Edition, Baltimore, The Williams&Wilkins Company, 1975, s. 213.
- 9 Onursal Cin, "İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli", (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc> (20.04.2012); Hakeri, s. 718; Zeka Kayalı (danışman: Kayıhan İçel), Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, tez no. Tt 1262, İstanbul 1994, s. 70; Serap Keskin-Kızıroğlu, "Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku Sempozyumu, no. 1 (Marmara Üniversitesi, 17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 210; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 242; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3223; Özlem Yenerer-Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 123.
- 10 (Çevrimiçi), http://www.aly-abbara.com/livre_gyn_obs/termes/ovariectomie.html, (20.04.2012).

sında tıbbî zorunluluklar nedeni ile kişiye rızası alınmadan kastrasyon ameliyatı yapılabilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüş¹¹, NPHK m. 2/f. IV ile NPHK m. 4/f. III'ü birlikte okuyarak, sadece bir ameliyat esnasında acil müdahale gereken durumlarda kastrasyonun yapılabileceğini, bu durum haricinde iradî olarak kastrasyonun yapılamayacağını ortaya koymakta ve mevcut yasal düzenlemeyi, ameliyattan önce ortaya çıkan tıbbî gereklilik durumunda kastrasyona imkân vermemesi nedeni ile eleştirmektedir. Ne var ki ameliyat sırasında acil müdahale gerektiren bir durumda kişinin rızası olmaksızın kastrasyon yapılabiliriyorsa; acil müdahale gerektirmeyen, ancak tıbben zorunluluk bulunan bir hâlde, kişinin rızası ile kastrasyon yapılabilirdir¹². NPHK m. 4/f. III'ün zıt anlamından bu sonuç çıkar. NPHK m. 4/f. III hem düz hem de zıt anlamı ile Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a dâhil olduğundan¹³, NPHK m. 2/f. IV'deki sadece bu kanunun kapsamına giren durumlarda kastrasyon yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye de aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca NPHK m. 4/f. III'ün getiriliş amacına da bakılmalıdır. Düzenleme uyarınca, kişinin kastrasyon için rızasının aranmadığı tek an, bir ameliyat esnasında bu yönde tıbbî bir zorunluluğun ortaya çıkmasıdır. Bu durumda kadının vücut bütünlüğü ihlâl edildiği için kişilik haklarına saldırı niteliğindeki kastrasyon ameliyatı, kişinin üstün özel yararı veya farazî iradesinin¹⁴ bulunması sebepleri ile hukuka uygun hâle gelecektir. Madde, ameliyat sırasında acil müdahaleyi gerektiren bir durumda, kastrasyon için hukuka aykırılığın ortadan kalktığını düzenlemektedir; yoksa kastrasyonu bu hâl dışında yasaklamış değildir. Kanunda düzenlenen bu istisna dışında kastrasyon, kişinin rızasının bulunması şartı ile yapılabilir¹⁵. Ancak, geri dönüşü olmayan ağır sonuçlar arz ettiği için,

11 Cin, İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli", (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc>, (20.04.2012); Er, s. 110; Hakeri, s. 723; Kayalı, s. 71; Keskin-Kızıroğlu, s. 213; Yenerer-Çakmut, s. 125-126.

12 Barış Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 210-211.

13 Dural/Sarı, s. 96-97; Oğuzman/Barlas, s. 61; Selâhattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 62.

14 Mehmet Cemil Ozansü, "Kısırlaştırma Suçu", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1291; ayrıca farazî irade kavramı için bkz. Saibe Oktay-Özdemir, "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1315-1316, dn. 2.

15 Tıbbî müdahaleye rıza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Henri Deschenaux/Paul-Henri Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2001, N°. 588c; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 100-102; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir,

sadece tıbbî bir zorunluluk olması hâlinde kastrasyona başvurulabileceğini düşünürüz¹⁶. Aksine bir kabul, kişilik haklarının ihlâli anlamına gelecektir¹⁷. Bu durumda hekimin hukukî sorumluluğu söz konusu olur.

Kanun'da düzenlenen istisna hariç olmak üzere kişinin rızası olmadan kastrasyon ameliyatının yapılması, özel bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen kastrasyon ameliyatının kısırlaştırma suçunun mu yoksa yaralama suçunun mu kapsamında değerlendirileceği tartışılmalıdır. Kastrasyon ameliyatında, sonuç itibarı ile kişi kısırlaştırıldığı için, TCK m. 101'in uygulama alanı bulduğunu ileri süren bir görüş mevcuttur¹⁸. Ne var ki kastrasyon, üreme yeteneğinin tamamı ile kaybedilmesine sebebiyet verdiği için¹⁹ kısırlaştırmadan sonuçları itibari ile çok daha ağır bir müdahaledir; bu sebeple, kişinin rızası olmadan gerçekleştirilmiş kastrasyon ameliyatı, yine rıza alınmadan gerçekleştirilen sterilizasyon ameliyatına oranla daha ağır biçimde cezalandırılmalıdır²⁰. Doktrindeki baskın görüş ise, fikrî içtima gidilerek, kastrasyona kasten yaralamaya ilişkin TCK m. 87/f. II, c. 1, b. c hükmünün uygulanması gerektiğini ortaya koyar²¹. TCK m. 87/f. II, c. 1, b. c'ye göre, kasten yaralama mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden oluyorsa, ağırlaştırılmış bir sebep gündeme gelir; kasten yaralama için verilen bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası (TCK m. 86/f. I) iki kat artırılır. Hatta verilecek ceza beş yıldan az olamaz (TCK m. 87/f. 2, c. 2). Ne var ki kastrasyonun kasten yaralama kapsamında değerlendirilmesi sonucunda da, aynı kısırlaştırma suçunda olduğu gibi en fazla 6 yıla kadar hapis cezası verilebil-

Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 171-174; Pierre Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich, Schultess Polygraphischer Verlag, 1984, N° 378.

16 Olması gereken hukuk bakımından aynı yönde bir sonuç için bkz. Kayalı, s. 72.

17 Kişilik sadece saldırılara karşı değil; hukukî işlemlere karşı da korunur. Kişinin kendi serbest iradesi ile yapabileceği hukukî işlemlerin sınırı MK m. 23/f. II'ye göre belirlenmektedir. Kişi, özgürlüğünden vazgeçemez. Ne var ki özgürlüğünü hukuka ve ahlâka aykırı olmayacak biçimde sınırlandırabilir. Kastrasyon, kişinin üreme yeteneğinin tamamı ile sonlandırılması sonucunu doğuracağından; hekim ile hasta arasında tıbbî zorunluluk olmaksızın kastrasyon ameliyatına ilişkin sözleşme, MK m. 23/f. II gereğince kesin hükümsüz sayılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz, s.138-139; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.163-164; Tekinay, s. 252-258. Tıbbî zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilecek kastrasyon, vücut bütünlüğünü ihlâl edeceğinden, kişinin rızası da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Deschenaux/Steinauer, N° 588d; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 173; Tercier, N° 633-634.

18 Hakeri, s . 724.

19 Bkz. yukarıda s. 4.

20 Tezcan/Erdem/Önok, s. 279.

21 Keskin-Kiziroğlu, s. 216; Tezcan/Erdem/Önok, s. 279; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3223.

mektedir. Böylece, doktrinde ileri sürülen iki görüş arasındaki farklılık hukukî nitelendirmede ortaya çıkmaktadır; yoksa hükmedilecek cezada bir değişiklik olmayacaktır. Oysa kısırlaştırmaya oranla daha ağır bir yaptırıma tâbi tutulması gereken kastrasyon için, kasten yaralama suçu çerçevesinde kısırlaştırma ile özdeş bir cezanın öngörülmesi tatminkâr olmaktan çok uzaktır. Bu gerekçe ile, kastrasyonun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz²².

2. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Medenî Kanun'un 28. maddesi uyarınca, "*kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar*". Doktrindeki hakim görüş²³, bu hükümün kişiliğin kazanılmasında geciktirici bir şart olarak yorumlar. Kişilik çocuğun tam ve sağ olarak doğumuyla kazanıldığına göre; henüz doğmamış çocuğun kişilik hakkından, dolayısıyla da yaşam hakkından bahsedilemez. Hâl böyle olunca da, kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf etme hakkı ve bu kapsamda gebeliğin sona erdirilmesini isteme hakkının karşısında ceninin yaşam hakkının var olduğu ve bu iki hakkın birbiriyle çatıştığı iddia edilemeyecektir.

Gebeliğin sona erdirilmesi, rahim tahliyesi sureti ile gerçekleştirilir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 2/b). Rahim tahliyesi, gebeliğin on haftayı geçip geçmemesine göre farklı şartlara tabi kılınmıştır.

On haftayı geçmeyen gebeliklerde, kadının sağlığını olumsuz etkilemeyecekse, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine rahim tahliye edilir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 3). Rahim tahliyesi, kural olarak, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle, yani vakum aspirasyonun kullanıldığı küçük bir cerrahi müdahale ile rahim tahliyesi yapabilirler.

On haftayı geçmeyen gebeliklerde, kadın ayırt etme gücüne sahip bir erginse; tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz olması ihtimalinde, rahim tahliyesi operasyonu için kendi izni yeterli olacaktır (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f. I, b. a). Kadın ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte küçükse; velayet altında olması durumunda kendi izninin yanında velisinin izni; vesayet altında olması durumunda ise, kendi izninin

22 Tezcan/Erdem/Önok, s. 279.

23 Dural/Öğüz, s. 19; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17-18; Tekinay, s. 208-209.

yanında hem vasisinin hem de sulh hakiminin izninin aranması gerekir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f. I, b. b). Kadının ayırt etme gücüne sahip olmaması hâlinde, velayet altında ise velisinin, vesayet altında ise hem vasisinin hem de sulh mahkemesinin izni aranacaktır (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f. I, b. c). Ayrıca kadının evli olması durumunda ise, eşinden de izin belgesinin alınması gerekir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 13/f I, b. d).

On haftayı geçen bir gebelik söz konusu ise, kural olarak, rahim tahliyesi yapılamaz (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 5). Ancak kadının hayatı ya da hayati organlarını tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalık ve durumlarda, on haftayı geçen gebelikler için rahim tahliyesine izin verilir. Bu hastalık ve durumlar, Tüzük'ün (2) sayılı listesinde sayılmıştır. On haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesinin mutlaka resmi yataklı bir sağlık kurumunda yapılması gerekir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 6/f. I). Rahim tahliyesi sırasında bulunması gereken araç ve gereçler ile personel²⁴ Tüzük'te özel olarak belirlenmiştir. Rahim tahliyesi yapıldıktan sonra en geç bir hafta içinde, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile kadında görülen ya da çocukta görülecek bu hastalıklardan birinin uzmanının beraber ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor yazmaları ve bu raporu il sağlık ve sosyal yardım müdürlükleri ya da ilçe hükümet tabipliklerine iletmeleri gerekmektedir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 9/f. II). On haftayı geçen gebelikler için aranması gereken izinler tüzükte düzenlenmemiştir; bununla beraber gebeliğin sona erdirilmesinde izne ilişkin NPHK m. 6, on haftayı geçmeyen ve geçen gebelikleri birlikte düzenleyen NPHK m. 5'e atıf yapmak sureti ile, on haftayı geçmeyen gebelikler için öngörülmüş izne dair kuralların kıyasen on haftayı geçen gebelikler için de uygulanacağını bildirmektedir. Derhal müdahale edilmemesinin kadının hayatı ya da hayati organlarından birini tehdit etmesi hâlinde ise, veli, vasi ya da sulh mahkemesinin izni aranmayacaktır (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 14/f. II).

Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük'ün 8. maddesi uyarınca, *“servikal internal osun kapalı olduğu durumlarda dahi, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanama, servikal internal osun açık olması ya*

24 3 sayılı liste uyarınca, on haftayı geçen gebelikler için rahim tahliyesinin yapılacağı yerde “ameliyathane ve anestezi araç ve gereçleri; sezaryen yapmak için gerekli tıbbi ve cerrahi malzeme; intraamniotik hipertonic solüsyon vermek için gerekli araç gereç; kürtaj seti; elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör; otoklav ve elektrikli sterilizatör; uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereçler; anestezi uzmanı ya da teknisyeni; gerekli diğer ameliyathane personeli; canlandırma araç ve gereçleri” bulunmalıdır.

da uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği hâllerde veya enfeksiyon tehlikesinin bulunduğu hallerde” rahim acilen tahliye edecektir. Acil hâllerde rahim tahliyesi, kural olarak resmi yataklı tedavi kurumları ile özel hastanelerde yapılır. Ama hastanın buralara nakli mümkün değilse, hastanın bulunduğu yerde de yapılabilir (Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m. 9/f. I).

Türk Ceza Kanunu, çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçlarını düzenlemiştir. TCK m. 99 uyarınca, gebelik süresinden bağımsız olarak bir kadının rızası olmadan çocuğunu düşürten kişi beş yıldan on yıla kadar, gebelik süresi on haftadan az olmasına rağmen yetkisiz olarak çocuk düşürten kişi iki yıldan dört yıla kadar ve gebelik süresi on haftadan fazla ise kadının rızası olmasına rağmen şartları oluşmadan çocuk düşürten kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Üçüncü ihtimalde, çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın için de bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası öngörülmüştür. Ayrıca çocuk düşürtme suçu sebebi ile kadının beden ya da ruh sağlığının bozulması veya ölümü ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez (TCK m. 99/f. VI). Ancak, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir. Bu fıkranın uygulanması açısından kadının evli ya da bekâr olması bir fark yaratmayacaktır; önemli olan, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalmasıdır²⁵. Hiçbir denetleme yapılmadan, sırf kadının mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kaldığına dair beyanı üzerine yirmi haftaya kadar rahim tahliyesine olanak sağlanması, çocuk düşürme suçuna ilişkin kanunî düzenlemenin dolaşılmasına sebebiyet verebileceği gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir²⁶. Suçun işlendiğine ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı aramak ise, yirmi haftalık sürenin kaçırılmasına sebebiyet vereceğinden düzenlemeyi uygulanamaz hâle getirecektir²⁷. Alman hukukunda kesin bir mahkeme kararı gerekmeksizin, mağdurun gebeliğin bir suç sonucu meydana geldiğine yönelik hekimde muhtemel bir kanaatin oluşmasını yeterli görüldüğü bildirilmektedir²⁸. Bununla beraber, mağdurun suçu en azından adli makamlara ihbar etmiş olmasını arayan bir görüş de vardır²⁹. Bu görüş, ceza yaptırımını ile

25 Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 507.

26 Tezcan/Erdem/Önok, s. 278.

27 Keskin-Kızıroğlu, s. 216; Metin, s. 508.

28 Keskin-Kızıroğlu, s. 216.

29 Recep Gülşen, “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, V. Türk-Alman Tıp

karşılaşmak istemeyen hekime adli makamlar nezdinde araştırma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadın, isteyerek çocuğunu düşürürse bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılır.

Rahim tahliyesine ilişkin ortaya çıkabilecek özel hukuk problemleri, alınması gereken rızaların ekseninde yoğunlaşmaktadır. Bu çerçevede ilk ortaya çıkan sorun, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rahim tahliyesini istemesi ancak, yasal temsilcinin küçüğün rahim tahliyesine rıza göstermemesidir. Salt Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük m 13/f. I, b. b'nin lafzından yola çıkılırsa, asıl olanın velinin iradesi olduğu, küçüğün sadece dinlenilmesi gerektiği sonucuna varılabilir³⁰. Ne var ki özellikle küçüğün rahim tahliyesini talep ettiği dikkate alındığında, kanımızca velisinin görüşü aksi yönde olsa da, rahim tahliyesinin gerçekleştirilmesine cevaz vermek yerinde olacaktır³¹; zira böyle bir durumda hem gebe olan küçüğün menfaati korunacak, hem de annesinin istemediği bir çocuğun dünyaya gelmesi önlenecektir. *De lege feranda* sunduğumuz bu sonuç, özellikle küçüğün mağduru olduğu bir suç neticesinde gebe kalmasında benimsenmelidir³². Bununla birlikte, küçüğün rahim tahliyesini istemediği ancak velisinin rahim tahliyesine karar verdiği durumlarda, hangi menfaatin üstün tutulması gerektiği hususu daha büyük bir problem arz etmektedir. Her hâlde, verilecek karar somut olayın şartlarına göre değişiklik gösterecektir. Özellikle anne ve babanın rahim tahliyesini istemeleri bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, küçüğe hakimden rahim tahliyesine izin vermemesini talep etme hakkı tanınmalıdır³³.

Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1218; Meran, s. 233.

30 Her ne kadar sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabileceği kabul edilse de (MK m. 16), Rahim Tahliyesine İlişkin Tüzük'ün genel sisteminde, velinin rızasına daha büyük bir önem atfedilerek kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı geri planda bırakılmıştır. Bu hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi ile paralellik gösterir. Zira ilgili düzenleme uyarınca da sınırlı ehliyetsizlerin tıbbi müdahaleye rızası değil, iştiraki aranmaktadır. Bu durumda, sınırlı ehliyetsize uygulanacak tıbbi müdahalede kanunî temsilcinin rızası esastır; sınırlı ehliyetsizin karşı çıkması durumunda dahi tıbbi müdahale gerçekleştirilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay-Özdemir, s. 1326.

31 Bkz. Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFĐ, C. L, S. 4, 2001, s. 79, dn. 72. Yazar, yasal temsilcinin küçüğün rahim tahliyesine izin vermemesini, küçüğün sağlığı için gerekli bir tıbbi müdahaleden kaçınma olarak değerlendirmekte; bu durumda küçüğü koruyucu tedbirlere (MK m. 346-m. 351) gidilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

32 Metin, s. 509.

33 Benzer bir yasal dayanak, MK m. 128'de mevcuttur. Hakkı bir sebep olmaksızın

Ortaya çıkan ikinci sorun ise eşin rızası ile ilişkilidir. Belirtmemiz gerekir ki, doktrin eşin rızasına iki farklı şekilde yaklaşmaktadır. İlk yaklaşım uyarınca³⁴, rahim tahliyesi hususunda eşin rızası “evlilik birliğini doğasına ve yol arkadaşlığına” uygun görülürken, ikinci yaklaşım kocanın rızasını kadının kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkını, özellikle de üreme sürecini kısıtlayan bir unsur şeklinde algılar. Bu durumda kocanın rızası, Türkiye’nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin kadın ile erkek arasındaki ayrımcılık yasağını düzenleyen 15. maddesine aykırı görülmektedir³⁵. Kadının kendi vücudu üzerindeki hak sahipliği esas çıkış noktası olsa da, bu sorunun erkeğin baba olma hakkı ile birlikte etraflıca değerlendirilmesi icap eder. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken husus, aile olmanın getirdiği yükümlülüklerdir. Öncelikle belirtelim ki, kadının evlenmeden önce çocuk sahibi olmak istemediğini özellikle bildirmesi ve erkeğin de bu durumu bilerek evlenmesi ihtimali ayırık tutulmalıdır. Kadının evlenmeden önce böyle bir çekince koymadığı ihtimallerde ise, kanımızca sadece çocuk sahibi olmaya karar vermiş evli bir çift açısından rahim tahliyesi için kocanın rızasının aranması haklı görülebilir³⁶. Vardığımız bu sonucun, sterilizasyona dair açıklamalarımız³⁷ ile çeliştiği akla gelebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, sterilizasyon ameliyatı isteyen eşin çocuk sahibi olmayı arzu etmemesidir. Bu durumda kişinin kendi vücudu üzerindeki hak sahipliği mutlak surette korunmalıdır. Ne var ki, iki eşin beraberce çocuk sahibi olmayı kararlaştırmaları durumunda, artık kadının kendi vücudu üzerindeki hak sahipliği aşılmış olur. Zira birlikte alınan bu karar ile, koca nezdinde haklı bir baba olma beklentisi doğmaktadır. Bu sebeple, kadının kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi ile kocanın baba olmadaki menfaati arasında bir denge gözetilmeli ve sadece bu ihtimal için, kadının gebeliğini sona erdirmek istemesi durumunda kocanın da rızası aranmalıdır.

evlenmesine izin vermeyen yasal temsilcine karşı sınırlı ehliyetsiz, mahkemeye başvurarak hakimden evlenmesine izin vermesini isteyebilecektir. Yasal temsilcisinin ayırt etme gücüne sahip küçüğün rahim tahliyesine izin vermemesi hâlinde de bu hükmün kıyasen uygulanabileceğini; küçüğün hakimden rahim tahliyesine izin vermesini isteyebileceğini düşünmekteyiz.

34 Metin, s. 495.

35 KAHDEM 08.03.2010 Açıklaması, madde 4: <http://www.kahdem.org.tr/> (20.04.2012).

36 Bununla beraber, çocuk sahibi olma zamanına ilişkin kararın kadın eş tarafından verilmesi gerektiğini de düşünmekteyiz.

37 Bir eşin diğer eşin rızasına ihtiyaç duymaksızın sterilizasyon ameliyatı geçirebilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda s. 3.

Eşin rızasına ilişkin başka bir problem, kadının evlilik birliği dahilinde gerçekleşmiş bir suç sonucunda gebe kalmasıdır. Cinsel ilişki, kadının vücut bütünlüğüne yapılan bir saldırı olması sebebi ile, kişilik haklarına aykırıdır; ayrıca da bir suçtur. Bu saldırının hukuka aykırı sayılmaması için, kadının cinsel ilişkiye rıza vermesi gerekir. Bir kadının bir erkekle evlenmesi, evlilik birliği içinde gerçekleşecek bütün cinsel ilişkilere önceden rıza gösterdiği anlamına gelmez; her cinsel ilişkinin öncesinde, o somut ilişkiye yönelik rızanın verilmesi gerekir. Dolayısıyla kadın cinsel ilişkiye rıza göstermemişse, evlilik birliği içinde olmalarına rağmen, kocanın karısına karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, kadının gebeliğinin sonlandırılmasının kocasının rızasına bağlı tutulması, “kimsenin kendi haksız fiilinden hak elde edemeyeceği” prensibi ile uyuşmamaktadır. Kaldı ki TCK m. 99/f. VI’da sadece kadının rızasına sonuç bağlanmıştır. Kocasının cinsel saldırısı sonucunda gebe kalmış kadına, kocasının rızası aranmaksızın rahim tahliyesini talep etme imkânı tanınmalıdır³⁸.

Eşin rızasına ilişkin ortaya çıkabilecek son problem ise, kadının zina sonucunda gebe kalmasıdır. Zina sonucu oluşan gebeliklerde, çocuk evlilik içinde dünyaya geleceği için, babalık karinesi gereği koca baba sayılacaktır (MK m. 285/f. I). Bu durumda kocanın, soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütme imkânı vardır (MK m. 286/f. I). Çocuk doğduktan sonra soybağının reddi davası açabileceğine güvenen kocanın, zina sonucu gebe kalan karısını cezalandırma ya da başka bir saik ile rahim tahliyesine izin vermemesi ihtimali için kadının başvurabileceği hukukî imkânları değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda akla gelebilecek ilk husus, rahim tahliyesine rıza göstermeyen kocanın çocuğu benimsediği yönünde bir faraziyenin oluştuğudur. Böylece, kocanın soybağının reddi davası açması, çelişkili davranış yasağı kapsamında ele alınarak reddedilecektir. Ne var ki bu çözüm yolu çocuğu korumak ile birlikte, kadını korumaktan uzaktır. Bu durumda düşünülebilecek ikinci yol, kadının MK m. 195 kapsamında evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda eşlerin uyuşmazlığa düştükleri gerekçesi ile hakim müdahalesini istemesidir³⁹. Hakim vereceği karar, rahim tahliyesi konusunda hangi eşin talebinin uygulanacağına ilişkin olacaktır. Kararda, kocanın talebi kabul edilip rahim tahliyesine izin verilmezse; yukarıda ileri sürdüğümüz gerekçe ile çocuk doğduktan sonra kocanın soybağının reddi davasını açamaması gerekir.

38 Gülşen, s. 1225.

39 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 172-173.

B. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri, Taşıyıcı Annelik ve Doğum

1. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri

a. Kabul Edilen Sistem

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, cinsel birliktelik olmaksızın elde edilen embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesini öngörür⁴⁰. Embriyo üretimi ise homolog döllenme ya da heterolog döllenme metodu ile gerçekleştirilebilir. Homolog döllenmede, evli çiftlerin kendilerinden alınan üreme hücreleri ile rahim dışında embriyo oluşturulurken; heterolog döllenmede ya bir üreme hücresi ya da her iki üreme hücresinin de yabancılar kişilerden alınması söz konusudur⁴¹.

Türk hukukuna göre üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sadece evli çiftler üzerinde uygulanabilir (Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁴² m. 15/f. I). Çiftlerin evli olduklarının tespiti için nüfus cüzdanları ile birlikte evlilik cüzdanlarının fotokopisi istenir. Bu şekilde partneri olmayan bekâr kişilerin tek başlarına üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvurmaları engellendiği gibi; evlilik birliği dışında ancak sürekli bir beraberlikleri olan çiftlerin de üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanmaları engellenmiştir.

Medenî Kanun'un evlât edinme ve evlilik dışı doğumlara ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, bu yolla bekâr insanların çocuk sahibi olmalarına imkân vermemek bir çelişkiye sebebiyet vermektedir. Öncelikle MK m. 307, evli olmayan kişilere tek başına evlât edinme imkânı tanımıştır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile bekâr kadının biyolojik olarak kendi çocuğunu dünyaya getirme hakkına ilişkin açıklamalarda bulunuyor olsak da, Yönetmelik'in 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile çelişkisini göstermemiz için bu maddeyi özellikle zikretme ihtiyacı duymaktayız. Zira kanun koyucu, bekâr kişilere tek başlarına çocuk evlât edinme hakkını tanıyarak; sadece çocuğun sevgi dolu bir ortamda büyümedeki menfaatini değil, aynı zamanda bekâr kişilerin çocuk sahibi olmaya yönelik menfaatlerini de gözetmiştir. Hatta bu durumda, evli olmayan kişilerin çocuk sahibi olabilmeleri MK m. 307 ile hukukî bir zemine bağlandığına dahi söz edilebilecektir.

40 Hakeri, s. 243; Negahan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 42.

41 Kayalı, s. 74; Yenerer-Çakmut, s. 169.

42 RG no. 27513, 06.03.2010.

Bekâr kişilerin çocuk sahibi olmalarının önüne geçilmek arzu edilse idi, hem evlât edinmeleri yasaklanır, hem de evlilik birliği dışında doğan çocukların hukukî statüsünde elverişsizlikler yaratılırdı. Oysa Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği dışında doğmuş çocuklar ile evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar arasında bir ayırım yapmamıştır⁴³. Bu durumda, evlilik birliği dışında doğan çocuk da, evlilik birliği içinde doğan çocuk ile aynı haklara sahip olacaktır. Bekâr kişilerin doğal yollardan çocuk sahibi olmaları hukuk düzenince korunur iken, aynı kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanamamaları bize göre ikilem yaratmaktadır. Bu durumu sadece doğmuş çocuğun haklarını korumak şeklinde değerlendirmek, böylece bekâr kişilerin üremeye yardımcı tedavilerden yararlanmalarını engellemek, kanımızca sorun çözmekten uzak, yüzeysel bir yorum olacaktır.

Ne var ki sorunun sperm bağıışı ile çocuk sahibi olmayı uman bekâr kadınlar açısından daha da hassas olduğuna dikkat çekmemiz gerekir. Zira bu durumda kadının anne olma hakkı ile, doğacak çocuğun babasını bilme ve bir baba ile büyümedeki menfaati karşı karşıya gelecektir. Evlilik birliği dışında ve doğal şekilde gebe kalmış bir kadın, çocuğunun babasına ilişkin hatıralara sahip olacak ve çocuğuna bu hatıraları aktarabilecek iken; sperm bağıışı ile gebe kalan bir kadının çocuğunun babasına ilişkin hiçbir bilgisi olmayacaktır. Sperm bağıışı ile dünyaya gelmiş çocukların babalarına ilişkin vizyonlarının tek bir hücreden ileri gidemeyeceği aşikârdır. Bu sebeple doğacak çocukların babalarını bilmedeki menfaatlerinin karşısında, bekâr kadınlara sperm bağıışı ile çocuk sahibi olma hakkının tanınmasına kuşku ile yaklaşmaktayız.

Tedavi çerçevesinde eşlere sadece kendilerinden alınan üreme hücreleri uygulanabilir. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır (ÜYTY m. 18/f. V). Dolayısıyla Türk hukukunda kabul edilen yapay dölleme biçimi, homolog döllemedir⁴⁴.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 18. maddesinin 5. fıkrası uyarınca heterolog dölleme ya da üreme hücresi, dolayısıyla da yumurta bağıışı yasaktır. Aykırı bir uygulama hâlinde, uygulamayı yapan, hasta sevk eden veya aracılık eden kişiler ile gebe kalan kişi ve donör cumhuriyet

43 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 242-243; Kırkbeşoğlu, s. 1.

44 Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 16.

savcılığına bildirilir. Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu uygulamaları gerçekleştiren doktor ve klinik hakkında disiplin cezaları düzenlenmiştir⁴⁵. Bununla beraber, heterolog dölleme yoluna başvuran kişiler ya da üreme hücrelerini bağışlayan için bir yaptırım öngörülmemiştir.

Yönetmeliğin bir amacı da, anne ve çocuk sağlığını riske eden çoğul gebeliklerin önlenmesidir. Bu kapsamda, ana rahminde ikiden fazla folikül gelişmemesi hedeflenmelidir (ÜYTYM m. 18/f. VIII). Üç veya daha fazla folikül gelişmesi hâlinde, yapay dölleme işleminin yapılması yastır. Merkezlerde birden fazla embriyo transfer edilmemelidir. 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo; 35 yaş ve üzerindeki tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.

Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleyecek şekilde embriyo transferi yapılamaz (ÜYTYM m. 18/f. IX).

Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin de rızasının alınması ile embriyolar dondurularak saklanır (ÜYTYM m. 18/f. XII). Embriyolar en fazla beş yıl saklanır (ÜYTYM m. 18/f. XIII). Saklama süresinin bir yılı aşması hâlinde eşler taleplerini devam ettiğine ilişkin imzalı dilekçe vermelilerdir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü ya da boşanmanın hükmen sabit olması hâlinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar tutanak ile imha edilir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 18. maddesinin 11. fıkrası, tıbbî bir zorunluluğun bulunması hâlinde üreme hücreleri ve gonad dokularının da saklanabileceğini düzenlemiştir. Kadınlar açısından ortaya çıkan tıbbî zorunluluk hâlleri; kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler ile yumurtalıkların alınması gibi üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak ameliyatlardır. Üreme hücresi ve gonad dokular, embriyolar gibi, en fazla beş yıl süre ile saklanabilir (ÜYTYM m. 18/f. XIII). Saklama süresinin bir yılı aşması hâlinde her yıl bu doku ya da hücrelerin saklanması için kişi başvurarak rızasının devam ettiğine dair imzalı dilekçe vermelidir. Kişinin yıllık protokolü yenilememesi, talebi ya da ölümü hâlinde adaydan alınan üreme hücresi ya da gonad dokuları imha edilecektir.

45 Metin, s. 481-482.

Üreme hücresi ve gonad dokuların saklanacak kişinin evli olması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk ÜYTYM m. 18/f. XI'de yer almamaktadır. Bununla birlikte, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran kişiler için evli olma şartını arayan ÜYTYM m. 15/f. I ile gonad dokuları ya da hücrelerinin boşanma sebebi ile imha edilebileceğini bildiren ek-8'deki gonad dokusu/hücreleri imha bilgi formu göz önüne alındığında, üreme hücresi ya da gonad dokusunu saklatmak isteyen kişinin evli olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Bekâr kadınlara evlendikten sonra kullanmak sureti ile üreme hücreleri ya da gonad dokularını saklatma imkânının tanınmaması; geç yaşta evlilik yapacak bazı kadınların çocuk sahibi olma şanslarını çok düşürdüğü gibi, bazı kadınları da hiç düşünmedikleri kadar erken bir yaşta evlenmeye sevk etmektedir. Aynı zamanda, hastalık nedeni ile yumurta alınmadığı takdirde çocuk sahibi olma olanağını kaybedecek kadınlar mevzuatın evlilik şartı araması nedeni ile hak kaybına uğramaktadırlar.

b. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Finansmanı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasının e) bendi uyarınca, Sosyal Güvenlik Kurumu, evli olmakla beraber çocuk sahibi olmayan çiftlerin çocuk sahibi olabilmeleri için tüp bebek masraflarını bazı şartlar altında kabul etmektedir: Kadın ya da erkeğin en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olmasının yanında ; Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurumlarının, eşlerin başka bir yöntemle çocuk sahibi olamayacaklarını bildirmeleri ve son üç yılda diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alamadıklarını belgelemelerini gerekir. Uygulamanın yapılacağı tıbbî merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması lazımdır. Aynı zamanda kadın eşin 23 yaşından büyük ve 39 yaşından küçük olması aranır. Bu koşulların mevcut olması hâlinde, en fazla iki deneme ile sınırlı olmak koşulu ile Kurum yardımcı üreme yöntemi tedavilerini finanse edecektir. Böylece hükmün zıt anlamından, Devletin ileri yaştaki gebelikleri desteklemediği sonucuna varmak mümkündür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de tüp bebek tedavisinin finansmanı sınırlanmaktaydı. Mevcut hüküm ile paralel düzenlemeler içeren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesi (mülga) ile Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine dayanılarak, 40 yaşını geçen ve üçün-

cü denemesi için tüp bebek masraflarının karşılanmasını isteyen Devlet memuru kadının talebinin reddine ilişkin birel işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan başvuruda Danıştay, işlemin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁶. Tüp bebek uygulamalarının yüksek maliyetini dikkate alan Danıştay, kişisel menfaat ile kamusal menfaat arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ileri sürmüştü ve tüp bebek uygulamasından olumlu sonuç alma kapasitesi yüksek olmayan kişilerin finanse edilmemesi, kamu kaynaklarının verimli kullanılması gerekliliğinden hukuka aykırı bulmamıştır.

2. Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik Türk hukukunda kabul edilmemektedir. Bununla birlikte taşıyıcı annelik uygulamasına başvurulması hâlinde bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Öncelikle MK m. 282/f. I uyarınca, çocuk ile annesi arasındaki soybağı doğumla kurulur. Buna göre çocuğu doğuran kadın, çocuğun annesidir. Çocuğu doğuran taşıyıcı annenin, çocuğun annesi olmadığına yönelik iddiası dinlenmeyecektir. Çocuk ile baba arasında soybağının tanıma ya da evlat edinme yoluyla kurulması mümkün olabilecek iken, çocuğu doğurmayan kadın ile çocuk arasında soybağının kurulması ancak evlat edinme yoluyla mümkün olabilecektir⁴⁷. Bu durumda, doğuran kadının çocuğu evlatlık vermeden her zaman cayma tehlikesi mevcuttur. Diğer taraftan taşıyıcı anne evli ise, babalık karinesi uyarınca evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası koca sayılacaktır (MK m. 285/f. I). Koca ile arasındaki soybağı sona erdirilmeden, çocuk ile biyolojik baba arasında da soybağı kurulamayacaktır⁴⁸. Çocuğun doğumundan sonra, taşıyıcı anne yerine doğurmayan kadının nüfusuna kaydettirilmesi de düşünülebilir. Ancak bu durumda, menfaati olan herkes Cumhuriyet savcısına ihbarda bulunarak nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının açılmasını sağlayabilir (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36). Aynı zamanda bu husus, TCK m. 231/f. I uyarınca çocuğun soybağını değiştirme suçunu teşkil eder ve çocuğun soybağını değiştiren ya da gizleyen kişiler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

46 Danıştay 2. Dairesi, T. 26.09.2008, E. 2007/4397, K. 2008/3749, (Çevrimiçi), www.kazanci.com (20.04.2012).

47 Baygın, s. 18.

48 Kırkbeşoğlu, s. 73.

3. Doğum

a. Doğum öncesi

3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları düzenleyen 3. maddenin ilk fıkrasının 30.05.1997'de eklenen 1) bendi uyarınca, özürlü çocuk doğumlarının önlenmesi amacı ile gebelik öncesi ve gebelik süresince tıbbî ve eğitsel çalışmalar yapılır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, hapis cezasının infazı gebe olan ve doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya annesinden başkasına verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay içinde ceza infaz olunur. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 114. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, gebe veya yeni doğum yapmış kadına verilen hapis cezasının geriye bırakılmadığı hâller için gebe olan kadın hükümlülerin bulunduğu kurumlarda, doğum öncesi ve doğum sonrası her türlü bakım ve tedavi için özel bir yer ayrılır. Doğumun kurum dışında bir sağlık kuruluşunda gerçekleşmesi için gerekli tedbirler alınır. Ancak, doğum, kurumda gerçekleşmişse çocuğun kurumda doğduğu, doğum belgesine işlenmez.

b. Doğumun Şekli

Doğumun biçimine ilişkin yasal bir metin bulunmamakla birlikte, özellikle medya aracılığı ile kadınlar, sezaryen yerine normal doğum yapmaya teşvik edilmektedirler⁴⁹. 2012 yılında da Sağlık Bakanlığı'nın Türkiye'de %40 oranında uygulanan sezaryen doğumun Dünya Sağlık Örgütü'nce tavsiye edilen %15 seviyesine indirilmesi için medya kampanyası başlatacağı açıklanmıştır⁵⁰.

II. KADIN VÜCUDUNA İLİŞKİN ÜREME SİSTEMİ HARİCİNDEKİ BİYOMEDİKAL MÜDAHALELER

Kadın vücuduna ilişkin üreme sistemi haricindeki biyomedikal müdahaleler kapsamında, salt kadın vücudunu ilgilendiren tıbbî müdahaleler ve hamile kadın üzerindeki araştırma konularının yanında; erkeklerle

49 (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/cumartesi/14294337.asp> (20.04.2012); (Çevrimiçi), <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalGaleriHaber&Date=02.06.2011&ArticleID=899469&PAGE=1> (20.04.2012).

50 (Çevrimiçi), <http://www.internethaber.com/normal-doguma-tesvik-363536h.htm> (20.04.2012).

ri de ilgilendirebilecek ama kadınlar açısından da önem arz eden genetik testler, özellikle meme kanseri testi, estetik amaçlı tıbbî müdahaleler ve cinsiyet değiştirmeyi de inceleyeceğiz.

A. Genetik Testler, Özellikle Meme Kanseri Testi

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik⁵¹'in 4. maddesi uyarınca, önemli ve sık görülen toplum sağlığı konularında kişilerin periyodik muayenelerinin yerine getirilmesi, aile hekiminin görevleri kapsamında sayılmıştır. Bu çerçevede, meme kanseri taraması, rahim kanseri ve buna benzer taramaların yapılması örnek gösterilmiştir.

Kanser taramalarında Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan “Kanser Erken Teşhis ve Tarama Merkezleri (KETEM)” önemli bir rol oynamaktadır⁵². 53 merkez ile faaliyet gösteren KETEM, Türkiye'nin 81 ilinde toplam 84 merkeze sahip olmayı amaçlamaktadır.

Türkiye’de sıklıkla görülen meme, rahim ağzı ve prostat kanserlerinin erken teşhisi KETEM’in öncelikli hedefidir. Buna göre, KETEM tarafından yapılmak şartıyla: KETEM’lerde sürdürülen “Kadınlarda meme kanseri tarama programı” kapsamında, 50-69 yaş arası kadınlara; her yıl yapılacak muayene, 2 yıl aralıklarla yapılacak mamografi çekimi, gerek görülen vakalarda meme ultrasonografisi; KETEM tarafından sürdürülen “Kadınlarda serviks (rahim ağzı) kanseri tarama programı” kapsamında, 20 yaş üstü kadınlara, her yıl yapılacak muayene ile birlikte pap smear tetkiki, gerekli görülen vakalarda kolposkopi tetkiki; kolorektal kanserler için 50-74 yaş arası erkek ve kadınlarda her yıl yapılacak “Gaitada gizli kan tetkikleri”; prostat kanserleri için 50 yaş üstü erkeklere her yıl yapılacak “PSA (Prostat Spesifik Antijen) tetkikleri” SGK kapsamındaki kişiler için ücretsiz hâle getirilmiştir⁵³.

B. Kadınlara İlişkin Tıbbî Müdahaleler

Türkiye’de kadınlar sünnet edilmemektedir. Kızlık zarı dikimine ise rastlanabilmektedir. Diğer taraftan, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 39. maddesi ilk cümlesine göre “*hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikate alamaz*”⁵⁴. Bu hükme dayanan TCK m. 287 uyarınca da, yetkili

51 RG no. 25867, 06.07.2005.

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kanser.gov.tr/> (20.04.2012).

53 (Çevrimiçi), http://ketem.org/ketem_nedir.php (20.04.2012).

54 (Çevrimiçi), http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 (20.04.2012).

hakim ve savcı kararı olmadan kişinin genital muayeneye tâbi tutulması durumunda, bu muayeneye gönderen ve muayeneyi yapan için hapis cezasını düzenlemiştir.

Her ne kadar bu suç “adliyeye karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, madde ile korunan değer adliyenin idare ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesi değil, kişisel özgürlükler ve kişinin vücut bütünlüğünün korunması olduğunu vurgulayan bir görüş mevcuttur⁵⁵. Genital muayenenin sadece hakim ya da savcı kararı ile yapılabilmesinden, hüküm ile korunan hukuksal değer kişisel özgürlükler ve kişinin vücut bütünlüğü olduğunu söylemek bize zor gözükmemektedir. Zira, genital muayene için hakim ya da savcı kararı olduğu takdirde, kadının rızası aranmaksızın genital muayene gerçekleştirilecektir. Genital muayeneyi talep edebilecek kişilerin savcı ve hakim ile sınırlanmasına rağmen, genital muayeneye rıza göstermeyen kadının dinlenmeyecek olması, bu suç ile kişisel özgürlük ve vücut bütünlüğünün değil, adliyenin idare ve işleyişinin korunduğunu gösterir⁵⁶. Bununla birlikte, savcı ya da hakim kararı ile de olsa kadının genital muayene için rızasının alınmaması, kanaatimizce, vücut bütünlüğünü ihlâl ettiği için kişilik haklarına saldırı niteliğindedir⁵⁷.

C. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahaleler

Türk hukukunda estetik tıp ve estetik cerrahiye ilişkin düzenlemeler, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’in 12. ilâ 15. maddelerinde yer almakta idi⁵⁸. Ne var ki bu yönetme-

55 Hakeri, s. 801.

56 Bkz. İbrahim Dülger, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1261. Yazar, “cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı, bireyin kendi irade ve tercihi ile hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli olma hakkı ve adliyenin idare ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesi” menfaatlerinin beraberce korunduğunu, lakin adliyenin sağlıklı biçimde idare ve işleyişinin diğer menfaatlerin önüne geçtiğini bildirmektedir.

57 Dülger, s. 1262.

58 Yürürlükten kaldırılan yönetmelik uyarınca, güzellik ve estetik amaçlı sağlık kuruluşlarında uygulama yapabilecek çalışanlar ; tabipler, güzellik uzmanları, diyetisyenler ve diğer personeldir. Tabiplerin uygulayabileceği tıbbi işlemler : sivilce tedavisi ; siğil/skar dokusu gibi oluşumların cilt yüzeyinden çıkartılıp alınması ; damar genişlemeleri, pigmentasyon ve kırışıklıkların giderilmesine yönelik lazer tedavisi ; deri peeling işlemleri ; cilde yapılan uygulamalarla ilgili oluşabilecek yan etkilere karşı müdahaleler ve saç ekimidir. Ayrıca hekimler, zayıflama için gerekli tıbbi değerlendirmeleri de yapmakla görevlidirler. Güzellik uzmanının uygulayabileceği işlemler : kozmetik preparatlarla ve cihazlarla uygulanan cilt temizliği ; cilt bakımı ; peeling ; makyaj ; kozmetik amaçla kaş şekillendirmesi ; protez kirpik ; pasif jimnastik ; vakum ; refleksofizyolojik uygulamalar ; sıcak/soğuk uygulamaları ; masaj ; lazer ve

lik Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁵⁹'in 39. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in geçici 4. maddesine göre, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre açılan merkez ünitelerin uygunluk belgelerinin geçerliliği 01.01.2010 tarihinde sona ermiştir. Sağlık kuruluşu statüsü sona eren ve işleteni hekim olan bu merkezler, güzellik salonu ya da gerekli şartları sağlıyorsa muayenehane ya da polikliniğe çevrilebilecektir. Ne var ki muayenehane veya polikliniğe çevrilmeleri ihtimalinde, bu kurumların kullandıkları hiçbir materyalde "güzellik" ya da "estetik" ifadeleri yer alamaz. Bununla beraber, güzellik salonları sağlık merkezi statüsünden çıkarılmıştır. Tıp fakültesi mezunu dahi olsa, kimse artık bu salonlarda tıbbî müdahalede bulunamayacaktır. Her ne kadar henüz düzenleme yapılmış olmasa da, müdahale seviyesine gelmemiş basit estetik işlemlerin güzellik salonlarında; tıbbî estetik müdahalelerin ise sağlık merkezlerinde yapılacağı sonucuna varmak gerekir.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 64. maddesine göre "*vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçla yapılan her türlü sağlık hizmetleri dışında estetik amaçla yapılan hiçbir sağlık hizmetinin finansmanı Kurum tarafından karşılanmaz*". Bununla birlikte 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun'un 16 maddesi bu kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre, Devlet tiyatroları ile opera ve balesi mensuplarının geçirdikleri estetik ameliyatlar Devlet Tiyatroları ile Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü tarafından karşılanabilir.

foto epilasyon uygulamaları haricinde diğer metotlarla epilasyon ve depilasyon ; ağda ; kozmetik preparat ve cihazlarla yapılan el ve ayak temizliği ; manikür ve pedikür ; protez turnak ; selülit giderici uygulamalar ; aletli veya aletsiz elle yapılan selülit masajı ; lenf drenajı uygulaması ; lifting ; bronzlaştırıcı solaryumdur. Diyetisyen, tabip sorumluluğunda diyet listesi hazırlar ve kişiye beslenmesi ile ilgili eğitim verir. Diğer personel ise güzellik uzmanının gözetiminde : aktif jimnastik biriminde beden eğitimi ve spor dalında ön lisans ya da lisans eğitimi alan bir kişi ; kuaför bölümünde usta ya da çırak ; manikür/pedikür için MEB'in ilgili mevzuatına göre açılan bir okul ya da kurstan alınmış belgeye sahip bir kişi ; masaj uygulamalarında masörlük belgesi bulunan bir kişi ; tabibin sorumluluğunda : fizyoterapist, sağlık memuru, hemşire gibi sağlık alanında eğitim görmüş personeldir.

59 RG no. 26788, 15.02.2008.

Hekim ile hasta arasındaki estetik müdahaleye ilişkin sözleşmenin niteliği doktrinde niteliği tartışmalıdır: İleri sürülen ilk görüş⁶⁰ uyarınca, kişisel karakterin önemli role sahip olması ve hekim ile hasta arasında güçlü bir güven ilişkisi bulunması sebebi ile estetik müdahaleler vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte ikinci bir görüş⁶¹, hekim ile hasta arasındaki estetik müdahaleye ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirirken; öngörülemez sonuçlar bakımından vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiğini ortaya koyar. Yargıtay kararlarında ise estetik müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında ele alındığından, estetik müdahaleyi yapan doktorun sorumluluğu daha ağır değerlendirilmektedir⁶².

D. Hamile Kadın Üzerinde Tıbbî Deney

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik⁶³'in beşinci maddesinin ilk fıkrası uyarınca kural; çocuklar, gebeler, lohusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde klinik araştırma yapılamamasıdır. Ancak, “*gönüllüler yönünden araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşımıyor ise*”, çocuklarda, hamilelik, lohusalık ve emzirme dönemlerinde ve kısıtlılık durumunda bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile birlikte ilgili etik kurulunun onayı ve Sağlık Bakanlığı'nın izni alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebilir (KAHY m. 5/f. I, b. b). Gebeler, lohusalık ve emziren kadınları klinik araştırmanın doğrudan ilgilendirmesi gerekliliğinin yanında, sadece bu kadınlar üzerinde incelenebilir bir durumun olması ve araştırmanın gönüllü kadın ile birlikte fetüs ya da bebeğin sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşımaması da icap eder (KAHY m. 8/f. I).

60 Çağlar Özer, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Kurultayı (7-8 Kasım 2008), Ankara 2009, s. 249-250; Halük Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 21.

61 Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 47-48.

62 Özay, s. 96-97. Yargıtay 15. HD, T. 3.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868 sayılı kararında, kolundaki dövmenin çıkarılması için doktora başvuran davacının yapılan lazer operasyonu sonucunda kolunda iz kalması nedeni ile doktor, eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri dolayısı ile sorumlu tutulmuş; ayrıca davacının ömrü boyunca taşımak zorunda kalacağı bu iz için yerel mahkemenin manevi tazminat talebini reddetmesi kararı bozmuştur. Yargıtay 15. HD, T. 25.10.2010, E. 2010/4538, K. 2010/5692 sayılı kararında, geçirdiği estetik amaçlı üç ameliyat sonrasında burnu çöken davacının talebini eser sözleşmesi çerçevesinde değerlendirmiş [Kararlar için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (20.04.2012)].

63 RG no. 28030, 19.08.2011.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesine göre, "araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanmaması esastır". Bu çerçevede araştırmanın; acı, rahatsızlık ve korkudan başka, hastanın hastalığı ve yaşı ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanması gerekir. Çocuklar, gebeler, lohusa ve emziren kadınlar ile kısıtlıların katılacağı araştırmalarda, risk ve hastalığa bağlı ilerleme safhaları hakkında bu kişilere veya yasal temsilcilerine özel olarak bilgi verilir ve uyarıda bulunulur; ayrıca bu durum, bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile belgelendirilir (KAHY m. 5/f. I, b. d). Burada dikkati çeken husus, kadının evli olması ihtimalinde eşin rızasının aranmamasıdır. Bir kere eşler çocuk sahibi olmaya karar verdikten sonra, çocuğun sağlığı ile ilgili kararları beraberce almalıdırlar. Çocuk doğmuş ise; lohusa ya da emziren kadın üzerinde yapılacak araştırma çocuğu doğrudan etkileyebilecektir; bu riske karşı, olması gereken hukuk bakımından, babanın velayetten kaynaklanan yetkisine dayanılarak (MK m. 339/f. I) lohusa ya da emziren kadın üzerinde araştırma yapılabilmesi için rızasının aranması gerektiği sonucuna varılabilir. Ne var ki kadının gebe olması durumunda, babanın fetüs üzerindeki velayet hakkından bahsedilemeyecektir⁶⁴. Bu durumda fetüsün sağlığından endişe ederek gebe eşinin klinik araştırmalara katılmasını istemeyen kocanın, MK m. 195 hükmü uyarınca hakimin müdahalesini istemesi icap eder. Bize göre gebe, lohusa ya da emziren bir kadının klinik araştırmalarda gönüllü olması, artık kadının kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisini aşan bir husustur. Babanın doğmuş ya da doğacak çocuğunun korunması hususunda söz sahibi olabilmesi gerekir. Bu sebeple, klinik araştırmalara iştirak etmek isteyen gebe, lohusa veya emziren kadın evli ise, kocasının da rızasının aranması isabetli olacaktır⁶⁵.

Gebe, lohusa ve emziren kadınlar, araştırmayı reddetmeleri veya araştırmanın herhangi bir safhasında çekilmek istemeleri durumunda araştırmadan çıkarılır (KAHY m. 8/f. I, b. a).

64 Velayet, anne ve babanın kural olarak küçüğün, istisnaen kısıtlının bakımı ve korunmasının sağlanabilmesi açısından kişivarlığı ile malvarlığı üzerinde sahip olduğu görev, yetki ve hak olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 326 vd.

65 Her ne kadar anne ile çocuk arasında menfaat çatışmasının olması ihtimalinde çocuğa kayyım atanması gerekse de, gerek etik kurulu onayı gerek Sağlık Bakanlığı'nın izni gerektiğinden, çocuğun menfaatinin yeteri ölçüde güvence altına alındığını düşünmekteyiz.

Gebe, lohusa ve emziren kadınlarda yapılacak klinik araştırmalara katılmaları sebebi ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında, bu kişilere herhangi bir “ikna edici teşvik ve/veya mali teklifte” bulunulamaz (KAHY m. 8/f. I, b. d). Klinik araştırmaya rıza göstermesi için gebe, lohusa ya da emziren kadına ikna edici bir teşvik ve/veya mali teklifte bulunulmuşsa; bu husus yönetmelikte belirlenen esas ve usullere aykırı olduğundan, yapılan araştırmanın sonuçlarının yayınlanması yasaktır (KAHY m. 31/f. I). Bununla beraber her klinik araştırma, insan üzerinde bir deneydir. Ne var ki klinik araştırmaların TCK m. 90’da düzenlenen insan üzerinde deney suçunu teşkil etmemesi için, cezaî sorumluluğu kaldıran unsurları⁶⁶ ihtiva etmesi gerekir. Katılımcıya ikna edici teşvik ve/veya mali teklifte bulunması durumunda ise, rızanın “herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması” şartı yerine getirilmemiş olacağından araştırma, insan üzerinde deney suçu kapsamında değerlendirilecek ve araştırmayı yapan kişiler 1 ilâ 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılacaklardır (TCK m. 90/f. I). Aynı zamanda, bu durum kliniğin araştırmalarının Sağlık Bakanlığı tarafından durdurulması ya da sonlandırılmasına sebebiyet verebilir (KAHY m. 32/f. II).

E. Cinsiyet Değiştirme

Cinsiyet değiştirme, kişinin kendi cinsine ilişkin biyolojik özelliklerinin değiştirilerek kişiye karşı cinse ilişkin özelliklerin kazandırılmasına için yapılan cerrahî bir müdahaledir⁶⁷.

Türk hukukunda cinsiyet değiştirme, hem kadınlara hem de erkeklerle tanınan bir haktır. MK m. 40 uyarınca, öncelikle cinsiyet değiştirmek için mahkemeden izin alınır. Bu izin için gereken şartlar; 18 yaşını doldurmuş olmak, evli olmamak, transseksüel yapıda olmak, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ve üreme yeteneğinden

66 Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, rızaya yapılan deneyin cezaî sorumluluğa yol açmaması için “Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması / deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması / insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması / deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması / deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması / deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması / deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir”.

67 Erman, s. 211; Kayalı, s. 61.

yoksun bulunmaktır. Bunlar arasında “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartı, üreme yeteneğine sahip transseksüel yapıdaki kişinin cinsiyet değiştirme hakkını kullanmasına engel gibi gözükse de, doktrinde bu şart farklı şekillerde yumuşatılmaktadır. İleri sürülen ilk görüş⁶⁸ uyarınca bu şart, müdahale sonrasında üreme yeteneğinden yoksunluk olarak değerlendirilmektedir. İkinci görüş⁶⁹ ise, anatomik olarak üreme yeteneğine sahip transseksüel yapıdaki kişinin psikolojik sebepler ile karşı cins ile bir ilişki kurmayacak, üreme yeteneğini kullanmayacak olmasını yeterli saymaktadır. Üreme yeteneğine sahip olmama şartı, mahkemenin cinsiyet değişikliği ameliyatına izin vermesi için arandığından, şartın arandığı ameliyatın sonucuna dayanan ilk görüşten ziyade, ikinci görüş bize daha doğru gözükmektedir. Cinsiyet değişikliği ameliyatı resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanınca, mahkeme nüfus sicilinde gerekli değişikliklerin yapılmasına karar verir.

Yargıtay kararlarında cinsiyet değiştirme, biyotıp hukukundan ziyade hukuka ve ahlâka aykırılık ekseninde tartışma yaratmaktadır. Nitekim Yargıtay’ın 7. HD, T. 25.11.2008, E. 2008/4109, K. 2008/5196 sayılı kararına⁷⁰ konu olan davada, Cumhuriyet Savcısı amacının hukuka ve ahlâka aykırı olduğu gerekçesi ile, Lambda derneğinin feshini talep etmiştir. Yargıtay; davalı derneğin tüzüğündeki hiçbir şekilde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemesi ve kanunlarımızda da lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin aralarında örgütlenerek birlik ve dayanışmalarını sağlama amacıyla dernek kuramayacaklarına ilişkin bir hüküm bulunmamasını gözeterek, davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlâka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

SONUÇ

Kadın vücudunun Türk hukuk mevzuatı ve yargı kararları çerçevesinde incelediğimiz bu çalışmamızda; evli kadınların rahim tahliyesine ya da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurabilmek için kocalarının rızasını almalarının gerekmesinden, bekâr kadınların hiçbir şekilde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuramamasından, hatta kendi üreme hücrelerinin dahi evlendikten sonra kullanılmak üzere sak-

68 Erman, s. 215.

69 Kırkbeşoğlu, s. 38; İpek Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 468-469.

70 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (20.04.2012).

latılmasına izin verilmemesinden hareketle kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkının çok sınırlanmış olduğu sonucuna varmaktayız. Kırk yaşına basan kadınlar için üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin devlet tarafından finanse edilmemesi, kanımızca, kadınlar arasında yaşa dayalı bir ayrımcılığa sebebiyet verebilecektir. Aynı zamanda, küçüklerin gebeliğinin sona erdirilebilmesi için yasal temsilcilerinden; başkasının çocuğuna hamile kalan kadının gebeliğinin sona erdirilebilmesi için ise kocasından izin alınmasının gerekmesinin de birçok problem yaratabileceğine inanmaktayız. Diğer taraftan, kadın vücuduna ilişkin problemlere salt kadın açısından değil; doğacak çocuk açısından da yaklaşılması gerektiğini savunmaktayız. Böylece kadının anne olma hakkının, çocuğun babasını bilme ve hatta bir baba ile büyüme hakkı ekseninde düşünülmesi gerektiğine inanmaktayız.

Bu bağlamda gerek sterilizasyon, gerek rahim tahliyesi açısından kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkını büyük ölçüde kısıtlayan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün en azından izinlere ilişkin 13. maddesinde, kadının vücudu üzerindeki hak sahipliğini ön plana çıkaran değişikliklerin yapılması icap eder. Buna karşın, bekâr kadınların başvurusunu engelleyerek, özellikle bir hastalık durumunda anne olma imkânlarını kaybetmelerine sebebiyet veren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesi de değiştirilmelidir. Kanımızca bekâr kadınların da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanabilmeleri lazımdır. Ancak onlara bu olanak sağlanamasa bile, en azından evlendikten sonra kullanılmak üzere üreme hücrelerini saklatma hakkı tanınmalıdır.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

Baygın, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010.

Deschenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri: Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2001.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.

Dülger, İbrahim: "Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1259-1283.

Er, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.

Erman, Barış: Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Gülşen, Recep: "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1209-1228.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Kayalı, Zeka (danışman: Kayıhan İçel): Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, tez no. Tt 1262, İstanbul 1994.

Keskin-Kızıroğlu, Serap: "Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku Sempozyumu, no. 1 (Marmara Üniversitesi, 17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 209-216.

Kırkbeşoğlu, Nagehan: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Meran, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Metin, Sevtap: Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Oktay-Özdemir, Saibe: "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1315-1351.

Ozansü, Mehmet Cemil: "Kısırlaştırma Suçu", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu,

Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008), Ankara 2008, s. 1284-1294.

Özay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Özer, Çağlar: "Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", Ankara Barosu II. Sağlık Kurultayı (7-8 Kasım 2008), Ankara 2009, s. 241-252.

Sağlam, İpek: "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 455-469.

Stedmans Medical Dictionary, 22nd Edition, Baltimore, The Williams&Wilkins Company, 1975.

Şen, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Şenocak, Zarife: "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD, C. L, S. 4, 2001, s. 65-80.

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekinay, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Tercier, Pierre: Le nouveau droit de la personnalité, Zurich, Schultess Polygraphischer Verlag, 1984.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3223.

Yenerer-Çakmut, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.

İnternet Kaynakları

Cin, Onursal: "İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli", (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc> (20.04.2012).

http://ketem.org/ketem_nedir.php (20.04.2012).

http://www.aly-abbara.com/livre_gyn_obs/termes/ovariectomie.html (20.04.2012).

<http://www.hurriyet.com.tr/cumartesi/14294337.asp> (20.04.2012).

<http://www.internethaber.com/normal-doguma-tesvik-363536h.htm> (20.04.2012).

<http://www.kahdem.org.tr/> (20.04.2012).

<http://www.kanser.gov.tr/> (20.04.2012).

<http://www.kazanci.com> (20.04.2012).

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalGaleriHaber&Date=02.06.2011&ArticleID=899469&PAGE=1> (20.04.2012).
http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 (20.04.2012).

ENGELLİ HAKLARINDA YENİ BİR OLGU ASHLEY TEDAVİSİ

Av. S. Sera KADIGİL¹

GİRİŞ

Engellilerin yok sayıldığı, en temel haklardan dahi zaman zaman yoksun bırakıldığı günümüz dünyasında zihinsel engelli bir birey olarak var olmaya çalışmak tahayyül dahi edilemeyecek bir takım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Gerek engelli birey gerek bakımla sorumlu aile için hem manen hem de madden son derece yorucu olan bu süreci iyileştirme ve kolaylaştırma çabaları, on yıllardan bu güne etik tartışmalara konu olmaktadır.

Bu tartışmaların belki de en ateşlisi 2004 yılında doğuştan zihinsel engelli Ashley'nin ailesinin, doktorları ile ortaklaşa başlattığı bir dizi operasyon sonrası Ashley'nin büyümesini durdurmaları üzerine yaşanmıştır. Fiziksel olarak gelişimi sorunsuz şekilde devam eden Ashley, ne yazık ki doğuştan gelişen bir beyin hasarı nedeni ile üç aylık bir bebeğin zekasına ve yeteneklerine sahip olduğu gibi, gelişme gösterme şansı da tıbben mümkün değildir. Beslenme, tuvalet gibi en temel ihtiyaçları için dahi ailesine tam bağımlı olan Ashley, konuşmak, yürümek, oturmak ve hatta kafasını tutmak gibi becerilerden dahi yoksundur. Bu sebeple aile, bakımının kolay olması ve çocuğa da bir dizi tıbbi ve gündelik hayata yönelik kolaylıklar sağlaması bakımından küçük kıza bugün tıp literatüründe Ashley Tedavisi adı verilen bir dizi işlem uygulanmasına karar vermişler, bu karar doktorları ve hastane etik kurulu tarafından yerinde görülerek küçük kızın çeşitli müdahaleler ile büyümesi baskılanmış, ayrıca uterusu, göğüsleri ve apandisi alınmıştır. Operasyonları gerçekleştiren doktorların ve akabinde ailenin açıklamaları ile basına yansıyan bu tedavi, tüm dünyada ciddi yankı bulmuştur. Ülkemizde de 2007 yılında benzer bir tedavinin talep edilmesinin ardından söz konusu tartışmalar alevlenmiş, ancak bugüne kadar konu hakkında çıkan gazete haberleri dışında bilimsel ve kapsamlı bir araştırma yapılmamıştır.

1 Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

İşte bu çalışmada Ashley Tedavisi'nin kapsamı açıklanmaya çalışılacaktır. Bu amaçla ilk olarak Ashley ve hikayesi kısaca anlatılacak, daha sonra tedavinin mahiyeti ve uygulanan operasyonlar ayrı ayrı incelenecektir. Tıp bilgisini haiz olmamız nedeni ile bu operasyonların tıbbi yönü üzerinde durulmayacak yalnızca bu işlemler ile amaçlanan yararlar ve küçük kız üzerindeki etkileri açıklanacaktır. Daha sonra ise bu tedavinin yönelmiş olduğu faydalar ve tedaviye yönelik eleştiriler ayrı başlıklar altında incelenecek, son olarak da genel bir değerlendirme ve konuya ilişkin görüşlerimiz sunulacaktır.

I- ASHLEY ve HİKAYESİ

A- Ashley

1998 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Seattle eyaletinde dünyaya gelen Ashley'nin soyadı bizzat ailesi tarafından gizleniyor olduğundan bu hususta bir bilgi yoktur. Ashley doğuştan *statik encephlopaty* adı verilen ve tedavisi mümkün olmayan bir beyin hasarı ile dünyaya gelmiştir². Kendisinden büyük ve zihinsel ve fiziksel olarak sağlıklı durumda iki kardeşi daha olan Ashley'nin neden böyle bir hastalığa yakalandığı hususu açık olmadığı gibi durumunu iyileştirebilecek herhangi bir tedavi yöntemi de henüz bilinmemektedir.

Her ikisi de üniversite mezunu olan ailesinin özverili çabaları ile doğduğu günden bu yana başta nörologlar ve genetikçiler olmak üzere tıbbın hemen tüm dallarından uzmanlarca incelenen ve bu süreçte gereken bilinen gerek deneysel aşamada olan tüm testlere tabi tutulan Ashley'nin durumunun nedeni hakkında hiçbir sonuca ulaşılamamıştır. Bu durum uzmanlarca, beynin bilinmeyen bir sebepten ötürü kalıcı ve düzeltilemez şekilde hasar görmesi ve bu hasar neticesi gelişiminin durması şeklinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Ashley'nin zihinsel gelişimi bu sebebi belirlenemeyen hastalık nedeni ile üçüncü ayda tamamen durmuş ve 1998 yılından bu yana en ufak bir gelişme göstermemiştir. Ancak fiziksel gelişimi devam etmektedir. Şu anda 13 yaşında olan Ashley; kendi başına yemek yiyemez, oturamaz, yürüyemez, el ve ayaklarını kullanamaz hatta kafasını bile tutamaz durumdadır ve hep bu şekilde kalacağı tıp otoriteleri tarafından kabul edilmiştir. Yatakta dönmek gibi en basit eylemleri dahi tek başına yerine getirmesi mümkün olmayan ve ancak tüp ile beslenebilen Ashley, bu nedenlerle başkalarının bakımına tam ve süresiz olarak muhtaç durumdadır³.

2 Metin, Sevtap; Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, XII Levha, 2010, s.120.

3 Gunther, Daniel/Diekema, Douglas; "Attenuating Growth in Children With Profound Developmental Disability, A new Approach to an Old Dilemma", Arch Pediatr Adolesc

Bunun dışında Ashley, bilinç dışı olsa da kollarını bacaklarını hareket ettirmekte, televizyon ve benzer uyaranlara tepki vermekte ve kolaylıkla korkmaktadır. Kısacası şimdi 13 yaşında olan Ashley, içinde yalnızca üç aylık olan ve büyümeyen bir bebek yaşatmaktadır.

Hiç hareket edemediği ve sürekli yatalak halde kalmak zorunda olduğundan ailesinin “*yastık meleği*” lakabını taktıkları Ashley, ailenin vazgeçilmez bir bireyi olduğundan ailesi tarafından tatil, yemek gibi gerçekleştirilen her aktiviteye taşınmakta, bunun dışında banyo ve sair tüm ihtiyaçları yine ailesi tarafından giderilmektedir. Yine ailenin ifadesi ile “evin neşesi” olan bu minik kızın stabil ve uzman doktorlarca kabul edilen, tedavisi mümkün olmayan durumu, bakımının her anı ile ilgilenmekte olan aileyi çözüm arayışına itmiş, sonunda da ortaya bugün literatürde Ashley Tedavisi olarak adlandırılan tedavi yöntemi çıkmıştır⁴.

B- Olayın Hikayesi

Ashley altı yaşına geldiğinde, düzelmesi mümkün olmayan beyin hasarına karşın günden güne büyüyen ve ağırlaşan gövdesi, aileyi bu hususta bir çözüm bulmaya yönlendirmiştir. Özellikle küçük kızın pubik tüylerinin belirginleşmesi ve son altı ayda boyunun %50 ila %75 arası bir yüzdeyle artması aileyi endişelendirmiştir. Bu sebeple 2004 yılında Seattle Çocuk Hastanesi’ndeki doktorları ile temasa geçen aile, uzman doktorların da tavsiyesi ile Ashley’nin büyümesini sınırlayacak ve küçük kızın maksimum boy ve ağırlığa ulaşmasını engelleyerek gerek çocuğa, gerekse bakıcı durumda olan aileye bir dizi tıbbi ve pratik fayda sağlayacaklarını düşündükleri bir prosedür ortaya çıkarmışlardır. Aşağıda ayrıntıları ile incelenecek olan ve östrojen tedavisinin yanı sıra rahmin, göğüslerin ve apandisitinin alınmasından oluşan bu prosedür, 5 Mayıs 2004 tarihinde doktorları **Daniel F. Gunther** (MD, MA) öncülüğünde hastanenin etik kuruluna sunulmuştur. 40 kişilik uzman doktorlardan müteşekkil etik kurul, ailenin samimiyeti ve prosedürün çocuğun iyiliğine olacağı hususlarında ikna olmuş ve kurul başkanı **Douglas S. Diekema** (MD, MPH) tarafından onaylanan prosedür işletilmeye başlanmıştır.

Med/vol 160, Oct, 2006. (Çevrimiçi) <http://www.archpediatrics.com>, 22.05.2011, s.1013.

4 Ashley’nin anne ve babasının kendi bloglarında yayınladıkları açıklama yazısından alınmıştır. Ashley’s Mom and Dad; “The Ashley Treatment, Towards a Better Quality of Life for Pillow Angels, 02.01.2007”, (Çevrimiçi) <http://ashleytreatment.spaces.live.com/blog> , 22.05.2011.

2004 yılında, Ashley henüz altı yaş yedi aylık iken, uygulamaya başlanan bu prosedür uyarınca ilk olarak küçük kız ameliyata alınmış ve bu ameliyatla göğüs tomurcuğu (*breast buds*) adı verilen ve göğsün büyüyerek gelişmesini sağlayan kısmı; uterusu ve apandisiti alınmıştır. Sorunsuz geçen bu ameliyatın iyileşme süresinin ardından ise yüksek doz östrojen tedavisi uygulanmıştır. Tüm süreç boyunca doktor gözetimi altında olan kızın üç ayda bir kemik yapısı, insülin seviyesi ve benzeri fonksiyonları test edilmiş, olası komplikasyonlara karşı önlem alınmıştır. Bu tedavi 2006 yılının aralık ayına kadar düzenli olarak devam etmiştir. Anılan bu iki buçuk yıllık süreç boyunca ve devamında da Ashley’de bu tedavilere ilişkin herhangi bir tıbbi yan etki oluşmamıştır. 2007 yılında yapılan ölçümlere göre Ashley’nin boy uzaması %20 oranında, kilo artışı ise %40 oranında azaltılabilmektedir. Küçük kızın tedavi sonrası boyu 53 cm, kilosu 55 pound yani 25 kg civarında olup kemik yaşı ise 15 olarak ölçülmüştür⁵. Bunun yanı sıra doktorları Ashley’nin en fazla 4-5 feet (120-150 cm) arası bir uzunluğa ve 75 pound (34 kg) ağırlığa ulaşabileceği tahmininde bulunmuşlardır.

Anılan bu tedavinin sonlarına doğru, 2006 yılının ekim ayında, tedaviyi uygulayan *Dr. Gunther* ile etik kurulun da başkanlığını yapmış olan *Dr. Diekema* uyguladıkları bu prosedüre ilişkin kapsamlı bir makale hazırlayarak bir tıp dergisinde yayınlamışlardır⁶. Kısa süre içerisinde tıp dünyasında ciddi etik tartışmalara yol açan bu makale ve artçı tartışmaları sürerken, konu 2 Ocak 2007 tarihinde Ashley’nin ailesi tarafından kurulan blogda⁷ paylaşılmıştır. Konunun 3 Ocak 2007 tarihinde *Los Angeles Times* adlı gazetede gündeme gelmesinin ardından⁸ ise Ashley ve tedavisi bir anda tüm basın ve kamuoyunun ilgisini çekerek uzun süre gündemi meşgul etmiştir. Bu haberin ardından ailenin kızlarına uygulanan prosedüre ilişkin diğer engelli çocukların aileleri ile bilgi paylaşımında buldukları blogları yüz binlerce kişinin akınına uğramıştır.

5 Bu birimler 2007 yılındaki ölçümlere ait olup aile, üzerinde oluşan yoğun kamuoyu baskısı nedeni ile basından uzak kalmayı tercih etmeleri sonucu daha yakın tarihli bir sonuca tarafımızca ulaşamamıştır. Ancak doktorlarının ifadesi uyarınca Ashley’nin biraz daha gelişme göstereceği ancak asla bir yetişkinin boyutuna ulaşmayacağı bilinmektedir. (Bkz: Gunthner, Diekema; a.g.m., s. 1015.)

6 Bkz: Gunther/Diekema, a.g.m.

7 İnternet üzerinden tutulan web günlüklerine blog adı verilmektedir. Bugün çeşitli konularca milyonlarca kişi blog yazmakta, bu bloglardan bir kısmı ciddi bir izleyici kitlesi tarafından takip edilmektedir.

8 Verhovek, Sam Howe; “Parents Defend Decision to Keep Disabled Girl Small” *Los Angeles Times*, 03.01.2007 tarihli gazete. (Çevrimiçi) <http://articles.latimes.com/2007/jan/03/nation/na-stunt3> , 02.07.2011.

Özellikle CNN gibi uluslararası haber kuruluşlarının da konuya eğilmesi üzerine kısa sürede dünyanın dört bir yanında tartışılmaya başlanan Ashley Tedavisi, özellikle çocukları ile daha yakından ilgilenebilmek, onları daha rahat hareket ettirmek ve taşımak arzusunda olan ebeveynlere yönelen bencillik tartışmaları ve kendi rahatları için çocuklarının sağlıkları ve doğası ile oynadıkları gerekçesiyle, başta dini çevreler olmak üzere, toplumun birçok kesiminin tepkisini çekmiş ve çekmeye de devam etmektedir.

C-“Ashley Tedavisi” Terimi

İlerleyen bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olan ve dört aşamadan müteşekkil, incelemeye konu prosedür, tıp literatürüne Ashley Tedavisi olarak girmiştir. Özellikle kamuoyuna basit bir ifade ile yalnızca çocuğun büyümesinin durdurulması/ küçük bırakılması şeklinde yansıtılan bu prosedür, yalnızca “*growth attenuation*” olarak adlandırılan büyümenin baskılanmasından ibaret olmayan, daha karmaşık ve bu itibarıyla de tartışmalara gebe bir husustur. Daha önce hiç denenmemiş ve Ashley için, Ashley’nin doktoraları ve ailesi tarafından geliştirilmiş uygulamalar bütünü, bugün Ashley Tedavisi şeklinde anılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki İngilizce “The Ashley Treatment” olarak geçen ve tam olarak Ashley Tedavisi olarak Türkçeleştirebileceğimiz bu uygulamalar bütününe kanaatimce tedavi adı verilmesi pek de doğru olmayacaktır. Zira tedavi, kelime anlamı olarak, “Aksayan bir şeyi düzeltme, iyileştirme” manasına gelmektedir⁹. Oysa Ashley’e uygulanan çeşitli prosedürler göz önünde bulundurulduğunda ortada mevcut bir hastalığı iyileştirmeye yönelik bir çaba olmadığı görülecektir. Küçük kıza yapılan tüm müdahalelerin kökeninde, var olan bir hastalığı iyileştirme, yani tedavi amacından ziyade, ileride meydana gelmesi muhtemel fiziksel ve özellikle duygusal zorlukların önüne geçilmesidir. Bu sebeple anılan bu işlemler bütününe Ashley Tedavisi yerine “Ashley Prosedürü” terimi kullanılması kanaatimce çok daha yerinde olacaktır.

Anılan bu prosedürün Ashley Tedavisi şeklinde anılması başlıca üç sebepten ileri gelmektedir. Öncelikle Ashley bu prosedürün bir bütün olarak uygulandığı ilk çocuk olma özelliğini taşımaktadır. Bunun dışında basit bir isim bularak prosedürün akılda kalıcılığını arttırmak ve Ashley’nin de bu şekilde ölümsüz olmasını sağlamak amacı da güdülmektedir. Son olarak ise kamuoyunda kullanıldığı şekli ile prosedürün

9 Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 01.07.2011.

büyümenin durdurulmasından ibaret olmadığıının altını çizmek adına uygulanan Yüksek Doz Östrojen Terapisi, Uterusun alınması (Histerektomi), Göğüslerin Alınması ve Apandisitinin Alınmasından müteşekkil bu 4 aşamalı işlemlerin bütününe Ashley Tedavisi adı verilmektedir¹⁰.

II- TEDAVİNİN KAPSAM ve NİTELİĞİ

Önceki bölümde belirttiğimiz üzere Ashley Tedavisi, dört ayrı basamaktan oluşan kapsamlı bir tedavi yöntemidir. Bu bölümde anılan bu dört tıbbi müdahale ayrı ayrı incelenecektir. Bu inceleme yapılırken konunun tıbbi ayrıntılarına değinilmeden işlemlerin ne oldukları hususunda kısa bir bilgilendirme ve çocuk üzerinde oluşturabileceği olası etkiler açıklanmaya çalışılacaktır. İşlemlere neden gerek duyulduğu ve bu işlemlerle amaçlanan yararlar ise üçüncü bölümde ayrıca incelenecektir.

A- Yüksek Doz Östrojen Terapisi

Tıpçılar, büyümenin durması yahut yavaşlamasını erken ergenliğin bir sonucu olarak görmektedirler. Bu sebeple ergenlik ne kadar erken başlar ise kişinin büyümesi ve özellikle boyu da o oranda kısadır. Ergenliğe giriş ve çıkışı kontrol eden ana hormon ise östrojendir. Bu sebeple östrojen tedavisi adı verilen ve istem dışı büyümeyi baskılayan tedavi, bilinenin aksine, 1956 yılından bu yana uygulanan bir yöntemdir¹¹.

Özellikle 1960'lı ve 1970'li yıllar gibi kız çocuklarının çok uzun boylu olmaması gerektiğine inanılan dönemlerde, östrojen takviyesi ile kızların erken ergenliğe sokulmak sureti ile uzamalarının durdurulması yöntemi defalarca uygulanmıştır. Bu sebeple Ashley Tedavisinin en önemli parçası kabul edilebilecek östrojen tedavisi, aileye yöneltilen çeşitli eleştirilerde olduğu gibi yeni ve deneysel bir alan olmayıp on yıllardan bu yana uygulana gelen bir yöntemdir. Söz konusu yöntemde meydana gelebilecek en ciddi risk ise trombosit adı verilen kan pıhtılaşması sorunudur. Ancak 700'den fazla uygulama içinde yalnızca ailesinde de bu hastalığa kalıtsal bir yatkınlık olan tek bir kızda trombosit sorunu yaşandığı rapor edilmiştir¹².

Geçmişte yalnızca iğne yoluyla uygulanan bu tedavi yıllar geçtikçe önce hap olarak daha sonra ise deri yolu ile uygulanmaya başlanmış ve vücuda gereken östrojen miktarı belirlenerek aşırı doz gibi sıkıntıların önüne geçilmiştir¹³.

10 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m, s.13-14.

11 Gunther/Diekema, a.g.m., s.1014.

12 Gunther/Diekema, a.g.m., s.1015.

13 Clark, Peter/Vasta, Lauren; "The Ashley Treatment, An Ethical Analysis" (Çevrimiçi)

Ashley'e uygulanan östrojen tedavisi de yine sırt bölgesine yapıştırılan ve günlük 400 ug *transdermal estrodiol* yani cilt yolu ile östrojen verilerek gerçekleştirilmiştir. Anılan bantlar aile tarafından her gün yenilenmiş, Ashley ise üç ayda bir düzenli olarak kontrol altında tutularak olası komplikasyonların önüne geçilmiştir. Gerek tedavi esnasında gerek sonrasında rapor edilmiş herhangi bir rahatsızlık meydana gelmediği gibi daha önce de belirttiğimiz gibi bu yöntem sayesinde Ashley'nin boyu %20, kilosu ise %40 oranında azaltılmıştır.

B- Uterusun Alınması (Histerektomi)

Ashley Tedavisinin diğer ve yine çok tartışma yaratan diğer bir bölümünü ise bilimsel adı ile histerektomi denen uterusun alınması işlemi teşkil etmektedir.

Histerektomi, rahim olarak da bilinen uterusun ameliyatla alınması işlemidir. Bu işlem uterus miyomları, düzensiz veya ağrılı kanama dönemleri ve en mühimi rahim kanseri yahut kanser şüphesi gibi durumlarda öne çıkabilmektedir¹⁴. Ashley'de istemli çocuk doğurma ve o çocuğa bakabilme gibi bir durum söz konusu olamayacağı için ailesinin aldığı bir kararla bu operasyon uygulanmıştır. Operasyon son derece başarılı geçtiği gibi Ashley beklenenden de kısa bir süre içerisinde iyileşmiş ve bir aydan kısa bir süre içerisinde taburcu edilerek günlük rutinine döndürülmüştür¹⁵.

C- Göğüslerin Alınması

Breast buds adı verilen ve göğüs tomurcuğu olarak Türkçeleştirebileceğimiz bu işlem, henüz gelişmemiş yahut gelişmekte olan göğüslere uygulanan ve süt bezlerinin büyümesini durdurarak göğüs gelişiminin önüne geçen bir yöntemdir. Cerrahi olarak oldukça basit ve düşük risk içeren bu işlem sonrası hasta hızla iyileşmekte ve işlem sonrasında vücut göğüs geliştirmemektedir.

D- Apandisin Alınması

Apandis, karın sağ alt bölgesinde, kalın bağırsağın başlangıç kısmı olan çekumun alt kenarından başlayan ve ucu kör (kapalı) sonlanan bir kanal olup, görünümü itibariyle solucana benzeyen bir organdır. Ortalama uzunluğu 10 cm, kalınlığı 0,5 ilâ 1 cmdir. İşlevi tam olarak bi-

<http://www.ispub.com/ostia/index>, 22.05.2010, s.4.

14 (Çevrimiçi)<http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/kadindogum/sss/jtvi1.html>, 02.07.2011.

15 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m, s.14.

linmemekle beraber bağışıklık sisteminin bir parçası olan lenf bezlerini içermesi bu sisteme ait işlevleri olduğunu düşündürmektedir.

Apandisit ise apandis adı verilen bu organın ani iltihaplanması sonucu meydana gelen bir hastalıktır. Toplumda her 100 kişiden 8'inin hayatları boyunca Akut Apandisit olma olasılığı mevcuttur. Her yaş grubunda görülmekle beraber özellikle 20-30 yaş arasında daha sık olarak meydana gelmektedir¹⁶.

Ashley'nin de histerektomisi esnasında apandisi de alınarak, tam işlevi ve vücuda yararı tıbben belirlenememiş olan bu organın tahliyesi yoluna gidilmiş, olası bir iltihaplanma halinde tekrar ameliyat olma yahut müdahalede geç kalınmasında oluşabilecek olası risklerin önüne geçilme amacı güdülmüştür¹⁷.

III- TEDAVİ İLE AMAÇLANAN YARARLAR

Ashley'nin ailesi gerek internet üzerinden yayınladıkları uzun ve kapsamlı açıklamada gerekse çeşitli basın organlarına verdikleri röportajlarında, yapılan tedaviye yönelik etik eleştirilerini bertaraf edebilmek için anılan tedavinin birçok hususta çocuğun yararına olacağını gerekçeleri ile ortaya koymuşlardır. Doktor görüşleri ile de desteklenen bu yararlar tıbbi olduğu kadar pratik hayata da yöneliktir. Çalışmamızın bu bölümünde Ashley'nin ailesi ile doktorlarının tedaviye neden ihtiyaç duydukları ve bu tedavi ile ne amaçladıkları ayrı ayrı incelenecektir.

A-Yaşam Kalitesi Maksimizasyonu

Yaşam kalitesinin maksimizasyonu deyimi bizzat Ashley'nin ailesi tarafından, tedaviye getirilen eleştirilere cevaben ortaya atılmıştır. Bu husus yapılan tedavilerin bir bütün olarak Ashley'nin hayatını nasıl kolaylaştıracağını ve rahatlatacağını ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹⁸. Her ne kadar asıl amaç Ashley'nin rahatı ise de yapılan bu tedavilerin ailenin hayatını da kolaylaştıracağı aşikârdır.

1. Ashley Açısından

Bilindiği üzere Ashley doğuştan yatalak, kendi başına hiç bir yaşamsal gerekliliğini yerine getiremeyen bir çocuktur. Bu sebeple yapılan tüm bu operasyonların kökeninde esas olarak Ashley'nin rahatı ve sağlığı amacı güdülmektedir.

16 (Çevrimiçi) <http://www.kolonrektum.com/apandisit>, 02.07.2011.

17 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.9.

18 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s. 5.

Birçok insan için çekilmez bir hayat gibi görünse de Ashley ailesi ile huzur içinde yaşayan ve çoğu zaman mutluluğunu ifade edebilen bir **insandır**. Ancak ne yazık ki bazı fiziksel problemler onu birçoklarından daha çileli bir hayata mahkûm etmiştir. İşte ailesi ve doktorlarının istediği, bu çilenin bir nebze olsun azaltılması ve küçüğün rahatlatılmasıdır. Gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin kökeninde küçüğü “rahat ettirebilme” anlayışı yatmaktadır.

a. Östrojen Tedavisinin Etkileri

Sürekli olarak yataklık durumda bulunan Ashley ailesi tarafından yıkanmakta, beslenmekte ve sürekli olarak yatak pozisyonu değiştirilmektedir. Ancak ailesinin “ailemizin ayrılmaz bir parçası ve evimizin neşesi” diye tanımladıkları küçük kız hemen her aile aktivitesine de olabildiğince dahil edilmektedir. Hatta yine annesinin ifadesi uyarınca aile ile birlikte zaman geçirdiği anlarda daha neşeli ve keyifli, odasında tek kaldığı zamanlar ise daha üzgün olduğu gözlemlenmiştir. Bu sebeple aile dışarıda yemek yemek, gezmeye yahut tatile çıkmak gibi eylemlerin tamamında Ashley’i de yanlarında götürmektedirler. Her ne kadar özel bir arabası var olsa da yataktan arabaya taşınması, arabaya bindirilmesi, gidilen yerde tekrar indirilmesi gibi hususlarda insan gücü kullanılmak zorundadır¹⁹. Yetişkin bir insan bedeninin her gün ve günün her saati oradan oraya taşınması olası olmadığından, böyle bir durumda yataklı geçirecek sürenin artacağı muhakkaktır. Ancak bir çocuk annesi babası hatta kardeşleri tarafından bile yardım almaksızın taşınabilir ve her türlü ihtiyacı görülebilir. Bu sebeple östrojen tedavisi ile Ashley’nin çocuk boyutlarında tutulması öncelikle çocuğun aile ortamına daha çok katılması ve bu açıdan daha keyifli bir hayat sürmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca hareket kabiliyetinin artmış olması daha sonra açıklayacağımız bir takım tıbbi yararları da beraberinde getirecektir²⁰.

Ayrıca büyüdükçe ve vücutları geliştikçe güçleşen bakımı karşılayamaz hale gelen birçok aile zihinsel engelli çocuklarını çeşitli bakım evlerine yerleştirmek durumunda kalmaktadırlar. Ancak yine ailesinin ifadesi ile sürekli taşınabilir bir boyda kalacak olan Ashley, bu haliyle rahat ve gerektiği gibi bakılabileceğinden ailesi ondan ayrılmak durumunda kalmayacak, Ashley de hayatının sonuna kadar ailesi ve kardeşleri ile birlikte zaman geçirebilecektir. Aile, birçok “yastık meleği” annesinden bu yönde mektup aldıklarını, insanların istemeden de olsa bir süre son-

19 Ashley’nin anne ve babası, a.g.m., s.7.

20 Bkz: III. Bölüm/ C, D.

ra evlatlarını bakım evlerine yerleştirdiklerini ve bu hususun bertaraf edilmiş olmasını gerek çocukları gerek kendileri için en önemli avantaj olduğunu vurgulamıştır²¹.

b. Diğer Operasyonların Etkileri

Bilindiği üzere Ashley'e östrojen tedavisinin yanı sıra uterusun alınması, göğüslerin alınması ve apandisin alınması işlemleri uygulanmıştır.

Uterusun alınması Ashley'i öncelikle adet kanamalarından ve adet sancularından kurtarmıştır. Birçok kadın için oldukça sancılı geçen bu dönem hâlihazırda ciddi fiziksel rahatsızlıklarla boğuşan Ashley için fazladan bir yük olmaktan öteye ne yazık ki gidemeyecektir. Bilinçli ve istekli olarak bir çocuk dünyaya getiremeyecek ve olası bir çocuğa asla bakamayacak durumda olan Ashley, her ay hiç kullanmayacağı uterusunda meydana gelecek değişiklikler nedeni ile çeşitli sancılara maruz kalacaktır. Birçok yatalak engelli ailesinin en çok yakındığı hususlardan biri de adet sancıdır. Gerçekten de ne sorunu olduğunu dahi söylemeyecek olan bu durumdaki çocuklar aileleri durumu fark edene ve ilaçla müdahale edene kadar her ay karın ağrısı ile mücadele edeceklerdir. Bu sebeple uterusun alınması Ashley'i ömür boyu adet sancısından uzak tutacak en etkili yöntemdir.

Ayrıca ne yazık ki zihinsel engellilere yönelik cinsel tacizler sıkça gündeme gelmektedir. Uterusunun olmaması Ashley'i olası bir tecavüz halinde istenmeyen gebeliklerden de koruyacak en etkili çözümdür.

Göğüslerinin alınması ise yaşam kalitesine yine ciddi etkileri olabilecek bir işlemdir. Cinsel taciz tehlikesinin bir nebze olsun azaltılmasının yanı sıra Ashley'nin günlük hayatı içinde kolaylık sağlayabilecek bir husustur. Ashley'nin tüm ailesi genetik olarak oldukça iri kabul edilebilecek göğüslere sahiptir. Teyzesi henüz 19 yaşındayken göğüs küçültme operasyonu geçirmiş, annesi ise tıbbi rahatsızlık verecek derecede büyük göğüslere sahiptir²². Ashley'nin de iri göğüslere sahip olacağı gerek genetik mirası gerekse henüz 6 yaşında belirginleşmeye başlayan göğüsleri nedeni ile doktorları tarafından öngörülen bir husustur. Bu sebeple çocuk doğurma ve emzirme gibi olasılıkları olmayan Ashley'nin iri göğüslere sahip olması, kendisine hiç bir yarar sağlamayacaktır. Aksine sutyen gibi sürekli yatar pozisyonda olan biri için rahatsızlık teşkil edebilecek bir giysi kullanma mecburiyetinde olacağı gibi sutyen kullanma-

21 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.7.

22 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.9-10.

ması halinde ise yine rahatsızlık hissedecektir. Ayrıca yatak yaralarının azaltılması için sürekli yatış pozisyonu değiştirilen çocuk, iri göğüsleri yüzünden yüzüstü yatamayacak bu hususta kendisi için ciddi rahatsızlıklara sebep olacak, özellikle yaz aylarında göğüs altlarında oluşması muhtemel yaralar ise küçük için fazladan rahatsızlık ve ağrı sebebi olacaktır.

Bunun dışında özel bir sandalye ile dışarı çıkartılan Ashley'nin büyük göğüsleri yüzünden anılan sandalyede seyahatleri esnasında güvenliğinin tam olarak sağlanamayacağı, güvenliğin tesis edilmesi için iplerin göğüs üzerinden geçirilmesi halinde ise oturur pozisyonda olmayı zaten sevmeyen çocuğun ağrı hissedeceği de ailesi tarafından öne sürülmüştür²³.

2. Aile Açısından

Ashley'nin yaşam kalitesinin maksimize edilmesi için gerçekleştirilen tüm bu operasyonlar şüphesiz ki bakıcı durumunda olan ailesine de ciddi faydalar sağlayacaktır. Kızlarını sürekli olarak taşımak durumunda olan aile öncelikle daha küçük ve hafif bir vücudu taşıırken daha az zorlanacak bu husus başlı başına ailenin hayatını ciddi anlamda kolaylaştıracaktır. Mevcut halinde dahi Ashley'i taşımakta zorlandıklarını ifade eden ebeveynler Ashley'nin küçük bir kütleye sahip olmasının kendilerine de yarar sağlayacağı hususunu yadsımamışlar ancak önceliğin kendi yararları olmadığını altını çizmişlerdir. Zira aileye gelen eleştirilerin en belirgin kısmını operasyonların küçük değil, kendi yararlarına gerçekleştirildiği yönündedir²⁴.

Ayrıca Ashley'nin hareket kabiliyetinin yüksek olması aile aktivitelerine katılma olasılığını da arttıracığından bu husus da gerek Ashley gerekse ebeveynleri ve kardeşleri için oldukça yararlı olacak, Ashley ailenin bir bireyi gibi muamele görmeye daha rahat devam edebilecektir.

B- Cinsel Taciz Tehlikesinin Minimizasyonu

Göğüs, emzirme faaliyetinin yanı sıra kadın vücudunun cinsel anlamda çekicilik yaratabilecek en belirgin bölümüdür. Özellikle iri göğüslerin karşı cins tarafından çekici bulunduğu ve cinsel bir takım duygular doğurabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Cinsel anlamda sağlıklı ve sapkınca yönelimleri bulunan birçok insanın toplum içinde hiç ortaya çıkmadan hayatlarına devam ettikleri günümüz dünyasında, Ashley gibi

23 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s. 10.

24 Bu husustaki eleştiriler ve görüşlerimiz için Bkz: Bölüm IV/A.

zihinsel engelli çocukları olan ailelerin en büyük korkularından biri de çocuklarının cinsel tacize maruz kalma riskidir.

Ashley'nin göğüslerinin alınmış olmasının ise cinsel taciz riskini ortadan kaldırmaya da bu riski azaltabileceği söylenebilir. Ashley'nin sürekli kucakta taşınıyor ve bu sebeple mütemadi olarak fiziksel temas maruz kalıyor olması, ailenin aklında en ciddi soru işareti olarak durmaktadır. Özellikle aile dışında, bakıma yardımcı olması adına tutulan bakıcıların sürekli fiziksel temas halinde oldukları, yeri geldiğinde banyo yaptırdıkları Ashley'e cinsel bir yakınlık duyma ihtimalinden çekinen aile, göğüslerin olmayışının bu riski azaltabileceği hususunda hem fikirdir²⁵.

Uterusunun alınmış olması ise engellenemeyen bir cinsel tacizin olası sonucu olarak gelişebilecek istenmeyen bir hamileliğin önüne geçilmesi için gerekli görülmüştür²⁶.

C- Yatak Yaralarının Azaltılması

Tıpta *dekübit ülseri* olarak adlandırılan ve halk arasında yatak yarası olarak bilinen bu komplikasyon, sıklıkla yatalak hastalarda görülür ve doku ülserasyonunu ifade eder.

Vücudun üzerinde yatılan bölgesinde meydana gelen basınç, yumuşak dokularda enfeksiyon ve ödemlere neden olmakta, bu durum hastanın pozisyonu değiştirilirken ister istemez meydana gelen yatak sıyrılmaları ile kuvvetlenmektedir. Ayrıca ağırlık arttıkça yatmaktan oluşan vücut yaralarının artacağı da tıbben kabul edilmiş bir husustur²⁷.

Sürekli yatmak yüzünden oluşabilen bu yaralar hastaya ciddi ağrı ve sıkıntı vermekte, oluşması muhtemel enfeksiyonlar ise durumun vahametini arttırabilmektedir. Ashley'nin daha az bir kiloda tutulması, işte bu yatak yaralarının da azalmasını sağlayacaktır. Bu husus kimsenin aksine bir eleştiri getirmediği ve hemen tüm tıp doktorlarınca kabul gören bir durumdur. Ashley'nin mevcut kilosunda da meydana gelen bu rahatsızlık, kilo ve boy arttıkça şiddetini arttıracak bu da küçük kızın hâlihazırda çekmekte olduğu ağrıların ağırlaşmasına yol açacaktır²⁸.

25 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.10.

26 Gunther/Diekema, a.g.m., s.1016.

27 Orak, İbrahim ; Dekabüt Ülseri, (Çevrimiçi) http://www.doktorsitesi.com/yazi/1083/dekubit-ulseri-%28yatak-yarasi%29?a_id=87, 03.07.2011.

28 Gunther/Diekema, a.g.m., s.1015; Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.7.

D- Olası Hastalıkların Önlenmesi

Ashley'e uygulanan tüm prosedür yalnızca hayatını kolaylaştırmaktan ibaret olmayıp birçok hastalığa gebe durumunun olası risklerinin azaltılmasını da hedeflemektedir. Östrojen tedavisi sayesinde küçük kalacak olan vücudu daha fazla hareket ettirilebileceği için bu husus öncelikle kızın kan dolaşımının hızlanmasına neden olacaktır. Kan dolaşımında meydana gelecek bu hızlanmanın daha aktif çalışan bir sisteme yol açacağı bunun da başta enfeksiyon riskinin azaltılması olmak üzere bir dizi fayda getireceği kabul edilmektedir.

Artan vücut kütlesi ve oluşması muhtemel göğüsler Ashley'nin göğsünde var olan baskıyı arttıracak, bu da akciğerlerin daha az verimli hale gelmesine yol açacaktır. Tedavi sayesinde akciğerlerdeki baskı azaltılmış, bu durum da solunum güçlüğü ve zatürree gibi hastalıkların meydana gelme riskini azaltmıştır²⁹.

Yatalak durumda olan engelli çocuklarda sıkça karşılaşılan *Skolyoz* yani omurilik eğriliği de birçok engelli ailesi tarafından yakınılan bir hastalıktır. Bu bağlamda vücut kütlesinin azaltılması, gerek Skolyoz gerek kemik hassasiyeti gibi hususları da engellemeye yardımcıdır³⁰.

Bunun dışında azaltılmış vücut ağırlığı mesane üzerindeki baskıyı da azaltacak ve bu husus boşaltım sisteminin daha sağlıklı çalışmasına neden olacağından, mesane iltihabı riski de düşülmüş olacaktır.

Tüm bunların yanında hedeflenen en önemli fayda ise kanser riskinin azaltılmasıdır. Uterusun alınmış olması rahim kanserini, göğüslerin alınmış olması ise göğüs kanseri riskini yok etmese de çok ciddi oranda azaltabilecektir ki bu durum ailesinde kanser hastalığı sıkça görülen ve anneannesini göğüs kanserinden kaybeden Ashley için oldukça önemli bir faydadır³¹.

Son olarak apandisin alınmış olması bu organın iltihaplanması ile meydana gelen apandisit hastalığının oluşma riskini tamamen ortadan kaldırmıştır. Ashley konuşmadığı için olası bir iltihaplanma halinde yalnızca ağlayarak tepki verebilecek, aile ve doktorları sorunun ne olduğunu ortaya çıkarana kadar da Ashley ölümle dahi sonuçlanabilecek riskli bir döneme girecektir. Bu sebeple apandisin alınmış olması küçük kız açısından oluşması muhtemel hayati bir tehlikeyi bertaraf etmiştir.

29 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.8.

30 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.9.

31 Ashley'nin anne ve babası, a.g.m., s.10.

IV- TEDAVİYE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Ashley tedavisinin önce tıp çevrelerinde, akabinde ise basında yer alması nedeni ile kamuoyunda duyulmasının ardından çok ciddi tartışmalar çıkmıştır. Çoğunluk anılan tedaviye karşı çıkmış, pek çok konuda farklı eleştiriler yöneltilmiştir. Bu bölümde anılan bu eleştiriler gerekçeleri ile beraber mercek altına alınacaktır.

A- Çocuktan Ziyade Ailenin Çıkarlarının Gözetilmesi

Tedaviye yönelen eleştirilen başında anılan prosedürün çocuğun değil ailenin yararı için işletilmiş olduğu gelmektedir.

Özellikle östrojen tedavisi ile Ashley'nin küçük bırakılmış olmasının ailesine de ciddi fayda sağlayacağı muhakkaktır. Ancak konuya ilişkin gelen eleştirilerin temelinde anılan bu yararın Ashley'nin kişisel yararı üzerinde tutulduğu beyan edilmektedir³².

Esasen bu tartışmaların kökeninde vücut modifikasyonunun etik olup olmadığı tartışmaları yatmaktadır. Plastik cerrahinin bile ebeveyn rızası ile çocuğa uygulanması halinde eleştirilen bu husus, sonsuza kadar küçük bırakılma gibi bir eylemde daha da öne çıkmaktadır.

Ailenin sırf çocuğu taşıyamayacakları gerekçesi ile rızası dışında küçük kızın vücut bütünlüğüne müdahale etmesi öncelikle *insan onuru* kavramına aykırı bulunmuştur³³. Ayrıca tek meseleleri Ashley'i daha rahat hareket ettirmek olan ailenin, bu sonuca ulaşmak için kızlarının büyümesini engellemek yerine kendilerini güçlendirme yoluna gidebilecekleri de öne sürülmüştür.

Hatta bu tartışmayı da bir adım öne taşıyarak asla kullanmayacağı gerekçesi ile göğüsleri ve uterusu alınan kızın, bu anlayış çerçevesinde kol ve bacaklarının da kesilebileceği, zira Ashley'nin bu uzuvlarını da asla kullanmayacağı, üstelik bu şekilde daha rahat taşınabileceği görüşü dile getirilerek tedavinin etik dışılığı vurgulanmak istenmiştir³⁴.

Aileye bu ve benzeri eleştiriler getirenlerin haklı olabileceği tek husus Ashley'nin yetişkin haliyle de gerektiği gibi bakılma opsiyonunun değerlendirilmeden bu yönde bir karar alınmış ve uygulanmış olmasıdır. Gerçekten de Ashley'nin evde ve ailesi tarafından yetişkin bir vücuda

32 Peace, William; Protest From A Bad Cripple: The Ashley Treatment and the Making of a Pillow Angel. (Çevrimiçi) <http://www.counterpunch.org/peace01182007.html>, 25.05.2011.

33 Clark/Vista, a.g.m., s.5.

34 Liao, Sheehan; a.g.m., s.3-4.

sahipken bakılmasının son derece güç olacağı yadsınamaz bir gerçektir. Ancak bu şekilde engelli çocuklara devlet desteği sağlanması, ailelerine maddi destek sağlanması ve bu çocukların bakımı için klinikler tahsis edilmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu imkanlardan yoksun olan, bunun da ötesinde çocuklarına bizzat bakmak isteyen ailenin hayatlarının bu tedavi ile kolaylaşacağı da ortadadır.

B- Doğabilecek Tıbbi Riskler

Tedaviye getirilen diğer bir eleştiri ise her ne kadar çocuğun ve ailenin yararına olacak olsa da yapılan operasyonların çocuk açısından tıbbi riskler teşkil edip etmeyeceğidir³⁵.

Östrojen tedavisinde meydana gelebilecek en ciddi risk trombosit denen kan pıhtılaşması olup daha önce de belirttiğimiz gibi³⁶ modern tıbbın mevcut durumu göz önünde bulundurulduğunda bu oldukça düşük bir risktir. Ayrıca Ashley'e bu tedavinin uygulanmasının üzerinden beş yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına karşın gerek tedavi esnasında gerek sonrasında her hangi bir komplikasyon yaşanmamıştır.

Diğer bir eleştiri ise uterusun alınmasının yumurtalık faaliyetlerini gereğince yerine getiremeyeceği sonucu doğurabileceği yönündedir. Ayrıca histerektomi geçiren kadınların %25 ila %50 arasındaki bir kısmının depresyon, ureter zedelenmesi, kanama ve enfeksiyon gibi en az bir komplikasyona maruz kaldığı da belirtilmiştir³⁷. Depresyon dışındaki riskler Ashley içinde göz önünde bulundurulabilecek önemli risklerdir. Depresyon ise psikolojik kökenli olduğundan ve Ashley "bir daha çocuk doğuramamak" gibi duygusal bir yükün hiçbir zaman farkında olamayacağından kendisi için bu riskin oluşabileceğini söylemek pek de yerinde olmayacaktır.

Ancak diğer fiziksel rahatsızlıklar operasyon esnasında ve sonrasında ortaya çıkıp Ashley için ciddi tehlike arz edebilirler. Her ne kadar Ashley'de bu yönde komplikasyonlar oluşmadıysa da bu husus yapılan tıbbi müdahaleyi meşrulaştırmaya yetmemektedir. Kanaatimce de tedaviye yöneltmesi gereken eleştirilerin başında çocuğun maruz kalması muhtemel bu ve benzeri tıbbi riskler gelmektedir. Sadece narkoz yoluyla uyutulmak bile kendi içinde bir risk teşkil etmektedir. Bu sebeple tıbben

35 Carlson, David/ Dorfman, Deborah; "Investigation Report Regarding The Ashley Treatment" 8 May 2007, (Çevrimiçi) www.disabilityrightsca.org/news/AshleyFinalReport07may08.pdf, 25.05.2011, s.14-15.

36 Bkz: Bölüm II/A.

37 Clark/Vasta; a.g.m., s.6.

ihtiyacı olmamasına rağmen cinsel taciz yahut adet sancısı gibi nedenlerle çocuğun ameliyat edilmesine temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Ne var ki Ashley sırf beslenme tüplerinde oluşan bir sorun nedeni ile bile bugüne kadar dört defa ameliyat olmuştur ve bu ameliyatların tamamı da yapılan operasyonlardan daha riskli ameliyatlardır. Ancak daha ciddi ameliyatlara geçirmiş olması da yapılacak olası müdahalelerde bir risk oluşmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple Ashley Tedavisi söz konusu olduğunda üzerinde önemle durulması gereken en mühim nokta çocuğa tıbbi açıdan, önlenmesi amaçlanan riskten daha ciddi bir risk yaratmamak olmalıdır.

C- Dinsel /Ahlaki Yaklaşımlar: Doğaya Müdahale

Özellikle dinsel çevrelerden gelen tepkilerin başında çocuğun doğasına ve yaratıcının iradesine müdahale edildiği iddiasıdır. Tıbben ve hukukten hiçbir anlam ve ehemmiyet taşımayan bu eleştiriler bizzat kendi içlerinde çürütülmeye de mahkum olacaktır.

Bu eleştiri sahiplerine göre yaratıcının her eyleminde bir sebep aranmalıdır. Bu nedenle Ashley'nin "yaratıldığı" haline insanlar tarafından müdahale edilmesi doğaya aykırı olup Ashley'nin dünyaya gelişindeki asıl amacı zedeler niteliktedir. Ayrıca doktorların ve ailelerin bir insanın var olan doğasına bu şekilde müdahale etmeleri de kabul edilemez bulunmuştur. Ancak vücut bütünlüğüne yönelik bu eleştiriler "insan onuru" ve etik kavramları ile bağdaştırılarak temellendirilmelidir. Aksi halde "yaratıcıya müdahale" şeklinde öne sürülen bu yaklaşım temelsiz "kahvehane konuşmaları" olmaktan öteye gidemeyecektir. Özellikle Vatikan³⁸ ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın³⁹ bu yönde açıklamaları olmuştur. Lakin doğaya ve yaratıcının iradesine müdahale etmemekle meşrulaştırılmaya çalışılan bu ifadelerin tutarlılık kazanabilmesi için anılan çevrelerin kanser tedavisi ve benzeri tüm modern tıp getirilerinin de karşısında durmaları gerekmektedir. Yaratıcı bağlamında devam edecek olursak hiç bir Tanrının bir çocuğun göz göre göre acı çekmesini isteyeceği düşünülmemeyecektir. O halde insanları rahatlatmak ve daha kaliteli bir yaşam sunmak adına yüzyıllardır başvurulmuş tıp, zihinsel engelli bir çocuğun yaşamını daha yaşanabilir hale getirmekte sessiz mi kalacaktır? Böyle bir sonuç, dini kuramlar için dahi, kabul edilemez niteliktedir.

38 (Çevrimiçi) <http://forums.catholic.com/showthread.php?t=127172>, 04.07.2011.

39 Diyanet İşleri Yüksek Kurulu Başkanı Prof. Dr. Saim Yeşrem, "Spastik çocukların da yaşama hakkı vardır. Onların hayatlarını kısıtlama hakkına sahip değiliz. Bu tedbire dinen olumlu bakmak mümkün değil. İnsan haklarına aykırıdır ve etik değildir" dedi. (Çevrimiçi) <http://www.medimagazin.com>, 04.07.2011.

F- Alternatif Tedavilere Başvurulmamış Olması

Ashley tedavisine getirilen ve makul kabul edilebilecek diğer bir eleştirisi ise “kökten” çözümlere başvurulmuş olması ve alternatif yolların denenmemiş olmasıdır⁴⁰. Örneğin adet sancılarının durdurulması için uterusun toptan alınması yerine anılan dönemlerde çocuğa ağrı kesici verilmesi, istenmeyen gebeliklerden korunmak için ise doğum kontrol hapı gibi yöntemlere başvurulmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir⁴¹.

Ayrıca uygulanan tedavilerin geri dönüşü olmaması da diğer bir eleştirisi nedeni olmuştur. İleride bulunabilecek muhtemel bir tedavi yöntemi ile Ashley'nin sağlığına kavuşabileceği, ancak bu şekilde kökten bir operasyona maruz bırakıldığı için bu şansının elinden alındığı öne sürülmüştür. Kanaatimce bu görüş, ne yazık ki, haddinden fazla iyimser bir yaklaşım olacaktır. Tıbbın mevcut durumu ve öngörülebilir gelişimi ortada iken henüz sebebi bile bulunamayan bir beyin hasarını düzeltebilecek bir tedavi bulunabileceği umudu ile bir çocuğun hayatını kolaylaştıracak müdahalelerden men edilmesi kabul edilemez.

Ayrıca tıbbi rahatsızlıkların ilaçla bertaraf edilmesi de yapılan operasyonlar kadar kesin bir çözüm sağlamayacaktır. Örneğin adet sancılarının tam olarak hangi gün ve ne şiddette başlayacağı kestirilemeyeceğinden, çocuk yine bir müddet rahatsızlık duyacaktır. Ayrıca gerek ağrı kesici gerek doğum kontrol haplarının sürekli kullanımı başta karaciğer olmak üzere birçok organ üzerinde olumsuz etki de doğurabilecektir. Yine de cerrahi müdahalenin en son başvurulacak yol olması gerektiği yolundaki görüşe iştirak etmek gerekmektedir.

V- TÜRKİYE'DEN BİR TALEP: Umut Mert Vakası

Umut Mert de tıpkı Ashley gibi 13 yaşında olmasına rağmen 6 aylık bir bebek zekasına sahip bir çocuk olup, yüzde yüz zihinsel ve fiziksel engelli olarak kabul edilmektedir. *Joubert sendromlu* olduğu ve ilerleme kaydedemeyeceği belirlenen Umut Mert'in Annesi Füsün Evren (36) ile babası Göksel Evren (42), Ashley Tedavisine ilişkin televizyonda görüldükleri bir haber üzerine Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne

40 Liao, Matthew; “The Ashley Treatment: Best Interests, Convenience and Parental Decision Making” (Çevrimiçi) <http://www.smatthewliao.com/2008/05/04/the-ashley-treatment-best-interests-convenience-and-parental-decision-making>, 26.05.2011.

41 Peace, William; Protest From A Bad Cripple: The Ashley Treatment and the Making of a Pillow Angel. (Çevrimiçi) <http://www.counterpunch.org/peace01182007.html>, 25.05.2011.

başvurarak, Ashley Tedavisinin oğulları Umut Mert'e uygulanmasını istemişlerdir.

2 yaşında spastik tanısı konulan Umut Mert yatalak olmasa da yürüyemez, konuşamaz ve yemek yiyemez durumdadır. Çocuğun annesi Füsün Evren, her gittiği yere götürerek sosyal yaşamdan koparmamaya çalıştığı Umut Mert'in psikolojik durumunun anneannesinin vefatıyla bozulduğunu, 12 yıldır tedavi gören oğlunun iyileşme şansının yüzde 5'ten az olduğunu, oğlunun bu boyda, kiloda ve küçük Mert olarak kalmasını, onu kucağına alıp her yere taşımak istediğini ifade etmiş; büyüdüğü zaman bunların imkansız olacağını ayrıca henüz 13 yaşında olan oğlunun cinsel ihtiyaçlarının şimdiden zorluk yaratmaya başladığını söylemiştir. Aile tedavinin gerçekleştirilebilmesi için Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, TBMM ve Sağlık Bakanlığı'na dilekçe ile başvurmuş, bu talep üzerine Sağlık Bakanlığı nezdinde oluşturulan etik kurul ise bu talebi, olumlu sonucu olduğunu gösterir literatür bilgisi olmadığı gerekçesiyle ve hiç bir ciddi inceleme yapmadan reddetmiştir⁴².

Bu talep Türkiye'de de benzer tartışmalar yaratmış, tartışmaya katılanların büyük çoğunluğu özellikle dinsel nedenler ile tedaviye karşı çıkarken bazı ilahiyatçılar ise sağduyulu davranarak aileye destek çıkmışlardır. Ayrıca Türkiye Özürlüler Eğitim ve Dayanışma Vakfı da aileye destek vererek engelli çocukların bakımını hakkıyla yerine getiremeyen devlet kurumlarını eleştirmiştir⁴³.

42 (Çevrimiçi) <http://www.ntvmsnbc.com/news/403370.asp>, 04.07.2011. "Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü Doç. Dr. Öner Odabaş, Evren ailesinin, ilk kez ABD'de Ashley isimli çocuğa büyümesinin durdurulması için uygulanan yöntemin, oğulları 13 yaşındaki Umut Mert'e de uygulanması istemiyle yaptığı başvurunun Etik Kurul'da ele alındığını söyledi. Odabaş, çocuk nöroloğu, radyoloji uzmanı, deontolog, halk sağlığı uzmanları, çocuk psikiyatristi, çocuk endokrinoloğu, genel cerrah, Türk Eczacıları Birliği ve Türk Tabipleri Birliği temsilcilerinden oluşan Etik Kurul'un, bu çeşit bir tıbbi müdahaleyi etik kurallara uygun bulmadığını belirtti. Odabaş, "Bu yöntemin olumlu sonucu olduğunu gösteren literatür bilgisi yok" dedi. Ashley tedavisinin dünyada sadece ABD'de uygulanan bir yöntem olduğunu, yaygın bir uygulama olmadığını ifade eden Odabaş, "Dünyada şu ana kadar bu yöntemle ilgili yeterli sonuç bulunmaması nedeniyle, Kurul, etik kurallara uygun bulmadı" dedi."

43 "Bir çocuğa hiç kimsenin bir annenin verdiği şefkati veremeyeceğini ve ilgiyi gösteremeyeceğini belirterek, "Annenin talebi çocuğuna daha iyi bakabilmeyi amaçlıyor. Aile, çocuğun iyileşme şansı olmadığından dolayı ve anne şefkatini sürdürmeyi amaçladığı için bu tedaviyi çare olarak görüyor" diye konuştu." (Çevrimiçi) <http://www.tsd.org.tr/ozurluler-vakfindan-mertin-annesine-destek-858>, 04.07.2011.

VI- SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Ashley 1998 doğumlu, doğuştan nedeni belirlenemeyen bir beyin hasarı ile dünyaya gelmiş ve bu hasar nedeni ile zihinsel gelişimi 3 aylık bir bebek seviyesinde kalmış bir kız çocuğudur. 6 yaşında erken ergenlik belirtileri göstermesi üzerine başvurulmuş doktorları, ailenin talebi ve hastane etik kurulunun onayı ile yüksek doz östrojen terapisi, uterus, göğüsler ve apandisin alınmasından müteşekkil 4 aşamalı bir prosedüre tabi tutulmuş, toplam 3 yıl süren bu operasyonlar Ashley'nin vücudunun normal bir yetişkin vücuduna gelmesini engelleyerek 9-10 yaş seviyesinde tutmuştur.

Bu tedavi ile rahim ve meme kanserinin önlenmesi, yatak yaralarının azaltılması, küçük boyutlarda kalan Ashley'nin hareket kabiliyetinin ve bakımının kolaylaşması, bu şekilde ailenin bir parçası olmaya devam etmesi, bunun yanı sıra olası cinsel taciz risklerinin azaltılması gibi amaçlar güdülmüştür.

Her ne kadar tedavi diye adlandırılrsa da iyileştirmekten ziyade önlemeye yönelik olduklarından prosedür olarak adlandırmanın daha yerinde olacağı bu işlemler, tüm dünyada ve ülkemizde etik tartışmalara neden olmuştur. Özellikle ülkemizde Umut Mert adlı spastik engelli bir çocuğun da benzer bir tedavi talep etmesi ile bu tartışmalar yeniden gündeme gelmiş, çocuğun onuruna, temel insan haklarına ve tıp etiğine aykırı olduğu, çocuğa geri dönülemez zararlar verebileceği ve ailenin çocuktan ziyade kendi çıkarlarını ön planda tuttukları gerekçesi ile anılan prosedür ciddi eleştiriler almıştır.

Bu noktada taraftar gibi davranıp, bu işleme ilişkin lehte ya da aleyhte argümanları kullanarak üzerinde derinlemesine düşünülmüş görüşler üretmek yerine, önce büyük resme uzaktan bir bakmak gerekmektedir.

Hangi aile çocuğunun hiç büyümemesini ister? Hangi aile çocuğuna zarar vereceğini bile bile kendi rahatı için çocuğunu deney faresi gibi kullandırabilir?

İşte bu sorular önyargısız bir tutumla yanıtlanmadıkça, tedaviye yönelen bakış açısı hep eksik ve taraflı kalmaya mahkum olacaktır. Zira, zihinsel engelli bir çocuğa ebeveynlik yapmak dünyanın en meşakkatli işlerinden biridir. Çocuğunun "normal" olmadığını ve hiçbir zaman olmayacağını bilmenin kişiye yüklediği manevi yük bir yana, oldukça ciddi maddi birikim ve güç de gerektirmektedir.

Bir çocuk düşünün ki yürüyemiyor, konuşamıyor, yemek yiyemediği için midesine sokulan tüplerle besleniyor, kafasını dahi tutamıyor, tuvalete gidemiyor, sürekli yatıyor, çoğu zaman sizi tanıyıp tanımadığından dahi emin olamıyorsunuz... Buna rağmen bu ve buna benzer durumlarda olan ailelerin aklında hep tek bir soru kalmaktadır; **ben yaşlanıp güçten düşünce yahut ölünce çocuğuma kim bakacak?** Çok uç örneklerin dışında ailelerin hemen tamamı çocuklarına yürekte bağlı, onu olduğu haliyle kabullenmiş ve çok sevmekte, ailelerinin bir parçası olarak kabul edip yaptıkları her aktiviteyi onunla birlikte gerçekleştirmek istemektedirler ki bundan daha doğal bir durum düşünülemez. İşte duruma bu bakış açısı ile yaklaşıldığında, bir kimsenin sürekli olarak çocuk bedenine *hapsedilmiş* olması artık o kadar da itici bir unsur olarak görülmecektir.

Tedaviye yöneltilen en ayakları yere basan eleştirilerin başında, prosedürün insan onuruna aykırı olduğu görüşü gelmektedir. Ancak ömür boyunca üç aylık bir bebeğin zekasına sahip bir kız çocuğunun dokuz yaş fiziginde kalması, onurunu ne şekilde zedeleyecektir? Tartışmaya taraf olan hiç kimse bu soruya makul bir cevap verememektedir. Üstelik **çocukları için yıllardır var güçleri ile çalışan bir ailenin, kendi kızlarının onurunu, konuya uzaktan bakan biz yabancılardan çok daha önce gözetecekleri yadsınamaz bir gerçektir.** Ashley'nin babasının da bir röportajında yerinde olarak dediği gibi Ashley bu haliyle hep sevimli bir kız çocuğu olarak kalacaktır. Üstelik 35 yaşında ve üç aylık zekaya sahip yetişkin bir kadının, görünüm itibari ile dokuz yaşında bir çocuktan daha saygın görünebileceği iddiası da yine ne yazık ki makul temellendirmelerden uzaktır. İnsan onuru kavramını basit bir matematik formülü gibi değerlendirip vakanın sübjektif özellikleri gözetilmeden bu yönde bir eleştiri getirmek hem aileye hem de Ashley'e en büyük haksızlık olacaktır.

Haklılık payı daha yüksek bir eleştiri ise tıbben gerekli olmayan müdahalelerin çocuğa bir yan etkisi olup olamayacağı hususudur. Hemen her tıbbi müdahalenin risk taşıyacağı muhakkaktır. Ancak örneğin narkoz almak riskli diye apandisi iltihaplanmış bir hastayı ameliyat etmekten imtina etmek ne kadar doğru olacaktır? Ashley'nin de ileride maruz kalacağı tıbbi rahatsızlıklar bizzat doktorları tarafından dile getirilmiş ve kırk kişilik uzmanlardan oluşan etik kurulca yerinde bulunmuştur. O halde yeterli inceleme yapılmadan çocuğa operasyon yapıldığını söylemek yerinde olmayacaktır. Kaldı ki aradan **beş yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına karşın Ashley'de bu operasyonlar ne-**

ticesi oluşan tek bir yan etki dahi saptanmamıştır. Bunun yanı sıra beklenen yatak yaralarının azalması ve kanser riskinin bertaraf edilmesi, ayrıca küçük çocuğun hareket kabiliyeti artırılarak kan dolaşımının hızlandırılması gözle görülen ve tüm tıp çevrelerince kabul gören olumlu etkilerdir. **Hal böyle iken “ya olsaydı?” şeklinde afakî yaklaşımlarla gerek çocuğa gerek aileye ciddi yarar sağlayan bir prosedürün toptan reddedilmesi hakkaniyetli değildir.**

Aileye yöneltilen en ciddi eleştiri ise kendi çıkarlarını çocuğun çıkarlarından üstün tuttukları yönündedir. **Esasen zihinsel engelli bir kızın vücuduna, ailesinin talebi ile tıbben zorunlu olmayan bir takım müdahalelerin yapılması, söz konusu tedaviye yönelik etik tartışmaların temelini teşkil etmektedir.** Yapılan müdahalelerin aileye de yarar sağladığı hususu aile tarafından da kabul edilen mutlak bir gerçektir. Dokuz yaşında bir kız çocuğunu taşımak, yatırmak, üstünü ve altını değiştirmek, yıkamak kısacası bir çocuğun bakımı ile ilgilenmek bir yetişkinle ilgilenmekten çok daha kolay olacaktır. O halde ailenin bu tedavide mutlak bir yararı ve hatta çıkarı vardır denebilir. **Ancak ailenin bu işte çıkarı olması Ashley’nin çıkarı olmayacağı anlamına mı gelmektedir?** Böyle bir sonuç kesinlikle kabul edilemez. Kaldı ki Amerika gibi sağlık sistemi gelişmiş ülkelerde çok sayıda bakım evleri mevcuttur. **Tek derdi kızlarının bakımını ve kendi hayatlarını kolaylaştırmak olan bir aile çocuğu bir bakımevine verip hayatının sonuna dek orada kalmasını sağlasa bu durum çıkarlarına daha da uygun düşmeyecek miydi?** O halde aile bunca emek ve masraf yapıp neden Ashley’e kendileri bakma gayesindedirler? Bu sorulara dürüstçe cevap vermeden “kendi çıkarları için” diyerek son derece özverili bir aileyi suçlamak kanaatimce vicdansızlıktan öteye gidemeyecektir. Ashley 40 yaşında, yetişkin vücudunda, tüm gün yatağa bağlı, sürekli ilaçlarla sakinleştirilen, uzun boyu ve fazla kiloları nedeni ile vücudunda onulmaz yatak yaraları açılmış, göğüsleri yüzünden yüzüstü yatamadığı için sırttaki yaralar daha da derinleşmiş, enfeksiyonlarla boğuşan bir halde yaşamaya devam etse idi bu durum insan onuruna daha mı çok yakışacaktı? Bu noktada bir durup düşünmek gerekmektedir.

Bir çocuk için en iyi ve en doğru kararı ailesi verir. Uzaktan yapılan tıbbi, hukuki ve ahlaki yorumlar, yorumdan ibaretken ailenin içinde bulunduğu durum **gerçektir. Bu sebeple aileyi göz ardı ederek engelli bir çocuğa bakmanın ne demek olduğunu dahi bilmeyen kişilerce uzaktan ahkâm kesilmesi, bir adım öteye gidilerek ailenin vicdansızlık ve hatta ahlaksızlıkla suçlanması bizzat ahlaksızlığın kendisidir.**

Sonuç olarak Ashley tedavisi, Ashley, Umut Mert ve benzer durumda olan çocuklar için son derece başarılı ve hatta gerekli bir tedavi yöntemidir. Ancak unutmamak gerekir ki bu her zaman istismara açık olabilecek son derece hassas bir mevzudur. **Bu sebeple farklı, bağımsız ve konuda çıkarı olmayan uzman görüşleri ışığında, etik kurulun onayı ile, kanunlaştırma olmaksızın bireysel başvuruların değerlendirilmesi usulüyle ve tıbbi olarak minimum zararın gözetilmesi koşulunu saklı tutarak bu tedavinin önü açılmalı, basmakalıp ve mesnetsiz gerekçelerle aileler ve engelli çocukları mağdur edilmemelidir.**

Özellikle ülkemiz gibi sosyal ve sağlık hizmetleri konusunda son derece yetersiz olan ülkelerde engellilere gereken ihtimamı göstermeyen devletin, bunu gerçekleştirmeye çalışan ailelere destek olacak yerde köstek olmaları kabul edilebilecek gibi değildir.

KAYNAKÇA

Ashley's Mom and Dad: "The Ashley Treatment, Towards a Better Quality of Life for Pillow Angels, 02.01.2007", (Ashley'nin anne ve babası) (Çevrimiçi) <http://ashleytreatment.spaces.live.com/blog>, 22.05.2011.

CARLSON, David

DORFMAN, Deborah: "Investigation Report Regarding The Ashley Treatment" 8 May 2007, (Çevrimiçi) www.disabilityrightsca.org/news/AshleyFinalReport07may08.pdf, 25.05.2011

CLARK, Peter/VASTA, Lauren: "The Ashley Treatment, An Ethical Analysis" (Çevrimiçi) <http://www.ispub.com/ostia/index>, 22.05.2010

LIAO, Matthew: "The Ashley Treatment: Best Interests, Convenience and Parental Decision Making" (Çevrimiçi) <http://www.smatthewliao.com/2008/05/04/the-ashley-treatment-best-interests-convenience-and-parental-decision-making>, 26.05.2011.

METİN, Sevtap: Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, XII Levha, 2010

GUNTHER, Daniel

DIEKEMA, Douglas: "Attenuating Growth in Children With Profound Developmental Disability, A new Approach to an Old Dilemma", Arch Pediatr Adolesc Med/vol 160, Oct, 2006. (Çevrimiçi) <http://www.archpediatrics.com>, 22.05.2011.

ORAK, İbrahim: "Dekabüt Ülseri", (Çevrimiçi)

http://www.doktorsitesi.com/yazi/1083/dekubit-ulseri-%28yatak-yarasi%29?a_id=87, 03.07.2011.

PEACE, William: "Protest From A Bad Cripple: The Ashley Treatment and the Making of a Pillow Angel", (Çevrimiçi) <http://www.counterpunch.org/peace01182007.html>, 28.05.2011.

VERHOVEK, Sam Howe: "Parents Defend Decision to Keep Disabled Girl Small" Los Angeles Times, 03.01.2007 tarihli gazete. (Çevrimiçi)

<http://articles.latimes.com/2007/jan/03/nation/na-stunt3>

ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ BOYUTU

Buse AKSARAY¹

GİRİŞ

20 yy. sonrasında tıp biliminin gelişmesiyle yaygınlaşan organ ve doku nakli, hukuken düzenlenmesi gereken bir alan haline gelmiştir. Gerçekleştirilmekte olan organ ve doku nakillerinin hangi şartlar altında yapılabileceği, bu alandaki sınırlamaların neler olması gerektiği hukuki düzenlemelerle belirlenebileceğinden ülkemizde birçok ülkeden daha önce organ ve doku nakline ilişkin kanun çıkarılmıştır.

Kanunda ve konuya ilişkin yönetmeliklerde organ ve doku nakline ilişkin bazı kavramlar ortaya konulmuştur. Konuyu hukuki açıdan incelemeyen önce bu kavramların neler olduğunun incelenmesi önem taşımaktadır. Organ ve doku nakli, günümüz koşullarında canlıdan ya da ölüden yapılabilmektedir. Kavramların ortaya koyulmasından sonra canlıdan organ ve doku naklinin ne olduğu ve şartları, ölüden organ ve doku naklinin ne olduğu ve şartları hukuken incelenmelidir.

Günümüzde gerçekleştirilmemekle birlikte yakın gelecekte hayvandan insana organ ve doku nakli de gerçekleştirilebileceğinden hukukumuzun bu konudaki düzenlemelerine yer vermek de yerindedir.

Organ ve doku nakli konusunda, gelişmelerle birlikte değişimler olması doğaldır ve bu değişimlerin hukuki boyutlarının yeniden ele alınması gereği bulunmaktadır. Bu sebeple Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır. Konu incelenirken yeri geldikçe bu taslakta öngörülen düzenlemelere de değinilecektir.

1 Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLİ KAVRAMI

I. TANIMLAR

A. Organ

Organ vücudun özel görev yapan, sınırları tespit edilmiş parçasıdır ve dokuların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır².

B. Doku

Doku bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünüdür³. İlik, kıkırdak, sinir, kornea ve kemik dokulara örnek olarak verilebilir.

C. Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakli işlevini kaybetmiş olan hücre, doku veya organın yerine yeni bir hücre, doku veya organ yerleştirilmesidir. Bu işlemin hangi amaçlarla yapılabileceği, organ ve doku naklini düzenleyen ve halen yürürlükte olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun (ODASNHK) 1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması ve nakli mümkündür. Kişinin sağlık durumunu düzeltmeye değil gelecekte hastalıkların tedavisinde kullanılacak yöntemleri doğrulamaya ya da reddetmeye yönelik fiiller olarak tanımlanabilen bilimsel amaçla organ ve doku nakli⁴, canlıdan organ ve doku alınmasında geçerli bir amaç olarak kabul edilmemektedir. Bilimsel amaçlarla yalnızca ölüden organ ve doku alınabilecektir⁵.

D. 2238 Sayılı Kanunun ve Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın Tanımlarla İlgili Düzenlemesi

ODASNHK organ, doku ve nakil konusunda tanımlara yer vermemiş, bununla birlikte kapsam başlıklı 2. maddesinde organ ve doku deyiminin-

2 Ahmet Gökçen, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, C. 8, No: 1-2, Konya, 2000, s. 64.; Murat Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 3.

3 Aydın, a.g.e., s. 3.

4 Ahmet Taşkın, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 85

5 Yeşim M. Atamer, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 119.

den, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağını düzenlemiştir. Yine aynı maddede oto-grefler⁶, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan naklinin bu kanun hükümlerine tabi olmadığı belirtilmiştir.

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı ise 1. maddesinde kapsama birlikte tanımlara da yer vermiştir. Bu maddede organ, doku, hücre, nakil, verici, alıcı, somatik ve embriyotik kök hücre, beyin ölümü, kalp atımsız ölü tanımlanarak bunlardan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece tasarı kanunlaştığında kavramlardan ne anlaşılması gerektiği belirlenmiş olacaktır⁷.

II. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ, AHLAKİ VE DİNİ BOYUTU

A. Tarihi Gelişim

Günümüzde tıp biliminin de gelişmesiyle sıkça gündeme gelen organ ve doku naklinin tarihi süreçteki gelişimine bakıldığında, organ ve doku naklinin mitolojide ve antik çağa ilişkin kaynaklarda bile yer aldığı görülmektedir⁸. 20. yy. sonrasında ise organ ve doku naklinin başarılı sonuçlarla yaygınlaşması konunun hukuki boyuta taşınmasını gerekli kılmıştır⁹. Konuya ilişkin hukuki düzenleme yapan ülkelerin başında 1979 tarihli kanunla Türkiye gelmektedir. Konu, 2005 yılında ise Türk Ceza Kanunu'na girmiştir¹⁰.

B. Ahlaki Boyut

Organ ve doku nakli, bağış kavramıyla ilişkili olduğu oranda ahlaki bir boyuta da sahiptir. Konunun ahlaki boyutunu inceleyenlerden biri olan Kant, kimsenin kendi beden parçalarından kendi isteğiyle bile olsa vazgeçemeyeceği, kendi bedenine zarar veremeyeceği gerekçesiyle organ ve doku nakline karşı çıkmaktadır, böylece gönüllü bağışı da desteklememektedir¹¹.

6 Oto-gref, kişinin kendisinden alınan ve yine kendi vücudunun başka bir bölgesine nakledilen dokudur.

7 Bunlar dışında organ ve doku nakline ilişkin hizmetlerin yürütülmesinde uyulması gereken esasları, organ ve doku nakil merkezlerini ve işleyişlerini düzenleyen Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği bulunmaktadır.

8 Aydın, a.g.e., s. 14-15.

9 İlk başarılı organ nakli 1954 yılında, 1991 Nobel Ödüllü Joseph Murray tarafından gerçekleştirilmiştir (Atamer, a.g.e., s. 121.)

10 Türk Ceza Kanunu, 91 v.d. maddelerinde organ ve doku ticareti konusunu düzenlemiştir.

11 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, On İki Levha

Konunun ahlaki boyutu kapsamında genel kabul gören görüş, bağışın herhangi bir maddi karşılık ile yapılamayacağıdır. Ayrıca organ ve doku ticareti, organ ve doku bağışı konusunda reklam yapılması kanunlarla yasaklanmış, cezai yaptırımlar düzenlenmiştir.

C. Dini Boyut

Organ ve doku bağışı, dini boyutuyla da tartışılan bir konu olmuştur. Bu konuda ilahi dinler olumlu yaklaşımlarla, organ ve doku bağışını karşılık beklenmeksizin yapılması durumunda kabul etmektedirler¹². Musevilik sadece acil durumlarda bağışı hoş görürken, Hıristiyanlık ve İslam açısından Vatikan ve Diyanet İşleri'nin daha esnek açıklamaları bulunmaktadır. Ayrıca organ ve doku nakli konusunda önemli bir kriter olan beyin ölümü kavramı, 1986 yılında 3. Uluslararası İslam Hukukçuları Konferansı'nda İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir¹³.

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ BOYUTU

I. CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİ

A. Genel Olarak

Canlı kişiden tedavi ve teşhis amacıyla organ ve doku alınıp başka birine nakil yapılması mümkündür¹⁴. Bunun kimler tarafından ve hangi şartlar altında yapılabileceği hem ODASNHK'de hem de ülkemizin 2003 yılında onaylanmasını uygun bulduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir.

ODASNHK madde 5'e göre onsekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücü olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi ise istisnai bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre organ ve doku bağışına rıza göstermesi hukuken mümkün olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokula-

Yayıncılık, 2010, s. 64-66.

12 Aydın, a.g.e., s. 19.

13 Metin, a.g.e., s. 37.

14 Ceninden organ ve doku alınması, canlıdan organ ve doku alınması kapsamında değerlendirilmemektedir. (Aydın, a.g.e., s. 39.) Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Taşkın, a.g.e., s. 96-97.

rın alınması belli şartlar altında kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi kabul ederken mevcut kanunumuzla uyum içinde olmadığı gerekçesiyle 20. maddeye çekince koymuştur. Taslakta ise İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi madde 20 düzenlemesine uygun bir hükümlerle bu konuya bir istisna getirilmiş ve madde 4'te belirtilen şartların varlığı halinde¹⁵ yaş küçüklüğü, zihinsel engellilik, hastalık veya benzeri sebeplerle doku bağışına izin verme yeteneğine sahip bulunmayan kişilerden kemik iliği gibi kendisini yenileyen dokuların nakline imkan tanınmıştır. Bu durum sadece kendini yenileyen dokuların bağışında mümkün olduğundan, organ bağışı için geçerli olmayacaktır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesi ölmüş bir kim-seden uygun organ ve doku bulunamadığı ve başka bir tedavi yöntemi-nin de olmadığı durumlarda canlıdan organ ve doku nakli yapılabilece-ğini düzenlemiştir. Mevcut kanunumuzda böyle bir hüküm olmamakla beraber sözleşmeye taraf olduğumuz için bu hüküm uygulama alanı bulabilecektir¹⁶. Ayrıca taslağın 4. maddesi de İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'yle benzer bir düzenleme öngörerek aynı şartları gerekli ka-bul etmiştir.

B. Canlıdan Organ ve Doku Naklinin Şartları

1. Üstün Amaç

Canlıdan organ ve doku alınabilmesi için gereken şartlardan biri üs-tün amaçtır. Burada amaç vericiden organ veya doku alınmasını haklı kılmalıdır. Alıcının organ ve doku naklinden menfaati vericinin menfa-atinden üstün olmalıdır¹⁷. Organ ve doku alımı ODASNHK madde 3 ve 4'te de belirttiği üzere bir bedel veya çıkar elde etmek, reklam yapmak amacıyla yapılamayacaktır. Canlıdan organ ve doku alınmasında bilim-sel bir amaç da olmamalıdır¹⁸, bu amaçla sadece ölüden organ veya doku alınabilecektir. Canlıdan sadece başka bir kişinin iyileştirilmesi gibi üs-tün bir amaçla organ ve doku alınabilecektir¹⁹.

15 Taslağın ilgili maddesinde belirtilen şartlar dokuları uyumlu olan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bir vericinin bulunamaması; alıcının, vericinin kardeşi olması; bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; vericinin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla bu işleme karşı olmaması; vericinin kanuni temsilcisinin noter tarafından onaylanmış izninin olması, bu izin belgesinin nakli yapacak hekim ya da hekimler tarafından da onaylanmış olmasıdır.

16 Aydın, a.g.e., s. 41.

17 Gökçen, a.g.e., s. 67.

18 Kan, sperm, yumurta hücresi bu kapsamda kabul edilmemiştir, bilimsel amaçlarla canlıdan alınabilmektedir. (Aydın, a.g.e., s. 46.; Taşkın, a.g.e., s. 87.)

19 Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 22.

2. Zararsızlık ve Elverişlilik

Canlıdan organ ve doku alınabilmesi için aranan şartlardan biri zararsızlık ve elverişlilik şartıdır. Verici için organ veya doku vermesi aşırı bir zarar ve büyük bir tehlike doğurmamalıdır. Yaşamı tehlikeye sokacak organ ve doku bağışlarının yapılması hukuken mümkün değildir. Alınamayacak organ ve dokular konusu ODASNHK madde 8'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre de vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır. Vücutta iki adet bulunan organların birinin alınıp alınmayacağı tartışma konusu olmuştur. Genel kabul gören görüş, yaşama etki etmeyecekse iki adet olan organlardan birinin alınabileceğidir²⁰.

Elverişlilik bakımından verici ve alıcı arasında doku ve kan uyumu bulunmalıdır, bunun tespiti için gerekli tetkiklerin nakilden önce yapılması gerektiği ODASNHK madde 9'da düzenlenmiştir.

3. Rıza

Canlıdan organ ve doku nakli için gereken diğer bir şart rızanın varlığıdır. Hukuken geçerli rıza, rıza göstermeye ehliyetli kişi tarafından özgür iradeyle, etkiden uzak ve bilinçli olarak verilmiş olmalıdır. Bu konuda rıza göstermeye ehliyetli kişiler kanunun da düzenlemesinden anlaşıldığı üzere 18 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip kişilerdir²¹. Bu durumda küçükler ve akıl hastaları verici olamamaktadırlar, bu kişiler yerine kanuni temsilcilerinin rıza göstermesi mümkün değildir.

Rızanın nasıl açıklanması gerektiği ODASNHK madde 6'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre verici tarafından iki tanık önünde önceden verilmiş yazılı ve imzalı ya da vericinin iki tanık önünde sözlü beyan edip imzaladığı tutanak olmalı ve bu tutanak bir hekim tarafından onaylanmalıdır. Bu şekil şartları geçerlilik şartıdır²². Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi de, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasının, aşılmasının ve naklinin mümkün olacağını düzenleyerek, rızanın yazılı olması gerektiğini belirtmiştir.

Alıcıların kim olacağı ve hangi organ ve dokuların bağışlanacağı konusunda rızaya bir sınırlama getirilip getirilemeyeceği tartışmalıdır, ge-

20 Aydın, a.g.e., s. 48.

21 Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 29. maddesinde de organ ve doku alınmasında rıza konusu bu şekilde düzenlenmiştir.

22 Bilge Onaran, "Hasta Hakları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, No: 2, İstanbul, 2005, s. 305.

nel kabul gören görüş ise kişinin özgür iradesi ile sınırlama getirmesinin mümkün olduğudur²³. Ayrıca organ ve doku bağıışı yapmaya rıza gösteren kişi özgür iradesi ile bu rızasını geri alabilecektir, bu konuda zorlanması hukuken mümkün değildir²⁴.

4. Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü

Canlıdan organ ve doku nakli için aranan son şart bilgi verme ve araştırma yükümlülüğüdür. Organ ve doku alınmasından önce verici konuyla ilgili aydınlatılmalıdır. Bu konuyla ilgili düzenleme ODASNHK madde 7’de bulunmaktadır²⁵. Bu kapsamda organ ve doku naklinin tehlikeleri, alıcı bakımından yararları, tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında vericinin hekim tarafından aydınlatılması gerekmektedir²⁶. Kapsamı daha dar olmakla birlikte alıcı da nakil konusunda aydınlatılmalıdır²⁷. Bununla birlikte yine aynı düzenlemeye göre hekim, karar verebilecek akıl ve ruh durumu olmayanlardan, bedel ve başkaca çıkar sağlamayı amaçlayanlardan yapılacak organ ve doku alımını reddetmekle yükümlüdür. Hekim ayrıca evli olan vericinin eşinin durumdan haberi olup olmadığını öğrenmek ve öğrendiğini tutanakla tespit etmek zorundadır. Burada eşin rızası aranmamakta sadece bilgilendirilmesi gerekmektedir²⁸.

II. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİ

A. Genel Olarak

Nakli gerçekleştirilecek organ veya doku kişinin yaşamı için vazgeçilmezse ya da vücutta sadece bir adet bulunan organın nakli sözkonusuysa vericinin ölü olması gerektiği muhakkaktır. Canlıdan organ ve doku nakli daha sınırlı olarak kabul edilebildiği halde, artık ölmüş bir kimse- nin bedeninden organ ve dokularının alınması daha yaygındır. Ayrıca canlıdan organ ve doku alımının aksine ölüden organ ve doku alımında, alınan organ ve dokuların daha sonra kullanılmak üzere organ ve doku

23 Aydın, a.g.e., s. 51.

24 Metin, a.g.e., s. 517.; Taşkın, a.g.e., s. 102-103.

25 Tasarının 6. maddesi, bilgilendirme ve araştırma yükümlülüğü başlığı altında mevcut kanuna göre daha ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.

26 Onaran, a.g.e., s. 287.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 63.

27 Gökçen, a.g.e., s. 71.

28 Teoman Akünal, “2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 21-22. Bu konuda farklı görüşler için bkz.: Taşkın, a.g.e., s. 110.

bankasında saklanması da mümkündür²⁹. Bununla birlikte ölümün ne olduğunun ve ne zaman gerçekleştiğinin tespitinin önemi, ölmüş kimse- nin rızasının alınmasındaki imkansızlık gibi sebeplerle ölüden organ ve doku nakli konusunda canlıdan organ ve doku nakli konusuna kıyasla farklı şartlar aranması gerekmiştir.

B. Ölüden Organ ve Doku Naklinin Şartları

1. Ölüm

a. Genel Olarak

Ölüden organ ve doku nakli yapılabilmesi için öncelikle organ ve dokuları alınacak kimsenin öldüğünün tespit edilmesi gerekmektedir. Bir taraftan alınacak organ ve dokuların işlevlerini ve canlılıklarını kaybetmemesi gerekmektedirken diğer taraftan organ ve dokuları alınacak kişinin yaşama ihtimalinin ortadan kaldırılmaması gerekmektedir. Bu sebepler ölümün gerçekleştiğinin tespiti bu iki konu arasında denge kurulması açısından büyük önem taşımaktadır.

b. Ölüm Kavramları

(1) Klasik (Biyolojik) Ölüm Kavramı

Klasik ölüm anlayışı dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin birbirinden bağımsız olarak çalışma yeteneklerini kaybetmesiyle gerçekleşen ölüm halidir. Bu sistemler araçlar aracılığıyla çalıştırılabilirse bile kendi başlarına çalışma güçleri olmaması ölümün gerçekleştiğini göstermektedir³⁰. Tıptaki gelişmeler sonucu bu sistemlerin durduktan sonra tekrar kendi başlarına çalıştırılabilmeleri mümkün olduğundan bu ölüm anlayışı başarısız kabul edilmektedir³¹.

(2) Beyin Ölümü Kavramı

Beyin ölümü, beynin kişinin vücudunu yönetme imkan ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü mümkün olmayacak derecede kaybetmesi olarak tanımlanabilir. Beyin ölümü kavramı ilk kez 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesi Komitesi tarafından ortaya atılmıştır. Burada üzerinde durulan iki nokta yoğun bakım kaynaklarının sınırlı olması sebebiyle yer açma ihtiyacı ve klasik ölüm anlayışının organ ve doku naklini imkansız hale getirmesi olmuştur³². Yüksek Sağlık Şurası da 1969 yılında beyin

29 Taşkın, a.g.e., s. 88.

30 Aydın, a.g.e., s. 25-26.

31 Atamer, a.g.e., s. 124.; Taşkın, a.g.e., s. 118-119.

32 Atamer, a.g.e., s. 125-126.

ölümü kavramını benimsemiştir³³; fakat ODASNHK'de konuya ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1'de beyin ölümü hem tanımlanmış hem de kriterleri ve tespit süreci ön koşullar, klinik bulgular ve bulguların sürekliliği başlıkları altında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte tasarı da 3. maddesinde beyin ölümünün tespitini düzenleyerek beyin ölümü kavramını benimsemiştir.

Beyin ölümü kavramı, bitkisel hayat kavramıyla karıştırılmamalıdır. Bitkisel hayattaki kişinin çok uzun süre sonra bile olsa iyileşme ihtimali varken, beyin ölümü gerçekleşen kişinin iyileşme ihtimali kalmamıştır. Ayrıca beyin ölümünde beynin tamamı geri dönülmez şekilde işlevini kaybetmişken, bitkisel hayatta beynin bazı bölümleri hala çalışmaktadır. Bu sebeplerle bitkisel hayattaki kişiler ölü sayılamaz ve bu kişilerden organ ve doku alınması mümkün değildir.

c. Ölümün Tespiti

Ölümün tespiti tıbbi bir konu olmakla birlikte, doğurduğu sonuçlar bakımından hukuki bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır³⁴. ODASNHK madde 11 ölüden organ ve doku nakli için ölümün nasıl tespit edileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulayan, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen, biri anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulu tarafından oybirliği ile tespit edilecektir. Bu konuda önemli olan noktalar ölümün hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ve tarafsız olarak tespit edilmesi gerektiğidir³⁵. Tarafsızlığı sağlamak için ölümü tespit edecek hekimlerle nakli gerçekleştirecek hekimlerin aynı olması yasaklanmıştır.

2. Rıza

a. Genel Olarak

Ölüden organ ve doku nakli için gereken şartlardan biri hukuken geçerli bir rızanın varlığıdır. Burada ya kişi ölmeden önce konuya ilişkin rızasını açıklamış olmalıdır ya da ölümden sonra kanunda rıza gösterebileceği belirtilen kişiler tarafından rıza açıklaması yapılmalıdır. Kişinin ölmeden önce cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında kabul edildiğinden geçerli olacaktır³⁶.

33 Aydın, a.g.e., s. 28.

34 Gökçen, a.g.e., s. 72.

35 Akunal, a.g.e., s. 23.

36 Gökçen, a.g.e., s. 75.

Rıza konusu ODASNHK madde 14'te düzenlenmiştir. Tasarıda ise mevcut kanunda yer almayan ve kişileri yakınlarının organ ve dokularını bağışlamaya teşvik eden hükümler yer almaktadır.

b. Rıza Konusunda Sistemler

Rızaya ilişkin olarak üç değişik sistem bulunmaktadır³⁷. Birinci sistem vericinin onayını aramayan sistemdir. Burada vericinin ya da yakınlarının rızası olmasa da organ ve dokular alınabilecektir.

İkinci sistem vericinin zımni onayını arayan sistemdir. İtiraz modeli de denen bu sistemde verici yaşarken açıkça bağışta bulunmak istemediğini belirtmediği sürece organ ve dokular alınabilecektir.

Üçüncü sistem ise vericinin açık onayını arayan sistemdir. Bu sistemde vericinin açık rızası aranır, sistemin daha esnek halinde ise vericinin bağışta bulunma iradesinin olmadığına ilişkin açık beyanı yoksa yakınların rızası da organ ve doku bağışı için yeterlidir. ODASNHK madde 14 düzenlemesine göre ülkemizde kural olarak uygulanan sistem budur³⁸.

c. Ehliyet ve Şekil

Kişinin, ölümünden sonra organ ve doku bağışı yaptığını yaşarken açıklayan rıza beyanı vasiyetname niteliğindedir. ODASNHK madde 14, bu beyanın resmi veya yazılı bir vasiyetname ile belirtilebileceğini ya da iki tanık huzurunda açıklanabileceğini belirtmiştir³⁹. Ehliyet konusunda bir düzenleme bulunmasa da bu düzenlemeye göre vasiyetname yapmaya ehil olmak, organ ve doku bağışı konusunda rıza göstermeye ehil olmak için yeterlidir.

Kanunda belirtilen şekil şartı açık olduğundan uygulamada sıkça rastlanan bağış kartları konusu tartışmalıdır. Kanundaki şekil şartlarına uyulmadığından bu bağış kartları organ ve doku bağışı için geçerli rızanın varlığına ispat değildir⁴⁰. Bu tartışmaya son vermek amacıyla

37 Doktrinde kabul edilen rızaya ilişkin sistemlerin dışında hukukçu olmayan akademisyenlerin de görüşleri bulunmaktadır. Gerald Dworkin adlı akademisyenin organ pazarı çözümü, farklı ve sıradışı görüşlerden biridir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Metin, a.g.e., s. 289-305.)

38 Rıza konusunda sistemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Gökçen, a.g.e., s. 78-79.; Atamer, a.g.e., s. 143-145.; Aydın, a.g.e., s. 32-33.

39 Doktrindeki bir görüşe göre bu düzenlemeyle sözlü vasiyetnamenin şekil şartları gözardı edilmiş, hukukumuzda sanki yeni bir vasiyetname türü eklenmiştir; fakat burada organ ve doku bağışına ilişkin vasiyet gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarruf değil, bir ölüm sonrası kişilik işlemidir. (Rona Serozan, Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 243.)

40 Aydın, a.g.e., s. 35.

taslağın 3. maddesinde bağış kartlarını geçerli kabul edecek düzenlemeler bulunmaktadır.

d. Rıza Konusunda Kural ve İstisnalar

ODASNHK madde 14 düzenlemesine göre, kişi ölümünden sonra organ ve dokularını bağışlama konusunda yaşarken rıza gösterebilir. Eğer yaşarken rıza verilmemişse, ayrıca organ ve doku bağışının istenmediğine dair bir rıza beyanı da yoksa sırasıyla ölüm anında kişinin yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi, bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını organ ve doku bağışına rıza gösterebilecektir. Reşit çocuklar arasında, ana veya baba arasında ya da kardeşler arasında görüş ayrılığının bulunduğu durumlarda tek bir kişinin rızası geçerli kabul edilmektedir⁴¹. Ayrıca kanun ölen kimsenin yanında bulunan herhangi bir yakını rıza göstermeye yetkili kabul ederek organ ve doku bağışını kolaylaştırmış ve muhtemel zaman kayıplarının önüne geçmiştir. Böylece herhangi bir tanıdık da organ ve doku bağışına rıza gösterebilecektir. Ölenin yanında kanunda sayılan kişilerden hiçbirinin bulunmaması durumunda ne olacağı ise kanunda düzenlenmemiştir.

Kural bu olmakla birlikte ODASNHK'nın aynı maddesinde bazı istisnalar da düzenlenmiştir. Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular kişinin ya da yakınlarının rızası olmaksızın alınabilmektedir⁴². Kanun bu gibi istisnai hallerde rıza konusunda itiraz modelini benimsemiştir. Bir diğer istisna kişinin kaza ya da doğal afetler sonucunda ölmüş olduğu durumlar içindir. Bu durumlarda ölmüş kimselerden, hayat kurtarma bakımından aciliyet ve tıbbi zorunluluk gibi olağanüstü durumlar varsa ve kişinin yakınlarına ulaşılamıyorsa, vasiyet ve rıza olmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Kanun burada istisnai olarak vericinin onayını aramayan sistemi benimsemiştir. Böyle bir durumda ayrıca adli otopsinin beklenmesi de gerekmemektedir⁴³.

41 Gökçen, a.g.e., s. 77.

42 Bu düzenlemeyi getiren kanunun yürürlüğe girmesinden önce yaşanan benzer bir olay sonucunda Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 03.06.1975 tarihli 1975/2433 E., 1975/3150 K. sayılı kararında, kornea naklini hukuka uygun bulmuş ve organ naklini, şartlarını, hukuki yönlerini düzenleyen bir kanuna ihtiyaç duyulduğunu da belirtmiştir. (Sulhi Dönmezer, "Organ Nakli Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLI, No: 1-2, İstanbul, 1975, s. 373-380.) Ayrıca bkz.: Onaran, a.g.e., s. 291.

43 Adli vakalarda aciliyeti olan organ ve doku nakli için adli otopsinin beklenip beklenmeyeceği, beklenmeyecekse savcının nakle izin vermesinin gerekip gerekmeyeceği

III. HAYVANDAN ORGAN VE DOKU NAKLİ

ODASNHK insanlar arasında gerçekleştirilen organ ve doku nakli konusunu düzenleyen bir kanundur, hayvanlardan insanlara yapılacak organ ve doku nakilleri kanunun kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁴. Ülkemizde hayvandan insana organ ve doku nakli yapılmadığı için bu konuda hukuki bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır; fakat mevcut kanunumuzda buna ilişkin açık bir engel bulunmadığından⁴⁵ hayvandan insana organ ve doku nakli hukuken mümkün olabilecektir.

Bu konuda ayrıca Hayvan Hakları Koruma Kanunu'nun 8. maddesi de dikkate alınmalıdır. Hayvanların yaşadıkları sürece tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümünün ya da bir bölümünün çıkarılıp alınamayacağını veya tahrip edilemeyeceğini düzenleyen bu maddede yer alan tıbbi amaç ifadesi hayvandan organ ve doku nakli yapılmasını hukuka uygun hale getirmektedir.

SONUÇ

Hücreler bütünü olan dokular ve bunların bir araya gelerek oluşturdukları, vücudun belli görev yapan parçaları olan organlar, tıp biliminin de gelişmesiyle teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla bir vücuttan diğerine nakledilebilmektedir. Organ ve doku nakli olarak adlandırılan bu işlem, şartları ve sonuçları bakımından hukuku ilgilendirdiği oranda hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Ülkemizde birçok ülkeden daha önce yürürlüğe giren organ ve doku nakline ilişkin kanun, konuyu hukuki yönüyle düzenlemiştir. Konunun gelişmesi, uygulamayla birlikte yeni ihtiyaçların ortaya çıkması nedenleriyle yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuş, bu sebeple Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır.

Mevcut kanunumuz organ ve doku naklinin canlıdan veya ölüden yapılabileceğini, bunların hangi şartlar altında yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Canlıdan organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi

konusu tartışmalıdır. Nakilden elde edilecek yarar, otopside elde edilecek yarardan daha üstün bir yararsa ve nakli gerçekleştirmek üçüncü kişi lehine bir zorunluluksa savcı izni olmaksızın organ ve doku alınabilecektir. Bu konuda Danıştay'ın 1. Dairesi'nin savcı izni olmaksızın nakli gerçekleştirmenin suç sayılacağına ilişkin, Yüksek Sağlık Şurası'nın ise savcı iznini almamanın etik kurallara aykırı olmadığına ilişkin benzer olaylarda verdikleri karşıt kararlar ve görüşler bulunmaktadır. (Neşet Karadağ, Organ Naklinde "Sağlık-Yasa" Çekişmesi, <http://www.haberler.com/organ-naklinde-saglik-yasa-cekismesi-2-haberi/>, 15 Ocak 2012.)

44 Akünal, a.g.e., s. 19.; Taşkın, a.g.e., s. 91.

45 Atamer, a.g.e., s. 120.

teşhis ve tedavi amacıyla, üstün bir amacın, zararsızlık ve elverişlilik şartlarının varlığı, hukuken geçerli bir rızanın bulunması, hekimin bilgi verme ve araştırma yükümlülüğüne uyması durumunda mümkün olabilecektir. Bu konuda taslakta yer alan bir düzenleme rıza konusunda bağış kartlarının durumunun ne olacağına yöneliktir. Bu kartların geçerli olacağını düzenleyen taslak, böylece bu konudaki tartışmalara da son vermiş olacaktır.

Ölüden organ ve doku nakli için gereken şartlar da kanunun düzenlemesi içindedir. Bu kapsamda ölümün gerçekleşmesi ve rıza şartı birlikte aranacaktır. Ölüm tanımı içinde bugün genel kabul gören görüş beyin ölümü kriterinin benimsenmesi yönündedir. Mevcut kanunda bu yönde bir düzenleme yer almaması, konunun yönetmelikle düzenlemesi ile sonuçlanmıştır. Taslakta bu konuya ilişkin düzenlemelerin yer alması yerindedir. Rıza konusunda ise farklı sistemler mevcut olmakla birlikte, organ ve doku bağışını yaygınlaştırmayı amaçlayan hükümlere taslakta yer verildiği görülmektedir. Kişinin yaşarken verdiği rızayı ya da ölümden sonra kanunda belirtilen yakınlarının verecekleri rızayı geçerli sayan kanun, istisnai bazı durumlarda rızanın varlığını aramamaktadır. Aksi yönde bir rıza açıklaması yoksa kornea nakli gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayacak nakillerin ve kaza, doğal afet sonucu ölmüş ve yakınlarına da ulaşamayan kişilerden tıbbi zorunluluk ve aciliyet olması durumunda yapılacak nakillerin rıza olmaksızın yapılabileceği istisna olarak kabul edilmiştir. Bu son halde ölüm sebebini kaza ve doğal afetle sınırlamak amaca hizmet etmediğinden bu konuya ilişkin yeni bir düzenleme yerinde olacaktır.

Bugün için ülkemizde uygulanmayan hayvandan insana organ ve doku nakli, tıptaki gelişmelerle uygulanabilir hale geldiğinde geçerli olmak üzere hukuki düzenlemeler yapma ihtiyacı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Akunal, Teoman: “2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 19-30.

Atamer, Yeşim M.: “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 115-155.

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

Çilingiroğlu, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Dönmezer, Sulhi: “Organ Nakli Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XLI, No: 1-2, İstanbul, 1975, s. 373-380.

Gökçen, Ahmet: “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı**, C. 8, No: 1-2, Konya, 2000, s. 64.; Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 63-85.

Karadağ, Neşet: **Organ Naklinde “Sağlık-Yasa” Çekişmesi**, <http://www.haberler.com/organ-naklinde-saglik-yasa-cekismesi-2-haberi/>, 15 Ocak 2012.

Metin, Sevtap: **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Onaran, Bilge: “Hasta Hakları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, No: 2, İstanbul, 2005, s. 273-323.

Serozan, Rona,

Baki İlkay Engin: **Miras Hukuku**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Taşkın, Ahmet: **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.

YAPAY DÖLLENME

Seda ERGÜNEŞ¹

GİRİŞ:

Günümüzde yardımcı üreme metotları teknolojilerindeki gelişmeler sayesinde bireylerin çocuk sahibi olmasının önündeki engeller ortadan kalkmaktadır. Ancak bu yeni gelişmeler hukuki, ahlaki, psikolojik ve sosyolojik problemleri de beraberinde getirmektedir. Biz bu çalışmada yapay döllenme kavramını yakından inceleyerek hukuka uygun bir müdahale olup olmadığını tespit etmeye çalışacağız. Daha sonra ise söz konusu müdahalenin yarattığı hukuki sorunlardan soybağı, çocuk sahibi olmak isteyen bireylerin bu amaçla 3. kişiler ile yaptıkları sözleşmelerin geçerliliği, embriyo üzerindeki araştırmalar ve bu kapsamda embriyonun korunması problemlerini ele alacağız.

I. YAPAY DÖLLENME

Yapay döllenme dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamıyla yapay döllenme erkek üreme hücrelerinin cinsel ilişki dışındaki bazı tıbbi metotlarla kadının üreme organına aktarılarak bu şekilde döllenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahaledir². Geniş anlamıyla yapay döllenme ise cinsel ilişki olmaksızın erkek ve kadından alınan üreme hücrelerinin yapay yollarla döllenmesini ifade eder³. Belirtilmelidir ki yapay döllenme kavramı bugün asıl olarak dar anlamıyla kullanılmaktadır.

- 1 Araş. Gör. (Bilgi Ün. Hukuk Fak), İstanbul Ün. Hukuk Fak.Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi.
- 2 Erol Cihan, Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlhak, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1971,s. 18; Öztekin Tosun, “Ceza Hukuku bakımından Suni İlkah”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXV, 1- 4, 1960, s. 107; Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 40; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 199; Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1983, s. 32- 33; Onursal Cin, “Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 5,2005, s. 31; Mustafa Ateş, “Nesep Hukuku Yönünden Suni Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1994, Cilt:20,Sayı: 3,s. 331- 332; Özlem Yenerer Çakmut, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağının Değiştirilmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 48; Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.478, dipnot. 201.
- 3 Haluk Nami Nomer, “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545;Çakmut, s. 48; Mehmet Beşir Acabey, Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s. 173; Metin, s. 478.

Yapay dölleme evlilik ilişkisi içinde yapılmış olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır: homolog dölleme ve heterolog dölleme. Evlilik ilişkisi içinde gerçekleştirilen homolog dölleme metodunda fiziksel veya psikolojik bir nedenle eşler arasında normal cinsel birleşmenin mümkün olmaması durumunda kocanın üreme hücrelerinin tıbbi kurallar çerçevesinde alınması, karısının rahmine aktarılması ve döllemenin sağlanmasıdır. Heterolog dölleme ise evli bir kadının rahmine kocasından başka bir erkeğin üreme hücrelerinin aktarılmasıyla döllemenin sağlanması olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca evli bir çiftin kendi üreme hücreleri dışında başka bir kadın ve erkeğin yumurta ve spermi kullanılarak gerçekleştirilen yapay dölleme de heterolog dölleme altında incelenmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin en bilineni tüpte yapay döllemedir. Bu yöntemde kadının yumurtasının vücudu dışında bir tüpte döllendirilmesi ve döllemiş yumurtanın kadının rahmine transferi (embriyo nakli) söz konusudur. Embriyo nakillerinin başlıca dört görünüş biçimi vardır. İlk yöntem kadının yumurta kanallarının tıkalı olması gibi bir durum nedeniyle normal yollarla gebe kalması mümkün olmayan evli bir kadından ve kocasından alınan üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında özel bir tüp içinde döllendirilmesi yoluyla elde edilen embriyonun belli bir süre sonra kadının rahmine yerleştirilmesidir⁴. Evlilik içi tüp bebek olarak bilinen bu yöntem homolog yöntemle benzese de bu yöntemde işlemin vücut dışında gerçekleştirilmesi her iki yöntemi bir birinden ayırır⁵. İkinci yöntem ise yumurtalıklarında problem bulunan kadının kocasından alınan üreme hücrelerinin başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi ve döllemenin burada gerçekleşmesinden sonra döllemiş yumurtanın belli bir süre sonra yabancı kadının rahminden alınarak evli kadına aktarılmasıdır⁶. Bu yöntem erkeğin üreme hücrelerinin laboratuvar koşullarında özel bir tüpte döllendirilmesi şeklinde de uygulanabilmektedir⁷. Üçüncü yöntem ise evli kadının hamileliği sürdüremeyecek veya doğumu kaldıramayacak olması ihtimalinde gündeme gelmektedir. Şöyle ki bu kadının eşiyle gerçekleştirdiği normal cinsel birleşme sonucunda oluşan embriyonun yabancı bir kadının rahmine aktarılması ve doğumun yabancı kadın tarafından gerçekleştirilmesi üzerine, çocuğun doğuran kadından (taşıyıcı anne) alınıp karı- kocaya verilmesi bu yöntem-

4 Çakmut, s. 50; Zevkliler, s. 34; Cin, s. 32; Ayan, s. 43; Metin, s. 479.

5 Metin, s. 479; Çakmut, s. 50; Cin, s. 32.

6 Çakmut, s. 50; Zevkliler, s. 34; Cin, s. 33; Ayan, s. 43; Metin, s. 479.

7 Metin, s. 479; Cin, s. 33; Zevkliler, s. 34.

mi oluşturmaktadır⁸. Taşıyıcı anneliğin bir çeşidi olan bu yöntemde taşıyıcı anne çocuğu bir ivaz karşılığı karnında taşıyorsa kiralık anne, ivaz karşılığı olmaksızın taşıyorsa ödünç anneden bahsedilecektir⁹. Dördüncü yöntemde ise karı ve kocanın her ikisinin birden üreme yeteneğine sahip olmaması nedeniyle başka bir kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllenmesini takiben embriyonun hamileliği başarıyla sonuçlandırabilecek evli kadının rahmine aktarılmaktadır. Bu yöntemde doğum öncesi evlat edinme de denilmektedir¹⁰. Ayrıca bu yöntemde embriyo evli kadına aktarılmadan yabancı kadının (taşıyıcı anne) doğumu gerçekleştirmesi de beklenebilir¹¹. Belirtmek gerekir ki taşıyıcı anne döllenmede aktif rol üstlenmemişse kiralık anne- ödünç anne olarak da isimlendirilebilir¹². Bu noktada ikame annelikten bahsetmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. İkame anne çocuğu vermek üzere karından taşıyan genetik annedir. Diğer bir deyişle döllenmede kullanılan yumurta çocuğu taşıyan anneye ait olmakla birlikte spermier doğumdan sonra çocuğu alacak çiftin erkeğine aittir¹³. İkame annelikte döllenmenin doğal yolla gerçekleştirilmesi gibi yapay yolla da gerçekleştirilmesi mümkündür¹⁴. Ayrıca döllenmede kullanılan spermierin çocuğu isteyen erkek dışında üçüncü bir kişiden hatta ikame annenin kocasından alınması mümkündür¹⁵.

Bu yöntemlerden hangisinin tıbbi müdahale olduğu ve bu nedenle hukuka uygun kabul edileceği tartışmalı olmakla beraber tıp ve hukuktaki gelişmeler homolog döllenmenin tıbbi müdahale niteliği taşıdığı yönündedir. Zira homolog döllenmede amaç kişilerin fiziksel, anatomik ve psikolojik bozukluklarının tedavii edilmesi, bu sayede döllenmenin sağlanması ve çiftlerin çocuk özleminin giderilmesidir¹⁶. Homolog döllenme tıbbi müdahale kabul edildiği için bu tıbbi müdahaleler için aranan şartları taşımalıdır. Şöyle ki müdahale yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmeli, müdahale öncesinde hekim hastayı aydınlatmalı ve hastanın rızasını almalı, genel olarak hekim sadakat ve özen borcuna uygun

8 Metin, s. 479; Çakmut, s. 50; Cin, s. 33; Zevkliler, s. 34; Ayan, s. 43; Acabey, s. 179; Nomer, s. 559- 560.

9 Acabey, s. 180.

10 Metin, s. 479; Çakmut, s. 50- 51; Cin, s. 33; Zevkliler, s. 35; Ayan, s. 43 dipnot: 276.

11 Çakmut, s. 51.

12 Çakmut, s. 51.

13 Acabey, s. 179; Çakmut, s. 51.

14 Acabey, s. 179; Çakmut, s. 51.

15 Acabey, s. 179; Nomer, s. 560.

16 Çakmut, s. 51; Cin, s. 32.

davranmalıdır¹⁷. Belirtilmelidir ki eşlerden birinin rızasının alınmamış olması onun kişilik haklarını ihlal edecek ve fiil hukuka aykırılık teşkil edecektir¹⁸. Heterolog döllenme ise insan onuruna ve anayasal güvence altında bulunan aileyi koruyucu hükümlere aykırılık oluşturacağı düşüncesiyle kabul edilmemekte, hukuka ve ahlaka aykırı sayılmamaktadır¹⁹. Özellikle doğacak çocuk açısından olmak üzere pek çok yönden sorunlar ortaya çıkabileceği soybağında karışıklıklara yol açabileceği ifade edilmektedir²⁰. Yabancı ülke mevzuatlarına bakıldığında ise İngiltere’de belirli koşulların varlığı halinde heterolog döllenme ve taşıyıcı anneliğin kabul edildiği görülmektedir. Fransa ve Avusturya’da ise resmi olarak evli olmayan ancak evlilik benzeri yaşam birlikteliği süren çiftlerin yapay döllenme ile çocuk sahibi olmaları olanaklı kılınmış iken taşıyıcı annelik veya 3. kişinin yumurta veya spermını kullanma genel olarak kabul edilmemektedir. Almanya da ise doğum öncesi evlat edinme ve taşıyıcı anne olmak amacıyla yapay döllenme yapılması ya da embriyo nakli yasaktır. Son olarak Amerika Birleşik Devletlerinde taşıyıcı annelik dinsel, etik ve hukuki anlamda tartışılrsa da bazı eyaletlerde söz konusu yöntemin kabul edildiği görülmektedir. Türk mevzuatına bakılacak olursa konu Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Söz konusu yasal düzenleme uyarınca Türk hukukunda homolog döllenmenin kabul edildiği, heterolog döllenmenin, sperm yada yumurta başışı, taşıyıcı annelik hallerinin hukuka aykırı olduğu söylenebilecektir. Adı geçen yönetmelik uyarınca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanacak kadın evli olmalı ve bilinen tıbbi tedavilerin çocuk sahibi olmasına imkan vermemesi gerekmektedir. Ayrıca üreme hücreleri evli çiftte ait olmalı ve eşlerin her ikisinin de rızası olmalıdır. Kocanın onayı olmaksızın yapılan yapay döllenme Türk Medeni Kanunu m. 24 ve m. 49 gereği kişisel çıkarların ve kişilik haklarının ihlali kabul edilmelidir²¹. Ayrıca aynı kanununun 130. maddesine göre ağır ve onur kırıcı bir işlem olarak değerlendirilip boşanma nedeni oluşturabilmektedir²². ÜYTM m.

17 Cihan, s. 48- 51; Ayan, s. 42; Bayraktar, s. 199; Çakmut, s. 51; Cin, s. 32.

18 Cihan, s.49, 79; Çakmut, s. 51; Cin, s. 32.

19 Zevkliler, s. 33; Ayan, s. 42; Çakmut, s. 52; Cin, s. 32. Heterolog döllenmede ileride meydana gelecek sonuçlar bakımından bugünden yargıya varıldığı ve bu çeşit döllenmenin bugünkü inanışlarla çatışan yönü nedeniyle şimdiden ahlaka aykırı sayılmayacağı yönündeki görüş için bkz. Bayraktar, s. 200. Evlilik dışı heterolog döllenmeyi ret eden görüş için bkz. Cihan, s. 100.

20 Cihan, s. 31 vd.; Ergun Özsunay, “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, Bülent Davran’ a Armağan, İstanbul 1998, s. 32; Ayan, s. 42; Çakmut, s. 52; Cin, s. 32.

21 Metin, s. 481.

22 Metin, s. 481.

17 uyarınca yönetmelik hükümlerine aykırılığın yaptırımını merkez faaliyetlerinin Sağlık Bakanlığı'nca durdurulmasıdır. Belirtmek gerekir ki yapay dölleme konusu beraberinde birçok problemi getirecek nitelikte bir konu olmasına rağmen gerek adı geçen yönetmelikte gerekse özellikle ceza kanunu ve diğer kanunlarda konunun ele alınış biçimi son derece yetersizdir. Şöyle ki hukuka uygun kabul edilmeyen bir metodu eşlerin rızasının varlığı nedeniyle uygulayan hekim nasıl cezalandırılacaktır ya da söz konusu hukuka aykırılık nedeniyle anne adayını ya da üreme hücresini veren kadın ceza alacak mıdır²³? Bir başka sorun da yönetmelikle üçten fazla embriyo transferinin yasaklanmasına rağmen söz konusu kurula aykırılığa bir yaptırım bağlanmamış olmasıdır²⁴. Belirtmek gerekir ki bahsettiğimiz problemlerin ceza kanununda bir çözüme kavuşturulması diğer bir deyişle yaptırma bağlanması uygun olacaktır.

II. SOYBAĞI SORUNU

A. HOMOLOG DÖLLENMEDE

Evli kadın veya erkeğin üreme hücreleri yapay yolla döllenmiş ve döllenmiş yumurta, yumurta sahibi kadının rahmine yerleştirilmiş ise rahim dışında yapay yolla gerçekleştirilen dölleme neticesinden doğan çocuğun annesi onu doğuran kadın, babası ise doğuran kadının kocasıdır. Anne baba çocuğun genetik anne babası olduğu için çocukla kurulan bağ hem doğal hem de hukuki soybağıdır²⁵. Belirtmek gerekir ki yapay dölleme kocanın isteği dışında gerçekleşmiş olsa dahi koca nesebi red edemez zira cinsel ilişkinin iradeliği annelik ve babalık karinesinin kurucu unsuru değildir²⁶.

Homolog döllemede soybağı ile ilgili asıl problem kocanın spermelerinin onun ölümden sonra yapay dölleme ile eşinin yumurtaları ile döllenildiğinde doğacak çocuğun soybağının ne olacağıdır. Koca hayattayken dölleme işlemi gerçekleştirilse ancak kocanın ölümünden sonran embriyo kadının rahmine yerleştirilse yine doğacak çocuk ile koca arasında soybağı kurulacak mı? Öncelikle belirtmek gerekir ki üremeye yardımcı tedavi merkezleri yönetmeliği üremeye yardımcı tedavi metodu kullanacak adaylardan fazla embriyo alınmasını ve eşlerden her ikisinin de rızasıyla alınan bu embriyoların saklanmasına izin vermektedir (ÜYTM m. 17/5). Aynı yasal düzenleme beş yıl içinde her iki eşin

23 Cin, s. 34; Metin, s. 481.

24 Metin, s. 482.

25 Nomer, s. 556- 557; Çakmut, s. 57.

26 Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 182; Nomer, s. 579; Metin, s.487.

de rızasının varlığı şartıyla dondurulmuş embriyo aynı aday için kullanılabilmesine cevaz vermektedir. Şayet eşlerden biri ölmüş, boşanma hükmen sabit olmuş veya eşlerin birlikte talebi varsa beş yıllık sürenin dolmasından önce veya beş yıllık süre dolmuş ise saklanan embriyolar derhal imha edilecektir. Belirtmek gerekir ki söz konusu kurala uymayanlar hakkında sadece merkezin faaliyetini durdurma veya ruhsatın iptali şeklinde yaptırım öngörülmüştür. Her ne kadar yasal mevzuat dondurulmuş üreme hücrelerini ya da embriyonun ölümden sonra kullanılmasına imkan vermese de uygulamada evli ve ölmüş bir erkeğin dondurulmuş sperminin onun ölümünden sonra karının yumurtası ile döllenmesi veya koca hayattayken spermi ve karısının yumurtası yapay yolla döllenirip, koca öldükten sonra kadının rahmine yerleştirilmesi pek ala mümkün olabilecektir. Sorun bu iki ihtimalde koca ile çocuk arası soybağının kurulup kurulmayacağıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş ölen evli erkekten ölümünden önce alınan ve dondurulan spermiler ile ölümünden sonra yapay döllenme gerçekleştirilmiş ise çocuk da evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesinin ardından 300 gün içinde doğmuş ise babalık karinesi gereği koca çocuğun babası sayılmalı ve aralarında soybağı kurulmalıdır²⁷. Bu çözüm çocuğun yararının önceliği ilkesine de uygundur²⁸. Aksi görüş uyarınca ise yapay döllenme de çocuğun evlilik içi doğmuş sayılabilmesi için döllenmenin evlilik sona ermeden gerçekleştirilmesi yeterli değil; evlilik sona ermeden en azından rahme yerleştirilmesi aranmalıdır²⁹. Ayrıca koca hayattayken kocanın spermi ve karısının yumurtası yapay yolla döllenirip, koca öldükten sonra kadının rahmine yerleştirilmesi ve çocuğun evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesinden 300 gün sonra doğması olasılığında soybağı problemini çözmek kolay değildir. Zira Medeni Kanun evlilik devam ederken veya 300 gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğunu karine olarak kabul etmektedir (MK m.285/1). Bu süre geçtikten sonra doğan çocuk ile koca arasında soybağının kurulması için annenin evlilik sırasında gebe kalmasını ispatlaması gerekmektedir (MK m.285/2). Ayrıca Medeni Kanun soybağına ilişkin maddelerde döllenme yerine cinsel birleşme terimini kullandığı için bahsedilen durumda soybağının kurulduğunu kabul etmek güç görünmektedir³⁰. Sonuç olarak döllenmiş yumurtanın koca öldükten sonra kadının rahmine yerleştirilmesinde evlilik içinde ana rahmine düşme ve evlilik sırasında gebe kalma koşulları gerçekleşmediğinden doğan çocuk

27 Acabey, s. 186; Çakmut, s. 58; Metin, s. 488.

28 Serozan, s. 162, 184; Acabey, s. 186- 187.

29 Nomer, s.580.

30 Serozan, s. 132; Çakmut, s. 59.

ile koca arasında soybağının kurulmayacağını kabul etmek mevcut yasal düzenleme karşısında yerinde olacaktır³¹.

B. Heterolog Döllenmede

Mevzuatımızda heterolog döllenme yasak olsa da uygulamada karşılaşılabilecek olası olan heterolog döllenme de soybağı problemlerinin doğacak çocuk bakımından çözümlenmesi zorunludur. İlk olasılıkta evli olmayan bir kadının yumurtası ile evli veya evli olmayan bir erkeğin sperminden döllenir ve kadının rahmine yerleştirilmesi durumunda anne ile çocuk arasında soybağı doğumla kurulacak baba ile ise tanıma veya babalık hükmü ile kurulabilecektir³².

İkinci olasılıkta doğum öncesi evlat edinme olarak adlandırılan yöntemde diğer bir deyişle başka bir kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllenmesinin ardından embriyonun hamileliği başarıyla sonuçlandırabilecek kadının rahmine aktarılması durumunda çocuğu doğuran anne hukuken anne olacak ve aralarında soybağı doğumla kurulacaktır³³. Taşıyıcı anne evli ise çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olacağından baba, taşıyıcı annenin kocasıdır. Bu durumda taşıyıcı annenin kocası olan baba çocuğu ret eder veya çocuk soybağını ret ederse yumurta ve sperm sahibi kadın ve erkek evlat edinme yöntemi ile çocuk ile aralarında soybağı kurulabilirler. Şayet taşıyıcı anne evli değilse çocuğu isteyen sperm sahibi koca çocuğu tanıyarak soybağı kurulmasını sağlayacak iken bu kocanın karısı çocuğu evlat edinerek aralarında soybağını kurulabilecektir.

Üçüncü olarak evli bir kadının yumurtası 3. kişinin spermi ile yapay yolla döllenirse anne bakımından bir problem olmamakla birlikte konu baba bakımından ikiye ayrılarak ele alınmalıdır. Eğer koca bu yola baştan rıza göstermiş ise kadının kocası baba sayılacaktır zira çocuk evlilik içinde doğmuştur³⁴. Ancak kocanın rızası yoksa soybağını ret etme

31 Nomer, s. 580- 581; Çakmut, s. 59. Acabey ise ikili bir ayırım yapmaktadır. Yazar embriyonun ana rahmine yerleştirilme süresi içinde (2 hafta) henüz yerleştirilmeden kocanın ölümü halinde embriyonun normal süresi içinde ana rahmine yerleştirildiğinin ispatlanması şartıyla koca ile çocuk arasında soybağının kurulması gerektiğini savunmaktadır. Ancak koca öldükten uzun süre sonra embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi ihtimalinde artık soybağının kurulmayacağını kabulünün yerinde olduğunu belirtmektedir. Bu ihtimalde ancak babalık davası ile soybağının kurulabileceğini eklemektedir. Acabey, s. 190-192.

32 Çakmut, s. 61

33 Ergun Özsunay, "Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar", Güncel Hukuk, Ağustos 2007, s. 29.

34 Hatemi' ye göre rıza ile bir kişilik hakkı olan soybağını ret hakkı düşmemeli diğer bir

hakkına sahiptir. Ayrıca belirtelim ki çocuk da soybağını ret edebilir. Bu olasılıkta anne taşıyıcı anne ise yani kendi yumurtası ile çocuk sahibi olmak isteyen çiftten erkeğin spermi döllendirilmiş ve taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmiş ise soybağı problemi bahsettiğimiz şekilde çözümlenecek iken çocuğu isteyen çift (çiftlerden biri spermi kullanılan erkek) bakımından soybağı ancak evlat edinme yolu ile kurulabilecektir. Şayet taşıyıcı anne bekarsa genetik baba ile çocuk arasında soybağı tanıma yolu ile kurulabilir. Taşıyıcı anneye yerleştirilen embriyoda sadece evli kadının yumurtası var ise ve sperm 3. bir kişiye aitse bu ihtimalde genetik anne ile biyolojik anne farklı olacak çocuk ile soybağı çocuğu doğuran kadın olan taşıyıcı anne ile kurulacaktır. Taşıyıcı anne evli ise taşıyıcı annenin kocası ile çocuk arasında soybağı kurulacaktır. Zira çocuk evlilik içinde doğmuştur. Taşıyıcı annenin kocası ile çocuğun soybağını red hakkı saklıdır. İstekte bulunan çift ile çocuk arasında soybağı ise evlat edinme yolu ile kurulacaktır.

Dördüncü olarak ise evli bir erkeğin spermi üçüncü bir kadının yumurtası ile döllendirilip karısının rahmine yerleştirilebilir. Bu durumda çocuğu doğuran kadın eş çocuğun annesi sayılacaktır³⁵. Zira MK m. 282/1 çocuğu doğuran anneye diğer bir deyişle biyolojik anneye üstünlük tanımaktadır. Baba ise hem doğuran kadının kocası olan hem de üreme hücreleri kullanılan erkek olacaktır.

Son olarak ise üçüncü kişilerden alınan yumurta ve spermin döllendirilip evli kadının rahmine yerleştirilmesi olasılığında çocuğu doğuran evli kadın ile çocuk arasında doğumla soybağı kurulacaktır. Ayrıca çocuk evlilik içinde doğmuş olduğundan çocuğu doğuran kadının kocası ile çocuk arasında soybağı yine kurulacaktır. Belirtmek gerekir çocuk ile soybağı kurulan çift çocuğun genetik anne ve babası değildir.

deyişle kocanın rızası olsa bile ona soybağını ret hakkı tanınmalı yazara göre bu ihtimalde koca çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemelidir.

35 Çakmut, s. 63; Nomer ise hukuki annelik yönünden genetik anneliğe üstün tanımaktadır. Yumurtası kullanılan kadın çocuğu doğurmasa hatta yumurtası onun bilgisi ve isteği dışında bile kullanılmış ise çocuğun annesi o kadındır. Yazara göre yumurtası kullanılmayan ancak çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasında doğumla kurulan soybağı iptal edilebilir ve yumurtası kullanılan kadının anne olduğu tespit edilebilir. Hatta çocuğun annesiz kalmaması için ret ile tespit aynı anda yapılmalıdır. Bkz. Nomer, s. 565- 572.

III. TAŞIYICI ANNE VEYA KİRALIK ANNE İLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİ MESELESİ

Bu bölümde taşıyıcı anne veya kiralık anne ile üreme hücresini verenler arasında yapılan sözleşmenin geçerliliği üzerine durmak istiyoruz. Söz konusu anlaşmaya göre çocuk üreme hücresini verenlere teslim edilecek ve çocuk üreme hücreleri kullanılanların nüfusuna kayıt edilecektir. Belirtmek gerekir ki söz konusu sözleşmeler konunun imkânsız olması nedeniyle geçersizdir³⁶. Hekimin embriyo nakli için yaptığı anlaşma ise hukuka aykırı olacaktır zira Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği heterolog döllenmeye izin vermemektedir³⁷. Doktrinde ahlaka aykırılık meselesinin ikiye ayrılarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir³⁸. Eğer taşıyıcı veya kiralık anne bu işi bir ivaz karşılığı yapıyorsa doğurganlık ticari meta haline getirildiği için ahlaka aykırı sayılmalıdır³⁹. İvaz karşılığı yapılmıyor ise bu durum tarafların mutluluğuna hizmet ettiği ve çocuk sahibi olmayanlara yardım amacı taşıdığı için ahlaka aykırı kabul edilmemelidir⁴⁰.

IV. Embriyonun Korunması

ÜYTMY m.17 uyarınca kendilerine üremeye yardımcı tedavi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve adı geçen yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır. Kısacası her ne kadar Türk Ceza Kanunu m. 90 ve İlaç Araştırmaları Hakkındaki Yönetmelik sağlıklı insan üzerinde bilimsel amaçlı faaliyetlere izin vermiş olsa dahi, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği konu ile ilgili tek yasal düzenleme olarak tüp bebek üretme hariç embriyo üzerinde her türlü bilimsel ve tedavi amaçlı faaliyeti yasaklamaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ise embriyo üzerinde yapılan deneyleri yasaklamamakla birlikte sözleşmenin 5. maddesi salt araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını engellemektedir. Belirtmek gerekir ki ne yönetmeliğin 17. maddesi ne de sözleşme embriyoyu korumak için yeterli düzenlemeler değildir. Zira yönetmeliğin söz konusu hükmüne aykırılığın yaptırımını sadece merkezin faaliyetin dur-

36 Nomer, s. 569.

37 Nomer, s. 569.

38 Nomer, s. 569.

39 Acabey, s. 178, dipnot 235; Nomer, s. 570.

40 Acabey, s. 178, dipnot 235; Nomer, s. 570.

durulması olmakla birlikte sözleşmenin sadece araştırma amaçlı embriyo üretmeyi yasaklayan düzenlemesi dolanmaya açık bir hükümdür⁴¹. Şöyle ki mevzuata göre adaylardan fazla embriyo alınması mümkündür ve bu embriyolar eşlerden her ikisinin rızası alınarak beş yıl için dondurulmak suretiyle saklanabilir. Beş yıllık sürenin sonunda veya eşlerden birinin ölümü, eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde söz konusu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir. Ancak bu süre sonunda yönetmelik uyarınca imha edilmesi gereken embriyoların imha edilmemesi ve araştırma amaçlı kullanılması mümkündür. Belirtilmelidir ki bu embriyolar araştırma amaçlı üretilmediği için Biyotıp sözleşmesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu durum ÜYTMY m. 17'ye aykırılık oluşturacaksa bile bu aykırılığın yaptırımını sadece merkez faaliyetinin durdurulması olacaktır. Sonuç olarak konuya ilişkin cezai yaptırıma ihtiyaç olduğu açıktır.

SONUÇ

Gelişen teknoloji sayesinde yapay dölleme metotları artmıştır. Ancak Türk hukukunda sadece homolog dölleme hukuka uygun kabul edilirken heterolog dölleme hakkında yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum uygulamada heterolog döllemenin gerçekleştirilmediği sonucunu doğuramaz. Nitekim bugün çocuk sahibi olmak isteyen bireyler hukuka aykırı biçimde heterolog dölleme metotları ile ebeveyn olmaktadır. Bu kapsamda özellikle soybağı problemleri gündeme gelmektedir. Zira heterolog dölleme biçimlerinde genetik anne ile hukuki anne farklı olabildiği gibi genetik baba ile hukuki baba da farklı kişiler olabilmektedir. Bu durumda doğan çocuğun anne ve babasının kim olduğu sorunu çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Diğer bir problem ise yapay dölleme için üretilen embriyoların korunması, kötüye kullanımının engellenmesidir. Heterolog dölleme ile ilgili ülkemizde yasal mevzuat bulunmamakla birlikte embriyonun korunması hakkında da yeterli yasal düzenleme bulunmamaktadır. Sonuç olarak çalışmamızda belirtmeye çalıştığımız sorunların sağlıklı olarak çözüme kavuşturulması için yasal düzenlemelere evleviyetle ihtiyaç bulunmaktadır.

41 Cin, s. 37.

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir	Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.
Ateş, Mustafa	Nesep Hukuku Yönünden Suni Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1994, Cilt:20, Sayı: 3.
Ayan, Mehmet	Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
Bayraktar, Köksal	Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972.
Cihan, Erol	Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlhak, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1971.
Cin, Onursal	Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması, Hukuki Perspektifler Dergisi, 5,2005.
Çakmut, Özlem Yenerer	Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağının Değiştirilmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
Metin, Sevtap	Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
Nomer, Haluk Nami	Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
Özsunay, Ergun	Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", Bülent Davran' a Armağan, İstanbul 1998.
Özsunay, Ergun	Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar", Güncel Hukuk, Ağustos 2007.
Serozan, Rona	Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
Tosun, Öztekin	Ceza Hukuku bakımından Suni İlkah, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXV, 1- 4, 1960.
Zevkliler, Aydın	Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1983.

ÇOCUĞUN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU

Av. Nesrin ÖZKAYA¹

1. GİRİŞ

İnsan olmanın doğası gereği aileler kurulmuş ve ihtiyaçların bir sistem içinde temin edilmesi için de toplumlar oluşmuştur. Aile olmanın bir gereği olarak aile bireylerinin arasında bir bağ bulunmaktadır. Çocuk ile ebeveyni arasındaki hısımlık ilişkisi, aile hukukunun en hassas konularından birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ilişkinin doğru kurulmaması hem aileyi hem de toplumu yakından ilgilendirmektedir. Toplum tarafından bu bağın korunması amacı ile yasa koyucu bir takım düzenlemeler getirmiştir. İşte bu yüzden ki; kişinin özel yaşamına giren aile ve soybağı kavramları üzerinde devletin çizdiği sınırlar dahilinde tasarrufta bulunulabilmektedir. Anayasamız da aileyi toplumun temelinde oturtmuştur.² Anayasa'nın 41. maddesinde, “ *Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet ailenin huzur ve refahı için özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” hükmü yer almaktadır. Böylece Türk toplumunda ailenin önemi belirlenmekte, ailenin, korunması için gerekli önlemleri almak devlete bir görev olarak yükletilmektedir. Yargıtay kararlarında da soybağının kamu düzeninden olduğu açıkça ortaya koyulmaktadır.³

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının sekizinci babında yer alan aile düzenine ilişkin suçlar arasındaki nesep cürümleri 445-447. maddeler arasında düzenlenmiştir.⁴ 5327 Sayılı Türk Ceza

1 Marmara Ü.Kamu Huk.Doktora Öğc.

2 2709 sayılı ve 1982 tarihli T.C.Anayasası, RG Tarihi:9.11.1982, RG Sayısı:17863 Mükerrer.

3 T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2004/1988, K.2004/3092, T.11.3.2004, ÖZET Soybağı kamu düzeni ile ilgilidir. Aile bireyleri arasında güvenli bir ilişkinin kurulması için hükmün doğrular üzerine oturması gerekmektedir. Verilecek kararlar taraflar kadar gelecek nesillere de etki yapacak niteliktedir. Tıp ve genetik bilimi ilerlemiştir. Yapılan incelemeler sonucu kocanın baba olabileceği %99.99, baba olamayacağı ise %100 oranında belirlenebilmektedir. <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2004-1988.htm&query=E.%20%222004/1988%22#fm> (Erişim Tarihi: 07.05.2012).

4 01/03/1926 Tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Resmi Gazete Tarih: 13/03/1926, Resmi Gazete Sayısı: 320.

Kanunu, soybağını değiştirme suçunu “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü kısmının, “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlıklı Sekizinci Bölümünde madde 231’de “çocuğun soybağını değiştirme” ismi altında ele alarak soybağını değiştirme suçunun toplumun temel çekirdeği olan aileye yönelik olduğu düşüncesiyle bunu toplum düzenine karşı kabul etmiştir.⁵

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.⁶ Soybağı çocuk ile ana-babası arasındaki bağı ifade ettiğine göre, gerçek soybağı ana-baba ile çocuk arasındaki kan bağına dayanır. Evlat edinme yolu ile de hukukta soybağı kurulabilir ancak bu çalışmada kan bağına dayanan soybağı ve bunun değiştirilmesi suçu sistematik bir şekilde incelenecektir.

2. KAVRAMLAR

2.1. Aile: Sözlük tanımı olarak “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷ Tarih sürecinde ve ülkelerdeki farklılıklar nedeniyle aile tanımı çok çeşitlidir. Sosyolojik açıdan tanımlamak gerekirse, “Aile biyolojik ilişkiler sonucu insan türünün sürekliliğini sağlayan toplumsallaşma sürecinin ilk ortaya çıktığı karşılıklı ilişkilerin belirli kurallara bağlandığı, o güne dek toplumda oluşturulmuş maddi ve manevi zenginlikleri kuşaktan kuşağa aktaran biyolojik, psikolojik, ekonomik, toplumsal, hukuksal yönleri bulunan toplumsal bir birimdir.”⁸ Türk Aile Yapısı İhtisas Komisyonu Raporu (1989) aileyi; bireylerin cinsel, psikolojik, kültürel ve ekonomik gereksinimlerini karşılama, topluma uyum ve katılımlarını sağlama işlevleri ile tanımlar ve sorumlu görür.⁹ Aile kurumu kuruluşu ve sona erişimi bakımından hem özel hukukun hem de kamu hukukunun ilgi alanı içine girmektedir. Bu nedenle geniş bir düzenleme alanına sahiptir.

2.2. Soybağı: “Soybağı” terimi, 743 sayılı eski Medeni Kanun’un kullandığı ‘nesep’ teriminin yerine, 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun tarafın-

5 26/09/2004 Tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 12/10/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611.

6 4721 sayılı ve 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu, RG Tarihi:08.12.2001, RG Sayısı:24607, Md.282.

7 TürkDil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=comgts&sarama=gts&guid=TDK.GTS.4f5bcc7b22d0b1.66049175> (Erişim Tarihi: 10.03.2012).

8 Fatih KILIÇARSLAN, Aile kavramı ve Tanımı, <http://psikiyatricsosyalhizmet.com/aile-kavrami-ve-tanimi> (Erişim Tarihi: 10.03.2012).

9 Psikolojik Danışma ve Rehberlik Destek Portalı, Aile Ve Aile Yapıları, <http://www.pdcrciyiz.biz/aile-kavrami-t5431.html> (Erişim Tarihi: 11.03.2012).

dan hukuk diline kazandırılan bir terimdir.¹⁰ Soybağı kısaca, çocuğun ana ve babası arasındaki hukuki bir bağ olarak tanımlanabilir.¹¹ Medeni Kanunumuza göre “çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulabilir”.¹²

Soybağı; doğal soybağı ve yapay soybağı olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğal soybağı çocuk ile ana ve babası arasında doğumla oluşan, bu yolla kendiliğinden kurulan bağı ifade eder. Yapay soybağı ise doğal soybağı gibi biyolojik esaslara göre yasal doğumla oluşmayan, bir hukuki işlem sonucunda dolaylı olarak oluşan bir soybağıdır.¹³ Eski Medeni Kanun'dan farklı olarak Yeni Medeni Kanun'da kan bağına dayanan soybağı açısından evlilik içi ve evlilik dışı soybağı ayırımına yer verilmiştir. Velayet hakkına sahip olacak kişilerin belirlenmesi dışında, çocuğun evlilik içi doğumla sahip olduğu soybağı ile evlilik dışında doğup da tanıma veya babalık davası ile sahip olduğu soybağı, çocuk açısından farklılık yaratmaz.¹⁴

2.3. Genetik: Kalıtım bilimi ya da genetik Yunancadan genetikos, genesis (köken) kelimelerinden ismini almıştır.¹⁵ Genetik, biyolojinin bir dalı olup, canlı organizmalardaki kalıtım ve çeşitliliğin bilimidir. Canlıların özelliklerinin kalıtsal olduğunun bilinci ile, kalıtsal aktarım mekanizmalarını anlamaya çalışan modern genetik bilimi ancak 19. yüzyılın ortalarında, Gregor Mendel'in çalışmasıyla başlamıştır¹⁶ ve halen araştırmalar devam etmektedir.

Yeryüzünde yaşayan canlılar kendine has özellikler taşır ve tekdir. Genler vücutta üretilen proteinlerin şifresini taşıyan mucizevi biyolojik yapılardır. Bir ebeveyninden çocuklarına geçen belirli bir karakteristiği taşıyan biyolojik birimi olan gen, hücre çekirdeğinde kromozom adı verilen yapıların içinde saklanır. Kromozomlar aslında iki iplikçikten oluşan

10 Gülnihal PAKSOY, Soybağının Reddi, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-97-1117.pdf (Erişim Tarihi: 05.05.2012).

11 Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 377, 378.

12 MK, Md.282.

13 Turgut AKINTÜRK, Derya Ateş Karaman; Aile Hukuku, C 2, B 2, Beta Yayıncılık, 2011, İstanbul, s. 321-322.

14 İbrahim ÖZBAY, Şerife AKSAN NAR, Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası Ve Bu Davada Uygulanacak Usul, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2010_IV_2.7.pdf (Erişim Tarihi: 11.03.2012).

15 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&sarama=gts&guid=TDK.GTS.4fa58042a696b0.69972145 (Erişim Tarihi: 05.05.2012).

16 Franz WELİNG, Historical study: Johann Gregor Mendel 1822-1884 , American Journal of Medical Genetics 40 (1): 1-25, 1991.

birer yumaktır. Bu iplikçikler deoksiribonükleik asit (DNA) denilen bir maddeden oluşur. İşte genler bu DNA' lar üzerinde yer alır.¹⁷ Bir organizmanın kromozomlarında bulunan şifrelerin tamamına da genom adı verilmektedir. Hücreler bölündüğünde, onların tüm genomu kopyalanır ve her yavru hücre onun bir kopyasını miras alır. Ebeveynlerin her ikisinden gelen (birer iplikçik) kalıtsal materyalin karışımı kaynaşarak genetik materyalleri birleştirir.¹⁸ Böylece ortaya ailesel özelliklerin karışımından oluşan bir canlı oluşur. Soyun özellikleri yeni canlıya aktarılmış olur.

DNA analizi ilk olarak ABD' de tıbbi amaçlarla yapılmaya başlanmış sonraki dönemlerde ise adli amaçlarla kullanıma devam edilmiştir.¹⁹ Günümüzde sıklıkla babalık testi olarak adlandırılan DNA analizleri yapılmaktadır. Yargıtay'ın bu testlerde belli bir oranın (%99.73) altındaki ihtimali davanın reddi için yeterli sayması, babalığın kesin olarak tespitini sağlayabilecek ispat araçlarını arama eğiliminde olduğunu göstermektedir.^{20, 21}

17 Genler ve DNA, TÜBİTAK bilgi paketi, <http://biltek.tubitak.gov.tr/bilgipaket/gen/> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).

18 GRİFFİTHS AJF, MİLLER JH, SUZUKİ DT, LEWONTİN RC, and GELBART WM, An Introduction to Genetic Analysis. New York: W.H. Freeman and Company, Chapter 3 (Chromosomal Basis of Heredity): Mendelian genetics in eukaryotic life cycles.

19 Tayfun ÖZÇELİK: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C21, S.7.S.50.

20 Rifat ERTEN, Birsen ACIR, Sema TAŞVEREN, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Erten-Acir-Tasveren.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).

21 T.C.Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 1993/8685, K. 1993/9405, T. 18.10.1993; "... Babalık davası irs ve nesep ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak (M.K.301) nisbette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir . Bu konuda tekniğin tüm imkanlarından yararlanılmalıdır. Bu cümleden olarak davalının kurtuluş beyinesi olan her türlü benzemezlik testleri yapılmalıdır. Davacı, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinde bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildir. Davacı, çocuk ve davalının ALYUVAR (ERİTROSİT) ANTİJENLERİ (ABO, Rh (CDE, cde), MNSs, Duffy (Fya Fyb) Kidd (jka, jkbb), Kell (Kk)); LOKOSİT ANTİJENLERİ ((HLA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLA-DR), (HLA-DQ)); ALYUVAR (ERİTROSİT) ENZİMLERİ (Adenozin Kinaz, Glukoz 6 fosfat dehidrogenaz, Alanin Tarnsaminaz, Eritrüsit asit fosfat (LAP)) : SERUM PROTEİNLERİ (Heparin, Hemaglobin ve Transferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin % 99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II), Peptidaz A, Gm. Levis araştırma ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yinede aynı oranda bir sonuç elde edilemiyor ise DNA tiplemesi yapılması imkanı araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte taktiri gerekir..." <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-1993-8685.htm&query=K.%20%221993/9405%22#fm> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).

3. SUÇUN İNCELENMESİ

3.1. Genel Bilgiler: TCK Md. 231 “ (1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde inceleme konusu suçu tanımlamıştır. Maddenin Gerekçesi’nde; bir çocuğun soybağının değiştirilmesinin veya gizlenmesinin suç haline getirildiği ve bu suçun neticesinin, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleşeceği belirtilmiştir. Gerekçe’de kişilerin aileleriyle olan ilişkilerinin, doğum, evlat edinme, tanıma veya babalığa hükmolunması yolları ile hukuken oluştuğu, doğumla meydana gelen ilişkinin maddede belirtilen suretlerle değiştirilmesinin suç haline getirildiği ve ayrıca failde, çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme kastının varlığının esas olduğu, ancak maddenin ikinci fıkrası bakımından fiilin taksirle işlenebileceğini açıklanmıştır. Bu suçun, sağlık kurumu bünyesinde kurum görevlileri tarafından işlenebileceğinin gözden uzak tutulmaması gerekir.²²

765 sayılı TCK m.445’e göre “Her kim bir çocuğu gizleyerek yahut yerine başka bir çocuk koyarak o çocuğun nesebini yok eder veya değiştirirse bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına müstahak olur”. Bu suçun diğer şekli ise m.446’da “Yukarıki maddede yazılı olan hallerden başkasında her kim meşru veya nesebi ikrar olunmuş bir çocuğun kim olduğunu saklayarak Darülacezeye ve sair bir müesseseye tevdi eder veya bir hayır sahibi tarafından alınmak üzere umumun görebileceği bir yere bırakırsa üç aydan iki seneye kadar hapsolunur. Fail çocuğun usulünden biri ise hapis cezası bir seneden üç seneye kadar uzar” şeklinde ele alınmıştır. Bu suça özgü hafifletici neden ise m. 447’de “bu cürümlerden birini işleyen kimse bu cürümü kendisinin veya karısının veya anasının veya kız kardeşinin veya fürundan birinin veyahut evlatlığı olan kızı namusunu kurtarmak için yapmış ise bir aydan üç seneye kadar hapsolunur” biçiminde yer almaktadır. 765 Sayılı TCK’ da çocuğun soybağını değiştirme suçu kasten işlenen bir suç tipidir. 5237 Sayılı TCK’ ya göre ise bu suç ilk fıkra bakımından kasten; ikinci fıkrası bakımından taksirle işlenmektedir. 765 Sayılı TCK, çocuğu gizleyerek yahut yerine başka bir çocuk koyarak ifadesi ile bağlı hareketli bir suç tanımlamış-

22 TCK Madde Gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (Erişim Tarihi: 30.04.2012).

ken, 5237 sayılı TCK soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesine yönelik hareketler bakımından bir sınırlamaya gitmemiş, serbest hareketli bir suç düzenlemiştir. 765 Sayılı TCK, meşru veya nesebi ikrar olunmuş bir çocuğun kim olduğunu saklayarak Darülacezeye ve sair bir müesseseye tevdi eder veya bir hayır sahibi tarafından alınmak üzere umumun görebileceği bir yere bırakan fail çocuğun usulünden biri ise cezanın ağırlaşacağını öngörürken, 5237 sayılı TCK, çocuğun soybağını değiştirme suçunda fail bakımından bir ağırlatıcı neden düzenlememiştir. 765 sayılı TCK, failin kendisinin veya karısının veya anasının veya kız kardeşinin veya fürundan birinin veyahut evlatlığı olan kızın namusunu kurtarmak için suçu işlemiş olması halini hafifletici neden olarak kabul etmekte iken 5237 sayılı TCK çocuğun soybağını değiştirme suçunda fail bakımından özel bir hafifletici nedene yer vermemiştir.

3.1.1. DNA Analizinin Suçun tespitinde uygulanma Şartları:

Bahse konu suçun tespitinde DNA analizi vazgeçilmez bir delildir. CMK²³ doğrultusunda hazırlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin²⁴ Soybağının araştırılması başlıklı 9. maddesi; *Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması hâlinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, bu Yönetmeliğin 7 ve 8 nci maddeleri hükümlerine göre karar alınması gereklidir* şeklindedir. Yine moleküler genetik incelemeler başlıklı 12. maddesi; *Bu Yönetmelikte öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceğini* belirtmektedir.

DNA analizinin uygulanması için belirli koşullar gereklidir. bu koşulları maddi ve şekli koşullar olarak ayırmak mümkündür. Maddi koşullar; şüphenin bulunması, suçun belli, nitelikte olması iken şekli koşullar; yetkili makam kararı bulunması, örnek alınacak kişiler, incelemeyi yapacak kişiler olarak listelenebilir. Moleküler genetik incelemeler temel hak ve özgürlüklere müdahale etkisine sahip olduğundan belli

23 04/12/2004 Tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 17/12/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25673. Moleküler Genetik İncelemeler, Madde 78 - (1) 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

24 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG Tarihi : 01/06/2005, RG Sayısı : 25832.

derecede şüphe gereklidir. Bu inceleme, üst sınırı 2 yıl ve üstü hapis cezasını gerektiren suçlarda, soybağının araştırılması veya bulgunun şüpheli-sanık-mağdura ait olma durumunun incelenmesi için yapılabilir. CMK md.79' a göre moleküler genetik incelemeler sadece hakim kararı ile yapılabilir. DNA örneği şüpheli-sanık-mağdur ve diğer kişilerden alınabilir. hakim moleküler genetik inceleme kararı vermişse bu kararda bilirkişinin de gösterilmesi gereklidir. İncelemesi bitmiş verilerin nasıl imha edileceği de CMK md. 80. de belirtilmiştir.²⁵

Hukuk hakiminin de ortada bir suç olmadan moleküler genetik inceleme isteme yetkisi vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun²⁶ soybağı tespiti için inceleme başlıklı 292/1 md.; “uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır” şeklinde bir düzenleme yaparak

3.2. Korunan Hukuki Değer: Bahse konu suçla ile korunan hukuki değer ne olduğu konusunda öğretilerde farklı görüşler vardır. Bu görüşler incelendiğinde koruma altına alınan hukuki değer bireyin kişisel durumu veya aile düzeni olduğu anlaşılmaktadır. Soybağı suçu ile korunan hukuki değer ne olduğunu açıklamaya çalışan ilk görüşe göre korunan hukuki değer bireyin ve özellikle bu suçun mağduru olarak ortaya çıkan çocuğun kişisel durumudur. Diğer görüşe göre ise soybağı suçları ile aslında kişinin aile içindeki konumu ve ilişkilerinin ön plana çıkartıldığı bu nedenle de asıl olarak onun belli bir aileye bağlı bulunması ve bu ailenin bir üyesi olmasının korunmak istenen hukuki değer olduğu ifade edilmiştir. TCK' daki düzenleme yeri dikkate alındığında, korunan hukuksal değer de aile düzenidir. Soybağı, ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından düzenlenmiş hassas bir konudur. Her insan medeni hukuk anlamında olduğu kadar kamu hukuku anlamında da fert olarak bir değerdir. Dolayısı ile devletin de kişilerin soybağları hakkında bilgi sahibi olmak istemesi doğaldır. Öte yandan devlet bu bilgileri isterken onların doğru, hilesiz olmasını yani gerçeği yansıtmalarını da arar.²⁷

25 Özlem Yenere ÇAKMUT, Soybağının Belirlenmesi v e Ceza hukukunda Çocuğun Soybağının Değiştirme Suçu, Beta yayınları, 2008, İstanbul, s.104-125.

26 6100 sayılı ve 12/1/2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG Tarihi: 04.02.2011, RG Sayısı: 27836.

27 ÇAKMUT, s.180-188.

3.3. Suçun Faili: TCK' nın 231. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme suçunun faili bakımından herhangi bir özellik söz konusu değildir. Dolayısıyla, fail herkes olabilir. İkinci fıkrasında düzenlenen özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocuk ile karışmasına neden olma suçunun faili bakımından ise öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre bu suç özgü bir suçtur ve suçun faili ancak sağlık kurumundaki görevli personeldir. Bu görüş dayanağını 231. maddenin gerekçesinden almaktadır. Maddenin Gerekçesi'nde; " Bu suçun, sağlık kurumu bünyesinde kurum görevlileri tarafından işlenebileceğinin gözden uzak tutulmaması gerekir" demektedir. Diğer görüş göre ise bu suçun özgü bir suç olmadığını; fail bakımından herhangi bir özellik taşımadığını, herkesin bu suçun faili olabileceğini belirtir. Sağlık kurumlarında görevli olmayanlarca da bu suç işlenebilir.²⁸ Dolayısı ile ortaya konulan bu düşünceye göre Gerekçe'de suçun faili bakımından getirilen sınırlama kanunilik ilkesinin temelleri ışığında kabul edilemez. Kanun çalışmaları ve gerekçeleri, kanun metninin açıklanmasında yol gösterici birer kaynak niteliğinde olsalar da yasa metninin kendisi değildirler ve kanunilik ilkesine göre olmayanı maddeye eklenemez.

3.4. Suçun Mağduru ve Konusu: TCK' nın 231. maddesinde bu suçun mağdurunun çocuk olduğunu belirtmiştir ve 6. maddesindeki tanımlar kısmında çocuk tabirinden onsekiz yaşını doldurmamış kişinin, çocuk sayıldığını açıklamıştır. Kanun metnine bağlı kalındığında suçun mağdurunun on sekiz yaşını doldurmamış kişi olduğu sonucuna varılsa da öğretideki baskın görüş bu suçun mağduru olan çocuk bakımından aranacak olanın kendi soybağı hakkında yeterli bilgi ve tasavvura sahip bulunmamasıdır. Her ne kadar TCK 231'de yaş kriteri getirilmemiş ve TCK m.6/1-b'de de çocuk teriminin onsekiz yaşından küçükleri kapsadığı ifade edilmiş olsa da ilgili suç bakımından onsekiz yaşının altında kalan tüm çocukların suçun mağduru olabileceklerini kabul etmek, doğru olmayacaktır. Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15/1. maddesine göre ancak sağ doğan çocuklar kütüğe işlenecektir. Bu durumda soybağının değiştirilmesi ölü doğumlarda söz konusu olmayacaktır.²⁹

28 ÇAKMUT,s.188-190.

29 5490 sayılı ve 25.04.2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu, RG Tarihi: 29.04.2006, RG Sayısı: 26153.(Bildirim yükümlülüğü ve süresi MADDE 15- (1) Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye'de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilcilığe bildirilmesi zorunludur.

(2) Bildirim; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumu

Üremeye yardımcı tedavilerden embriyo nakilleri de bu suç açısından tartışmalı bir sahadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları (ÜYTE) ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin³⁰, ÜYTE uygulamaları ile ilgili yasaklar başlıklı 18/5 maddesinde; *ÜYTE uygulananacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör³¹ kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez* diyerek soybağını korumayı amaçlamıştır. Soybağının kurulması ve aile nüfusuna kayıt edilebilmesi için çocuğun sağ olarak doğması şart olduğundan özel bir düzenleme olmadan makale konusu suç oluşmayacaktır.

Suçun konusu “Çocuğun soybağı”dır. Buradan anlaşılması gereken kan bağına dayalı soybağıdır. Tanıma evlat edinme, babalığa hükmedilmesi gibi hukuki yollarla kazanılan soybağındaki değiştirmeler bu suç kapsamında değildir ancak biyolojik baba olmayan birisinin çocuğu gerçek baba gibi tanınması hali hariçtir.³²

3.5. Suçun Unsurları

3.5.1. Maddi Unsur: Çocuğun soybağını değiştirme suçunun kasten işlenen şekli seçimlik hareketli suçtur. Bu suç çocuğun soybağını değiştirme veya gizlemedir. Çocuğun soybağını değiştirme suçunun taksirle işlenen şekli bakımından suçun maddi unsurunu oluşturan hareket ise çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olmadır.

3.5.1.1. Çocuğun Soybağının Değiştirilmesi: Değiştirme, bir kimşenin kişisel durumunu, aslından uzaklaştırıp onun bir başka kişi olarak gözükmesini sağlayacak biçimde oluşturmak, oluşmasına sebep olmak, bunu sağlayan hareketler yapmaktır. Bir çocuğun gerçek soybağının bilinmesini zorlaştıran ya da bunu olanaksız hale getiren hareketler soybağının yok edilmesi olarak tanımlanmakta ve bu fiiller de soybağını

gösteren resmi belgeye dayanarak yapılabileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak da yapılabilir.)

30 Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG tarih:6.3.2010, RG Sayı:27513.

31 donör=verici

32 ÇAKMUT,s.194-196.

değiştirme kapsamında ele alınmaktadır. Soybağını kaydetmeye yetkili mercilere konuya ilişkin olarak yanlış bilgiler vermek çocuğun soybağının değiştirilmesinin gerçekleştirilmesi hallerindedir.

Buradaki değiştirme eyleminin nasıl olacağı konusunda öğretilerde bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bir düşünceye göre; çocuğun kendisine ait soybağının değiştirilmesidir.³³ Diğer bir görüş de çocuğa soybağı sağlanması, çocuğun başka biri gibi gösterilmesi şeklindeki değiştirmedir. Değiştirme eylemi çocuğun medeni kimliğinin ailesinin değiştirilmesidir. yeni doğmuş çocukların değiştirilmesi şeklinde bir değişme bu suçun unsurudur. Çakmut' a göre, kişisel durumun bir başkası olarak farklılaştırılmasıdır. Değiştirme eylemi kasıtlı bir eylem olduğundan icrai nitelikteki davranışlarda bulunulması gerekir. Madde metninde hareket konusunda bir sınırlama yoktur. Failin gerçekleştireceği hareketin soybağı konusunda yanıltıcı olması, aslında olmayan bir soybağı ilişkisi varmış izlenimi yaratılması yeterlidir. Soy bağının yok edilmesi de değiştirme kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Soybağını değiştiren bir fiil başkaca suçların oluşmasına da neden olabilir. Her bir suçtan ayrı ayrı sorumlu olunması gerekirken Yargıtay'ın eğilimi tek bir suç oluşması yönünde olduğundan çocuğun soybağını değiştirme suçu fiilen yürütülemez hale gelmektedir.^{34, 35, 36}

33 Luigi MANJO, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza kanunları, 3. baskı, Ankara, 1980, s.217 -Aktaran: ÇAKMUT, s.199.

34 T.C.Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E. 2008/16017, K. 2011/2017 sayılı ve 16.3.2011 tarihli kararı; "sanığın gayri resmi eşinden olan çocuğunu resmi eşinden olma çocuklarıymış gibi nüfus aile kütüğüne tescil ettirilmesi sonucu nüfus kütüğünün sahte oluşturulmasından ibaret eylemin 765 Sayılı T.C.K.nun 342/1. (5237 Sayılı T.C.K.nun 204/1.) maddesinde tanımlanan suçu oluşturabileceği ve bu konudaki delilleri tartışıp değerlendirme ve suç niteliğini belirleme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak C.M.K.nun 4. ve 5. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamlı yazılı şekilde hükme varılması nedeniyle Bozulmasına..." <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/5cd-2008-16017.htm&query=E.%20%222008/16017%22#fm> (Erişim Tarihi: 06.05.2012).

35 ÇAKMUT, s.198-205.

36 T.C.Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin, E. 1990/8051, K. 1991/60, T. 15.1.1991 "KARAR 1- Başka bir kadının doğurduğu çocuğu, kendi karısından doğmuş gibi gösterip nüfus kütüğüne tescil ettirerek nesep değiştirmekten ibaret olan eylemin TCK.nun 445. maddesinde yazılı tek suçu oluşturduğu, ayrıca TCK. nun 343/2. maddesinin ihlalden söz edilemeyeceği gözetilmeden yazılı madde ile ceza tayini, 2- Kabule göre de; çocuğu olmadığı ve evlat edinmeye de yaşı müsait bulunmadığı için çocuğun ana ve babasının rızasını temin ederek bu işi yaptığını savunan sanığın geçmişinde ve ahlaki temayüllerinde ne gibi olumsuzluklar bulunduğu açıklanmadan cezasının teciline yer olmadığına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. "http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/6cd-1990-8051.htm&query=nesep%20ceza#fm (Erişim Tarihi: 06.05.2012).

3.5.1.2. Çocuğun Soybağının Gizlenmesi: Çocuğun gerçekten sahip olması gereken soybağını kazanmasına engel olacak hareketleri yapmak soybağının gizlenmesi demektir. Çocuğun soybağının yetkili merciler tarafından yanlış tespit edilmesine yönelik hareketler bu kapsamdadır. Yine yaşayan bir çocuğun öldüğünün ifade edilmesi de bu hareket içerisinde değerlendirilir. madde gerekçesinde, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek olarak açıklanmıştır. Gizleme hareketi hem icrai hem ihmali olabilecektir.³⁷ İhmali bir hareketin varlığından söz edebilmek için yükümlü bulunan kişinin ihmali bulunmalıdır.³⁸ Bu kişilerin kimler olduğu Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15. maddesinde sayılmıştır.

3.5.1.3. Çocuğun Başka Çocukla Karışmasına Neden Olunması: Bu hareket için özen yükümlülüğünün ihlali ve sağlık kurumunda karışmasına neden olunması gerekir.

a. Özen Yükümlülüğü: Fail, belli bir neticenin meydana gelmesine engel olabilecek önlemleri almadığı için o neticeye sebebiyet vermektedir. TCK'nın taksiri düzenleyen 22/2. maddesine göre özen yükümlülüğüne aykırılık, meslek ve sanatta acemilik, yasalara riayetsizlik, dikkat ve tedbirsizliktir (TCK m.231/2).

b. Çocuğun Sağlık Kurumunda Karışmasına Neden Olunması: Çocuğun soybağını değiştirme suçunun taksirle işlenebilen halinin gerçekleşebilmesi için fail tarafından sağlık kurumundaki³⁹ bir çocuğun baş-

37 ÇAKMUT, s.206.

38 Nüfus Hizmetleri Kanunu, İdari para cezaları, MADDE 68- (1) Bu Kanuna göre;

a) Nüfus olaylarını bildirmekle görevli olup, bu görevlerini bu Kanunda belirtilen süreler içinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine, fiil başka bir suç oluştursa bile, nüfus memurunun teklifi üzerine o yerin ilçe nüfus müdürünün kararı ile 25 YTL idari para cezası verilir.

b) Nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğü olup bu yükümlülüğünü bu Kanunda belirtilen süre içinde yerine getirmeyenlere, nüfus ve aile cüzdanlarını kaybedenlere ve nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanlarını değiştirmeyen kişilere veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince, yurtdışında ise dış temsilcilik veya dış temsilciliklerde görevli memurlarca 50 YTL idari para cezası verilir.

c) Mülki idare amirince bu Kanunun 50 nci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kişilere 250 YTL, gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara 500 YTL idari para cezası verilir.

39 Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği (SIRA NO: 6) Maliye Bakanlığından 2.2. Sağlık kurum ve kuruluşlarının tanımı:

Birinci basamak resmi sağlık kuruluşu: Kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi ve toplum sağlığı merkezleri ile aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekimleri, 112 acil sağlık hizmeti birimi, üniversitelerin mediko-sosyal birimleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin birinci basamak sağlık üniteleri, birinci basamak resmi sağlık kuruluşları olarak kabul

ka bir çocukla karışmasına neden olunması gereklidir. Suçun oluşması bakımından çocuğun kurumda bulunma amacı önem taşımamaktadır. Karıştırılan çocuk, ayakta ya da yatarak tedavi edilmek amacıyla veya ziyaretçi olarak kurumda bulunuyor olabilir. Karışmak deyimi, çocukların değişmesi anlamındadır. Madde metni dikkate alındığında bu suçu işleyen failin sıfatı bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğinden dolayı, bu suç sağlık kurumunda bulunan çocuğa karşı olmak koşulu ile herkes tarafından işlenebilecektir. Eski ceza kanununda bu suçun taksirle işlenmesi düzenlenmemişken yeni ceza kanununda düzenlenmesi insanları özenli olmaya iteceğinden isabetli bulunmuştur.⁴⁰

3.5.2. Manevi Unsur (Kusurluluk): Suçun 1. fıkrası kasten 2. fıkrası ise taksirle işlenebileceği şeklinde 231. maddede belirtilmiştir. Çocuğun soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesinde failin niyeti yani kast ve olası kast aranır. Failin hataya düştüğü ispatlanabilirse cezalandırılmaz. Çocuğun başka çocukla karışmasına neden olunması durumunda, failin öngörmesi gereken bir neticeyi öngörmediği, gereğini yapmadığı, beklenen özeni göstermediği için taksir veya bilinçli taksir hükümlerince sorumluluğuna gidilir.

3.6. Hukuka Aykırılık: Suç tanımına uyan fiilin gerçekleştirilmesi hukuka aykırılık unsurudur. Ancak genel hukuka uygunluk sebepleri bu suç için de geçerlidir. Çocuğun soybağını değiştirme suçu sadece

edilir.

Birinci basamak özel sağlık kuruluşu: Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan özel poliklinikler, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan ağız ve diş sağlığı hizmeti veren özel sağlık kuruluşları, birinci basamak özel sağlık kuruluşları olarak kabul edilir.

İkinci basamak resmi sağlık kurumu: Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ve dal hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, entegre ilçe hastaneleri, Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim ve araştırma hastanesi olmayan hastaneleri, ikinci basamak resmi sağlık kurumu olarak kabul edilir.

İkinci basamak özel sağlık kurumu: Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre ruhsat almış hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan tıp merkezleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin geçici ikinci maddesine göre faaliyetlerine devam eden tıp merkezleri ve özel dal merkezleri ikinci basamak özel sağlık kurumları olarak kabul edilir.

Üçüncü basamak sağlık kurumu: Eğitim ve araştırma hastaneleri, özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite tıp fakültesi hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri ve üniversitelerin diş hekimliği fakülteleri, Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı tıp fakültesi hastanesi ile eğitim ve araştırma hastaneleri, üçüncü basamak sağlık kurumu olarak kabul edilir.

40 ÇAKMUT,s.213-214.

kişiyi değil devlet düzenini de etkilediğinden hukuka uygunluk sebeplerinden olan rızanın varlığı burada geçerli değildir.⁴¹

3.7. Suç Ve Cezaya Etki Eden Nedenler: Bu suçun kasten işlenebilen şekli bakımında özel bir ağırlaştırıcı neden düzenlenmemiştir ancak olası kast durumunu hafifletici neden olarak kabul edebiliriz. Suçun taksirle işlenen şekli için bilinçli taksir durumu ağırlaştırıcı nedendir, özel bir hafifletici neden de düzenlenmemiştir. Eski ceza kanununda kızın namusunu kurtarmak hafifletici neden olarak düzenlenmişken yeni yasada bu kabul edilmemiştir.

3.8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.8.1. Teşebbüs: Türk Ceza Kanunu 231/1'deki suç, soybağının dışa karşı yok edildiği veya değiştirildiği görüntüsünü yaratan hareketin yapılmasıyla tamamlanır. Bu açıdan salt hareket suçudur ve teşebbüse elverişlidir. Maddenin ikinci fıkrası ise sadece taksirle gerçekleştirilebilen bir suç türüdür. Taksirli suça teşebbüs olamayacağından, teşebbüs mümkün değildir.

3.7.2. İçtima: Çocuğun soybağını değiştirme suçu bakımından Türk Ceza Kanunu'nun suçların içtmasını düzenleyen hükümlerin uygulanması mümkündür. Çocuğun soybağını değiştirme suçunun özellikle resmi veya özel belgede sahtecilik suçları ile birlikte işlenmesi söz konusu olmaktadır.⁴² Örneğin kendi çocuğu olmadığı halde hastaneden aldığı sahte doğum belgesi ile başkasının doğurduğu çocuğu kendi nüfusuna kaydettiren fail hem TCK m.231.'deki suçu hem de resmi belgede sahtecilik (TCK m.204) suçunu işlemiş olacaktır. Böyle bir halde fail TCK m.44 düzenlemesi uyarınca işlediği fiilden en ağır düzenlemeyi gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak böyle bir durumda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.212 ile getirilen farklı bir çözüm yolu benimsenmiştir. Bu maddeye göre; "sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır." Ancak Yargıtay uygulamaları

41 ÇAKMUT,s.216-218.

42 T.C.Yargıtay 5. Ceza Dairesi,E. 2002/9329,K. 2003/5662,T. 3.11.2003,"özet: ÖZET: ..Sanıkların anlaşmalarına uygun olarak çocuğu kendi çocukları gibi nüfus kaydettirdiklerinin anlaşılması ve mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında, eylemin TCK.nun 342/1. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmadığına dair delillerin takdiri ve suç niteliğinin belirlenmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olacağı gözetilerek görevsizlik kararı vermek gerekirken duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...." <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/5cd-2002-9329.htm&query=%22nesep%20de%F0i%FETirmek%22%20ceza#fm> (Erişim Tarihi: 30.04.2012).

bu yönde değildir. Ayrıca TCK m.210/2 deki düzenlemeye göre; “Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur. Zincirleme suç olarak işlenmesi teorik olarak mümkündür. İkiz çocuklar için tek hareketle işlenmesi durumunda ceza artırılarak verilecektir.”⁴³

Çocuğun soybağını değiştirmek amacıyla nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunan fail hakkında içtima ilişkisinin TCK m.231 ile birlikte Nüfus Hizmetleri Kanunu(NHK) m.67 arasında kurulması gerekmektedir. Çünkü NHK m.67 konuya ilişkin olarak TCK m.206’ya göre özel düzenleme getirmektedir. NHK’ na göre “Gerçeğe aykırı yerleşim yeri veya cüzdan talep belgesi veren köy veya mahalle muhtarları ile herhangi bir işlem sebebiyle nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunanlar ve bunlara tanıklık edenler altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.” NHK’ ya göre yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere ayrıca idari para cezası da uygulanır.

3.7.3. İştirak: Çocuğun soybağını değiştirme suçunun kasten işlenen şeklinde iştirakin her şekli bu suçta mümkündür. Çocuğun soybağını değiştirme suçunun taksirle işlenen şekli bakımından iştirak söz konusu olmaz.

3.8. Yaptırım: TCK Md. 231 “ (1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenerek bu suça ilişkin yaptırımlar belirtilmiştir. Kısa süreli hapis cezası verilmesi durumunda seçenek yaptırımlara çevrilebilir, erteleme de mümkündür (TCK m.49-51). fail belli hakları kullanmaktan yoksun da bırakılabilir. olası kast nedeniyle indirim, bilinçli taksir nedeniyle cezalarda artış olabilecektir. Basit taksirin varlığında uzun süreli hapis cezası da paraya çevrilebilecektir.

3.9. Zamanaşımı: Çocuğun soybağını değiştirme suçunda dava zamanlaşımı süresi TCK m.66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Dava zamanlaşımını kesen nedenlerin varlığı halinde bu süre TCK m. 67/4 uyarınca en fazla oniki yıl olabilir. TCK m.66/2 uyarınca suçun işlendiği sırada

43 ÇAKMUT,s.231-235.

fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürenin yarısı, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır. Ayrıca göz önünde bulundurmanız gereken diğer bir husus da, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumunda zamanaşımı süresinin düzenleyen TCK m.66/6'dır. Buna göre belirtilen zamanaşımı süresi, çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayacaktır.⁴⁴

4. SONUÇ:

İnsanın doğal kökenini bilmesi, kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından vazgeçilemez bir unsur olduğu gibi kişinin tıbbi gereklilikler durumunda genetik geçmişini bilmesi, miras hukukundan kaynaklanan hakları ve aile hukukundan doğan haklarına kavuşmak için soybağı sağlıklı olmak durumundadır. Devletin de kişinin soybağını doğru bir şekilde bilmesinde yararı mevcut olup toplum düzeni açısından vazgeçilmezdir. Bu nedenlerden dolayı, çocuğun soybağını değiştirme suçu kanunda yaptırıma bağlanmış hatta 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirle işlenebilecek şekli de incelenerek kanun koyucunun bu suçun hassasiyetini ortaya konmuştur. Yargıtay, her ne kadar kararlarını soy bağını değiştirme suçunun yaptırımını engellercesine yorumlamakta ise de, yakın bir gelecekte içtihadından dönerek kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edenleri cezalandırma eğilimine yöneleceği kanısındayız.

KAYNAKLAR

- 1 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG Tarihi : 01/06/2005, RG Sayısı : 25832.
2. DNA Verileri Ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).
3. Fatih KILIÇARSLAN, Aile kavramı ve Tanımı, <http://psikiyatriksosyalhizmet.com/aile-kavrami-ve-tanimi> (Erişim Tarihi: 10.03.2012).
4. Franz WEİLING, Historical study: Johann Gregor Mendel 1822–1884 , American Journal of Medical Genetics 40 (1): 1–25, 1991.
5. GRİFFITHS AJF, MİLLER JH, SUZUKİ DT, LEWONTİN RC, and GELBART WM, An Introduction to Genetic Analysis. New York: W.H. Freeman and Company, Chapter 3 (Chromosomal Basis of Heredity): Mendelian genetics in eukaryotic life cycles.
6. Gülnihal PAKSOY, Soybağının Reddi, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-97-1117.pdf (Erişim Tarihi: 05.05.2012).
7. Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993.
8. İbrahim ÖZBAY, Şerife AKSAN NAR, Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımının

44 ÇAKMUT, s.239-240.

- İptali Davası Ve Bu Davada Uygulanacak Usul, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2010_IV_2.7.pdf (Erişim Tarihi: 11.03.2012).
9. Luigi MANJO, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza kanunları, 3. baskı, Ankara, 1980, s.217 -Aktaran: ÇAKMUT.
10. Özlem Yenerer ÇAKMUT, Soybağının Belirlenmesi v e Ceza hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta yayınları, 2008, İstanbul.
11. Psikolojik Danışma ve Rehberlik Destek Portalı, Aile Ve Aile Yapıları, <http://www.pdrcliyiz.biz/aile-kavrami-t5431.html> (Erişim Tarihi: 11.03.2012).
12. Rifat ERTEN, Birsen ACIR ,Sema TAŞVEREN, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Erten-Acir-Tasveren.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).
13. Tayfun ÖZÇELİK: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C21, S.7.
14. T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2004/1988, K. 2004/3092, T. 11.3.2004, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2004-1988.htm&query=E.%20%222004/1988%22#fm> (Erişim Tarihi: 07.05.2012).
15. T.C.Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E. 2008/16017, K. 2011/2017 sayılı ve 16.3.2011 tarihli kararı, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/5cd-2008-16017.htm&query=E.%20%222008/16017%22#fm> (Erişim Tarihi: 06.05.2012).
16. T.C.Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin, E. 1990/8051, K. 1991/60, T. 15.1.1991, "<http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/6cd-1990-8051.htm&query=nesep%20ceza#fm> (Erişim Tarihi: 06.05.2012).
17. T.C.Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2002/9329, K. 2003/5662, T. 3.11.2003, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/5cd-2002-9329.htm&query=%22nesep%20de%F0i%FEtirmek%22%20ceza#fm> (Erişim Tarihi: 30.04.2012).
18. T.C.Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 1993/8685, K. 1993/9405, T. 18.10.1993, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-1993-8685.htm&query=K.%20%221993/9405%22#fm> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).
19. TCK Madde Gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (Erişim Tarihi: 30.04.2012).
20. Maliye Bakanlığı, Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği (SIRA NO: 6).
21. Turgut AKINTÜRK, Derya Ateş Karaman; Aile Hukuku, C 2, B 2, Beta Yayıncılık, 2011, İstanbul,
22. TÜBİTAK bilgi paketi, Genler ve DNA, <http://biltek.tubitak.gov.tr/bilgipaket/gen/> (Erişim Tarihi: 05.05.2012).
23. Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=comgts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f5bcc7b22d0b1.66049175> (Erişim Tarihi: 10.03.2012).
24. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG tarih:6.3.2010, RG Sayı:27513.
25. 07/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı T.C.Anayasası, RG Tarihi:9.11.1982, RG Sayısı:17863 Mükerrer.
26. 04/12/2004 Tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG Tarih: 17/12/2004, RG Sayısı: 25673.
27. 12/1/2011 Tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG Tarihi: 04.02.2011, RG Sayısı: 27836.
28. 25/04/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, RG Tarihi: 29.04.2006, RG Sayısı: 26153.
29. 01/03/1926 Tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), RG Tarih: 13/03/1926, RG Sayısı: 320.
30. 26/09/2004 Tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, RG Tarih: 12/10/2004, RG Sayısı: 25611.
31. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG Tarihi:08.12.2001, RG Sayısı:24607.

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Veli DURMUŞ¹

1. GİRİŞ

Sağlık tek ve tartışmasız anlamı olan bir kavram değildir. Sağlık bir amaç ya da araç olarak görülebilir. Pozitif sağlık, mutluluk içinde olma, güçlü bir sosyal-destek bağlantısıyla yaşamı idame ettirme ya da stres ile başa çıkma yeteneği olarak da tanımlanabilir². Sağlığı ideal bir durum olarak algılayan teoride, sağlığın pozitif kavramına en önemli örnek, Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) sağlık kavramını açıklayan tanımıdır. Dünya Sağlık Örgütü'nün 1948 yılındaki tüzüğünde, "sağlık, sadece hastalık ya da sakatlığın olmayışı değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik halidir." şeklinde tanımlanmıştır. Sağlığın devamlılığının sağlanması ise ancak sağlık hizmetlerinin sunulması ile mümkün olabilir.

Sağlık hizmetlerinin açıkça tanımı 5.1.1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; Sağlık hizmetleri, insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması için yapılan faaliyetler" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sağlık hizmetleri, hasta bakımı ve refahı için var olan hizmetlerdir. Bu hizmetlerin temel amacı; toplumu hastalıktan korumak, toplumun sağlıklı yaşamasını sağlamak, hastalıkların tedavisini en iyi şekilde sağlayabilmek ve hastaları rehabilite edebilmektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre sağlık hakkı; "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar"dır³.

1 Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Kurumları Yönetimi ABD Doktora Öğrencisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğrencisi e-posta: velidurmus@hotmail.com

2 ÇELİK, Yusuf. "Sağlık Ekonomisi". Siyasal Kitabevi. 2011, s.26.

3 Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998 Nosu: 23420.

Sağlık hizmetlerinden yararlanılmayan, kişinin fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik içinde bulunmadığı bir ortamda; sağlık hakkında bahsetmek güçtür. Sağlık hakkı, kişinin toplumdan veya devletten, sağlığının korunmasını ve hastalıklı halinde tedavi edilmesini isteyebilme ve böyle bir durumda toplumsal sağlık kuruluşlarından faydalanabilmesidir⁴.

Sağlık hakkının kullanılmasında devlete düşen yükümlülük, temin/ tedarik yükümlülüğü olup, sağlık hizmetinin gerçekleştirilmesi idarenin klasik kamu hizmetleri arasında yer almaktadır⁵. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde sağlık; münhasır bir hak olarak düzenlenmiş ve sağlıklı yaşama hakkı güvence altına alınmıştır⁶. Yine Anayasa'nın 56. maddesinde, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" denilerek, sağlık hakkı güvence altına alınmış ve aynı maddenin 3. fıkrasında; "Devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler" denilerek bu konuda devlete ödev yüklemektedir⁷.

Anayasaya göre Türkiye Cumhuriyeti'nde sosyal devlet anlayışının benimsenmesinin bir sonucu olarak idarenin, kişilere zarar verme olasılığı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla sadece idari davranış ile zarar arasında nedensellik bağının var oluşu kusur aranmaksızın idareyi sorumlu tutma anlayışını beraberinde getirmiştir.

Borçlar Kanunu md. 41'de "gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur." şeklinde bir düzenleme yapılarak haksız fiil unsurlarında kusura açıkça yer vermiştir. Ancak bazı özel durumlarda hakkaniyete uygun olarak, kusur bulunmasa bile bazı kişilerin sorumlu olacağı yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. İşte, bu hallerde oluşan sorumluluğa, yani kişinin kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulduğu sorumluluk türüne "kusursuz sorumluluk" denilmektedir⁸.

4 ŞEHİSUAROĞLU, Bedi N., Tıbbi Deontoloji, İstanbul. 1986, s.54.

5 GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 7.Basım, Ankara, 2003. s.291

6 KARAEĞE, Özge. Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir. 2001, s.11

7 ÖZCAN, Mesut. Hekimin Tıbbi Hatalardan Doğan Cezai Sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002. s.2

8 KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Basım, Turhan Kitabevi. Ankara, 2006. s.222

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü ile yedinci fıkrasındaki "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü idarenin kusursuz sorumluluk anlamındaki anayasal çerçevesini çizdiği görülmektedir.

İdare sağlık hizmetini, kamu hastanelerinde çalışan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları aracılığı ile yerine getirmektedir. Sağlık hizmetinin sunumu ve bu sunum sırasında meydana gelen kusurlar özel hukuktan ceza hukukuna kadar birçok hukuk disiplini ilgilendiren geniş bir yelpazeye sahiptir. Ancak bu çalışma da idare sağlık hizmetini yerine getirirken sahip olduğu sorumluluk anlayışı açısından değerlendirilmesi ele alınacaktır. İdarenin kusursuz sorumluluğu, adından da anlaşılacağı üzere kusur fikrinden arınmış bir sorumluluğu ifade etmektedir. Dolayısıyla subjektif kusur fikrinden tamamen arınmış olduğunu belirtmek amacıyla "objektif sorumluluk" ve "sebe-sonuç" ilişkisine dayandığını ifade etmek için "sebep sorumluluğu" da denilmektedir.

2. SAĞLIK KAMU HİZMETİ

Bu başlık altında devletin kontrol ve denetimi altında sağlanan sağlık hizmetlerinin hukuki yapısının tanımlanması için öncelikle kamu hizmeti kavramının açıklaması yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı kamu hizmeti tanımı şu şekildedir: "Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir"⁹.

Sağlık hizmeti diye de adlandırılabilir sağlık kamu hizmeti temel bir kamu hizmetidir ve "insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların ise alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir."¹⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre, "toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti"dir¹¹.

9 BAYINDIR, Savaş. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI, Sayı 1-2, 2007. s.553

10 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2.maddesi

11 Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararı.

Toplumunu oluşturan bireylerin bedensel, ruhsal ve sosyala yönden sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak her türlü kamu hizmeti sürekli ve kesintisiz olarak devam etmelidir. Kamu hizmetlerinden biri olarak sunulan sağlık hizmetleri maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle aksatılamaz. Eşitlik ilkesi gereğince de, sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur. Yine sağlık kamu hizmetinde, idare bakımından; hizmet sunumunda, maliyet- bedel, kâr- zarar gibi karşılaştırmalar yapılamaz¹².

Sağlığın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi ile idareye birtakım yükümlülükler ve sorumluluklar, bireye ise bir takım haklar verildiği anlamına gelir. Kamu hastanelerinden yararlanma birey açısından bir hak ve bireylere sağlık hizmeti sunma, devlet açısından bir yükümlülüktür. Bu bakımdan bireyin kamu hastanesi ile bu hastanelerde görev yapan hekim ve diğer görevlileri ile hukuki ilişkisi özel hukuktan farklıdır ve kamu hizmeti sunan ile kamu hizmetinden yararlanan söz konusudur. Sağlık hizmetinden yararlanma özel hukuktaki gibi bir sözleşmeye bağlanmadığı gibi kamu hastanelerinde hastaların bazı durumlarda ücret ödemeleri de bir sözleşme ilişkisi doğurmaz¹³ ve idarenin sorumluluğunu kaldırmaz¹⁴. İdarenin bu sorumluluğu hizmet kusuru kavramı ile açıklandığı için sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kavramından bahsetmek uygun olacaktır.

3. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURU KAVRAMI

Tüzel kişiliği olan idari kuruluşlar adına işler; gerçek kişiler yani kamu görevlileri tarafından yürütüldüğü için ve kusurlu tutum ve davranışlar esas itibariyle kamu görevlilerinin tutum ve davranışları olmasına rağmen, kamu görevlilerinin, idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin kusurlu davranışlarından, hizmet kusuru ilkesi uyarınca idare sorumludur. İdare tüzel kişilerden oluştuğundan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının kusurlarının sonucudur. Dolayısıyla, kusur ancak insana atfedilebilir. Ancak çoğu zaman buna sebep olan personelin belirlenmesi mümkün olmadığı gibi belirlenmiş olsa da bu kusurları “kişiselleştirmek” bazen doğru olmayabilir. Bu ne-

12 BİRTEK, Fatih. “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, Sayı 3-4, 2007. s.85

13 KAPLAN, Gürsel. “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, Sayı 19, s.12

14 ATABEK, Reşat. “Hastanelerin Sorumluluğu.” İstanbul Barosu Dergisi. Yıl 1986. C.60, S.10-11-12. s.640

denle hizmet kusuru, hizmetin bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve hizmeti yerine getiren personele atfi mümkün olmayan, tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikler arz eden objektif kusur tipidir.

Hizmet kusuru, özel hukuktaki istihdam edenlerin sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Zira, hizmet kusurunda idarenin sorumluluğu asli ve doğrudan bir sorumluluk olmasına karşılık, Borçlar Kanunu madde 55, “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zardan mesuldür.” diyerek istihdam edenin sorumluluğu dolaylı bir sorumluluk olduğunu ortaya koymuştur. Hizmet kusuru, hizmetin yapı ve işleyişinden çıkan, organ ve personelin tamamen dışında, kendine özgü bir karakteri haizdir¹⁴.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir^{15 16 17}. Hizmet kusurundaki hizmet deyimini ise, sadece idari faaliyetlerin belirli bir türünü değil, genel anlamda her hangi bir idari eylem/ faaliyeti belirtmektedir. Hizmet kusuru kavramı, idare görevlisinin kusurundan bağımsız bir kavramdır¹⁸.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu gerek öğretide^{19 20} ve gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmakta ve hatta kusura dayanan sorumluluk kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edildiği görülmektedir²¹. Nitekim Danıştay 10. Dairesi’ nin E. 2003/4798, K. 2005/ 4018 Sayı ve 11.07.2005 tarihli kararında “ kamu hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü olan idarelerin, kuruluş, işleyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluk olarak tanımlanabilecek olan kusur kavramı idarenin sorumluluk nedeni olarak kabul edilmekte, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi haller hizmet kusuru sayılan durumlar olarak kabul edilmektedir.” denilmekle kusur sorumluluğu kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edilmiştir.

15 HACIMURATLAR, Zeliha. “İdarenin Sorumluluğu. Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş” (İdarenin Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s.98

16 GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku. 7.Basım. Ankara, 2003. s.291

17 BALKAR, K.G. “Hizmet Kusurunun Sınırları.” İ.Ü.H.F.M. Cilt XXV, Sayı 1, s.17

18 GÜNDAY, Metin. a.g.e. s.290-295.

19 GÜNDAY, Metin. a.g.e. s.290-295.

20 GÖZLER, Kemal. “İdare Hukuku.” Cilt 2, Bursa, 2003. s.236.

21 GÖZLER, Kemal. a.g.e. s.236-237.

Hizmet kusuru halleri genel olarak; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak tarif edebiliriz²².

3.1. Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi

Genel olarak idarenin sorumluluğuna bakıldığında; hizmet kusurunun asıl örneğinin “hizmetin kötü işlemesi” olduğu görülmektedir²³. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülememesi^{24 25} ya da idarenin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak bir hizmeti ifa etmesi anlamına gelmektedir.

Sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü işlemesi hallerinin tespiti özel bilgi ve uzmanlık gerektiren bir özelliğe sahiptir. Bu sebeple sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü ya da iyi işlediği, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu araç – gereç ve olanaklara, somut olayın niteliği gibi durumlara bağlı olup, her bir olay için somut olarak belirlenmelidir^{26 27}.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kötü işlemesi halleri olarak; bozulmuş aşıların kullanılması, kullanım süresi dolmuş ilaçların kullanılması, sterilize edilmemiş araç ve gereç kullanılması²⁸, koruyucu sağlık hizmetlerinden olan zorunlu aşılama ve aşılamaların eksik yapılması²⁹, yeterli mesleki bilgiye sahip olunmadan yapılan enjeksiyon nedeniyle hastanın kolunun kangren olmasına sebebiyet verilmesi³⁰, hastanın sedyeden düşürülmesi, gerekli bakım ve onarımı yapılmayan ambulansın yolda bozulması, tıbbi müdahalelerde izin verilen risk (komplikasyon) kapsamını aşan neticeler ortaya çıkması, hatalı teşhis ve tedavi³¹, hastaya yapılacak müdahaleler hakkında yetersiz bilgi verilmesi (aydınlatılmış onam eksikliği), hastane ve servislerinde gerekli sterilizasyon çalışmalarının yeterli düzeyde yapılmaması sebebiyle hastane enfeksiyonunun ortaya çıkması, ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gereç bırakılması³², sara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlene-

22 ARMAĞAN, Tuncay. “İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları.” Ankara, 1997.

23 YAYLA, Yıldızhan. “İdare Hukuku I.” İstanbul, 1990.s.150

24 İMER, Mehmet. “İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı.” Manisa Barosu Dergisi, yıl 18, sayı 70. 1999.

25 DÜREN, Akın. “İdare Hukuku Dersleri.” Ankara, 1979, s.290

26 GÜNDAY, Metin. a.g.e.

27 DÜREN, Akın. a.g.e.

28 HANCI, Hamit. Malpraktis-Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3.Baskı. Ankara, 2006. s.43

29 KARAEGE, Özge. a.g.e.

30 Danıştay 10. Dairesi, 16.01.1985, E.1982/2908, K.1985/26 numaralı kararı. Danıştay Dergisi, sayı 60-61, Yıl 1986, s.460-462

31 HANCI, Hamit a.g.e.

32 HANCI, Hamit a.g.e.

memesinden ötürü hastanın yataktan düşerek bir kolunda fonksiyon kaybının oluşması³³, hastanın son muayenesinin yapılmadın taburcu edilmesi³⁴, hastaneler arası hasta nakillerinde (sevk işlemi) gerekli koordinasyon yapılmadan – uygun hastanede yatak temin edilmeden - hastanın sevk edilmesi³⁵, yaralının yanlış teknikle araç içerisinden çıkarılması ve taşıma tekniğine aykırı olarak taşınması gibi haller örnek verilebilir.

3. 2. Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareket etmesiyle bir zarara sebep olması, hizmetin geç işlemesi sayılır^{36 37}.

Sağlık hizmetlerinde, hizmetin geç işlemesinin sonuçları, hizmetten yararlanan kişiler üzerinde olumsuz etkiler gösterdiğinden hizmetin sunulmasında meydana gelen gecikmenin tespiti kolay olmaktadır. Örnek olarak yüksek ateş ve kanda lökosit miktarına göre hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli hastanın ameliyatının geciktirilmesi sonucu hastanın peritonitten dolayı vefat etmesi³⁸ verilebilir.

Sağlık kamu hizmetinin geç işlediği saptanırken; somut olayın özelliği, idarenin imkânları, çevre koşulları ve olayın gelişimi iyi değerlendirilmelidir³⁹. Çünkü Anayasa'nın 65.maddesi gereğince “devlet, görevlerini amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Dolayısıyla; birinci basamak sağlık kuruluşlarında (Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması, Sağlık Ocağı vb.) görev yapan pratisyen bir hekimden kalp ameliyatı yapması beklenemeyeceği gibi, Manyetik Rezonans cihazının bulunmadığı bir sağlık kuruluşunda beyin lezyonlarının görüntülenmesi ve incelenmesi de mümkün değildir. Bu gibi hallerde sağlık personeli, hastayı bir üst sağlık kuruluşuna sevk etmiş ve aradan geçen süre içerisinde hasta hayatını kaybetmiş ise, sevk eden sağlık personelinin kusuru söz konusu olmayacaktır⁴⁰.

33 HANCI, Hamit a.g.e.

34 HANCI, Hamit a.g.e.

35 TUĞCU, Harun ve TÜRKAN, Hülya. “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, Gülhane Tıp Dergisi, Sayı 46, Yıl 2001.

36 GÜNDAY, Metin. a.g.e.

37 İMER, Mehmet. a.g.e.

38 ESİN, Yüksel. “Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları”. İkinci Kitap, Ankara 1976, s.284

39 KARAEĞE, Özge. a.g.e. s.53

40 Birtek, Fatih. a.g.e. s.85

Sağlık hizmetinin geç işlemlerini hallerine örnek olarak; ameliyat sonrası dönemde (post operatif dönem) bir komplikasyon (istenmeyen durum) gelişmiş ve ilgili uzman doktora bilgi verilmesine rağmen, hafta sonu olması sebebiyle hastanın konsülte (yatağında görülmesi) edilmediği neticesinde hastaya hafta sonu boyunca normal tedavi uygulanması ve daha sonra müdahale edilmesine rağmen hastanın geç müdahale nedeniyle bacağını kaybetmesi⁴¹; hastanede bulundurulması zorunlu ilaç ve serumların bulundurulmaması veya bu ilaç ve serumlara idarenin kusuru nedeniyle vaktinde ulaşılamaması ve hastaya zamanında müdahale edilememesi nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; penisilin alerjisi (anafilaktik reaksiyon) olan bir hastaya penisilin veya penisilin türevi olan enjeksiyon yapıldıktan sonra, anafilaksi halinde derhal yapılması gereken ilaçların hazır bulundurulmaması ve bu sebeple hastaya geç müdahale edilmesi nedeniyle hastanın alerjik reaksiyon nedeniyle yaşamını yitirmesi; trafik kazalarına ilk müdahalede, sağlık ekibinin hiçbir engelleyici durum söz konusu olmadığı halde olay yerine ve yaralılara ulaşmada gecikmesi ve geç müdahale yapılması; tıp meslek kurallarına göre kafa içi kanama komplikasyonu öngörülen bir hastanın gözlem altında tutulması gerekirken evine gönderilmesi ve ikinci müracaatında yapılan müdahalelere cevap alınmaması sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi; hastane imkanları göz önüne alındığında ileri merkeze sevki zorunlu olan hastanın sevk edilmesinde gecikme olması⁴² gibi haller sağlık hizmetinin geç işlemesine örnek olarak gösterilebilir.

3.3. Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesi durumunda diğer hizmet kusurlarından farklı olarak idarenin ortaya koyduğu bir hizmet yoktur. Hizmetin hiç işlememesinin hizmet kusuru olarak değerlendirilebilmesi için idare, belirli koşullar oluşmasına rağmen eylemsiz kalırsa hizmetin hiç işlemediği söylenebilir⁴³.

Anayasa'nın 56. maddesine göre "Devlet, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." Bu hüküm uyarınca idare sağlık hizmetinin yürütülmesinde yükümlü kılınmıştır. Dolayısıyla, idarenin sağlık hizmet-

41 Danıştay 10.Dairesi, 09.12.1992 tarih, E.1992/184, K.1992/4321 numaralı kararı. Danıştay Dergisi Yıl 1993, Sayı 87, s.544-545

42 TUĞCU, Harun ve TÜRKAN, Hülya. a.g.e.

43 TEK, Savaş. "İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. Yıl 2010, Sayı 1. s.320

tinin görülmesinde hareketsiz kalması hizmet kusuruna sebebiyet verecektir⁴⁴. Sağlık kamu hizmetinin sunulmasında idare hareketsiz kalmış ise kendisine sorumluluk yüklenebilecek ve hizmet kusurunun varlığı kabul edilebilecektir.

Sağlık hizmetinin hiç işlememesine örnek verilebilecek haller: acil bir hal olmadan hastayı aydınlatma yükümlülüğünün hiç yerine yerine getirilmemesi, aydınlatılmış onam olmadan hastaya müdahale edilmesi, acil hastaya anında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın bu gecikmeden ötürü yaşamını yitirmesi⁴⁵, şok yapma olasılığı olan bir ilacın uygulanmasında acil müdahale için gerekli ilaçların bulundurulmaması nedeniyle ilaç uygulanamayışı ve hastanın yaşamını yitirmesi⁴⁶, gerekli röntgen ve laboratuvar incelemesi yapılmadın trafik kazası vakasının evine gönderilmesi⁴⁷ olarak gösterilebilir.

4. SAĞLIK HİZMETLERİNDE KUSURSUZ SORUMLULUK

Kusursuz sorumluluk, bir kusura bağlı olmaksızın, idari işlem veya eylemlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıdır. Kusursuz sorumluluk, bizzat idari faaliyetin veya kullanılan araçların risk taşıması nedeniyle “risk ilkesi” ve idari faaliyetlerin yükünün belli bireyler üzerinde bırakılmaması gerekliliği nedeniyle “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”ne dayandırılır⁴⁸. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi ya da kişinin ölümü halleri, doğrudan idari işlem ve eylem kaynaklı olabileceği gibi; idare ajanlarının görev kusurlarından kaynaklanmış da olabilir. Bu durumda idarenin sorumluluğu Anayasa’nın 125. maddesinin yanı sıra, 40/3 ve 129/5. maddelerine de dayanmış olacaktır. Diğer bir deyişle, “İdare ajanlarının görev kusurları sonucu vücut bütünlüğünün ihlâli ya da ölüm halleri meydana gelirse, belirtilen Anayasal kurallar karşısında idarenin ajanlarına karşı adli yargıda dava açma imkânı olamayacak ve ancak bu görevlileri istihdam eden idareye karşı tam yargı davası açılacaktır.”⁴⁹

44 ARMAĞAN, Tuncay. a.g.e.

45 HANCI, Hamit, ÇOKER, Ahmet, ÖZKARA, Erdem. “Türkiye’de Genel Cerrahin Yasal Sorumlulukları ve Mediko Legal Sorunlar”. Ulusal Travma Dergisi, Yıl 2004, Sayı 10.

46 HANCI, Hamit. a.g.e.

47 TUĞCU, Harun ve TÜRKAN, Hülya. a.g.e

48 GÖZLER, Kemal. “İdare Hukuku”. Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa 2003, s.1071

49 28297 sayılı, 19 Mayıs 2012 tarihli “Anayasa Mahkemesi Kararı” başlıklı Resmi Gazete, Ek Gerekçe.

4.1. Kusursuz Sorumluluğun İlkeleri

Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bazı ilkelerin vucut bulması gerekmektedir. Bunlar kusur ilkesi, dikkat ve özen ilkesi, sebep (neden) ilkesi, hakkaniyet ilkesidir.

4.1.1. Kusur İlkesi

Bu ilkeye göre, meydana gelen zararın giderimi için, zararlı eylemi yapanın kusurlu olması gerekir. Zarar, kusurlu bir eylemin sonucunda değilse, zarar gören ona katlanmalıdır. Eylemi yapanın verdiği zarardan ötürü sorumluluğu, bir kusurunun olmasına bağlamıştır⁵⁰. Buna göre, sağlık hizmetinin ifasında idareye veya kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur bulunmalıdır. Daha öncede açıklandığı üzere hizmetin hiç işleme-mesi, geç işleme, kötü işleme kusur sayılmaktadır. Kusur şartı sadece kusur sorumluluğunda gereklidir, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur bulunmasa da idarenin sorumluluğu bulunmaktadır.

4.2.2. Dikkat ve Özen İlkesi

Kusursuz sorumluluğun kabul edilme nedenlerinden biri, sorumlu tutulan kişinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Kişi, gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlarsa veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın doğumunu engellemeyeceğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. Nitekim, Borçlar Kanunu madde 55 “Başkalarını istihdam eden kimse, bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsabile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.” diyerek bu durumu açıkca ortaya koymaktadır.

4.2.3. Sebep (Neden) Olma İlkesi

Bu ilkeye göre, eylem ile sonuç arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Yani kusur aranmaksızın eylemi işleyinin zararlı sonucu meydana getirmesi yeterlidir⁵¹. Sunulan sağlık hizmeti, yapılan tıbbi müdahale ile müdahale sonucunda meydana gelen sonuç arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.

İdarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için; zarar ile idarenin tutumu, davranışı, hareketi veya hareketsiz kalması arasında bir illiyet bağının kurulması gerekir. Zarar ile idarenin tutumu arasında neden

50 KAYAR, İsmail. “Borçlar Hukuku”. Beşinci Baskı, Detay Yayıncılık. Ankara, 2004. s.77

51 KILIÇOĞLU, Ahmet M. a.g.e.

sonuç ilişkisinin kurulması gerekir. İlliyet bağı zararın karşılanması için gerekli olan asli unsurdur. Zarar ile zararı doğuran davranış arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalıdır; biri diğerinin uygun ve normal sonucu olmalıdır⁵².

4.2.4. Hakkaniyet İlkesi

Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan kusurlu sorumluluk hallerindeki kuralların mutlak olarak uygulanması her olay bakımından adil sonuçlar doğurmayacağından, yasa koyucu bazı özel durumlar için zarar göreni mağdur etmemek amacıyla hakkaniyet ilkesi gereği kusuru bulunmayan kişileri de sorumlu tutmuştur. Bu ilkeyi savunanlara göre, zararı yüklenmeye en elverişli kişi kim ise zararın tazmini bakımından o kişi sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, akıl hastalığı olan dolayısıyla kusur yeteneğinden yoksun olan zengin bir kişi fakir birine zarar verirse, kususuz olması nedeniyle zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmayan zengin kişi hakkaniyet ilkesi gereğince sorumlu tutulmalıdır⁵³.

Sağlık hizmetlerinin yönetiminde önemli bir hukuki yeri olan kususuz sorumluluk ilkesinin daha anlaşılır olması bakımından Danıştay ve Yargıtay tarafından verilen kararlara göre görüşlerini incelemek daha uygun olacaktır.

5. SAĞLIK HİZMETİ SUNARKEN MEYDANA GELEN ZARARLARIN İDAREYE YÖNELİK TAZMİNİNDE DANIŞTAY'IN KARAR ÖRNEKLERİ

Bir hastaya ameliyat esnasında uygulanması gereken ilaç, serum, oksijen gibi tıbbi maddelerin yanlış veya istenen dozda uygulanmaması hastanın vücudunda tıbbi zararlara veya hastanın ölümüne neden olabilmektedir. Danıştay bu durumlarda her olayı ayrı değerlendirmekle birlikte genel olarak idarenin zararı tazmin etmesine karar vermektedir. Örneğin; idareye ait tıp fakültesi hastanesinde yapılan bademcik ameliyatı (tonsillektomi) sırasında yanlış serum verilmesi sonucu meydana gelen ölüm olayı yüzünden oluşan zararın idare tarafından tazminine karar vermiştir⁵⁴.

52 GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref. "Yönetim Hukuku". Turhan Yayınevi. Ankara, 2001. s.295

53 SEYMEN, Ferit H. Ve ELBİR, Halid K., "Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler I" Filiz Kitabevi. İstanbul, 1965. s.452

54 Danıştay 10.Dairesi'nin K.E. 1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı. Aktaran PAZARCI, Ayşe Almıla. "Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007, s.176

Danıştay; ameliyat hizmeti görülürken veya hizmet görüldükten sonra hastanın zarara uğraması halinde idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için; idarenin kusurunun tespit edilmesi gereklidir görüşündedir. Buna ilişkin bir kararda; devlet hastanesinde ameliyatı sonrasında olan kişinin ölümünde idarenin hizmet kusuru bulunmasının tespit edilememesi üzerine idarenin sorumluluğu bulunmadığına karar vermiştir⁵⁵. İlgili kararın gerekçesinde; şu ifadelere yer verilmiştir.

“Devlet hastanesinde sezeryan ameliyatı olan kadının, ameliyattan sonra ölümü olayında, ölümün ameliyat ve tedavi sırasındaki fenni, teknik bir hata ihmal veya kusur sonucu meydana geldiğinin saptanmaması nedeniyle sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmadığına”⁵⁶ karar verilmiştir.

“İdare hukuku ilkelerine göre, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri noksan, yetersiz ve kusurlu biçimde yürütmeleri veya kursosuz sorumluluk esasının uygulanmasına olanak sağlayan koşulların varlığı halinde, kamu idarelerinin hukuki sorumluluklarının doğmuş olduğunun kabulü gerekir. Yapısında risk oranı yüksek olan sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibariyle ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin, açık bir hizmet kusuru bulunduğu saptanması halinde mümkündür⁵⁷.”

“Adli Tıp Kurumunun raporunda, davacıların kızlarının ölümünün peritonit ve sepsisten ileri gelmiş olduğu, davacılar tarafından iddia edilen aksine, hastalığın seyri itibariyle sezeryan ameliyatının tekniğe uygun, steril şartlarda, steril aletlerle yapıldığının anlaşıldığı, ölüm olayının fenni ve teknik bir hata ihmal veya kusur nedeniyle meydana gelmediği sonucuna varılmıştır.”⁵⁵

Bir başka örnek olay ise hatalı enjeksiyon yapılması sonucu kişinin hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. Enjeksiyon uygularken hastanın alerjisinin olup olmadığının belirlenmesinin yanı sıra uygulanacak olan enjeksiyonun tıp dünyasında kabul görmüş, gerekli deneylerden geçmiş ve yasal olarak kullanılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bir olayda sağlık personeli kuduz olması muhtemel olan hastaya yerli kuduz aşısı uygulamış, riski ithal aşuya göre daha yüksek olan yerli aşının uygulan-

55 PAZARCI, Ayşe Almıla. “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007, s.176

56 Danıştay 10.Dairesi'nin K.E.1982/2696, K.1986/73 sayılı kararı

57 Danıştay 10.Dairesi'nin K.E.1982/2696, K.1986/73 sayılı kararı. Aktaran PAZARCI, Ayşe Almıla. “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007, s.177

ması sonucu hastanın ölümüne neden olmuştur. Danıştay olaya ilişkin kararında; sosyal hukuk devletinin gereklerine de vurgu yapmaktadır⁵⁸.

“Riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği....⁵⁶”

6. SAĞLIK HİZMETİ SUNARKEN MEYDANA GELEN ZARARLARIN İDAREYE YÖNELİK TAZMİNİNDE YARGITAY’IN KARAR ÖRNEKLERİ

Bir ailenin 8 aylık bebeklerinin ölümüne neden oldukları iddiasıyla açtıkları tazminat davasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aldığı son kararlar, hata yaptıkları kesinleşen doktorların bağlı oldukları kurumun ödeyeceği tazminatın dışında da tazminat ödemelerine karar verdi. Yargıtay Hukuk genel Kurulu’nun 2005/4-101 Esas Sayılı dosyası için verdiği 2.3.2005 gün ve 2005/133 sayılı kararında hasta bebeğin ölümünde kusuru bulunan doktorların da tazminat sorumluluğu bulunduğuna hükmedilmiştir.

Bu karardan önce sağlık hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zarara hekim veya sağlık personeli sebep olsa bile bağlı oldukları kurum zararı tazmin edecekti. Ancak kararda; hekimin sebep olduğu zarar nedeniyle bağlı olduğu kurumun dışında ayrıca zarar görenlere tazminat ödemesi yoluna gidilmiştir. Daha önceki uygulamalarda hekimin bağlı olduğu sağlık kurumu zarar görenlerin zararını tazmin ettikten sonra hekime rucü ederdi. Ancak bu karar; hem hekimin hem de idarenin zararı tazmin etmesi yönündedir⁵⁹.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2004/12088, K.2005/1728 sayılı bir Yargıtay kararında, hekimin ve sağlık personelinin sağlık hizmetini yürütürken özen borcunu vurgulamaktadır. Buna karara göre “Dava, davalının tedavisini üstlenen davalı hastane ve personeli olan doktorların tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayanmaktadır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği so-

58 PAZARCI, Ayşe Almila. a.g.e., s.18

59 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı E.2005/4-101, K.2005/133 sayılı kararı. Aktaran PAZARCI, Ayşe Almila. “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007, s.188

nucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.”

“Müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.⁶⁰”

7. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÇERÇEVESİNDE 6100 SAYILI HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU MADDE 3'ÜN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İDARE'NİN SORUMLULUĞU

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde “ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev” konusu düzenlenmiştir. Maddenin birinci tümcesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara “asliye hukuk mahkemelerince” bakılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle bu başlık altında söz konusu 3'üncü madde makale başlığındaki idari eylem ve sorumluluğu ilgilendirdiğinden Anayasa Mahkemesi'nin bu madde hakkında vermiş olduğu karar kısaca değerlendirilecektir.

3. maddenin ilgili tümcesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerle vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi yahut kişinin ölümü konu edilmektedir. Hükmünde, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne sebebiyet veren taraf idaredir. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne sebebiyet veren eylem ve işlemlerin, idarî eylem ve işlem olduğu da açıktır.

“Anayasa'nın 2. maddesinde yerini bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden biri, idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal özellikleri, idari uğraşın sınırları çizilemeyen görev alanı ve farklı-

60 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin E.2004/12088, K.2005/1728 sayılı kararı. Aktaran PAZARCI, Ayşe Almıla. “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007, s.188

lıklar içeren denetimi de, tarihsel gelişim içinde özel yargı yerlerini gerektirmiştir. Yönetimin konumu, yargısal denetimini yapacak yargıç ve yargı yerlerinin adli yargı alanı dışında oluşturulması gerçeğini doğrulamıştır⁶¹.”

Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi “Anayasada idarî ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.⁶²”

“Anayasa'nın 2. maddesinde “hukuk devleti” olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmıştır⁶³.” Bu kuralların doğal gereği olarak da 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 140. maddenin birinci fıkrasında da hakimler ve savcılarının adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları belirtilmiştir. Anayasa'nın 155. maddesinin birinci fıkrasında, “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” kurallarına yer verilmiştir. Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerinin birlikte incelenmesinden idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiği anlaşılmaktadır.

Bu gerekçelerden dolayı, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakmakla Anayasa'nın belirlediği idari ve adli yargı ayırımına aykırılık oluşturacağı düşüncesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından, “12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1 numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE; birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci ve üçüncü cümlelerinin de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE karar verilmiştir.⁶⁴”

61 28297 sayılı, 19 Mayıs 2012 tarihli “Anayasa Mahkemesi Kararı” başlıklı, Resmi Gazete.

62 Anayasa Mahkemesi Kararı, 1.3.2006 tarihli ve E.2005/108, K.2005/35 sayılı

63 28297 sayılı, 19 Mayıs 2012 tarihli “Anayasa Mahkemesi Kararı” başlıklı, Resmi Gazete.

64 28297 sayılı, 19 Mayıs 2012 tarihli “Anayasa Mahkemesi Kararı” başlıklı, Resmi Gazete.

Birinci tümcede, her türlü idari eylem ve iŖlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerle vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi yahut kiŖinin ölümü konu edilmektedir. Hükümde, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kiŖinin ölümüne sebebiyet veren taraf idaredir. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kiŖinin ölümüne sebebiyet veren eylem ve iŖlemlerin, idari eylem ve iŖlem olduğu da açıktır.

Sonuç olarak, Anayasada “idari ve adli yargı ayırımı” esas alınmıŖtır. Bu ayırımın ilkeleri Anayasada gsterilmiŖ, idari ve adli yargıda görev konusu yasa koyucuya bırakılmamıŖtır. Dolayısıyla idari iŖlemler ile idari eylem ve / veya eylemlerden dolayı uğranılan zararların tazmini için idari yargıda dava aılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi’nin yakın zamana kadar verdiği kimi kararlarda “idarenin kamusal gücüne dayalı olarak yapmıŖ olduğu idari iŖlemlerden ve eylemlerden kaynaklanan uyuŖmazlıkların kural olarak idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerekliliğine karŖılık, “kamu yararı” ve “haklı neden” bulunması durumunda idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuŖmazlıėın çözümünün adli yargıya bırakılabileceği kabul edilmiŖtir.⁶⁵”

8.SONUÇ

Sağlık hizmetlerinin verilmesi sırasında hastanın vücut bütünlüğü zararara uėratılmıŖ olabilir. Hasta tıbbi zarara uėramıŖ olabilir. Tıbbi zarar; hekimin bilgi eksikliği, tecrübesizliği, dikkatsizliği nedeniyle kasıt unsuru olmaksızın hastanın tıbbi bütünlüğünde oluŖturduėu hasarlarıdır. Tıbbi zarar kavramı DanıŖtay’ın ve Yargıtay’ın itiadlarıyla da Ŗekillenmektedir.

Hastanın veya hasta yakınının sağlık hizmeti alırken haklarının ihlal edilmeleri halinde müracaat, Ŗikyet ve dava hakları vardır. Tam yargı davası; idarenin bir iŖlemi veya eylemi dolayısıyla bireyin bir hakkını ihlal etmesi sonucu hakkın yerine getirilmesi veya tazmin edilmesi amacıyla açılan bir dava türüdür. Öncelikle idareden oluŖan zararın tazmini istenmelidir. Kamu hastaneleri açısından basvurulacak idareler; devlet hastaneleri açısından Sağlık Bakanlığı, niversite hastaneleri bakımından niversite rektörlüğüne, askeri hastaneler açısından Mili Savunma Bakanlığına, belediye hastaneleri açısından Belediye BaŖkanlıėına baŖvurulması gerekmektedir.

65 28297 sayılı, 19 Mayıs 2012 tarihli “Anayasa Mahkemesi Kararı” baŖlıklı, Resmi Gazete.

Türkiye’de sağlık hizmetleri ve tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu kabul edilmektedir. Kamu görevlisi olması bakımından hekimlerin ve diğer sağlık personelinin de idareye karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte Anayasa’nın 129 ve DMK’nın 13. maddelerinde ifade edildiği üzere kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı bireylerin sadece idare aleyhine dava açabilecekleri ve idarenin de kusurları oranında hekimlere ve diğer sağlık personeline rücu edeceği bilinmektedir ancak uygulama alanı bulup bulamadığı konusu tartışmalıdır. Kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı hekimler doğrudan sorumlu tutulabilmekte ve bazen ise idare devre dışı bırakılmaktadır. Kamu görevlilerinin çalışma motivasyonunu etkileyen, yer yer kamu hizmetlerinin aksaması gibi birçok sebebe yer vermekte diğer yandan zarar görenin de hak ettiği tazminat miktarına ulaşmasına imkân vermemektedir. Anayasa’nın 125. maddesi “idarenin işlem ve eylemleri ile sebep olduğu zararları ödemekle mükellef olduğunu”, 40. maddesi; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zara da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.” hükümleri ile devletin işlem ve eylemlerinden doğan zararları tazmin ile yükümlü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Hasta haklarının ihlal edilmesi üzerine dava, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, görevleri sırasında işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılır. Hasta hakları ihlalinde bulunan sağlık personelinin hukuki sorumluluğunun doğması, idare aleyhine açılacak dava sonucunda tazminat kararı verilmesine bağlıdır. Tazminatın ödenmesinden sonra sağlık personelinin rücu edilebilir. Sağlık hizmetini yürütmekle yükümlü idare; hizmeti yürütürken hizmetin kötü, geç veya hiç işlememesinden sorumludur.

KAYNAKÇA

- ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (İdarenin Sorumluluğu), Ankara, 1997, s. 18
- ATABEK, Resat: Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1986, C. 60, S. 10-11-12, s.640.
- BALKAR, K.G: Hizmet Kusurunun Sınırları, İ.Ü.H.F.M, C. XXVI. Sayı , s. 17.
- BAYINDIR, Savaş. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007
- BİRTEK, Fatih; “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4, 2007, s.85.
- ÇELİK, Yusuf. Sağlık Ekonomisi, (2011). s.26.
- DÜREN, Akın. İdare Hukuku Dersleri (İdare Hukuku), Ankara, 1979. s.290.
- ESİN, Yüksel: Danıştay’ da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976. s.284.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003. s.236
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003. s.1071
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara 2001, s. 295.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, (İdare Hukuku) 7. Bası (Aynı Bası), Ankara, 2003, s. 291
- HACIMURATLAR, Zeliha: İdarenin Sorumluluğu, Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş (İdarenin Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 98
- HANCI, İ. Hamit: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 43
- HANCI, Hamit, ÇOKER, Ahmet ve ÖZKARA, Erdem. “Türkiye’ de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları ve Mediko- Legal Sorunlar (Cerrahın Yasal Sorumlulukları)”, Ulusal Travma Dergisi, Yıl. 2004, S. 10
- İMER, Mehmet: İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı (Hizmet Kusuru), Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999
- KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19, s.12.
- KARAEĞE, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İzmir, 2001, s.11
- KAYAR, İsmail, Borçlar Hukuku, Beşinci Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, s.77
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. s.222.
- ÖZCAN, Mesut. “Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s.2
- PAZARCI, Ayşe Almila. “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2007. s.181
- SEYMEN, Ferit H. ve ELBİR, Halid K., “Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler I”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1965, s.452.
- ŞEHUSVAROĞLU, Bedi N: Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986, s. 54
- TUĞCU, Harun ve TÜRKAN, Hülya. 2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları (Acil Servis Uygulama Hataları), Gülhane Tıp Dergisi, S. 46, Yıl 2001
- YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku 1, İstanbul, 1990. s.150.
- TEK, Savaş. “Türkiye Adalet Akademisi Dergisi” Nisan 2010, Sayı:1. s.320.

İNTERNET ÜZERİNDEN SAĞLIK DANIŞMANLIĞININ HUKUKİ DURUMU

Av. Handan Bakbak ÖZDEMİR

A) Giriş

Endüstri çağından bilgi teknoloji çağına geçiş, 1990'lı yıllardan beri artık dünyada ve dolayısıyla ülkemizde bilgi toplumu olmanın gerekliliğini, sürekli teknolojik gelişimleri, yenilikleri adeta hayatın olağan akışı haline getirmiştir. Artık mesafeler kısalmış, iletişim, hizmet ve ihtiyaçların giderilmesi bir kablo ucunda hızla ulaşılır, sunulur hale gelmiştir. Sosyal, kültürel, ekonomik, idari her türlü hizmet digital ortamda gerçekleştirilen sistemlerle size gelmektedir. Bu hizmetler yerel, bölgesel, ulusal ve dünya çapında uluslar arası niteliklidir. İşte yeni iletişim teknolojilerinin tüm işlev ve fonksiyonları sağlık sektöründe yer alan beklenti ve talep sahibi gruplara nitelikli, etkili, hızlı, verimli hizmet sunumu için (e.health) e.sağlık adı altında değişik hizmet sistemleri oluşturularak sunulmuştur. Ülkemizde 2003 yılından beri başlatılan sağlık sektöründeki digital dönüşümde de bu etki görülmektedir. İnternet üzerinden sağlık danışmanlığının temelinde de bu vardır.

B) Konu ile İlgili Açıklamalar ve Genel Bakış

İnternet üzerinden sağlık danışmanlığı nasıl bir hizmettir? Yasal dayanakları, hukuki alt yapısı nedir diye sorgulamamak mümkün değildir. Şöyle ki; hekimlik hemen ilk bakışta ne bir telefon ne bir bilgisayar ucunda hizmet verebilecek pratiklikte, basit, kolay ve fonksiyonel bir iş değil, aksine bilgi, beceri, gözlem, takip, tesbit ve incelemelerle elde edilen bulguların değerlendirilip, teşhis noktasına vardığı, birebir fiziksel temas ve iletişimin gerektiği, son derece önemli, zor, hata kabul etmeyen, yorucu, sorumluluğu da ulviliği de en yüksek meslektir. Hal böyle iken elektronik ortamda, sanal dünyada nasıl bir hizmet çerçevesinde sunulabilir?

Türkiye'deki tartışmalara bakıldığında e.sağlık hizmeti öncelikle sağlık verilerinin ve temel süreçlerin standart hale getirilmesini, ardından ulusal çapta tüm vatandaşların sağlık birikimlerinin güvenli bir şekilde toplanmasını sağlayacak olan Elektronik Sağlık Kaydı veri tabanının oluşturulması, buna bağlı olarak gelişmiş, ileri analizler yapma imka-

nını sağlayacak olan Karar Destek Sisteminin oluşturulmasını gerekli kılmaktadır. (Bu husus <http://sbu.saglik.gov.tr/esaglik/projeler.aspx> başlığı altında 01.09.2007'de yayınlanmıştır).

Aslında e.sağlık sadece verilerin toplanması ve paylaşımından ibaret değildir. Yerel, bölgesel ve dünya bazında sağlık hizmeti sunumu bilgilendirmesi ile birlikte bir düşünme biçimi ve hizmet felsefesidir. Journal of Medical İnternet Research editörü Gunther Eysenbah konuyu bilimsel yayınında bu şekilde tarif etmektedir.

İnternet ortamında sunulan sağlık hizmeti iletişiminin alanında kimlerin olduğuna da bir göz atacak olursak; bir yanda sağlık profesyonelleri diğer yanda da bu profesyonellerin hizmet verdiği sitelere ulaşmak isteyen tüketici grubu yani okuyucular vardır. Sağlık profesyonellerinin beklentileri, öncelikle bilimsel araştırmalar, sağlık eğitimi ve hasta takibi başlıklarında toplanırken okuyucuların ki ise, bilgi almak, sağlık profesyonellerine, hastalara, hasta yakınlarına kolay ulaşarak iletişim kurmak, yüzyüze sağlık hizmetine erişim ve sağlık hizmeti almaktır. Ülkemizde HIV virüsü taşıdığı için dışlanan veya dışlanmaktan korkan, eline tutuşturulan bir tahlil kağıdı ile yaşamı bir anda değişen hasta kişiler 2005 yılında Pozitif Yaşam Derneği'ni kurduklarında derneğin amaç ve faaliyetleri içine internet üzerinden tıp danışmanlığını katarak, hastaların hastalık sürecinde merak ettikleri, yüzyüze sormaya çekindikleri soruları sorma ve bilgilendirme imkanını vermişlerdir. Türkiye'deki bir başka internet üzerinden sağlık hizmeti de e.terapi başlığı altında verilmektedir. Panik atak, depresyon, sosyal fobi gibi ruhsal sağlık problemlerine sanal dünyada hizmet veren bu sitelerin 2007 yılının Şubat ayından beri mevcut olduğu, açılan 14 sitenin 6 tanesinin kapatılmış olduğu, halihazırda faal olarak 7 tanesinin hizmet verdiği Ankara Üniversitesi Disiplinlerarası Sosyal Psikiatri Ana Bilim Dalı araştırmalarına konu edilmiş ve raporlanmıştır. **e.terapi hizmetleri;** chat, e.posta, video-konferans, sanal gerçeklik psikoterapisi ve avatar psikoterapisi isimleri altında verilmektedir.

Diğer yandan internet ortamında şöyle bir araştırma yapıldığında online laboratuardan sanal bronkoskopi (virtual bronchoscopy) ye kadar sanal ortamda sunulamayacak birçok hizmet çeşitlerinin dahi bu alana konu edildiğini görmek mümkündür. Öyle ki; bazı şirketler danışmanlık hizmetleri adı altında hukuki, mali ve tıbbi konularda kendi kurdukları web sitelerinde hizmet vermekte, bu hizmetler içindeki tıbbi danışmanlıkları da şu başlıklarda sıralamaktadırlar;

- Psikolojik danışmanlık
- Tıbbi danışmanlık (Doktor ve Hemşire Hizmetleri)

• Bilgi ve tavsiye hizmetleri (Hastane, klinik, doktor, sağlık kuruluşu bilgi ve adresleri, uzmanlık gerektiren konularda, özel durumlarda başvurulacak merkezler ve doktorlar hakkında bilgi, talep halinde sağlık merkezi, uzman doktor randevularının alınması, sağlık seyahati danışmanlığı, genel sağlık bilgileri danışmanlığı, beslenme bilgileri, ilk yardım bilgileri, aile planlaması danışmanlığı, hamilelik ve doğum öncesi dönemde eşlere bilgi ve tavsiyeler, çocuk bakımı, yeni doğan bakım ve beslenmesi, çocuk psikolojisi, aşı takvimi ve takibi bilgileri, yaşlı, engelli bakım ve tavsiyeleri, bu kişilerin hayatını kolaylaştıracak bilgi, malzeme tedarik imkanları, birlikte yaşamak durumunda olanlara bilgi ve tavsiyeler diye uzayıp giden hizmet çeşitleridir. Bunlar gerçekten faydalı olabilecek, acil ve zaruri durumlarda kişilere destek verip, yönlendirebilecek önemli hususlardır. Ancak dikkati çeken durum tüm bu hizmetlerin genelde e.ticaret adı altında oluşudur. **e.ticaret başlığı** altında olduğunda bunlar işlem mi sözleşme mi kabul edilecektir? İnternet ortamında sunulan hizmetler olduğundan öncelikle bilişim hukuku esasları göz önüne alınmalı mıdır? Hangi hukuk normları uygulanacaktır? İnternet Hukuku, Ticaret Hukuku, Sağlık Hukuku, Ceza Hukuku ve en önemlisi etik ilkeler açısından durum nasıl değerlendirilecektir?

Hemen belirtmeliyiz ki; teknoloji ve bilgi çağının gereklerine cevap veren bir hizmet dalı olması itibarıyla, internet üzerinden mal ve hizmet satıcılarının hukuki alt yapısı, internet yoluyla oluşan ihlallerin, hukuka aykırılıkların çözümü, hakların korunması, veri ve kayıtların saklanması, kişisel hakların gizliliği **ilkelerine öncelikle uyması**, bunun dışında internet üzerinden iletişim kuran ancak fiilen bir araya gelmeyen taraflar açısından durumun mesafeli sözleşmelerden kabul edileceğini göz önüne alarak 06.03.2003 yılında kabul edilen 4822 sayılı kanunun 14.maddesi ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun'un 9. maddesine ayrıca Mesafeli Sözleşmelerin Uygulanmasındaki Usul ve Esaslara ilişkin Yönetmelik kapsamında yasal mesnetlere de **aykırı davranmaması gerekmektedir**. Hemen konunun ceza normları açısından nasıl düzenlendiğine bakarsak bu kez 23.05.2007 yılında yürürlüğe giren İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele hakkındaki Kanuna değineceğiz. TCK'da ise duruma göre ilgili maddelere başvuracağız. Bazı durumlarda erişimin engellenmesi gibi ciddi tedbir ve önlemler dahi ge-

rekebilir. İnternet üzerinden sunulan sağlık hizmetlerinde akdi ve idari uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği, yetki, görev ve usul esasları da ayrı bir hukuki sorun teşkil edecektir.

Zira Bilgi Toplumu Hizmetlerine ilişkin yasal düzenlemeler internet üzerinden tıp danışmanlığı konusunda tam bir karşılık verememekte ve mevcut hukuk kuralları fiili durumun ihtiyaçlarını karşılayamamaktadır. Hukuki alt yapı **EKSİKTİR** ve ihtiyaçlar acilen tesbit edilerek normlar detaylı bir şekilde **yeniden OLUŞTURULMALIDIR**.

Esas olarak; yukarıda bahsettiğimiz e.sağlık hizmetinde; etik kodlara uyularak denetim kayıtları tutma, kişi doğrulama, sistem doğrulama, yetkilendirme, veri bütünlüğü kontrolü, hataların tesbiti ve güvenlik doğru ve düzgün şekilde yapılmalı, doğrulanabilirlik, kaynağın şeffaflığı, yazarların yetkisi ve yeterliliği, tamamlayıcılık, gizlilik, içerik ve reklam politikasındaki dürüstlük ilkeleri daima korunmalıdır. Digital ortamda hizmet sunmak; elektronik sözleşmelerle bilgi verme ve hizmet sunma açısından bunu sunanlara yükümlülükler getirirken, istenmeyen elektronik haberleşme ve hizmet talebi postalarına da yasal kısıtlama ve önlemler getirmelidir. Elektronik ortamda hiç arzu edilmeyen, ağır zararlar getiren riskler ve tehlikeler de sözkonusu olacaktır. Bir hata, bir ihmal belki intihara yönlendirme belki kişisel verilerin gizliliğinin ihlali belki bir çocuk istismarı suçu haline gelebilecektir. **Kişilik haklarının korunması, özel yaşamın gizliliği, mahremiyet, haber-reklam ayırımın belirlenmesi, ticari sır ve veri güvenliği sıkı sıkıya bağlı kalınması, uyulması gereken bilişim ilke ve kurallarıdır.** İstanbul Tabip Odası Etik Kurulu'nun "Tıp Etiği açısından Elektronik Ortamda Sağlık Danışmanlığı" konusunda 23.07.2007'de sitesinde bilgilendirmesini gerçekleştirdiği bir kitapçığı bulunmaktadır.

Türkiye'de interaktif sanal sağlık danışmanlığı, yani internet üzerinden on-line sağlık hizmeti sunulmasını sağlayacak internet ortamında kullanılabilecek bir yazılım gerçekleştirilmiştir. Kısaca İSSD olarak bilinen bu sistemin amacı sağlıkla ilgili faaliyet birimlerini bir portalda birleştirmek, teknoloji yardımı ile öncelikle aile hekimliği ortamını kolaylaştırarak sağlık hizmetini evinize kadar getirmektir. Şikayetler aciliyete göre sıralanacak, çok sayıda hastaya hızlı ve kontrollü yönlendirme ile hizmet verilecek, doktor-hasta-sağlık kuruluşu üçlüsünün internet ortamında entegrasyonu sağlanacaktır. Web sitesinde Sağlık Bakanlığı ile diğer kurum ve kuruluşlar arasında ortak dil ve bilgisayar alt yapısı

oluşturulacak, internet ağında sağlık personeli her an hasta ile mesaj, ses, görsel iletişim ile bilgi bağı kuracak, hasta doktoru doktor hastayı beklemeyecek, kısa sürede tanıya gidilecek doğum ve ölüm kayıtları ,mezarlık kayıtları dahi bu digital ortamda tutulacak, herşey (ifade edildiği şekli ile) zeki, şeffaf, kaliteli, kolay erişilir bir hizmet şekli olacaktır.(Bu paragraftaki bilgiler Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyodiagnostik Ana Bilim Dalı Öğretim Görevlisi Aykut AKTAŞ'ın eserinden alıntı yapılarak yazılmıştır.) Tüm bu beklenti ve dileklerin gerçekleşmesi günümüz için şüpheli, masraflı ve oldukça zordur.

Önce konuyu sadece teknik anlamda sayılarla ele alalım.

AB vatandaşlarının %56'sı düzenli internet kullanırken ülkemizde bu oran %21, AB vatandaşlarının % 119'u mobil abonesi ve yüksek hızlı erişimle internet kullanıyor ve Avrupa'ya mobil kıtası ismi veriliyorken, ülkemizde bu oran %34, gerek AB ülkelerinde gerek bizde en fazla, en aktif internet kullanan grup 16-24 yaş arası gençlik ve sadece bu grup için 04.08.2009 yılındaki verilere göre digital okuryazarlık onlarda % 66 iken, bizde %51. Yani kolay ulaşabileceğiniz, interaktif grup gençlik. Beden sağlığından öte kişilik ve cinsellik konusunda sorunlarla uğraşılan bir dönemi yaşadıkları düşünüldüğünde gençlere vereceğiniz internet ortamı sağlık hizmetinde nasıl bir netice bekleyeceksiniz? **e.terapi** gibi uluslar arası kabul edilebilirliği kanıtlanmamış, literatürlere bilimsel makale olarak geçip onay ve kabul görmemiş hizmetlerde ateşle mi oynayacaksınız? Henüz yasal yapılanması güçlendirilmemiş, atıflarla idare edilen bu yeni hizmet anlayışını sadece ranta, ekonomik menfaate endeksli, iyiniyet, basiret ve dürüstlükten uzak ticari gruptan ve hackerlardan nasıl koruyacaksınız? Gizlilik ve mahremiyet bu denli kolay ihlal edilirken bir de meselenin teknolojik boyutu var ki, hiç değmeyin. Adalet mekanizmasının teslim edildiği, işlerliğini sağlayan ulusal yargı ağı programı UYAP dahi 6-7 yıldır hala düzenine oturamamışken, 2009 verilerine göre %54'ünde internet bağlantısı bulunan, %27'sinde e.posta bulunan sadece %8'inin web sitesi olan sağlık kuruluşlarında bu imkanı nasıl oluşturacaksınız? Bu arada bilginize sunmak isterim. 2007 yılında Sn.Prof.Dr.Yengingüç tarafından ele alınan bir sistem daha var.

Bu hususlarda tabii ki en önemli görev devlet mekanizması ve ilgili bakanlıklara düşmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı 21-25 Aralık tarihleri arasında Antalya'da 1. Tıbbi Sosyal Hizmet Kongresi adı altında bir çalışma düzenlemiştir. Amaç sağlık kurum ve kuruluşlarından hizmet alan hastaların psiko-sosyal ve sosyo-ekonomik sorunlarını

çözerek tedavi sürecinden yarar sağlanması ve sağlığına en kısa sürede kavuşarak toplumsal yaşamına etkin ve mutlu bir birey olarak dönmesini sağlamaktır. Bu organizasyona akademisyenlerin, uygulayıcıların, sağlık yöneticilerinin, Sağlıklı Nesiller Derneği, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Üniversiteler, UNİCEF, SGK ve ilgili tüm tarafların katılımı sağlanmıştır.

Ümit ve mutluluk verici bir çalışmadır. Yürekten isteriz ki netice verip, başarılı olsun ancak 1961 yılında Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi hakkında kanun yapıp kabul edilen ülkemizin henüz tıbbi sosyal politikası oluşturulmamışken, bu konuda ilk kez bir kongre yapılırken internet üzerinden sağlık hizmeti nasıl ve ne şekilde yürüyecek?

C) Sonuç

İnternet ortamında sağlık danışmanlığı öncelikli

- Sağlık konusunda çalışan uzman vasfında hekim ve yeterli-gerekli bilgi ve beceriye sahip hemşireler tarafından,
- Tüm bilgi ve verilerin hasta ya da hasta yakınının birebir iletişimi ile kendilerine doğru olarak aktarıldığı,
- Aynı şekilde yine titizlikle doğru olarak kayıt altına alındığı,
- Güven ve gizlilik koşulu içinde de korunacağı digital ortamlarda,
- Öncelikle bilgilendirme ve tavsiye, doğru yönlendirme nitelikli,
- Sonrasındaki işlem ve bulgulara göre de teşhis safhasını müteakiben tedavi ve takip sürecinin devam ettirileceği uygun koşullar içinde,
- İhtiyacı tam olarak karşılayan hukuki alt yapı destekli olarak ne hizmeti sunana ne de hizmeti alana zarar değil fayda verecek şekilde sunulmalı,
- Bu hizmet sonrasında oluşabilecek hukuki ihtilaflar için de gereken hukuki yapı oluşturulmalıdır.

İnternet üzerinden sağlık danışmanlığı; sağlık politikalarının ıslahı, sağlık hizmetlerinin hızlı, yüksek kalitede ve kolay ulaşılabilirliği, yaygınlığı, hizmet alan için fırsat ve imkan eşitliği yaratacak şekilde sunulması açısından da işlevsel bir çözüm olarak kullanılmalıdır. Ayrıca devletin kurumsal kontrol mekanizmaları çok iyi çalışmalıdır.

Mesela aile hekimliği açısından interaktif ortam hastasını bilen, tanıyan takip eden hekimin acil ve zaruri durumlarda, yerinde ve gezici hizmet yerine kullanabileceği bir sistem olarak geliştirilebilir. Aksi takdirde “kaş yaparken göz çıkararak” bir hal olur.

Sağlık hizmetleri tedavi edici, önleyici (koruyucu), rehabilite edici ve diğer hizmetler başlığında toplanmış olduğundan digital hizmette de bu ana başlıklara dikkat edilmelidir.

Hukukun amacı; düzen sağlama, güven sağlama, gelişmelere ve ihtiyaçlara cevap verme, adaleti gerçekleştirmektir.

Tıbbın amacı; insanı bilim ve teknolojinin imkanlarından, çağın gereklerinden yararlanarak sağlıklı, mutlu bir şekilde yaşatmak, kısaca sağlığını korumak, hastalığını iyileştirmek, riskleri engellemektir. İkisi de insana hizmet esastır. **Bu anlamda ortak amaç,** birbirine destek verir nitelikteki çalışmalarla daha iyi, daha verimli, daha kaliteli bir sistemle gelişmiş, doğru yapılanmış, yüksek standartlarda bir sağlık sistemi oluşturmaktır. Araçlar amaçlarına uygun ve doğru kullanıldığında hedeflerine varır aksi takdirde istenmeyen,amacından ve doğrusundan çıkan neticeler doğurur. Bu cihetle öncelikle alt yapısının güçlü ve doğru şekilde oluşturulması ve hizmet konularının sınırlı tutulması gereken internet ortamında sağlık hizmetleri için acele etmemek ve ülkemiz koşullarına uygunluk sağlanmadan kullanılmasına müsaade etmemek daha doğru olacaktır şeklindeki kanaatimizi de belirtmek isteriz. Çevrimiçi çalışmalar yaygınlık ve ulaşılabilirlik imkanlarının genişliği düşünüldüğünde öncelikle ahlaklı çalışmayı ve etik ilkelere sıkı sıkıya bağlılık esasını, gizlilik ve mahremiyet, güvenilirlik ve ulusal literatürlerde doğrulanabilirlik unsurlarını gerektirir. Bunu Sayın Serpil Aygün CENGİZ’in bir makalesinde kullandığı başlık deyimle bağlamak isterim.”Çevrimiçi olan bir terapist de ahlaklı değilse kim ahlaklıdır?” İşte bu söz konunun tüm sorumluluk esaslarını özetlemekte ve vurgulamaktadır. (Gary STOFLE 2006)

HEKİMLERİN MESLEKİ VE AKADEMİK ÖZGÜRLÜĞÜ/ÖZERKLİĞİ

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER¹

Başlarken

Sağlık hizmetinin olmazsa olmaz unsurları hekimlerdir. Sağlık hizmetlerinin sunumunun, bir ekip çalışması olduğu göz ardı edilmeden, hekimlerin aynı zamanda ekibin sorumlusu olmasından kaynaklanan rolleri değerlendirilmelidir.

Hekimlik mesleğinin tarih içindeki konumuna bakmakta yarar vardır. Çok uzun yıllar boyunca hekim, omnipotent (yarı-tanrı, kutsal) bir varlık olarak algılanmıştır. Hekimlere yönelik bu bakış açısı nedeniyle, sağlık hizmetini sunan ile hizmeti alan arasında bir eşitlik ilişkisi asla düşünülmemiştir. Hekim, tek başına hasta hakkında karar veren ve verdiği kararı uygulayan konumunda olmuştur. Hatta, hekimin bu konumu öylesine abartılı bir hal almıştır ki; sağlık hizmetini alanlar/hastalar, kendi bedenleri hakkında verilmiş kararlara bırakın katılmayı, sorgulamayı dahi düşünmemişlerdir.

Toplumların yapısındaki her türden değişim, zorunlu olarak sağlık hizmetlerinin sunumunu da doğrudan etkilemiştir. Sağlık hizmetlerinin sunumundaki değişiklikler, hekimin paternalist yaklaşımının giderek değişmesine yol açmıştır. Bu değişim, hastaların daha etkin bir biçimde tanı ve tedavi süreçlerine katılmasına, hekim ile hasta arasında daha eşitlikçi bir ilişki kurulmasına ve hastaların kendileri ile ilgili kararlarda tümüyle birincil rolü üstlenmesine yol açmıştır. Hastaların, sağlık hizmeti alırken sürece katılmaları, doğal olarak hasta haklarını gündeme getirmiştir. Yeni ortaya çıkan süreçte, hasta- hekim ilişkisinde artık birincil olan hastanın kendisidir. Hasta ile hekim arasındaki bu yeni ilişki biçiminin en önemli nitelikleri, katılımcılık ve eşitlik olarak ortaya çıkmaktadır.

Yüzyıllar boyunca, sağlık hizmetinde tek belirleyici olan ve sorgulanmayan hekimlerin, günümüzde, eşitler arası bir ilişkinin tarafı olmaları da, bu defa, hekimlerin hakları konusunu gündeme taşımıştır.

1 Avukat / Tıp Doktoru, İstanbul Barosu

Hekimlerin Mesleki Faaliyetlerinden Kaynaklanan Hakları

- Hekimin, Çağdaş, Bilimsel Tıp Olanaklarını Uygulama Hakkı
- Hekimin, Mesleğini Uygularken Etik İlkelere Bağlı Olma Hakkı
- Hekimin, Yaptığı İşin Karşılığında Yeterli Bir Gelir Düzeyini Talep Etme Hakkı
- Hekimin, Kendi Sağlığını Koruma Hakkı
- Hekimin, Yönetmelere Katılma Hakkı
- Hekimin, Danışma Hakkı
- Hekimin, Hastasına Yeterli Zaman Ayırma Hakkı
- Hekimin, Hastaya İyileşme Güvencesi Vermeme Hakkı
- Hekimin, Baskı Altında Olmadan Mesleğini Uygulama Hakkı
- Hekimin, Kendi Değerlerine Ters Düşen Durumlardan Kaçınma Hakkı
- Hekimin, Hastayı Reddetme Hakkı
- Hekimin, Tedavi Yöntemini Seçme Hakkı
- Hekimin, Tanıklıktan Çekinme Hakkı
- Hekimin, Ölüm Cezası ve İşkenceye Katılmama Hakkı
- Hekimin, Sağlıklı ve Güvenli Bir Çalışma Ortamında Bulunma Hakkı²

Hekimlerin Mesleki Özerkliği

Sağlık hizmeti, insan yaşamı ile doğrudan ilgili ve çok büyük riskler taşıyan bir hizmettir. Sağlık hizmeti sunma işini meslek edinmiş olan hekimlerin, nitelikli ve bilimsel ilkelere uygun bir hizmet sunabilmeleri, mesleki özerklikleri olmasına bağlıdır. Mesleki özerklik konusu, hekimlik mesleği için, belki de her meslekten daha önemli bir yere sahiptir. Buradaki mesleki özerklik kavramını, geçmiş dönemlerdeki, hekimin tek egemen olduğu paternalist yaklaşımlarla karıştırmamak gereklidir.

Hekimlerin mesleki özerklikleri ile ilgili yaşanan sorunların büyük bir bölümü, insan hakları ihlalleri ile ilgili olmaktadır. Savaş/çatışma ortamları, tutuklu ve mahkûmlara uygulanan yöntemler, işkence ve kötü muamele olguları, hekimler ile otoritenin en sık karşı karşıya geldikleri

2 CANTÜRK, Hasta Hakları – Hekim Hakları, AÜTF, sunum.

durumlardır. Tıp mesleğini yürüten hekimlerin, insan hakları ihlallerine en duyarlı kesimlerden biri olduğu tartışmasızdır. Çünkü hekimler, hem yaşadıkları toplumun aydın bir bireyi olarak, hem de meslek uygulamaları gereği insan hakları ihlalleri olgularıyla doğrudan karşılaşan, bunu belgelemek durumunda olan ve kimi zaman kendisinden istenen ya da beklenen bir görevle, mesleki etik kurallarının çatışması nedeniyle, vicdani ve mesleki sorumluluğun yükünü en fazla duyumsaması gereken bir konumdadır.³

Tam da bu noktada, hekimlerin otoriteyle, meslek etiği arasında seçim yapmak durumunda kalmamaları için, uluslararası kuruluşlarca yayınlanmış bildirgeler, etik ilkeler manzumesi kılavuz olarak kullanılmalıdır.

Hekimlerin Mesleki Özerkliği İle İlgili Uluslararası Belgeler

Hekimlerin mesleki özerkliği konusunda, Dünya Hekimler Birliği⁴'nin bildirgelerini incelemekle işe başlamak gerekmektedir. Dünya Hekimler Birliği, 1945 yılında Londra'da kurulmuştur. Herhangi bir uluslararası kuruluşa bağlı değildir. Bütçesini, gönüllü hekim birliklerinin katkıları oluşturmaktadır. Tartışmalara açık, özgür ve siyaset dışı bir forum olarak nitelenmektedir. Genellikle henüz mevzuatlara girmemiş ve bu yüzden de "doğru" davranış biçiminin resmen belirlenmemiş olduğu durumlarda/konularda, hekimler için yol gösterici bildirgeler yayınlamaktadır.

Bu bildirgeler arasında; "Mesleki Bağlılık Yemini", "Silahlı Çatışma Dönemlerine İlişkin Kurallar", "İnsan Denekler Üzerindeki Biomedikal Araştırmalar İçin Hekimlere Yol gösterici Öneriler", "Tedavi Amaçlı Düşüğe İlişkin Duyuru", "Bilgisayarların Tıpta Kullanımına İlişkin Duyuru", "Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce İnsanlık Dışı Ya Da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz", "Çevre Kirliliğine İlişkin Duyuru", "Hekimlerin Ölüm Cezalarına Katkılarıyla İlgili Karar", Hastanın Hakları", "Canlı Organların Ticaretine İlişkin Duyuru", "Hekimlik Alanında Çalışanların İnsan Haklarına ve Bireysel Özgürlüklerine İlişkin Bildirge", "İşkenceye Katılmayı Reddeden Hekimlerle İlgili Bildirge", "Bütün Ulusal Bakım Sistemleri İçin Sağlık Bakımı Sunulmasında On İki İlke", "Şiddet Veya Kötü Muamele Kullanımı Konusunda Veya Düşkünlük Yaratan Tedavilerde Yer Almayı Kabul Etmeyen veya Buna Zorlanan Tıp Doktorlarına Destek İle İlgili Hamburg Bildirgesi", "Tıbbi Toplantılara Katılma Özgürlüğü Konusundaki Tutum" gelmektedir.

3 SOYER, Hekimlik ve İnsan Hakları, Ankara 1996. s.26

4 ERDEMİR, ÖNCEL, AKSOY, Çağdaş Tıp Etiği İstanbul 2003. s.53 ve devamı.

Avrupa Konseyi metinleri arasında yer alan “Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” de önemli belgelerdendir.

Bu konudaki bir diğer önemli uluslararası belge 1991 yılında 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilen “Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon” adlı belgedir. “Malta Bildirgesi” olarak da anılmaktadır.

Bir diğer temel belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan, **“İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu” İstanbul’da kabul edilmiş olması nedeniyle “İstanbul Protokolü”** olarak anılmaktadır.⁵

Helsinki Bildirgesi:

Kısa adı Helsinki Bildirgesi olarak geçen “İnsan Denekler Üzerindeki Biyomedikal Araştırmalar İçin Hekimlere Yol Gösterici Öneriler” adını taşıyan metin, 1964 yılında Dünya Tabipler Birliği genel kurulunda kabul edilmiştir. Bu bildirge ile insan denekler üzerinde tıbbi araştırma yapan hekimlere yol gösterecek etik ilkeler belirlenmiştir. Bu bildirge ile, araştırma öncesi onamdan başlayarak, bilimsel araştırmanın yayınlanmasına kadar geçen bütün süreç, ayrıntılı olarak ele alınmış ve denek olacak kişinin yararının, her zaman en önemli ilke olarak göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır.⁶

Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce İnsanlık Dışı Ya Da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz- Tokyo Bildirgesi:

“Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce İnsanlık Dışı Ya Da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz” Dünya Hekimler Birliği genel kurulunda 1975 yılında kabul edilen bu belge, “Tokyo Bildirgesi” adı ile anılmaktadır. Tokyo Bildirgesi’nin öndeyiş bölümünde; *“Tıbbi insanlığın hizmetine uygulamak, kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmadan beden ve ruh sağlığını korumak ve iyileştirmek, hastalarının acılarını dindirmek ve onları rahatlatmak, tıp doktorlarına tanınmış bir ayrıcalıktır. İnsan yaşamına duyulan en yüksek saygı tehlike altında bile sürdürülmeli ve herhangi bir tıbbi bilginin insanlık yasalarına aykırı biçimde kullanılmasına fırsat verilmemelidir. Bu*

5 http://www.ttb.org.tr/eweb/i_prot/3.html

6 Füsün Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.

bildirgenin amacına yönelik olarak şu tanım yapılmıştır: İşkence, yalnız başına ya da bir yetkilinin emri altında davranan bir ya da birden çok sayıda kişinin, bilgi edinmek, itiraf almak ya da bir başka nedenle, kasıtlı, sistemli ya da düşüncesiz biçimde, bir başka kişiye zor kullanarak, ona fiziksel ya da ruhsal yönden acı çektirmesidir.” denilmektedir.

Bildirgenin devamında;

1. Silahlı çatışma ya da sivil kavgalar da içinde, hiçbir durumda hekim, işkenceyi ve zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı başka hiçbir işlemi onaylamayacak, hoş görmeyecek ve bunlara katılmayacaktır; suçu her ne olursa olsun, bu işlemlerle karşılaşan mağdurun inançları ve güdüleri ne olursa olsun, ister kuşkulanan kişi, ister sanık, isterse suçlu olsun bu durum değişmez.

2. Hekim, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulanmasına yarayacak ya da mağdurun böyle bir işleme dayanma yeteneğini azaltacak herhangi bir yer, araç, madde ya da bilgi sağlamayacaktır.

3. Hekim, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulandığı ya da böyle bir gözdağının verildiği yerlerde bulunmayacaktır.

4. Hekim, tıbbi açıdan sorumlu olduğu kişinin bakımıyla ilgili bir karar verirken klinik yönden bütünüyle bağımsız olmalıdır. Hekimin temel görevi, izlediği kişilerin sıkıntısını azaltmaktır; kişisel, toplumsal ya da politik hiçbir güdü, bu yüce amaçtan daha üstün sayılmayacaktır.

5. Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi dardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir.

6. Dünya Hekimler Birliği, işkenceye ya da zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı öteki işlemlere göz yummamaları yüzünden karşılaşabilecekleri tehdit ya da misillemelere karşı hekimleri ve ailelerini destekleyecek ve hekim meslektaşlarını da bu yolda isteklendirecektir.” denilmektedir.⁷

7 Füsun Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.

Hekimlik Alanında Çalışanların İnsan Haklarına Ve Bireysel Özgürlüklerine İlişkin Bildirge:

“1. Dünya Hekimler Birliği, hekim toplumundaki etkinliklerde, tıp öğretim ve eğitiminde, işe girme ve hekimlik mesleğine ilişkin çalışmaların öteki alanlarında, ırk, renk, din, inanç, etnik bağlantı, ulusal köken, cins, yaş ya da politik bağlanmaya bakılmaksızın fırsat eşitliği sağlanmasından yanadır.

2. Dünya Hekimler Birliği, hekimliği uygun biçimde onaylanmış kişilerin ulusal hekim birliklerine üye olma ve ayrıcalık ve sorumluluklarının ırk, renk, din, inanç, etnik bağlantı, ulusal köken, cins, yaş ya da siyasal bağlanma nedeniyle yadsınmasına kesin bir şekilde karşı çıkar.

3. Dünya Hekimler Birliği, haklarda, ayrıcalıklarda ya da sorumluluklarda eşitliğin yadsınmasına son verilmesi için, gerek bir bütün olarak hekimlik mesleğini, gerekse ulusal hekim birliklerinin her bir üyesini her türlü çabayı göstermeye çağırır, ve;

Bu nedenle, Ekim 1985'te Belçika-Brüksel'de toplanan 37. Dünya Hekimler Kurultayı'nda alınan kararlara uygun olarak, bu ilkelere bağlı olduğunu bir kez daha belirtir.⁸

Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi:

“Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon, Kasım 1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi, Eylül 1992'de ise İspanya'nın Marbella kentinde toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde düzeltildi.

Giriş:

1- Açlık grevcisiyle karşı karşıya olan hekimler aşağıdaki özetlenmeye çalışıldığı biçimde birbiriyle çelişen değerlerle karşı karşıya kalırlar:

1.1) Yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir, hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek durumundadır.

1.2.) Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini

8 Füsün Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.

alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır.

2- Bu çelişki özellikle müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim hastanın iradesine aykırıda olsa hastayı yaşama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise sonuçta hastanın kendi iradesine saygı göstermek durumundadır.

2.1. Müdahale etmek hastanın kendi iradesine aykırı bir durumu ortaya çıkarabilir.

2.2. Müdahale etmeme durumunda ise hekim önlenebilir trajik bir ölümlle karşılaşabilir.

3- Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir.

Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dahil olmak üzere geçerlidir.

4- Müdahale etmek ya da etmemek konusunda ki son karar -temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın- hekimine bırakılmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (hastanın) tedaviyi reddetme, koma durumunda, yapay beslenme ve ölüm riski gibi kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır.

Açlık Grevcilerinin Bakımı İçin Ana Hatlar:

Tıp mesleğinin temel ilkesi yaşamın kutsallığı olduğundan, açlık grevi yapanların bakımını üstlenen hekimlere aşağıdaki öneriler yapılmıştır:

1-Tanım:

Açlık grevcisi zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir.

2- Etik Yaklaşım:

2.1) Hekim mümkünse hastanın ayrıntılı tıbbi öyküsünü alır.

2.2) Hekim, açlık grevinin başında kişinin tam fizik muayenesini yapar.

2.3) Hekim ya da diğer sağlık personeli açlık grevinin kırılması için herhangi bir baskı yapamaz. Tedavi ya da bakım bu amaçla kullanılamaz.

2.4) Açlık grevinin tıbbi sonuçları net bir biçimde grevciye hekim tarafından aktarılır, ayrıca kişiye özel tehlikelerde belirtilir. Bilinçli bir karar ancak sağlam bir iletişim temelinde alınabilir. Eğer istenirse çevirmen kullanılmalıdır.

2.5) Eğer açlık grevindeki kişi, başka bir hekimin görüşünü de isterse ya da ikinci bir hekimin tedavisini sürdürmesini arzu ederse, bu sağlanmalıdır. Eğer açlık grevcisi tutukluysa, bu görev cezaevi hekiminin organizasyonu ile gerçekleştirilir.

2.6) Açlık grevcileri genellikle enfeksiyonların tedavisini ve ağızdan sıvı alımını (veya damardan serum) kabul edebilirler. Bu tarz bir müdahalenin reddedilmesi ise hastaya verilen sağlık hizmetinde bir önyargı oluşturmamalıdır. Hastaya yapılacak her müdahalede kişinin rızası mutlaka alınmalıdır.

3- Hekim, açlık grevindeki kişiyi her gün kontrol ederek greve devam etmeyi isteyip istemediğini saptar. Aynı zamanda doktor günlük olarak hastayı ziyaret ederek bilinç kaybı durumunda tedavinin ne olacağına ilişkin hastanın isteğini öğrenir. Bütün bu gelişmeler, hekim tarafından kaydedilir ve gizliliğinden hekim sorumludur.

4- Yapay Beslenme:

Açlık grevcisi bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da koma ya girdiğinde, hekim hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastasının tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir.

Eğer hastanın bilinci bulanır ya da komaya girip kendi başına karar alamayacak durumda olursa, hekim açlık grevi sırasında aldığı kararı her durumda dikkate alarak ve bu bildirgenin 4. maddesini göz önünde bulundurarak hastanın iyiliği için tedaviye devam edip etmeme kararı konusunda özgürdür.

5- Açlık grevi yapan kişi baskı altında tutulabileceği ortamlardan korunmalıdır. Bu durum onun diğer açlık grevi yapanlardan ayrılmasını da gerektirebilir.

6- Hastanın ailesini bilgilendirmek hekimin sorumluluğundadır. Ailenin bilgilendirilmemesi ancak açlık grevcisinin talebiyle olur.”⁹

Dünya Hekimler Birliği'nin İnsan Hakları Bildirgesi:

“1. Dünya Hekimler Birliği ve Üye Birlikleri, tüm insanlar için insan haklarının durumunu geliştirmek için, her zaman ileriye bakmış ve insan haklarına yönelik saldırıları azaltmak için sık sık eylem yapmıştır.

2. Tıp mesleğinin üyeleri, insan haklarına saldırıların farkına varanlar arasında ilk sıradadır.

3. Tıp birlikleri ülkelerindeki bu tip saldırılara dikkat çekmede önemli bir role sahiptir.”

Dünya Tabipler Birliği'nin İşkenceye Katılmayı Reddeden Hekimlerle İlgili Bildirgesi 1997, Hamburg:

“İşkence ve benzeri insafsızca, insanlık dışı veya onur kırıcı işlemlerde bulunmayı veya bunlara göz yummayı veya katılmayı reddeden tıp doktorlarının desteklenmesi için DTB önerisi”.

1. Yukarıdaki başlıkla ilgili olarak çok sayıda uluslararası etik bildirme hekimlere bu konuda kılavuzluk etmek amacını gütmektedir.

2. Bunlar arasında Dünya Hekimler Birliği'nin Uluslararası Etik Kodu, Cenevre Bildirgesi, Tokyo Bildirgesi ve Hekimin Ölüm Cezasına Katılımı Hakkındaki Çözümü, Ölüm Cezasına Hekimlerin Katılması Konusunda Nordik Ülkelerin Çözüm Metni ve Dünya Psikiyatrlar Birliği Hawaii Bildirgesi bulunmaktadır.

3. Ancak bunlardan hiçbirinde hekimlerin nasıl/hangi sınırlarda korunacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Tüm bu bildirme ve anlatımlarda “açık bir destek ifadesi” veya bu gibi işlemleri fark eden hekimlerin korunması yükümlülüğü veya desteklenmesi yönünde bir anlam yoktur.

9 Füsün Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.

ÇÖZÜM

4. Dünya Tabipler Birliği, kurumlaşmış tıp mesleğinin sorumluluğunu yineler ve yeniden doğrularken;

i. hekimleri insanlığa hizmet etmek ve bu yönde kendilerini adadıkları bu etik ilkelere zıt/karşı herhangi bir baskıya direnmek yolunda onurlarını korumak için cesaretlendirmek.

ii. hekimleri, böyle bir baskıya karşı direnç göstermeleri durumunda karşılaşacakları zorluklara ilişkin desteklemek.

iii. mesleğin yüksek etik ilkeleriyle uyumlu davranma çabasının sonucu olarak, sayısız zorlukla karşılaşan hekimlerin desteklenmesini ve yüreklendirilmelerini, Dünya Tabipler Birliği'nin ulusal üye birlikleri gibi öteki uluslar arası organizasyonlara da yaymak gerektiği vurgulanmıştır.

5- Dünya üzerinde pek çok ülkede böyle insanlıkdışı işlemlerin sürmesi ve hekimlerin mesleki etik ilkelere uymaya yönelik tutumlarını baskı altına alan olayların belgelenmesi sonucu, Dünya Tabipler Birliği şunları gerekli bulmaktadır;

i. Tıp doktorlarının işkence ve benzeri zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı işlemlere katılımını uluslar arası düzeyde protesto etmek,

ii. Tıbbi gizlilik de içinde olmak üzere yüksek etik ilkeleri desteklemek hakkı gözetilmek koşuluyla, kurbanların tedavi ve rehabilitasyonunda çalışan veya bu tür insanlık dışı süreçlere katılmayı reddeden hekimleri korumak ve desteklemek ve ulusal hekimlik birliklerini de "koruma ve desteklemeye" çağırmak,

iii. İşkence kanıtlarını bildiren hekimleri desteklemek ve duyurmak ve hekimleri bu tür süreçlere katmak yolundaki girişimlerden kanıtlanmış olanları,

iv. İşkencenin belgelenmesinin, işkence kurbanlarının rehabilitasyonunun ve tedavilerinin, işkence konusundaki araştırmaların ve bu yöndeki eğitimin yüreklendirilmesi."

Şiddet veya Kötü Muamele Kullanımı Konusunda veya Düşkünlük Yaratıcı Tedavilerde Yer Almayı Kabul Etmeyen veya Buna Zorlanan Tıp Doktorlarına Destek ile İlgili Dünya Tabipler Birliği Hamburg Bildirgesi:

1. Tıp mesleği tarafından kabul edilen birçok uluslararası ahlak bildirisi ve ana hatları temelinde dünyadaki tıp doktorlarının herhangi bir se-

bepile şiddet veya kötü muamelenin insanlara uygulanmasına veya düşkünlük yaratan işlemlere katılması, destek vermesi veya göz yumması yasaklanmıştır.

2. Bu bildiriler arasında birincisi Dünya Tabip Birliğinin Uluslararası Tıp Ahlakı yasası, Cenevre Bildirgesi, Tokyo Bildirgesi ve ölüm cezasında hekimin yer alması konusundaki tutumdur; yürürlükteki Avrupa hekimler komitesinin Madrid bildirisi; ölüm cezasında hekimlerin yer alması ile ilgili Nordic tutum ve Dünya Psikiyatri Derneğinin Hawaii bildirgesidir.

3. Bununla birlikte bu bildiri veya açıklamalardan hiçbirisi tıp doktorlarının insanlarda şiddet veya diğer şiddet türlerinin veya düşkünlük yaratan tedavi veya cezaların içerisinde yer almaları emredildiğinde veya baskı uygulandığında hangi korumanın sağlanması gerektiği konusuna açıkça değinmemektedir.

Ayrıca bu bildiri veya açıklamalardan hiçbirisi bu tip işlemleri fark eden veya içinde yer alan hekimlerin koruma konusunda açık destek veya zorunluluk ifade etmez.

ÇÖZÜM

4. Dünya Tabip Birliği burada örgütlü tıp mesleğinin:

i) insanlığa hizmet eden ve bu görevi gerçekleştirmede ahlaki prensiplere ters şekilde davranmaya yönelik herhangi bir baskıya direnen hekimlerin kararını desteklemek için tüm doktorları teşvik etmek;

ii) böyle bir baskıya direnmeleri sonucunda veya böyle bir insanlık dışı işleme karşı konuşma veya davranma girişimleri karşısında yaşadıkları zorluklarda hekimleri destekleme ve,

iii) mesleğinin en yüksek ahlaki prensiplerine göre davranma çabaları sonucunda hekimleri maruz kaldığı zorluklara destek vermek için Dünya Tabip Birliğinin ulusal üye birliklerinin yanı sıra diğer uluslararası organizasyonlara desteğini genişletme ve teşvik etme sorumluluğunu burada tekrarlamakta ve vurgulamaktadır.

5. Ayrıca tüm dünyada birçok ülkede bu tip insanlık dışı işlemlerin devamlı uygulanması açısından ve hekimleri meslekle ilgili ahlaki prensiplerin dışında davranmaya zorlamaya, belgelenmiş baskı olaylarında, Dünya Tabipler Birliği aşağıdaki saptamaları yapmaktadır:

i) Tıp doktorlarının şiddet veya kötü muamelede, insanlık dışı veya düşkünlük yapan tedavi veya cezalandırma şeklinde davranmaları konusundaki baskıları uluslararası düzeyde kınamak,

ii) *Bu tip insanlık dışı işlemlere katılmaya karşı çıkan veya tıbbi gizliliği içeren en yüksek ahlaki prensipleri saklı tutma hakkını sağlamanın yanı sıra, kurbanları tedavi ve rehabilite etmeye çalışan hekimleri desteklemek ve korumak üzere ulusal tabip birliklerine çağrı yapmak, destek vermek ve koruma altına almak;*

iii) *Bu tip işlemlerde hekimleri ilgilendiren girişimlerin bilinen kanıtlanmış olayları ortaya koymak, şiddet kanıtı bildiren hekimleri desteklemek ve bu konudaki bilgiyi yayımlamak; ve*

iv) *Şiddet ve bunun tedavisinin, hayatta kalanların rehabilitasyonunun, şiddet konusunda belgelerin ve bu ifadede açıklanan mesleki konuların sonuçlarını tüm tıp fakülteleri ve hastanelerde öğretmek ve araştırmak için ilgili akademik yetkililere rica etmede ulusal tıp derneklerini teşvik etmek.”*

Dünya Tabipler Birliği'nin Silahlar ve Silahların Yaşam/Sağlıkla Olan İlişkileri Hakkındaki Kararı:

Gerekçe:

Dünya Tabipler Birliği, ulusların savaş ya da silah üretimini, genellikle kısa dönem stratejik nedenlerle yaptıklarını kabul eder. Ancak silah kullanımının, halkları, savaşmayan bireylerinin sağlığı ve bir bütün olarak halk sağlığı üzerinde kısa ya da uzun dönemde ortaya çıkacak etkilerini dikkate almazlar. Tıp mesleği ise, tam tersine, savaşın yakın ve uzun dönemdeki etkileri ile ilgilenmeyi ve özel olarak da farklı biçimde silahların kullanımlarının etkilerini incelemeyi gerektirmektedir.

Tanım:

Silah kullanımını sonucu oluşmuş hasarların kontrol edilmesinde doktorun rolünü gözönünde bulundurarak, Dünya Tabipler Birliği silah kullanımının sonuçlarını bir halk sağlığı olgusu olarak tanımlamaktadır.

Doktorlar açısından tıbben hiçbir silah kabul edilemez, fakat doktorlar Uluslararası İnsanlık Yasası'nı ihlal edecek şiddette hasar ve acıya yol açan silahların kullanımına karşı etkili bir kontrol geliştirmek için yardım edebilirler. Belli kişiler, belli halklar ya da vücut sistemlerine karşı yeni silah sistemlerinin geliştirilmesine bilimsel ve tıbbi bilginin katılma potansiyeli oldukça yüksektir. Buna, natomik ve psikolojik sistemleri (görme de dahil olmak üzere) hedef alan silahların geliştirilmesi ya da silah üretimi için insanların genetik benzerlikleri ve farklılıkları hakkındaki bilginin kullanılması da dahil edilebilir. Bu tür silah sistem-

lerinin etkileri hakkındaki araştırmalara gerek silah şirketlerinin vekilleri olarak, gerekse kontrol görevlileri olarak katılan doktorlar, olağandışı etik problemlerle karşı karşıya kalabilirler, çünkü yaptıkları çalışma uluslararası yasayı ve kabul edilmiş standartları hiçe sayan kişilerce kullanılabilir.

Her ne kadar silahların savaşa katılmayan kişiler ya da gruplar, topluluklar üzerindeki etkisi ölçülebilir, ayırt edilebilir olsa da, silahların etkilerini ölçebilmek için kullanılan ortak bir ölçüt yoktur. Uluslararası insanlık yasası “gereksiz acı ve hasara” yol açan silahların kullanımının yasadışı olduğunu belirtmektedir. Bu terimler tanımlanmamıştır ve yasanın etkili olabilmesi için nesnel ölçütler gözönüne alınarak yorumlanmaları gerekmektedir.

Bu tip ölçütler uluslararası insanlık yasasının kullanımında avukatlara yardımcı olabilecek; yeni geliştirilen silahların yasal olup olmadıklarını; tıbbi etkilerini; kabul edilmiş nesnel bir ölçüm sistemi ile ölçebilecektir. Ve eğer geliştirilirse yasayı ihlal edecek silah türlerini de belirleyebilecektir. Bu ölçütler eğer hukuki bir sürecin parçası haline gelecekte, bu nesnel ölçütlerin tanımlanmasına doktorların katılımı zorunludur. Bununla birlikte, doktorların insana karşı kullanılan tüm silahlara karşı olduğu unutulmamalıdır.

Öneriler:

Dünya Tabipler Birliği insana karşı kullanılmak üzere silah tasarlanmasının, üretiminin ve satışının tiksindirici olduğunu düşünür. Silah kullanımından kaynaklanan hasarları azaltmak ve önlemek için önerileri şunlardır:

1. Varolan ve üretilecek silahların etkisini ölçebilmek için ve silahların geliştirilmesi üretilmesi ve satılmasını önlemek için kullanılacak nesnel ölçütlerin tanımlanması için girilen uluslararası çabalara destek vermek.

2. Çağdaş tıbbin giderek daha çok teknolojiye dayalı gelişmelere dayalı olduğu tespiti ile bu teknolojinin silah üretimine kaydırılması ya da onun tarafından suistimal edilmesini önlemeye çalışmak.

3. Ulusal tabip birliklerinin nesnel ölçütlerin oluşturulabilmesi için gerekli olan verilerin toplanması sırasında hükümetlerin katkısını sağlamalarını istemek.

4. Silah kullanımının dünya çapında halk sağlığını nasıl etkilediği hakkındaki bir araştırma için ulusal tabip birliklerinden destek almak, onları desteklemek ve silah kullanımının savaşa katılmayan kişilerin ve halkla-

rın sağlıkları üzerinde yarattığı uzun süreli etkilerden hem kamuyu hem de hükümetleri haberdar etmek için bu araştırmanın sonuçlarını ulusal ve uluslararası düzeyde yayınlamak.”

Dünya Tabipler Birliği'nin Silahlı Çatışma Dönemlerine İlişkin Kurallar:

Silahlı Çatışma Dönemlerine İlişkin Yönerge:

1. Silahlı çatışma dönemlerinde tıp ahlakı, Dünya Hekimler Birliği'nin Uluslar arası Tıp Ahlakı Yasası'nda saptandığı gibi, barış dönemlerinden farklı değildir. Hekimin birincil yükümlülüğü mesleki görevidir. Mesleki görevini yürütürken hekimin en başta gelen yol göstericisi vicdanıdır.

2. Tıp mesleğinde birinci görev sağlığı korumak ve yaşamı sürdürmektir. Bu nedenle hekimlerin şunları yapmaları olanak dışı sayılır:

A) Hastanın yararına olmayan koruyucu, tanı koyucu ya da iyileştirici işlemleri uygulamak ya da önermek,

B) İyileştirici bir etki sağlamadan kişinin fiziksel ya da zihinsel gücünü zayıflatmak,

C) Bilimsel bilgiyi, sağlığı tehlikeye atmaya ya yaşamı ortadan kaldırmaya yönelik olarak kullanmak.

3. Silahlı çatışma dönemlerinde de, insanlar üzerinde deney yapmakla ilgili olarak, barış dönemlerindeki yasa aynen yürürlüktedir; özellikle sivil ya da asker tutsaklar ile ele geçirilmiş ülkelerin halkı gibi özgürlüklerinden yoksun kişiler üzerinde deney yapmak bütünüyle yasaktır.

4. Acil durumlarda hekim, her zaman yansız olarak ve cinsiyet, ırk, ulus, din, politik bağlanma ya da benzeri başka ölçütlere bakmaksızın gereksinimi olanlara sağlık bakımı vermelidir. Bu sağlık bakımı, gerekli ve uygulanabilir olduğu sürece sürdürülmelidir.

5. Mesleki uygulama sırasında tıbbi gizlilik, hekim tarafından korunmalıdır.

6. Hekime sağlanan ayrıcalıklar ve kolaylıklar, mesleki amaçlar dışında kullanılmamalıdır. Hasta ve Yaralıların Özellikle Çatışma Stratasındaki Bakımlarını Düzenleyen

Kurallar:

A.1) Koşullar ne olursa olsun, asker ya da sivil her kişi, cinsiyet, ırk, ulus, din, politik bağlanma ya da benzeri başka ölçütlere bakılmaksızın, gereksinimi olan sağlık hizmetini almalıdır.

2- İyileştirici olmadığı sürece, kişinin sağlığına, fiziksel ya da zihinsel bütünlüğüne zarar veren bütün işlemlerin uygulanması yasaktır.

B.1) Asil durumlar için hekimlerden ve yardımcı sağlık çalışanlarından yapabilecekleri en iyi acil hizmeti sunmaları istenir. Tıbbi yönden, acil olanlar dışında, hastalar arasında herhangi bir ayırım yapılmayacaktır.

B.2) Tıp mesleğinin ve yardımcı mesleklerin üyelerine, kendi mesleki etkinliklerini özgürce yürütebilmeleri için gereken güvence sağlanmalıdır. Sorumluluklarını yerine getirmeleri için zorunlu olan yardım verilmelidir. Yardımlaşmaları gerektiğinde özgür dolaşma hakkı tanınmalıdır. Mesleki yönden tam bağımsız bir ortamda bulunmaları sağlanmalıdır.

3- Tıbbi görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi hiçbir koşulda suç sayılmayacaktır. Hekim, hiçbir zaman mesleki gizliliği gözetmesi nedeniyle kovuşturulmayacaktır.

4-Mesleki görevlerini sürdürdükleri sürece, tıp ve yardımcı meslektekiler, beyaz zemin üzerine kırmızı yılan ve asa amblemiyle ayırt edilirler. Bu amblemin kullanılışı özel bir yönergeyle düzenlenmiştir.”

Bütün Ulusal Bakım Sistemleri İçin Sağlık Bakımı Sunulmasında On İki İlke:

Öndeyiş:

Dünya yüzünde sağlık hizmetleri, büyük ölçüde bırakınız yapsınlar tarzında olanlardan, bütünüyle ve kapsamlı şekilde devlet tarafından örgütlenenlere dek çok çeşitli biçimlerde düzenlenmiştir.

Bütün sistemleri ayrıntılı olarak anlatmak olanaksızdır, ama bir kısım ülkenin yalnızca son derece gereksinimi olanlara yardım ettiği, bir kısmının ise bütün sağlık bakımını örgütleyerek daha da ileri gittiği söylenebilir. Sağlık bakımı alanında hükümet politikaları ve eylemleri ile kişisel girişimin buna çeşitli derecelerde katılması sonucunda, tıbbi bakım sağlama yolları sonsuz bir çeşitlilik içinde ortaya çıkmaktadır. Bu alanda en uygunu kuşkusuz, “hem hekimin, hem de hastanın özgürlüğüne en geniş saygıyı göstererek erişilen en yüksek düzeyde sağlık hizmetinin sunulması” olmalıdır.

Ancak beğenenlerin de, beğenmeyenlerin de bulunacağı çeşitli ulusal sistemlerin gündelik uygulamaları sırasında ortaya çıkan sorunların çözümlerinde işe yaraması açısından, yukarıdaki tipte bir formül kesinlikten çok uzak olmaktadır. Dünya Tabipler Birliği(DTB), tıbbi uygulamanın te-

mel ilkelerini korumak ve hekimlik mesleğinin özgürlüğünü savunmakla görevlidir. Sonuç olarak DTB'den çeşitli sistemlerle ilgili değer yargıları üretmesi beklenemez. Bununla birlikte DTB'nin hekimlik mesleğinin hangi koşullarda devletin sağlık hizmetleriyle işbirliği yapabileceğine, olabildiği ölçüde karar vermek gibi güç bir görevi de vardır.

İlkeler:

I- Hangi sağlık sisteminde olursa olsun, hekimlik uygulamasının koşulları hekim örgütlerinin temsilcilerine danışılarak belirlenmelidir.

II- Her sağlık sistemi, hastanın kendi seçtiği hekime başvurmasına, hekimin de yalnızca kendi seçtiği hastalara bakmasına izin vermeli; her iki hak da herhangi bir şekilde zedelenmemelidir. Özgür seçim ilkesine, tıbbi tedavinin bütünüyle ya da kısmen tedavi merkezlerinde sağlandığı yerlerde de uyulmalıdır. Acil durumdaki bir hastaya bakmak, hekimler için mesleki ve ahlaki yönden zorunlu bir görevdir.

III- Her sağlık bakım sistemi, diplomalı bütün hekimlere açık olmalıdır. Gerek hekimlik mesleği, gerekse birey olarak hekimler, istemedikleri görevi almaya zorlanmamalıdır.

IV- Hekim, mesleğini istediği yerde uygulamakta ve hizmetini, eğitimi ni gördüğü uzmanlık dalı ile sınırlandırmakta özgür olmalıdır. Söz konusu ülkenin tıbbi gereksinimleri karşılanmalı ve olabildiği ölçüde hekimlik mesleği genç hekimleri hekime en çok gereksinim duyulan yörelere yönlendirmeye çalışmalıdır. Bu bölgelerin başka yerlerden daha az beğenilir olduğu durumlarda, bu bölgelere giden hekimler uygun biçimde özendirilmeli, araç-gereçleri yeterli olmalı ve yaşam düzeyleri mesleki sorumlulukları ile orantılı bulunmalıdır.

V- Meslek, sağlığa ve hastalığa ilişkin sorunlarla uğraşan bütün resmi kuruluşlarda yeterince temsil edilmelidir.

VI- Hekim-hasta ilişkisinin gizlilik yönü, hastanın tedavisinin ve daha sonraki kontrollerinin her evresinde bulunan herkes tarafından kabul edilmeli ve gözetilmelidir. Yetkililer de bu konuya gerekli saygıyı göstermelidir.

VII- Hekimin ahlaki, ekonomik ve mesleki bağımsızlığı güvence altına alınmalıdır.

VIII- Hekimlik hizmetlerine ilişkin ücretlerin hekim ile hasta arasında doğrudan

doğruya anlaşma şeklinde belirlenmediği ulusal sağlık bakım sistemlerinde emeğin karşılığını belirleyen yetkililer, hekimin ücretini yeterince karşılamalıdır.

IX-Hekimlik hizmetlerine ilişkin ücretler saptanırken, verilen hizmetler değerlendirilmeli ve bu ücretler yalnızca ödeme yapan yetkili kurumun ekonomik durumuna göre ya da tek yanlı hükümet kararlarının bir sonucu olarak belirlenmemeli, aynı zamanda hekimlik mesleğini temsil eden kuruluş tarafından da kabul edilebilir olmalıdır.

X-Gerek hizmetin niteliğini korumaya, gerekse hizmetlerden yararlanmaya yönelik olarak hekimlik hizmetlerinin sayı ve maliyet yönünden gözden geçirilmesi yalnızca hekimler tarafından yapılmalı ve durum ulusal değil, yerel ve bölgesel standartlara göre değerlendirilmelidir.

XI-Hastanın çıkarlarının korunabilmesi yönünden, hekimin yürürlükteki tıbbi standartlara uygun biçimde reçete yazma ya da gerekli gördüğü başka herhangi bir tedaviyi önerme hakkı sınırlanmamalıdır.

XII-Hekim, mesleki bilgisini arttırmaya ve mesleki düzeyini yükseltmeye yönelik her etkinliğe katılmaya özendirilmelidir.¹⁰

Hekimlerin Akademik Özerkliği/Özgürlüğü:

Akademik alanda çalışan hekimlerin, mesleklerini yerine getirirken mesleki özerklik yanında akademik özerkliğe de sahip olmaları, bilimsellik açısından vazgeçilmez bir gerekliliktir. Hekimlerin mesleki özerkliğine müdahale edilen yukarıda saydığımız temel durumlar, akademik alandaki çalışmalarında da başlıca engelleri oluşturur.

Ulusal mevzuatımızda akademik özgürlükler Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Konu ile ilgili maddelere değinecek olursak;

Anayasa'nın 25. maddesi, "Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir", 26. Madde, "Herkes düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ve başka yollarla yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak, ya da vermek serbestliğini de kapsar." demektedir. Anayasa'nın 27. maddesi, "Bilim ve sanat hürriyeti" başlığı altında "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir." derken, 28. madde, basın hürriyeti ile ilgili olup, "Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır." diyerek vatanda-

10 Füsun Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.

şın habere ulaşma hakkını sağlamayı devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Anayasa'nın 130. maddesi Devletin üniversiteleri kurma amaçlarından söz ederken; "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere" ifadesini kullanmıştır. Ardından, "Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler." diyerek sözünü tamamlamıştır.

Hekimlerin akademik alandaki özerkliği/özgürlüğünü güvence altına alan en önemli uluslararası belge 1988 Lima Bildirgesi Akademik Özgürlük ve Yüksek Öğretim Kurumları'nın Özerkliği belgesidir.

Akademik Özgürlük ve Yüksek Öğretim Kurumları'nın Özerkliği - Lima Bildirgesi:

"Madde 3: Akademik özgürlük, üniversitelerin ve diğer yükseköğretim kurumlarının üstlendikleri eğitim, araştırma, yönetim ve hizmet işlevleri için vazgeçilmez bir ön koşuldur. Akademik çevrenin tüm üyeleri herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve devletten ya da herhangi bir başka kaynaktan gelebilecek müdahale veya baskı endişesini taşımadan işlevlerini yerine getirme hakkına sahiptir.

Madde 6: Akademik çevrenin araştırma işlevi ile ilgili tüm üyeleri, bilimsel araştırmanın evrensel ilke ve yöntemlerine tabi olarak, herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın araştırma çalışmalarını sürdürme hakkına sahiptir. Bu kişiler aynı zamanda araştırmalarının sonuçlarını başkalarına özgürce iletme ve sansürsüz yayımlama hakkına da sahiptir.

Madde 7: Akademik çevrenin öğretimle ilgili tüm üyeleri, öğretimin kabul edilmiş ilkelerine, standartlarına ve yöntemlerine tabi olarak, herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın öğretme hakkına sahiptir."

Bildirgede Yüksek Öğrenim Kurumlarının Özerkliği başlığı altında ise;

"Madde 14: Tüm yükseköğretim kurumları, kişilerin ekonomik, sosyal, kültürel, temel ve politik haklarının gerçekleşmesini gözetir ve bilim ve teknolojinin bu hakları zedeleyecek biçimde kötüye kullanılmasını önlemek için çaba gösterir.

Madde 15: Tüm yükseköğretim kurumları ilgilerini toplumun karşı karşıya bulunduğu çağdaş sorunlara yöneltirler. Bu amaçla, bu kurumların müfredatları ve faaliyetleri bir bütün olarak toplumun ihtiyaçlarına yanıt verir. Yükseköğretim kurumları, kendi toplumlarında politik baskıları ve insan hakları ihlallerini kınamalılar.

Madde 18: Akademik özgürlükten gerektiği gibi yararlanmak ve yukarıdaki maddelerde sözü geçen yükümlülüklere uymak, yükseköğretim kurumlarının üst düzeyde özerkliğe sahip olmasını gerektirir. Devletler, yükseköğretim kurumlarının özerkliğine müdahale etmemekle ve toplumdaki diğer güçlerin müdahalelerini de önlemekle yükümlüdürler.” demektedir.¹¹

Bilginin üretildiği yerler olması gereken üniversitelerin toplumsal sorumluluğu vardır. Bilgi, insanlığa yarar ve hizmet için üretilir, üretilmelidir. Bu noktada, bilgiyi üreten hekimlerin de akademik özerklik/ özgürlüğünün yaşamsal bir önemi olduğu açıktır.

Bitirirken:

İnsanların sağlıklarını korumaları ve yaşamlarını sürdürmeleri için gereken tıbbi yardımı yapmakla yükümlü hekimlerin, mesleklerini yerine getirirken tam bir mesleki özerklik içerisinde hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak bu şekilde nitelikli bir sağlık hizmeti sunulabilecektir. Hekimlerin mesleki özerkliğinin çerçevesini ise ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan meslek etiği ilkeleri belirleyecektir. Mesleki ve akademik özerkliği güvence altına alan oldukça ayrıntılı bir belgeler dizisi mevcuttur. Hekimlerin yasal mevzuat ile meslek etik ilkelerinin çatıştığı durumlarla karşılaşmaları da olasıdır. Bu çatışma durumunda hekimlerin davranışını belirleyecek olan Mesleki Etik İlkeleridir.

Uluslararası hukuk, yasal mevzuat ile meslek etiği ilkelerinin çatıştığı durumlarda, hekimlerin meslek etiği ilkelerine göre davranmasının doğru olacağı yönünde görüş bildirmektedir.

Kaynakça:

- 1) SOYER, Hekimlik ve İnsan Hakları, Ankara 1996.
- 2) SOYER, Tabip Odaları Beyaz Eylemler İstanbul 2005.
- 3) Füsün Sayek TTB Raporları/Kitapları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara 2009.
- 4) http://www.ttb.org.tr/eweb/i_prot/3.html
- 5) ERDEMİR, ÖNCEL, AKSOY, Çağdaş Tıp Etiği İstanbul 2003.
- 6) <http://www.onurumuzusavunuyoruz.org/>
- 7) CANTÜRK, Hasta Hakları – Hekim Hakları Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, sunum.
- 8) Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Ankara 2002.

11 <http://www.onurumuzusavunuyoruz.org/>

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ TAZMİNAT SORUMLULUĞU VE HUKUK YARGILAMA SÜRECİ TAMAMLANMIŞ DAVA ÖRNEKLERİ¹

Av. Gültezer Hatırnaz EROL²

TAZMİNAT SORUMLULUĞUN TEMELLERİ

Hekimlerin ve hastanelerin sorumluluğundan kaynaklanan bir zararın doğması ve bunun dava konusu edilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında bir ilişkinin kurulması gerekir. Bu ilişki, değişik biçimlerde olabilir.

SORUMLULUK

Sözleşme sorumluluğu (EBK96 vd-YBK.112.m.vd)

Haksız Fiil sorumluluğu (EBK.m.41 vd-YBK.49.m)

Vekaletsiz işgörme sorumluluğu (EBK 410.m-YBK.526.m)

TAZMİNAT SORUMLULUĞUN DOĞMASI İÇİN ARANAN ŞARTLAR

Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, ister sözleşme sorumluluğu olsun, isterse haksız fiil sorumluluğu olsun, bir sorumluluğun doğması için aşağıdaki beş şartın gerçekleşmiş olması gerekir:

1- İlişki koşulu- Bir sözleşmenin varlığı - Haksız Fiil:

2- Eylem- Sözleşmenin ihlali - Hukuka Aykırılık:

3- Zarar:

4- Kusur:

5- İlliyet (Nedensellik) bağı:

1 Acıbadem Üniversitesi ile İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezinin ortaklaşa düzenlediği, 4 Mayıs 2012 tarihinde yapılan, "Güncel Uygulamalar Işığında Sağlık Hukuku" panelinde sunulan tebliğdir. Kaynak:Gültezer Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009, ikinci Baskı

2 İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Başkan Yardımcısı,
gultezerhatirnaz@gmail.com

HEKİM SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

1- Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi varsa

Bağımsız çalışan bir hekime başvuran hasta ile hekim arasında teşhis ve tedavi sözleşmesi ilişkisi kurulmuş olduğundan, hekimin sorumluluğunu, sözleşme sorumluluğu olarak niteleneceklerdir.

Bu sorumluluk çerçevesinde, hekim, tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken mesleğinin tüm gereklerini yerine getirmek, tıp biliminin bütün olanaklarından olabildiğince yararlanmak, yanlış tanı ve tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetiminde dikkatli ve özenli davranmak ve “yüksek özen” göstermek zorundadır.

2- Hekim yardımcı kişi kullanmışsa

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü EBK.m.100-YBK.m.116, göre sorumlu olur.

Bu da sözleşme içi “**kusursuz sorumluluk**”tur. Yardımcı kişiler, hemşire, hastabakıcı, asistan, vb. kişilerdir.

3- Hekim, yardımcı kişi durumunda ise

Hasta bir özel hastaneye başvurduğunda, hasta ile hastane arasında “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” akdedilmiş olur. Özel hastane, hastayı, bünyesinde hizmet akdi ile çalışan bir hekime sevk eder.

Sözleşme, hasta ile özel hastane arasında kurulur. özel hastane bünyesinde hizmet akdi ile çalışan hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Hekimin sözleşmesel sorumluluğu da doğmayacaktır.

Özel hastanede çalışan hekimin kusurlu davranışı sebebiyle sözleşmesel sorumluluğuna her ne kadar gidilemeyecekse de, hekimin haksız fiilden ötürü sorumluluğuna gidilebilecektir.

Hekim, BK md. 100 anlamında yardımcı şahıs niteliğinde hareket edecektir. Özel hastane çalıştırdığı hekimin kusurlu davranışından dolayı, EBK m. 100- YBK.m.116, kapsamında, kusursuz sorulu olacak ve hastanın zararlarının tazmine mahkum edilecektir.

Hastanın uğradığı zarardan özel hastane ve hekim müştereken ve müteselsilen sorumludur. Hasta uğradığı zararın tazminini talebini, sadece hekime veya sadece özel hastaneye yöneltebileceği gibi, her ikisine

birlikte de başvurabilecektir. **Yani Hastanenin ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları “ortaklaşa ve zincirleme”dir.**

4- Hekim, vekâletsiz iş görmüşse (EBK.m.410-YBK.m. 526-EBK.411/1.fıkra-YBK.m.527)

Taraflar arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Bu durum daha çok acil durumlarda ve ameliyatın genişletilmesi hallerinde söz konusu olur. Hekim böyle durumlarda, vekaletsiz iş gören sıfatıyla tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

Acil duruma örnek, trafik kazasında ağır şekilde yaralanmış ve şuurunu yitirmiş hastayı kurtarmak, onun ağır zarara uğramasını engellemek için müdahale eden hekim, vekaletsiz iş görmüş olur.

Ameliyatın genişletilmesine örnek, Mide ameliyatı yapılırken, pankreasta sorun bulunup ameliyat genişletiliyor. Bu durumda mide ameliyatı için sözleşme, pankreas ameliyatı için vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanır.

Vekaletsiz iş gören hekim, kusur sorumluluğunu düzenleyen BK.m.96.vd-TBK.m.112.m devamı maddelerine göre sorumlu olacaktır.

HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI-TAZMİNAT TÜRLERİ

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu esas itibariyle, bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar.

Tazminat miktarının belirlenmesi bakımından hekimin sorumluluğunun kaynağının, sözleşmeye veya haksız fiile dayanmasının önemi yoktur.

Hekim kusurlu bulunmuş ise, hasta hem maddi hem manevi zararını tazmini isteyebilir.

MADDİ TAZMİNAT

Tedavi Giderleri:

Bunlar; yeniden yapılacak teşhis ve tedavi, ameliyat, doktor, ilaç, hastane, yatak, ulaştırma ücretleri ile geçici bir yerde dinlenme, kaplıca, protez, yardımcı, hizmetçi ve özel diyet masraflar olabilir.

İş Gücü Kaybı:

Kişinin beden bütünlüğünün, gerçekleştirilen tıbbi edim sırasında bozulmasıyla, çalışma gücünün geçici veya devamlı kaybı şeklinde olmaktadır.

Destekten Yoksun Kalma:EBK.m.45-YBK.m.53/3

Ölüm halinde, üçüncü kişilerin maddi, zararlarının da tazminini gerekebilir.

BK.m.53/3 “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” şeklinde belirlenmiştir.

Destekten yoksun kalabilecek kişiler, ölüm anında eylemli olarak var olacağı gibi (ana,babanın çocuklara; eşlerin birbirine desteği) ileride yarımın yapılmasının kuvvetle muhtemel ilişkilerde de (varsayımlı) destek kabul edilmektedir.

Ölüm nedeniyle diğer maddi zararlar: EBK.m.45-YBK.m.53/1-2

Cenaze giderleri

Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından yada yitirilmesinden doğan zararlar.

MANEVİ TAZMİNAT (EBK.m.98.m.-YBK. M. 114/II;EBK.m.47-YBK.m.56; EBK.m.49-YBK 58; TMK. m. 24)

Beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevi tazminat talepleri BK.m.56,

Bedeni zarara uğrama ve ölüm dışındaki diğer manevi tazminat talepleri ise BK.58.maddesine dayandırılır.

YBK.m.56 ve YBK.m.58 maddeleri MK.m.24'te düzenlenmiş olan kişilik hakkının korunmasına uygulama teşkil etmektedir

UYGULAMADA AÇILAN TAZMİNAT DAVASI ÇEŞİTLERİ NELER OLABİLİR?³

1) Geçici veya kalıcı bedensel zararlar nedeniyle maddi ve manevi tazminat,

2) Ölüm nedeniyle maddi ve manevi tazminat,

3) Yanlış tanı ve tedavi yüzünden uğranılan zararlar için maddi ve manevi tazminat,

4) Tedavinin olağandan fazla ve gereksiz yere uzatılması nedeniyle tazminat,

3 Çelik,Ç.A., Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu'nun 28-29 Eylül 2007 tarihinde düzenlediği Mesleki Eğitim Semineri Notları, s.47-52

- 5) Gereksiz ameliyat ve tedavi nedeniyle tazminat,
- 6) Hastayı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hastanın ve yakınlarının onamı alınmadan tedaviye başlanması ve ameliyat yapılması nedeniyle tazminat,
- 7) Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle tazminat,
- 8) Acil yardım gerektiren durumlarda hekimin görevini yapmayarak hastanın ölümüne veya sakat kalmasına neden olmasından dolayı maddi ve manevi tazminat,
- 9) İvedi ve ilk yardım hizmetini yerine getirmeyerek ağır yaralıyı veya hastayı kapıdan geri çeviren hastane yönetimine karşı maddi ve manevi tazminat,
- 10) Gereksiz tedavi masrafları yaptırılması ve aşırı ücret alınması nedeniyle tazminat.
- 11) Tedavinin başka bir hastalığı tetiklemesi nedeniyle tazminat
- 12) Hekim ve hastane hatasından kaynaklanan çeşitli zararlar
- 13) Ameliyat ve tedavi için gittiği hastanede, hastane enfeksiyonu denilen mikrobu kapalı hasta, bir süre daha hastanede yatmak ve tedavi edilmek zorunda kalmışsa, bu yüzden uğradığı zararları (iş ve kazanç kaybı, tedavi gideri, çekilen sıkıntı) isteyebilir.
- 14) Estetik ameliyatlarda istenen biçimde yapılmaması veya başarısızlıkla sonuçlanması nedeniyle maddi ve manevi tazminat

TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ

Tazminat miktarının ne olacağını EBK m. 49/2-YBK.m.58/2, gereğince hakim belirleyecektir. Türk hukuk sisteminde manevi tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağı yönünde yerleşmiş bir görüş mevcuttur.

Fakat son zamanlarda tazminat miktarlarının arttığını görmekteyiz. Bu konu ile ilgili olarak, Yargıtay kararları örneklerine aşağıda bahsedeceğim.

Tazminattan indirim (EBK.m.44-YBK.m.52).

BK.m. 52- “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir”

Hastanın, hekime yanlış bilgi vermesi, hekim talimatlarına uygun hareket etmemesi, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma **gibi ortak kusuru da dikkate alınarak tazminat miktarında indirim yapılabilir.**

Tazminat Davalarında Yargı Yolu, Görev ve Yetki

Tazminat davalar, adli yargıda açılır.

Tazminat davalarında, dava hakkı kural olarak hastaya aittir. Bunun dışında hastanın yakınlarının (ana, baba, eş, evlat gibi) da dava açmaları söz konusu olabilecektir.

Bu davanın davalısı, kural alarak, hekimdir.

Ancak hekimin özel bir hastanede çalışması durumunda, hekim ile birlikte, onun kusurlu eyleminden, adam çalıştıran sıfatı ile sorumlu bulunan özel hastane hakkında da, EBK.m.55-YBK.m.66(adam çalıştıranın sorumluluğu) ve EBK.m.100-YBK.m.116 (yardımcı kişinin filinden sorumluluk) dayanarak dava açılabilmesi mümkündür. Davalı hekim ve hastanedir.Sorumluluk müteselsildir (ortaklaşa ve zincirleme).

Görevli Mahkeme

Bu davalarda talep edilen bir miktar para olduğundan, Yeni HMK 'ya göre tazminat davalarında Asliye hukuk Mahkemesi görevlidir.

Özel hastanelere karşı açılacak davalarda, özel hastane şirket olarak örgütlendiklerinden ve ticari faaliyette bulduklarından görevli mahkeme Ticaret Mahkemeleri olacaktır.

Yetkili mahkeme

Sözleşme ilişkisi varsa

Yeni HMK 10.m. “Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.”

Zarar gören tarafından hekime karşı açılacak tazminat davası, sözleşmenin ifa edileceği yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesinde açılır.

Haksız fiil ilişkisi var ise

Haksız fiilden doğan davalarda, yeni HMK kanunda (md. 16), haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Eski Kanunda davalının yerleşim yeri ile fiilin meydana geldiği yer yetkili idi.

MADDİ VE MANEVİ ZARARIN İSPATI

Tazminat davalarında, sözleşmeye aykırılıkta,

Hastanın *hekimin kusurunu* ispatlaması gerekmez, çünkü EBK.m.96-YBK.m.112 uyarınca, hekimin kusurlu olduğu varsayılır.

Hekimin kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir.

Haksız fiile dayalı sorumlulukta ise

Hasta, *hekimin kusurunu* ispatlamalıdır.

Zamanaşımı

Hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay kararlarında “*vekillik sözleşmesi*” olarak kabul edildiğinden, (EK..m.386/2-YBK.m.502/2) hekime karşı açılacak tazminat davalarında, zamanaşımı süresi, EBK.m.126-YBK.m.147. gereği 5 yıldır.

Haksız fiilde zamanaşımı

YBK .m.72/1 “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak *iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar...*” Haksız fiil yani hekimin eylemi suç niteliğinde ise Ceza Kanunuda yer alan uzamış zamanaşımı süreleri uygulanır. *Bu TCK.m.66 ya göre, ölümlerde 15 yıl, bedensel zararlarda 8 yıldır.*

Özel hastanelerin sorumluluğu ve yardımcı kişilerden sorumlulukta Zamanaşımı süresi nedir?

Hastaneye Kabul Sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan davalarda zamanaşımı YBK. m. 146'e göre 10 yıldır. YBK.m.146“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir” hükmü uygulanır.Fakat Yargıtaykararlarında, 5 yıl olarak kabul edilmektedir.⁴

⁴ Yargıtay HGK E.2002/13-1011, K.2002/1047, T.11.12.2002, www.kazanci.com.tr

Zamanaşımının başlangıcı

Zamanaşımı süresinin başlangıcı, sözleşmeye aykırı hareketle zarar verildiğini ve zarar vereni, öğrenme tarihidir.

Sözleşme sorumluluğu ile hasız fiil sorumluluğu bir arada olduğunda; yani hakların yarıştığı şartlar altında, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna mı? haksız fiil sorumluluğuna mı? dayanılması gerekir?

Hangi sorumluluğa dayanarak dava açmak, hasta için yararlı olacaktır?.

1-Haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören (hasta) zarar verenin (hekimin) kusurunu ispatlamakla mükelleftir.

sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmeyi ihlal edenin (hekimin) kusurlu olduğu ön kabuldür, kusurlu olmadığını ispat sözleşmeyi ihlal edene borçluya yani hekime düşer.

2-Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi, hastanın fiili ve faili öğrenmesinden itibaren 2 yıldır. Sözleşmesel sorumlulukta ise zamanaşımı süresi 5 yıldır.

Ceza Mahkemesi Tarafından Verilen Kararın Tazminat Davasına Etkisi nedir?

YBK.m. 74- “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

Ceza davasında verilen kesinleşmiş mahkumiyet hükmü hukuk hakimini bağlar.Bu nedenle tazminat davasında, açılmış olan ceza davasının sonucunun beklenmesi gerekir. ⁵

Eski Tarihli Bir Yargıtay Kararı Örneği

Hekime ve hastaneye karşı açılan davalarda, eğer tıbbi hata açık ise, hastanın kusura katılımı da yoksa, ayrıca kusur oranının belirtilmesi gerekmez.Yani, ayrıca bilirkişi incelemesine gerek yoktur

5 Y.13.HD.07.10.2008, 11477/11825,hakan hakeri tıp hukuku, s.588

Yargıtay, “Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettilmesine de ihtiyaç yoktur. Gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre, bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, ayrıca doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.⁶

Y.HGK.E. 2010/13-717,K. 2011/129,T. 13.4.2011⁷

(Ameliyat Sonrası Hastanın Vücudunda Gazlı Bez Unutulması- Tedavide Düşük Kalite Malzeme Kullanılması- Bilirkişi İncelemesine Gerek Olmaması- Doktorun Hatalı Tedavisi Nedeniyle Maddi ve Manevi Tazminat Talebi)

Somut olay

... Davacı, 28.02.2001 tarihinde davalı doktor tarafından davalı hastanede over kisti ameliyatı olduğunu, ameliyat sonrasında şikayetlerinin devam ettiğini, davalı doktorun bu duruma kayıtsız kaldığını, başka doktorlara muayene olduğunu ameliyat önerilmesi nedeniyle, yeniden 11.02.2002 tarihinde ameliyat olmak zorunda kaldığını, ikinci ameliyat ile çıkartılan yabancı cisim üzerinde yapılan laboratuvar araştırmasında 4 adet pamuk elyafına rastlandığının tespit edildiğini, davalı doktorun kusuru nedeniyle ikinci ameliyatı olmak zorunda kaldığını ileri sürerek 3.000 YTL maddi tazminat ile 50.000.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalılar savunması

Davalılar, kendilerine yüklenecek herhangi bir kusur bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini dilemişlerdir.

RAPORLAR

1- İTÜ Makine Fakültesi Tekstil Mühendisliği Bölümü Tekstil ve Konfeksiyon Kalite Kontrol ve Araştırma Laboratuvarı'nın 01.03.2002 T.li raporunda ikinci ameliyat sonrasında çıkarılan numunenin incelendiği, yabancı cisimlerle birlikte 4 adet pamuk elyafının belirlendiği anlaşılmaktadır.

⁶ Y.13.H.D. 14.03.1983,7237-1783.

⁷ Legal HD, 105, 9 (Eylül 2011), s:3581 vd.

2- İstanbul Tabip Odası Onur Kurulu tarafından 28.04.2003 tarihinde verilen rapor

“... Hastanın ameliyat olduğu dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları İTÜ raporuyla uyumlu olduğundan abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu *bu nedenle de ameliyatı gerçekleştiren doktorun kullanılan malzeme kalitesinden sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla ceza verilmesine mahal olmadığına...*” karar verilmiştir.

3- Yüksek Sağlık Şurası 5-6-7 Eylül 2007 tarihli raporu

“... *Doğru endikasyonla uygulanan birinci operasyonda hata bulunmadığı, ikinci operasyona gerek duyulan vakanın takip sürecinde doğru tanımlanmadığı bu nedenle davalı doktorun değerlendirme ve takipte yetersizlik ve özensizliği bulunduğuna...*” karar verildiği görülmektedir.

Mahkeme Kararı:

Mahkemece, alınan Adli Tıp 3.İhtisas Kurulu raporu, Yüksek Sağlık Kurulu raporu ve Tabip Odası Onur kurulunca yapılan soruşturmalar neticesinde davalıların kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, Mahkeme Kararını Temyiz Etmiş.

YARGITAY 13.HUKUK DAİRESİNE DOSYA GİDİYOR.

Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK.321/ 1.md.) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır..... Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/ 1.maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olayda, .. mesleği doktor olan davalının vücüt içerisine girecek yabancı cisimlere karşı vücudun tepki göstereceğini bilmemesi mümkün olmadığına göre, ameliyat sırasında, bilirkişi raporuyla saptanacağı gibi, kalitesiz malzeme kullanması nedeniyle vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına KUSUR sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği ÖZENİN dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Yargıtay 13.HD. si, mahkemece davacının delilleri toplanarak tazminat konusunda karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle davanın red-dine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup Bozmayı gerektirdiğine karar vermiştir.

Yerel mahkeme Yargıtay'ın bozma kararına direnince dosya Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının karnından yabancı madde ile pamuk elyafı çıkarılması eyleminde davalıların kusurlarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda raporlardan bahsetmiştik.HGK bu raporlardan tekrar bahsediyor.

Her ne kadar Yerel Mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de;

Dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.

O halde, yerel mahkemece, davalı yanın kusurlu olduğu da gözetilerek, davacı lehine bozma ilamında değinildiği üzere, uygun bir miktar tazminata hükmedilmelidir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında yer alan ve ayrıca yukarıda açıklanan ila- ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, 13.04.2011 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

MANEVİ TAZMİNAT MİKTARININ TAYİNİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2001 tarih ve 2001/4-1016 E. 2001/757 K. sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir:

Yargıtayın genel uygulaması, manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmaması yönünde idi

“... manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir...”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 yılında farklı bir karar daha verdi

Y.HGK.E. 2004/13-291 K. 2004/370 T. 23.06.2004⁸

(MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ- TAZMİNATIN TATMİN DUYGUSU YANINDA CAYDIRICILIK UYANDIRAN ORANLARDA MANEVİ TAZMİNAT TAKTİR EDİLMESİ GEREKTİĞİ- TAZMİNAT MİKTARININ YERİNDE OLMASI)

Somut olay

Davacılarından H. Y.ın eşi ve diğer davacıların anneleri ve kardeşleri olan 1938 doğumlu R. Y.ın göğsünde meme bölgesinde tümöral kitle, batında fitik, ve idrar kaçırma şikayetleri nedeniyle 30.1.1999 günü davalı A. Sağlık Hizmetleri A.Ş'nin sahip ve işleteni olduğu A. Hospital adlı hastaneye yatırılarak önce göğsündeki kitlenin Dr. E. A. başkanlığındaki ekip tarafından ameliyatla alındığı, ardından diğer şikayetler nedeniyle hastanın Dr. B. Y. başkanlığındaki ekibe devredildiği, ikinci ameliyat safhasında tansiyonunun düştüğü, kanama nedeniyle şuur bozulduğu geliştiğinden hastanın yoğun bakıma alındığı ve burada 6.2.1999 tarihinde öldüğü, davalı şirkete ait Hastanede ameliyat olduğu sırada davalı doktorun kusurlu eylemi sonucu öldüğünü ileri sürerek *davacı eş H. İçin 10.000.000.000 TL. destekten yoksun kalma tazminatı ile birlikte 20.000.000.000 TL. manevi tazminat; çocukları B., Z. ve B.'in her biri için 15.000.000.000-er TL. ve kardeşleri A., H. ve L. için 5.000.000.000-er TL. olmak üzere toplam 80.000.000.000-TL. manevi tazminatın olay tarihinden ticari faizi ile tahsilini istemişlerdir.*

Adli Tıp Kurumu raporu

1-ameliyatı sırasında oluşan sol rektus adelesinde seyreden aepi-gastrika inferior dalının kopması ve gelişen kanamadan ileri geldiği, bu damar arızası ameliyat sırasında oluşup zamanında fark edilip onarılmadığından ölümdede etkili olduğu,

2- Klinikte ve otopside göğüs bölgesindeki ameliyat sahasında herhangi patoloji saptanılmadığından bu bölge ameliyatının tıp kurallarına uygun olup ölümdede etkisi bulunmadığı,

3- Ameliyat sırasında leze olan arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B.Y.'in kusurlu olduğu, kusur oranının 4/8 olduğu oybirliği ile mütalaa olunur" görüşünü açıklanmış; mahkemece alınan raporda da aynı kusur oranına ulaşılp 4/8 ise kötü tesadüf olarak adlandırılmıştır.

Ölene atfedilecek bir kusur bulunmadığında ise uyumsuzluk yoktur.

Mahkeme Kararı:

Dava kısmen kabul edilmiş. Mahkemece davacı eş H. 9.783.572.250 TL. maddi ve 16.000.000.000 TL. manevi çocukların her biri için 12.000.000.000- şer TL. kardeşlerin her biri için 4.000.000.000 TL. (talebe çok yakın) manevi tazminatın olay tarihi 6.2.1999'dan 29.12.1999'a kadar hesaplanacak yıllık %80, 30.12.1999'dan sonra %70 oranı üzerinden avans işlemlerine ilişkin banka reeskont faizi ile birlikte A. Sağlık Hizmetleri San. Tic. A.Ş. ve davalı B.Y.'den ortaklaşa ve zincirleme tahsiline, diğer davalılar hakkındaki davanın reddine, davalı E. A. yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş;

Mahkeme kararı, Davalı şirket ve diğer Davalı B. Y. Tarafından temyiz edilmiş.

Yargıtay Kararı

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2002 gün ve 2002/11333-13754 sayılı ilamı onanmış.

Davalıların Karar düzeltme isteği

Davalılar davanın reddini savunmuşlardır.

Karar:

Davaya konu olayda, belirlenen toplam manevi tazminat miktarının fazla olduğu, Davacılar yararına daha ılımlı bir manevi tazminata hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır.

Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık

Manevi tazminat miktarının yerindeliği noktasındadır.

Olayda davacılar ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri konumundaki kişilerdir. Ölenin şikayetleri yaşamsal öneme sahip şikayetler olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda bir saptama da uzmanlarınca yapılmamıştır. Durum böyle iken ölümle sonuçlanması pek muhtemel olmayan bir ameliyat sonucunda ölüm gerçekleşmiş ve bu durum davacılar da büyük ölçüde elem ve ızdıraba sebebiyet vermiştir. Davacılar da uyandırılan güvene uygun bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ölüm riskinin olmayacağı bir ameliyatta hastanın kaybının onun yakınlarında manevi yıkım oluşturması olağandır.

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır.

Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.

Mahkemece, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacılar da yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir.

Usul ve yasaya uygun bulunan mahkemenin direnme kararının onanmasına karar verilmiştir.

Örnek Yargıtay Kararı – (Aydınlatma)**Y.13. HD.E. 2007/2942, K. 2007/6736, T.15.05.2007⁹****Somut olay:**

Davacı davalı şirkete ait Hastanesinde diğer davalı doktor tarafından 14.05.2001 tarihinde katarakt ve göz içi mercek ameliyatı olduğunu, ameliyat sonrasında gözünde ağrı ve görme kaybı olduğunu, davalılara şikayetlerini ilettiğini, ameliyatın kusursuz olduğunu bildirdiklerini, başka doktora müracaat ettiğini ve *takılan lensin hatalı olduğunu öğrendiğini, gözünü kaybetme riski bulunduğunu*, davalının gerekli ihtimamı göstermediğini, belirterek *maddi ve manevi tazminat davası açmışlardır*.

Davalılar Savunmasında:

Davacıya yapılan ameliyatın başarılı bir operasyon olduğunu, *Sağlık Bakanlığı izni ile ithal edilen yumuşak ve en iyi lens takıldığını, kusurları bulunmadığını* savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

ATK Raporu.**31.03.2006 tarihli Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporunda;**

1- *Hastaya yapılan Fako ameliyatı ve yapay lens konulması işleminin tıbbi ve fenne uygun olduğu,*

2- *Halihazırda bugün için bu tür yapay lenslerin fabrikasınca piyasalardan toplatıldığı artık satılmadığı ve ameliyatlarda kullanılmadığı, göze konulduktan sonra saydamlığını yitiren bu tür yapay lenslerin ameliyatla çıkarılıp yerine başka yapay lens konulabileceği, adı geçen lensteki bu arzanın dış kaynaklı fabrikasyon imalat hatasından kaynaklandığı...” bildirmiştir.*

Mahkeme Kararı:

31.03.2006 tarihli Adli Tıp 3.İhtisas Kurulu raporuna itibar edilerek, *davalıların ameliyatta tıbbi kusuru bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.*

Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir

9 30 Kasım-1 Aralık 2007 tarihinde İstanbul Barosu'nun düzenlediği 3. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumunda tebliğ sunan, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Üyesi Harun Kara'nın sunumundan alınmıştır.

Yargıtay Kararı:

Somut olayda, Davalılar lenste fabrikasyon imalat hatası bulunduğu na dair gerekçeye itiraz etmediklerine göre davacıya takılan lensin ayıplı olduğu anlaşılmaktadır.

Davalılar tarafından davacıya ameliyatla takılan lensin riskleri konusunda uyarıda bulunulduğu, yani aydınlatılmış rızasının alındığı ya da hasta tarafından özellikle bu lensin takılması konusunda özel izin verildiği iddia ve ispat edilemediğine göre hastanın seçme şansı bulunmayan davalılar tarafından temin edilerek davacıya taktıkları lensin davacı hastaya verdiği zararı tazminle yükümlüdür.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın davacı yararına BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verilmiştir.

Örnek Yargıtay Kararı -(RIZA, AYDINLATMA,HAYATIN OLAĞAN AKIŞI-KOMPLİKASYON)

Y.13. HD., E. 2000/8582,K. 2000/10298,T. 20.11.2000¹⁰

Somut Olay:

Davacı, sağ el başparmağının paslı bir demir çubukla kesilmesi üzerine davalının sahibi olduğu Hastanesine götürüldüğünü, burada kendisini muayene eden davalı Doktor H...’nün talimatı doğrultusunda pansuman yapılıp kesiğe iki dikiş atılarak gönderildiğini, 26.4.1996 tarihinde fenalaşması, boğazının şişmesi ve yutkunma zorluğu çekmeye başlaması üzerine aynı hastahaneye başvurduğunu, bu defa hastaneye yatırılıp aynı gün taburcu edildiğini, 27.4.1996 günü sabaha karşı evinde komaya girmesi üzerine yine aynı hastaneye götürülüp bu defa tetenoze teşhisi konularak Tıp Fakültesi Acil Servisine sevk edildiğini, burada 26 gün yoğun bakımda kalarak ölümle pençelediğini, İlk muayene ve müdahaleyi yapan *davalı doktor H..’nün bu gibi kesik tedavisinde tetenoze aşısı ve tetenoze immunglobulin yaptırması mesleğinin gereği olduğu halde mesleğindeki acemiliği, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yaptırmadığını, bundan dolayı maddi ve manevi zarara maruz kaldığını öne sürerek, davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.*

¹⁰ 30 Kasım-1 Aralık 2007 tarihinde İstanbul Barosu’nun düzenlediği 3. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumunda tebliğ sunan, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Üyesi Harun Kara’nın sunumundan alınmıştır.

Davalılar Savunmaları:

Davalı İ.K. B. H. Hastanesinin kendisine ait olmadığını, aleyhine açılan davanın husumetten reddi gerektiğini savunmuş, diğer davalılar ise *davacının ilk muayenesinde kendisine tetanoz iğnesini yapılmasını kabul etmediğini, sonuçlarına katlanması gerektiğini beyanla davanın reddini dilemişlerdir.*

Mahkeme Kararı:

Mahkemece Sağlık şurası tarafından düzenlenen raporda hastane ve doktorun kusurunun bulunmadığının açıklanmış olması nedeniyle davalılar H.. ve H. Sağlık Tesisleri A.Ş. aleyhindeki davanın esastan reddetmiştir.

Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay Kararı

Doktor, bu gibi hallerde derhal tetanoz aşısının yapılmamasının ağır ve tehlikeli sonuçları hakkında, hastasını uyarmak, onu bilgilendirmekle yükümlüdür.

Davacı, köyde çiftçilikle iştigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır ve tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez. Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılmasını değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya varsa yakınlarına anlatması bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı yazılı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. *Davada, davacıdan tetanos aşısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir. Davada dayanılan protokol defteri davacı dışında davalı Hastane yetkilileri tarafından düzenlenmiştir. Oradaki bilgilerin davacıyı bağlayacağından da söz edilemez. Hastahane personeli olarak dinlenen tanıklar savunmayı kısmen doğrular şekilde beyanda bulunmuş ise de, davalı doktorun ısrarla tehlikeli ve ağır sonuçları anlatmış olmasına rağmen davacının yine de aşı yapılmasını istemediği şeklinde beyanda bulunmamışlar, dahası bu gibi karşı koyma olaylarında imza alındığını, ancak davacıdan imza alınmadığını işaret etmişler, bunların aksine davacı tanıkları da davacıya aşı yapılmak istenmesi ve davacının karşı koyması gibi bir durumun olmadığını bildirmişlerdir.*

Hayatın Olağan Akışı:

Kaldı ki, ufak bir parmak kesigi ile köyünden kalkıp şehir merkezine kadar gelerek hastaneye tedavi için müracaat eden, lokal anestezi için iğne yapılmasına, yaraya dikiş atılmasına müsaade eden, bu denli sağlığına özen gösteren bir hastanın, tehlikeli ve ağır sonuçlarının kendisine anlatılmasına, ısrar edilmesine rağmen tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyması hayatın doğal akışına da uygun düşmemektedir. O nedenle davalı hastane ile çıkar birliği içinde olan tanıkların beyanına itibar edilemez.

Diğer taraftan Yüksek Sağlık Şurası, ...Hukuk mahkemelerinde resmi bilirkişi değildir. O nedenle Hukuk Hakiminin Sağlık Şurası raporuyla bağlı olduğu söylenemez. (HUMK. madde 286) .

Sonuç:

Mahkeme kararının davacı yararına BOZULMASINA oybirliğiyle karar verilmiştir.

Örnek Yargıtay Kararı -(İlaç Hakkında Aydınlatma-Komplikasyon)

Y.13.HD.E.2006/10057 K., 2006/13842, T. 19.10.2006¹¹

Somut Olay:

Davacı, rahatsızlığı nedeniyle 13.09.2003 tarihinde davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından muayene edilip, tahlil ve film sonuçlarına göre reçete yazılıp, ilaçların kullanılarak on gün sonra kontrole gelmesinin söylendiğini, ancak 9. günde kullandığı ilaçlar nedeniyle mide kanaması geçirdiğini, ardından ameliyat olmak durumunda kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat davası açmıştır.

Savunmalar.

Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir.

Davalılar, davacının, 9 gün boyunca doktora gidilmemesinde davacının ihmalinin olduğunu, ayrıca kendisine mide şikayeti olup olmadığının sorulduğunu, ancak davacının böyle bir şikayeti olduğunu bildirmediğini, mide kanaması geçirmesinde kusurlarının olmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

11 YKD, Cilt: 33, S: 7, Temmuz, Sh: 1308-1310

ATK Raporu:

Bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan E.. Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirmiştir.

Hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır.

Mahkeme Kararı:

Mahkeme, bilirkişi raporuna dayanılarak mide kanaması ile tedavi arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay Kararı.

Somut olaya bakıldığında, davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de HAYATIN OLAĞAN AKIŞINA uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyuşmamaktadır.

Sonuç:

Yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, **bozma nedenidir.**

Örnek Yargıtay Kararı -(Aydınlatma-Komplikasyon-Sonucu garantilemek)

Y.13. HD., E: 2007/12837, K: 2007/13884, T: 20/ 11/ 2007¹²

Somut Olay:

Davacı, cinsel organında ereksiyon sorunu yaşadığını, bu nedenle dava dışı bacanağı aracılığı ile davalı doktorlarla tanıştığını, Almanya'dan

12 **Battal YILMAZ.**, Aydınlatma ve Rıza, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1 Sayı:1, 11.09.2009, Ankara, Yargıtay Tetkik Hâkimi, s.179

gelip muayene olduğunu, *davalıların mutluluk çubuğu takma konusunda çok başarılı olduklarını ve birçok hastayı sağlıklı cinsel hayata kavuşturduklarını, olumsuz sonuç almadıklarını söylemek suretiyle kendisini ameliyata özendirdiklerini ve ikna ettiklerini*, 18.3.2003 günü özel bir hastanede ameliyatın gerçekleştirildiğini, 4 gün hastanede yattığını, taburcu olduktan sonra da davalılarca 5 gün kontrolünün yapıldığını, davalıların artık Almanya'ya dönebilirsin demeleri üzerine yurtdışına gittiğini, bundan 3 hafta sonra cinsel organında anormallikler oluştuğunu, davalılarla konuştuğunu ve onların talepleri doğrultusunda 52 gün sonra tekrar Adana'ya dönüp, davalılarca ameliyata alındığını, penisinin kangren olduğunu öğrendiğini ve cinsel hayatının bittiğini ileri sürerek maddi ve manevî tazminat talep etmiştir.

Davalılar savunma:

Davalılar, işin uzmanı olduklarını, tıbbın gereklerini yerine getirdiklerini, *operasyonun risklerini ve başarı şansını, operasyon sonrası yapılması gereken iş ve işlemleri kendisine anlattıklarını, kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.*

ATK Raporu:

7.6. 2006 tarihli Adli Tıp Kurumu raporunda, Penis protez ameliyatını takip eden komplikasyonlar (penis enfeksiyonu ve nekrozu) sonucu geliştiği, bu komplikasyonların adı geçen ameliyattan sonra literatürde tanımlandığı (1,2,3) gibi *gelişebilecek komplikasyonlardan olduğu belirtilmiştir.*

Mahkeme Kararı:

Mahkeme, *bu tür komplikasyonların ameliyat sonrası görülebilir komplikasyonlardan olduğu, davacının 3-4 gün sonra Almanya'ya dönmesi ve kontrollerini yaptırmamasının olumsuz sonucun gelişmesine neden olabileceği, gerekçe gösterilmek ve Adli Tıp Kurumu'nun 7.6.2006 tarihli raporu esas alınmak suretiyle davanın reddine karar vermiştir*

Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay kararı:

Rahatsızlığı nedeniyle doktora başvuran hastanın amacı, rahatsızlığından kurtulmak ve bir an önce sağlığına kavuşmaktır. *Doktor işin başarı ile neticelenmesini garanti etmez ise de, seçilen tedavi yöntemi, bu yöntemin riskleri ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar ve tedavinin süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır. Her ne kadar davalılar, davacıya bu yönde açıklayıcı ve aydınlatıcı*

bilgi verdiklerini savunmuşlarsa da bu konuda savunmalarını doğrulayıcı dosya içerisinde bir bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu yönün ispatı davalılara düşer. Hal böyle olunca davalılar meydana gelen zarardan sorumludurlar. Öyle ise mahkemece, tazminat hesabı yaptırılmalı, sonucuna uygun bir karar verilmelidir.

Sonuç:

Bu yönün gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, **Bozmayı** gerektirir.

Örnek Yargıtay Kararı –(Kayıt Tutma Yükümlülüğü-Ameliyatta Tutulması Gereken Kayıtların 7-8 Ay Sonra Tutulması-Komplikasyon)

Y.13. HD.E. 2004/12088,K. 2005/1728 T. 7.2.2005¹³

Somut Olay:

Davacılar, müşterek çocuklarının rahatsızlığı nedeniyle davalı şirkete bağlı hastanede 20.9.1995 tarihinde ameliyat edildiğini, ancak ameliyatı gerçekleştiren doktorların hatası nedeniyle *anestezik uygulamanın çocuğa göre fazla ve disiplinsiz uygulamaları sonucu çocuğun bitkisel yaşama girdiğini belirterek maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir.*

Davalılar Savunması.

Genel anestezi uygulanan davacıların çocuklarının ameliyatının 40. dakikasında beyni yumuşatmak amacıyla verilen pentothal adlı ilaç nedeniyle oluşan arazlar meydana çıktığını, *bu olayın tıp uygulaması açısından karşılanması mutad nitelikte olan ve yapılan müdahalelerdeki herhangi bir kusura bağlanamayan bir komplikasyon olduğunu, kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.*

ATK Raporu:

Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu, Adli Tıp Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşü ve azınlık görüşü tarafından hazırlanan raporlarda *ittifakla, hastanın genel anestezi altında olduğu, verilen diğer ilaçlarla sinerjizm ve potensiyalizasyon gösterebilmesi nedeniyle, hastaya yaşı ve kilosuna nazara alındığında daha düşük dozda pentathol verilmesi gerekirken buna uyulmadığı belirtilmiştir. Yine ameliyat sırasında tutulması gereken belgelerin tutulmadığı, ameliyat raporunun 6-7 ay sonra yazıldığı da dosyadan anlaşılmaktadır.*

Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas kurulu ve Genel Kuruldan alınan raporlarda, hastada gelinen nörolojik hasarın verilen ilacın yan etkisine bağlı olduğu, hastanın rahatsızlığının ortadan kaldırılmasına yönelik cerrahi girişim için tetkiklerin yeterli olduğu, mevcut bulgulara göre iyileşmenin ameliyatla giderilebileceğinden, konulan ameliyat endikasyonunun ve yapılan tetkik ve cerrahi girişimlerin tıp kurallarına uygun olup, teşhis ve tedavide bir kusur bulunmadığı, ilaç uygulanmasının ve yoğun bakımdaki tedavi yöntemlerinin uygun olduğu, anestezi ekibinin bir kusurunun tespit edilmediği, hastahane verilen sağlık hizmetlerine ve hekimlere atfedilecek bir kusurun bulunmadığının belirtmişlerdir.

Mahkeme Kararı:

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan alınan raporda *davalıların kusurlarının bulunmadığının bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay Kararında:

Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, *ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.*

Sonuç:

Yerel mahkeme kararı bozulmuştur..

Örnek Yargıtay Kararı -(Yanlıştır teşhis ve Tedavi Sonucu Ölüme Sebep- Vekilin Özen Borcu-Maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılması)

Y.13. HD.E.2005/3645, K. 2005/11796 T. 8.7.2005¹⁴

Somut Olay:

Davacı, M.S.E.'ye velayeten babası Ş.E. tarafından açılan davada, küçük M.S.'nin annesi S.E.'nin 20.7.1998 tarihinde, davalı şirkete ait Özel Ş. Hastanesinde, diğer davalı doktor A. B. refakatinde davacı küçüğü do-

ğurduğunu, aynı gün taburcu edildiğini, doğumdan 6 gün sonra kontrol için davalılara başvuran S.'nin normal olduğu söylenerek eve gönderildiğini, 2 gün sonra ise yüksek ateş şikayeti ile önce Devlet Hastanesine, oradan davalı hastaneye, buradan da D.D. Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edilerek yapılan müdahaleye rağmen 2.8.1998 tarihinde vefat ettiğini, *davalı doktor hakkında açılan ceza davası sırasında Yüksek Sağlık Şurasından alınan raporda doktorun 4/8 kusurlu bulunduğunu, davalı doktor ve hastanenin kusurlu ve özensiz davranışları yüzünden ölümün gerçekleştiğini ileri sürerek davacı küçük için maddi ve manevi tazminata karar verilmesini istemiştir.*

ATK raporu: Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, *bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır.*

Mahkeme Kararı:

Davalı doktor ve hastanenin, haksız fül ve adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu oldukları, Adli Tıp raporuna göre davalıların 2/8 kusurlu oldukları kabul edilerek belirlenen maddi zarardan kusur oranında indirim yapılmıştır.

Hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Yargıtay Kararı:

Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.1.2004 tarihli raporu,doktorun 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı *hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir.*

Sonuç:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekalet aktinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurundan bile sorumlu olduğuna göre, *zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.*

KISALTMALAR:

EBK:ESKİ BORÇLAR KANUNU

YBK:YENİ BORÇLAR KANUNU: 6098 SAYILI, RG:04.02.2011 TARİHLİ KANUN.

Yeni Borçlar Kanun'u, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olması nedeniyle; hazırladığım tebliğde, yeni Borçlar Kanun'u hükümlerini dikkate alarak hazırladım.

SAĞLIK ÇALIŞANLARINA YÖNELİK ŞİDDET OLGUSU

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER¹

Başlangıç

Ülkemizde, sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olaylarının katlanarak artması ve ölümle sonuçlanacak kadar ciddi boyutlara varması son günlerin önemli gündem maddelerinden biridir. Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olgusunun dünyadaki ve ülkemizdeki genel şiddet olgusunun artışından bağımsız olarak değerlendirilmesi olası değildir. Toplumdaki şiddet olaylarının niteliği, nedenleri ve oranları konusu multidisipliner bir çalışmayı gerektirmektedir. Biz bu makalede, özel olarak sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin türleri, oranları, nedenleri ve şiddete maruz kalınması durumunda, hukuksal olarak yapılabilecekleri irdelemeye çalışacağız.

Şiddet Tanımı

Bu çalışmada, Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün şiddete bakışı esas alınacaktır.

Dünya Sağlık Örgütü, şiddeti, “*Kişinin kendisine ya da başka birisine, bir gruba ya da topluma karşı fiziksel gücünü istemli olarak kullanması ya da tehdit etmesi*” olarak tanımlamaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), “*belirli bir zarar veya yaralanmaya yol açan, önceden planlanmamış beklenmedik olay*”ı iş kazası olarak tanımlamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün iş kazası olarak tanımladığı olgu, sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olgusuna birebir uymaktadır. Olaya bu tanım çerçevesinde bakıldığında, sağlık çalışanına yönelik şiddet çok farklı bir boyut kazanmakta ve olay salt bir şiddet olayı olmaktan çıkıp, bir iş kazası olarak tanımlanabilmektedir. Sağlık çalışanına yönelik şiddet olgusunun iş kazası olarak tanımlanması, ileride konu edeceğimiz üzere, şiddetin nedenleri, önlenmesi ve idarenin sorumluluğu konusunda alışılmışın dışında farklı bir yaklaşıma da yol açacaktır.

1 Avukat / Tıp Doktoru, İstanbul Barosu

Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin boyutları ve sonuçları hakkında ülkemizde henüz resmi kurumlarca yapılmış ayrıntılı ve güvenilir bir araştırma yoktur.

Sadece, meslek odası olarak, tabip odalarının yaptığı bazı çalışmaların sonuçları, olaya ışık tutabilecek verileri bize sağlamaktadır. Ayrıca, uluslararası literatür bu konuda oldukça kapsamlı çalışmaları barındırmaktadır. Bu çalışmalardan, kısmen yararlanmakla birlikte, ülkelerin sosyal, kültürel ve demografik özelliklerinin şiddet olgusundaki belirleyici rolü dikkate alındığında, Uluslararası çalışmaların, ülke gerçeğini yansıtmadaki zayıf etkisini dikkate alarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olgusuna ilişkin bazı çalışmaları incelemekte yarar görmekteyiz.

Sağlık çalışanlarının şiddete uğrama riskinin diğer hizmet sektörü gruplarına göre 16 kat daha fazla olduğu bilinmektedir.²

TABLO 1: Türkiye’de Sağlık Çalışanlarına Yönelen Şiddeti Araştıran Çalışmalar (8-19)

ARAŞTRMACILAR	YIL / YER	ÇALIŞMA GRUBU	SONUÇLAR	REFERANS
Ölmezöğlu ZB, ve ark.	1999 / İzmir	112 Çalışanları	Şiddet endişesi yaşayanların oranı %81,0. Çalışanların %67,6’sı sözlü tacize; %48,6’sı sözlü tehdide ve %16,8’i fiziki saldırıya maruz kalmış.	8
Öztunç G.	1999 / Adana	Hemşire	Sözel taciz %68,5; sözel korkutma %47,9; fiziksel saldırı %16,0; sözel cinsel taciz %10,5.	9
Ergör A, ve ark.	2001 / İzmir	Sağlık Çalışanları	Sözlü veya fiziksel şiddete maruz kalma %58,7.	10
Piyal B, et al.	2002 / Ankara	112 Çalışanları	Şiddet korkusu %73,0; taciz %55,8; sözel baskı %36,4; fiziksel saldırı %4.	11
Ayrancı U.	2002 / Ankara, Eskişehir, Kütahya	Acil Servis	Şiddete maruz kalma %72,3 (sözel şiddet %69,5; tehdit %53,2; fiziksel şiddet %8,5).	12
Ayrancı Ü, ve ark.	2003 / Düzce	Sağlık Çalışanları	Şiddete maruz kalma Kütahya’da %74,5, Ankara’da %58,0, Eskişehir’de %46,6.	13
Alçelik A, ve ark.	2003 / Düzce	Hemşire	Şiddete maruz kalma %60,3 (sözel şiddet %92,2).	14
Avşar F, ve ark.	2003 / Ankara	Kadın Hastalıkları ve Doğum Hekimleri	Şiddete maruz kalma %80 (sözel şiddet %89; tehdit %43; fiziksel saldırıya kalkışma %21; fiziksel saldırının gerçekleşmesi %7,8; aletle yaralanma %1,1).	15
Boz B, et al.	2003 / Denizli	Acil Servis	Sözel ve fiziksel şiddete tanık olma oranları sırasıyla %88,6 ve %49,4.	16
Çalışkan M, ve ark.	2004 / Düzce	Araştırma Görevlileri	Şiddete maruz kalma oranı %58,3 (bunların %65,7’si sözel). Şiddetin en sık uygulandığı mekan acil (%53,1); en sık şiddet uygulayan hasta yakınları (%53,3).	3
Ağkoç S.	2005 / İstanbul	Araştırma Görevlileri	Son bir yılda şiddete maruz kalma oranı %50,7 (dahili bilimler %55,3; cerrahi bilimler %52,8; temel bilimler %16,7).	17
Yıldırım A, et al.	2005 / İstanbul	Hemşire	Mobbing oranı %86,5.	18
Aydın N, ve ark.	2006 / Gaziantep	Araştırma Görevlileri	Grubun %53,5’i sözel şiddet; %5,3’ü sözel ve fiziksel şiddet; %1,8’i fiziksel şiddete maruziyet tanımlıyor.	19

2 (Kingma M. Workplace violence in the health sector: a problem of epidemic proportion. Int Nurs Rev 2001; 48: 129-30.)

TABLO 2: Dünyada Sağlık Çalışanlarına Yönelen Şiddeti Araştıran Çalışmalar (20-31)³

ARAŞTIRMACILAR	YIL / YER	ÇALIŞMA GRUBU	SONUÇLAR	REFERANS
Hobbs FD.	1989 / UK	Pratisyen Hekim	Son bir yıl içerisinde kötü davranışa ya da şiddete maruz kalma oranı %62,9.	20
Fernandes CM, et al.	1999 / Kanada	112 Çalışanları	Çalışma yaşamında şiddetle karşılaşma oranı %68; şiddete/tehdide tanık olma fizik ve sözel biçime göre sırasıyla %86 ve %76.	6
Early MR, et al.	2002 / ABD	Hemşire (Acil)	Çalışmaya katılan hemşirelerin %60'ına hasta tarafından şiddet uygulanmış.	21
Quine L.	? / UK	Hekim	Genç doktorların %84'ü en az bir kez, %37'si ise son bir yıl içerisinde zorbalığa maruz kalmış.	22
Adib SM, et al.	2002 / Kuveyt	Hemşire	Son 6 ay içerisinde sözel veya fiziksel şiddete maruz kalma sırasıyla %48 ve %7.	23
Hesketh KL, et al.	2003 / Kanada	Hemşire	Şiddetin kaynağı acil serviste ve psikiyatri servisinde sıklıkla hasta iken, yoğun bakımda hastane çalışanları.	24
Tolhurst H, et al.	? / Avustralya	Pratisyen Hekim	Hastalarından agresif davranış ya da saldırıya maruz kalma oranı %73 (fiziksel saldırı %37).	25
Gerberich SG, et al.	2003 / ABD	Hemşire	Şiddet hızı 13,2/100kişiyıl.	26
Winstanley S, et al.	? / UK	Sağlık Çalışanları	Grubun %27'si saldırıya; %23'ü tehdide maruz kalmış.	27
Findorff MJ, et al.	2004 / ABD	Sağlık Çalışanları	Fiziksel olmayan şiddet %30,6; fiziksel şiddet %7,2.	28
Kowalenko T, et al.	2005 / ABD	Hekim (Acil)	Sözel şiddete maruz kalma %75; fiziksel şiddete maruz kalma %28.	29
Carmi-Iluz T, et al.	? / İsrail	Hekim	Son bir yıl içerisinde sözel ve fiziksel saldırıya maruz kalma oranları sırasıyla %56 ve %9.	30
British Medical Association	? / UK	Hekim	Grubun %47'si şiddeti işyeri için önemli bir sorun olarak tanımlıyor.	31

İlişkili Faktörler

TABLO 3: Sağlık Çalışanlarına Yönelen Şiddet İle İlişkin Faktörler

ARAŞTIRMACILAR	SONUÇLAR	REFERANS
Ölmezöglü ZB, ve ark.	Şiddete maruz kalma endişesi ile ekip uyumu ve yönetici desteği arasında negatif, eğitim düzeyi ve hasta sayısı ile pozitif; sözlü tacize uğrama ile yönetici desteği arasında negatif, eğitim düzeyi ve hasta sayısı arasında pozitif; fiziksel saldırı ile hasta sayısı arasında pozitif korelasyon mevcut.	8
Öztunç G.	Sözel ve fiziksel şiddet olayları en çok çalışma saatleri içerisinde yaşanmakta. Sözel tacizler sıklıkla hasta yakınları tarafından; sözel cinsel taciz ve saldırılar ise hastalar tarafından gerçekleştirilmekte.	9
Ergör A, ve ark.	Doktorlar diğer sağlık çalışanlara kıyasla daha çok sözel şiddete maruz kalmakta.	10
Piyal B, et al.	Verbal ve fiziksel taciz kadınlarda ve ekip uyumu kötü olanlarda; şiddet korkusu ise yönetici desteği kötü olanlarda ve mobil hizmet birimlerinde çalışanlarda daha sık saptanmaktadır.	11
Ayrıncı U.	Birinci basamak sağlık kurumlarında ve devlet hastanelerinde çalışanlar anlamlı oranda daha fazla şiddete maruz kalmakta.	12
Ayrıncı Ü, ve ark.	39 ve altı yaş grubuna dahil olanlar, pratisyen hekimler ve hemşirelerin; birinci basamak sağlık kurumlarında ve devlet hastanesinde çalışanların şiddete maruz kalma oranı anlamlı oranda daha yüksektir.	13
Avşar F, ve ark.	Devlet ve SSK hastanelerinde çalışanların şiddete maruz kalma oranı üniversite hastanesine göre daha yüksektir. Ahlakî yetersizlik, medya etkisi ve hekime güvensizliğin hasta ve hasta yakınlarının hataları ile; yardımcı ekip eksikliği, hekim yorgunluğu ve hastaya ayrılmak yeterli zaman yoksluğu hekim kaynaklı hatalar ile ilişkilendirilmekte.	15
Boz B, et al.	İlaç almı ve alkol kullanımı şiddetin en sık (%31,4), uzun hasta bekleyişi ise ikinci sık (%24,7) neden olarak tanımlanmaktadır.	16
Ağkoç S.	Dahiliye ve cerrahi bilimlerde çalışan araştırma görevilerinin temel birimlerde çalışan meslektaşlarına kıyasla şiddete maruz kalma oranı anlamlı oranda daha yüksektir.	17
Hobbs FD.	Cerrahi bilimlerde çalışma şiddete maruz kalma ile; erkek cinsiyet, alkol kullanımı, anksiyete, psikiyatrik hastalıklar ve uzun bekleme süresi şiddet uygulama ile anlamlı oranda pozitif korele.	20
Quine L.	Siyah ve Asya etnik kökene sahip doktorların zorba davranışlara maruz kalma olasılığı; diğer meslektaşlarına kıyasla daha fazladır.	22
Tolhurst H, et al.	Sözel ve fiziksel şiddet erkek cinsiyetle, cinsel taciz ise kadın cinsiyetle pozitif korele. Sözel, fiziki ve cinsel şiddet çalışma saatlerinde daha sık. İlaç almı; alkol kullanımı ve psikiyatrik hastalık salgırganlık ile pozitif korele.	26
Winstanley S, et al.	Dahili bilimlerde çalışma ve hemşirelik fiziksel saldırı ile; acil serviste çalışma ve hemşirelik sözel saldırı ile anlamlı oranda pozitif korele. Dahili hemşirelik ve hekimlik ziyaretçilerden kaynaklı tehdit ile; acil serviste çalışma ve hemşirelik sözel saldırı ile anlamlı oranda pozitif korele.	27
Carmi-Iluz T, et al.	Hastalar birinci basamak sağlık kurumlarında yaşanan şiddet ile, hasta yakınları ise hastanelerde yaşanan şiddet ile anlamlı oranda pozitif korele. Birinci basamak sağlık kurumlarında çalışanlar, hastanelerde çalışan meslektaşlarına kıyasla anlamlı oranda sağlık kurumunun dışından da meslekî şiddete maruz kalmakta. Şiddet nedenleri sıklık sırasına göre uzun bekleme zamanı (%46,2), tedaviden memnuniyetsizlik (%15,4) ve hekimden hoşnutsuzluk (%10,3)'tür.	30
Wang PX, et al.	30-44 yaş grubu ve hemşirelik şiddete maruz kalma ile anlamlı oranda pozitif korele.	32
İngiltere Tabip Örgütü	Sağlık alanında yaşanan şiddeti önemli bir sorun olarak tanımlamak ile psikiyatri, pratisyen hekim ve halk sağlığı hekimleri olma arasında; işyerinde şiddet artışı ile kadın hastalıkları ve doğum hekimleri, pediatrist ve halk sağlığı hekimleri olma arasında; son bir yıl içerisinde şiddete maruz kalma ile kadın cinsiyet arasında; hasta kaynaklı şiddet ile pratisyen hekimlik arasında; hasta ailesi ve arkadaşlarından kaynaklı şiddet ile birinci basamak dışı kurumlarda çalışan hekimler arasında; ofiste şiddete maruz kalma ile pratisyen hekimlik arasında; acil serviste ve koğuşt şiddete maruz kalma ile hastanede çalışma arasında ilişki gösterilmiştir. İlaç almı, psikiyatrik, mental hastalık; uzun bekleme zamanı; önerilen tedavinin reddedilmesi; konulan tanı-tedavi planının beşenilmemesi ile şiddet nedenleri arasında ilişki mevcut.	31

3 Türk Tabipleri Birliği Gaziantep-Kilis Tabip Odası Sağlık Sektöründe Şiddet Raporu-I (2008)

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin sayısal artışının dışında, uygulanan şiddetin oranının, biçimlerinin de, geçmiş yıllara göre değerlendirildiğinde farklılaştığı gözlenmektedir. Bu konuda Ankara Tabip Odası'nın 2008 yılında yayınladığı "Hekimlere-Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet" raporu ve Gaziantep-Kilis Tabip Odası'nın "Sağlık sektöründe şiddet" adlı yayını, bizlere oldukça değerli veriler sunmaktadır.

Sağlık çalışanları arasında, oransal olarak en çok şiddete maruz kalanların acil servis çalışanları olduğu bilinmektedir. Pratisyen hekimlerin uzman hekimlerden, hemşirelerin hekimlerden daha fazla oranda şiddete maruz kaldıkları bilinmektedir. Bu da bize, şiddete maruz kalma oranlarında mesleki hiyerarşinin önemini göstermektedir.

Sağlık Çalışanına Uygulanan Şiddetin Nedenleri

Şiddetin nedenlerine değinecek olursak, kapsamlı bir tablo ile karşılaşıyoruz.

- Uygulanan sağlık politikaları,
- Sağlığa erişimdeki güçlükler,
- Sağlık hizmetinin yetersizliği,
- Sağlık hizmeti sunulan ortamların fiziksel yapısının yetersizliği,
- Sağlık hizmeti sunulan işyerlerinin güvenliğinin yetersizliği,
- Sağlık alanındaki aşırı iş yükü,
- Sağlık çalışanlarının iş doyumsuzluğu ve tükenmişliği,
- Sağlık hizmetindeki her türden aksaklığın sorumlusu/muhatabı olarak sağlık çalışanlarının görülmesi/gösterilmesi,
- Medyanın sağlık çalışanlarını hedef gösteren yanlış politikaları,
- Sağlığa bakış açısındaki değişim, eski algı ile "yenidünya düzeni" ile birlikte değişen algı; eski "devletin görevi gereği ajanı (doktoru) aracılığı ile vatandaşını koruması, kollaması, şimdi ise sağlığın para verilerek alınan mal konumuna indirgenmesi,
- Değişen algının bir başka yansıması olarak, sağlık hizmeti alanların da eski algıdan farklı olarak; artık sağlık çalışanını devletin bir memuru (ajanı) olarak görmemesi, hizmet sunan bir tüccar gibi algılaması,
- Toplumdaki sosyo-kültürel değer kayıpları, işsizlik, savaş/çatışma ortamları, ekonomik zorluklar,

- Zorunlu mesleki sorumluluk sigortasının yarattığı tazminat talepleri,
- Şiddeti önleyici yasal düzenlemelerin yetersiz kalışı, meslek odalarının yaptırım gücünün olmayışı,
- Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin cezasız kalması, devlet tarafından sağlık çalışanına hukuki destek sunulmaması.

Gaziantep-Kilis Tabip Odası'nın şiddet ile ilgili çalışmasında (1998), soru yöneltilen hekimlerin %91,3'ünün son bir yıl içinde toplumda şiddetin arttığını, yine benzer biçimde, %90'ının son bir yıl içinde sağlık alanındaki şiddetin de arttığını, düşündükleri ortaya çıkmıştır. Yine bu çalışmada, hekimlere son bir yılda çalıştığı kurumdaki şiddetin artışı konusundaki görüşleri sorulduğunda, hekimlerin % 59,3'ünün görev yaptıkları kurumda şiddetin artmış olduğunu gözledikleri ortaya çıkmıştır.

Sağlık Çalışanına Uygulanan Şiddetin Hukuki Boyutu

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin hukuki boyutunu incelediğimizde, karşımıza iki sorumluluk tipi çıkmaktadır. Bunlardan bir tanesi, şiddeti uygulayan kişinin eyleminin Türk Ceza sistemindeki karşılığıdır. Diğeri ise, sağlık çalışanının bu eylem sonucu uğradığı zararın giderilmesi doğrultusunda, haksız eylemi uygulayanın oluşturduğu zararın giderilmesi konusundaki tazminat sorumluluğudur.

Cezai Sorumluluk

Eylemin cezai boyutunu incelediğimizde, Türk Ceza Kanunu ile karşılaşırız. Sağlık çalışanına yönelen eylem, fiziksel şiddet olabileceği gibi, sözlü olarak hakaret, sövme, tehdit gibi eylemler de olabilir.⁴

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, meslek mensuplarına yönelik işlenen suçlara ilişkin özel düzenlemeler yer almamıştır. Ancak, bahsedilen suçların kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmiş olması durumunda cezanın artırılması söz konusudur.

Sağlık çalışanlarına yönelik saldırıların ölümle sonuçlandığı olgular da yaşanmaktadır. Bu eylemler, Türk Ceza Kanunu'nun 81. ve devamı maddelerinde düzenlenen "Kasten öldürme" suçunu oluşturmaktadır. Kasten, ihmali davranışla, taksirle işlenebilen öldürme suçunun kovuşturulması şikâyete bağlı değildir.

4 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesi "Kasten Yaralama" başlığını taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrasına göre; "1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." 86. maddenin 2. fıkrasında, "Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur." denilmektedir.

Bu hüküm ile şiddetin hafif olduğu eylemler şikâyet şartına bağlanmaktadır.

86. maddenin 3. fıkrasının c bendinde ise, "kasten yaralama suçunun; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır." düzenlemesi getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, kamu görevi ifa eden sağlık çalışanlarına yönelik şiddet, kanun tarafından ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89 md. düzenlenen "Taksirle yaralama" suçunun kovuşturulması ve soruşturulması şikâyete bağlıdır.

Kasten veya bilinçli taksirle gerçekleşen yaralama suçlarının soruşturulması ve soruşturulmasında ise şikâyet koşulu aranmamaktadır.

Sağlık çalışanlarına yönelik sıkça işlenen suçlardan biri de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi'nde düzenlenen "Hakaret" suçudur. Maddenin 1. fıkrasına göre; "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır." 125. maddenin 3. fıkrasının c bendinde, "hakaret suçunun, Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı," işlenmesi halinde cezasının alt sınırının bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 4. fıkrasında ise şiddet eyleminin aleni bir şekilde işlenmesi durumunda, "Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır." düzenlemesi getirilmiştir.

Madde 131/1'e göre, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması Kamu görevlisinin şikâyetine bağlı değildir.

Sağlık çalışanlarının veya yakınlarının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına, mal varlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden bahisle tehdit edilmesi eylemi, TCK. md. 106'da düzenlenen "Tehdit" suçunu oluşturmaktadır. Tehdit suçunun soruşturulması ve kovuşturulması bir istisna dışında şikâyete bağlı değildir. Şikâyet koşulu aranan istisna ise, malvarlığına zarar verilmesine yönelik tehditlerdir. Madde 106'da tanımlanan suç işleyen kişi "altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.". Kanun, malvarlığı ile ilgili bir tehdit söz konusu olduğunda ise, "mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına" hükmolunur düzenlemesini getirmiştir.

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddete örnek olan bir diğer eylem, sağlık çalışanından "bir şeyi yapmasını" ya da "yapmamasını" veya "kendisinin yapmasına izin vermesini" sağlamak için zor kullanılmasıdır. Bu zor kullanma eylemi Türk Ceza Kanunu madde 108'de, "Cebir" başlığı altında düzenlenmiştir. Cebir suçu için şikâyet koşulu aranmamaktadır. Bu suç türü kasten yaralamanın ağırlaştırıcı unsuru olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda, mağdura uygulanan fiziksel şiddetin hafif olduğu durumlarda, eylemin cezalandırılmasının, mağdurun şikâyetine bırakıldığı, ancak şiddetin kamu görevini ifa eden sağlık çalışanına uygulanması durumunda, şikâyet aranmaksızın, kendiliğinden soruşturma yolunun seçildiği görülmektedir. Yine, her türlü şiddet eyleminin, kamu görevini ifa eden sağlık çalışanına uygulanması, ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir.

Tazminat Sorumluluğu

Şiddet eyleminin tazminat boyutu incelendiğinde, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen "haksız fiil" kavramı ile karşılarız.⁵

Halen yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi, "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur." düzenlemesini getirmiştir. Buna göre, haksız olarak, yaptığı eylem ile bir kimseye zarar veren kişi, bu zararını tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Haksız eylemi gerçekleştiren kişi, gerçekleştirdiği bir eylem ile, sağlık çalışanına bedensel bir zarar verebileceği gibi, manevi bir zarar da verebilir. Bedensel bir zararın söz konusu olduğu durumlarda, maddi bir tazminattan söz edilirken, diğer durumlarda, zarara uğrayan kişinin duyduğu elem veya acının giderilmesi için, manevi tazminattan bahsedilebilecektir. Her durumda, sağlık çalışanına yönelik

5 818 sayılı Borçlar Kanunu

haksız fiilin yol açtığı maddi veya manevi zararın, haksız fiili uygulayan failden tazmin edilmesi zorunluluğu vardır.

Haksız fiillerden doğan tazminat sorumluluğuna dair bu hüküm 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da, mevcut düzenlemeye paralel olarak düzenlenmiş, mevcut kanundaki ilgili madde metninin dili sadeleştirilmekle yetinilmiştir.⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri, başlığı altında *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür." denilmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da, yeni yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da, meydana gelen zararların tazmini için, şiddete uğrayan sağlık çalışanının, ceza yargılamasından ayrı olarak, genel mahkemelerde tazminat davası açarak, meydana gelen zararının giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu md. 53 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.74'deki düzenlemelere göre, genel mahkemelerde görev yapan hâkimler, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararlarıyla da bağlı değildir. Yine aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Tazminat davasında hâkim, haksız fiil sonucu meydana gelen maddi ve manevi zararların boyutlarını araştırarak ve zararların telafisi yoluna gidecektir.

Hem 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'muzun 42. maddesinde, hem de 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'muzun 50. maddesinde, zararın ve kusurun ispatlanma yükümlülüğü zarar görene yüklenmiştir.

Mevcut düzenlemeler doğrultusunda, ispat yükünün zarar görene yüklenmesi, sağlık çalışanlarının uğradıkları şiddet sonrasında yapılması gerekenlerin önemini daha da arttırmaktadır.

Şiddete Uğrayan Sağlık Çalışanı İçin Algoritma

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin önlenmesi, bu suçların cezalandırılabilmesi koşuluna da önemli ölçüde bağlıdır. Etkin bir yar-

6 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

gılama yürütülebilmesi için, sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin belgelenmesi yaşamsal bir öneme sahiptir. Bu nedenle, sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olaylarında, şiddete uğrayan kişinin, sağlık açısından acil müdahalesi yapıldıktan hemen sonra, olayla ilgili tutanağın tutulması oldukça önemlidir. Şiddet olgusunu belgelemede birinci ve belki de en önemli basamak olan tutanakta mutlaka bulunması gereken kayıtlara değineceğiz. Olayın meydana geldiği yer, tarih ve saat, ayrıntılı olarak yazılmalıdır. Olay meydana geldiği sırada, şiddete uğrayan sağlık personelinin yapmakta olduğu iş ve olayın başlama nedeni belirtilmelidir. Saldırı olayı, bütün ayrıntılarıyla ve günlük konuşma diliyle kayıt altına alınmalıdır. Olay sırasında odada bulunan kişilerin kimlikleri ve iletişim bilgileri kaydedilmeli ve mümkün olanların imzaları alınmalıdır. Saldırganların biliniyorsa kimliği, bilinmiyorsa fiziksel özellikleri tutanağa yazılmalıdır. Saldırının oluş biçimi ve hangi araçlarla yapıldığı belirtilmelidir. Saldırıya uğrayan sağlık personelinin vücudunda meydana gelen zararlar kaydedilmeli, ayrıca adli tabip raporu alınarak mutlaka tutanağa eklenmelidir.⁷

Tutanak hazırlandıktan sonra, hem çalışılan işyerinin yetkilisine, hem de adli makamlara iletilmelidir. Şiddete uğrayan sağlık personeli, saldırıyı yapanlara karşı açılacak ceza davasında, davayı “*katılan*” olarak takip etmek olanağına sahiptir. Ayrıca, uğradığı maddi ve manevi zararlar için, adli yargıda tazminat davası açabilme olanağına sahiptir.

Sağlık İşyerlerinin Güvenliği

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin nedenleri arasında saydığımız, işyerlerinin sağlıklı ve güvenli olmaması gerçeği ile ilgili, ulusal ve uluslararası düzenlemelere kısaca değineceğiz.

Sağlık çalışanlarının sağlık hizmetini yürütürken, diğer çalışanlar gibi güvenli ve sağlıklı bir ortamda çalışma hakları vardır. Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet, hem güvenli bir çalışma ortamının olmamasından kaynaklanmaktadır; hem de bu şiddet, çalışılan ortamı güvensiz ve sağlıksız hale getirmektedir. Çalışılan ortamın sağlığını ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü, işverene (çalıştırana) yüklenmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden başlayarak, herkesin elverişli koşullarda çalışma hakkı uluslararası hukukta düzenlenegelmıştır. Bu konudaki düzenlemelerin geldiği son aşama Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün ilgili sözleşmeleridir. Uluslararası Çalışma Örgütü, İş

⁷ <http://www.ttb.org.tr/>

Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşme, üye devletlerin çalışma ortamında bulunan tehlikelerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin politikaları belirlemesi gerektiğini düzenler. 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme ile üye devletlerin bu politikaların uygulanmasını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Ulusal mevzuatta ise, başta Anayasa olmak üzere birçok düzenleme ile herkesin güvenli koşullarda çalışma hakkı güvence altına alınmıştır.

Sonuç:

Şiddet olgusu nerede ve kime uygulanırsa uygulansın kesinlikle kabul edilemez. Uygulandığı ve görüldüğü her yerde şiddete etkin bir biçimde karşı çıkmak insanlığın temel değerlerini korumak adına yaşamsal öneme sahiptir.

Sağlıklı ve güvenli çalışma ortamlarının sağlanması, hastanelerdeki iş yükünün azaltılması, şiddete uğrayan sağlık personeline hukuki destek sağlanması, şiddetin etkin bir biçimde cezalandırılması şiddeti önlemede etkili olabilecek temel unsurlardır.

Sağlık çalışanlarının güvenli bir ortamda çalışmasını sağlamak yükümlülüğü altında bulunan kamu veya özel sağlık kuruluşları yönetimlerinin, oluşan zarardan sorumlu oldukları açıktır.

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin doğurduğu zararlarda idarenin doğrudan hizmet kusurunun olduğu ve bu nedenle hukuki sorumluluk taşıdığı kabul edilmektedir.

Özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olguları ise, ulusal ve Uluslararası mevzuat gözetilerek değerlendirildiğinde, iş kazası olarak tanımlanabilecektir. İşveren iş kazası hükümlerinden dolayı, hukuken sorumlu olacaktır.

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin nedenleri üzerine eğilmek ve önleyici tedbirleri almak en akılcı yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Şiddet ancak önlenemediğinde, hukuksal olarak etkin bir yargılama ve cezalandırma süreci, şiddet olaylarını azaltmada caydırıcı bir etken olarak işe yarayacaktır.

KAYNAKÇA

- Türk Tabipleri Birliği Gaziantep-Kilis Tabip Odası Sağlık Sektöründe Şiddet Raporu-I (2008)
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
- 818 sayılı Borçlar Kanunu
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- Ankara Tabip Odası Hekimlere – Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Raporu (2008)
- ILO 155 ve 161 sayılı sözleşmeler
- Kingma M. Workplace violence in the health sector: a problem of epidemic proportion. Int Nurs Rev 2001; 48: 129-30.)
- İstanbul Tabip Odası Hekime Yönelik Şiddet Nasıl Önlenir Çalıştayı

