

HEKİMİN EMBRİYONİK KÖK HÜCRE NAKLİNDEN DOLAYI KİŞİSEL SORUMLULUĞU

Physicians Legal Liability from Stem Cell Transplantation

Dr. Didem BAŞAR*

Geliş Tarihi: 03.10.2019 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Kök hücre nakli, en yeni tıbbi müdahalelerden birini oluşturmakla birlikte tıp hukuku kuralı kapsamında standart yöntemlerin sonuç vermemesi halinde uygulanabilecektir. Kök hücre nakline ilişkin olarak mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hekimin kök hücre naklinden doğan hukuki sorumluluğu kapsamında uygulanabilecek özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hekimin bu konudaki hukuksal sorumluluğunun tespiti açısından öncelikle, Anayasanın yaşam hakkını düzenleyen 17. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkına ilişkin 2. maddesi, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin ilgili hükümleri, Türk Ceza Kanununun 90. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen insan kökenli biyolojik maddelerin alınması aşılınması ve naklinin yazılı izinle mümkün olacağına ilişkin hükmü, Türk Medeni Kanununun 23. maddesi, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun ve ilaç ve biyolojik ürünlerin Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin ilgili hükümleri ve Sağlık Bakanlığının bu konudaki genelgeleri kapsamında yapılacak değerlendirme ile hekimin meslek kusurunun bulunup bulunmadığı saptanarak meslek kusurunun bulunması halinde, hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan borçları kapsamında bir ihlâlinin bulunup bulunmadığı belirlenerek, kök hücre nakli neticesinde zararın doğması halinde hekimin hukuksal sorumluluğuna dayanılabilinecektir.

Anahtar Kelimeler: kök hücre, kök hücre nakli, sorumluluk, hukuki sorumluluk, hekimin sorumluluğu

ABSTRACT

Stem cell transplantation may be performed if standard methods involving rules for secondhand instruments do not yield results. There is no clear regulation in our legislation regarding stem cell transplantation. Therefore, there is no specific regulation that can be applied within the scope of legal responsibility of the physician stemming from stem cell transplantation. Firstly, Article 17 of the Constitution, which regulates the right to life of the Constitution, Article 2 of the European Convention on the Rights of Life of the Convention on Human Rights, Convention of the Council of Europe on the Protection of Human Rights and Human Dignity in Terms of Biological and Medical Application and European Convention on Human Rights and Biomedicine the provisions of article 23 of the Turkish Civil Code, the Law No. 2238 on the Reception of the Organ and Tissue, the Law on the Supervision of the Organ and the Tissue, and the Law No. 27089 on the provision of immunization of human biological materials, Regulations on Research, Regulations on the Regulation of Urea Treatment Centers and the evaluation of the Ministry of Health in the context of this general outline, and whether the physician has an occupational defect in the event of finding a fault in the profession, it is determined whether there is a violation within the scope of the debts arising from the physician's contract of the physician and if the damage is caused by stem cell transplantation, it will be based on the legal responsibility of the physician.

Keywords: stem cell, stem cell transplantation, responsibility, legal responsibility, responsibility of the physician

* Yargıtay 16. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, e-posta: didembasar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2403-8284

GİRİŞ

Embriyonik kök hücre nakli, dünyada ve ülkemizde en yeni tıbbî müdahalelerden birini oluşturmaktadır. Tıp hukukunda kural, öncelikle bilinen standart tedavi yöntemlerinin uygulanmasıdır; ancak, standart tedavi yöntemlerinin çözüm oluşturmaması halinde yeni tıbbî yöntemlere başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle, embriyonik kök hücre nakli de standart yöntemlerin sonuç vermemesi durumunda gündeme gelecektir. Makalemizde öncelikle, kök hücre kavramına, kök hücrenin özelliklerine ve kullanım alanlarına yer verilmiş, konuya ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi ile kök hücrenin niteliği belirlenmeye çalışılmış, embriyonik kök hücre nakline ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle Anayasanın 17.maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesi, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17. maddesi, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 hükmü ve Sağlık Bakanlığının konuya ilişkin genelgesi kapsamında kök hücre naklinin hukuka uygunluğu saptanmaya çalışılmış son olarak da kök hücre naklinden dolayı hekimin kişisel sorumluluğuna gidebilmek için gerekli şartlardan olan hekimlik sözleşmesinin varlığı, ihlâli(meslek kusurunun varlığı) ve ihlâl nedeniyle maddi ya da manevi zararın meydana gelmesi hususlarında açıklamalar yapılmıştır.

1.KÖK HÜCRE ÖZELLİKLERİ VE KULLANIM ALANLARI

I. KÖK HÜCRE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Kök hücre, vücudun herhangi bir organı ya da dokusunda özel bir görev yapabilmek için tamamıyla olgunlaşmamış öncül bir hücreyi ifade eder. Bu öncül hücre, vücudun başka hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahiptir.¹ Kök hücreler, çok sayıda farklılaşmış hücre üretme potansiyeline sahip olan, çoğalma yeteneği bulunan, kendini yenileyebilen, hasar görmüş dokuları tamir edebilen ve canlı yaratma potansiyeline dahi sahip hücrelerdir.²

Kök hücre kavramını embriyonik (ceninin erken evresi) ve erişkin insan bedeninden elde edilen yetişkin kök hücre olmak üzere iki temel kısma ayırmak mümkündür. İki tür kök hücrede de ortak olan özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Kök hücreler kendiliklerinden uygun bir büyüme ortamına yerleşebilirler.

Çoğalma yeteneğine sahiptirler.

¹ Türkiye Biyoetik Derneği, Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutuna İlişkin Rapor, 2009: 19; Oğuztürk, 2011:169

² Beksaç, 2010:36

Farklı türde hücelere farklılaşım bu türün devamı niteliğinde türler üretmeleri mümkündür.

Kendilerini yenileyebilirler, kendi hücre topluluklarının devamını sağlayabilirler.

Vücudun bir yerindeki zedelenmenin ardından bu dokuyu onararak işlevsel hale getirebilme özelliğine sahiptir.³

Kök hücreleri farklılaşma kapasitelerine göre bir ayrıma tabi olduğumuzda üç farklı kök hücre türü karşımıza çıkmaktadır:

Bunlardan ilki, unipotent denilen tek bir yönde farklılaşma yeteneğine sahip kök hücrelerdir. Bu hücelere örnek olarak beyinden elde edilmiş olan kök hücreleri örnek verebiliriz. Beyinden elde edilen kök hücrelerin yalnızca sinir hücrelerine dönüşebilme yeteneği vardır.

İkincisi ise, pluripotent olarak ifade edilen sınırlı sayıda farklılaşabilen ve organizmada çok sayıda dokunun oluşmasını sağlayan ya da bu dokuları onarma yeteneğine sahip kök hücrelerdir.

Son olarak belirteceğimiz kök hücre türü, totipotent denilen sınırsız sayıda farklılaşma yeteneğine sahip kök hücrelerdir. Bu hücreler embriyoda bulunurlar ve her türlü vücut hücresine dönüşebilme yeteneğine sahiptirler. Bu kök hücrelerden insan vücudunda bulunan iki yüz farklı çeşit hücre elde edilebilmektedir.

II. KÖK HÜCRELERİN KULLANIM ALANLARI

Kök hücreler henüz dünyada bir hastalık tedavisinde kullanılmamaktadır. Kök hücre nakli, genellikle doku onarımı amacıyla kullanılmaktadır. Örneğin, şeker hastalığında pankreas dokusu çalışmıyor, insülin üretmiyorsa pankreasın insülin üretmesi kök hücre yardımıyla sağlanabilmekte, omuriliğin bazı hücrelerinin çalışmaması durumunda sinir hücrelerinin yenilenmesi kök hücre nakli ile gerçekleştirilebilmektedir.⁴

Embriyonik kök hücrelerin⁵ her türlü vücut hücresine dönüşebilme yeteneği, bu hücrelerle yapılacak tedavinin yetişkin kök hücelere kıyasen daha başarılı sonuçlar verebileceğini göstermektedir. Ceninin erken aşamasında elde edilen kök hücreleri ifade eden embriyonik kök hücrenin, tüp bebek uygulamasında yapay dölleme yolu ile oluşturulan embriyolardan

³ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10.

⁴ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10.

⁵ Embriyo, yumurta ve spermin birleşmesi ile meydana gelen ve ceninin gelişiminin ilk aşaması olan hücrelerdir. Embriyo, dölleme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan yeni canlı olduğundan gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda embriyo dönemi sona erer. Embriyonik kök hücreler, embriyonun 4-6 günlük blastosist aşamasında elde edilir. Oğuztürk, 2011:173.

gereksinim fazlası olanlardan ya da istenmeyen gebelik sonrası yapılan düşük sonucunda elde edilmesi mümkündür. Sınırsız sayıda farklılaşma yeteneğine sahip bu kök hücreler her türlü organdaki hasarı giderebildikleri gibi hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşabilmelerini de sağlamaktadır.⁶

2. KÖK HÜCRENİN NİTELİĞİ

Kök hücrenin niteliğini ortaya koymak için mevzuatımızdaki ilgili hükümler kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

1928 tarihli 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 1. maddesine göre, tıpta kullanılabilir her türlü basit veya bileşik şifa amaçlı maddeler ilaçtır.

Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik ve Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.4/b'ye göre, "*hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu*" beşeri tıbbi üründür.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.2/f'ye göre, "*insan kaynaklı tam kan, plazma ve kan fraksiyonları, bu yönetmeliğin dışındadır.*" Aynı yönetmelik m. 4/e'ye göre, *kaynağı insan (insan kanı ve insan kanından elde edilen ürünler) olan maddeler beşeri tıbbi ürün değildir.*⁷

Kök hücre, aslında ilaç fonksiyonuna sahip olsa da 1928 tarihli 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve ilgili yönetmeliklerin değerlendirilmesinden kök hücrenin ilaç kapsamında olmadığı sonucuna varılmaktadır.⁸

İnsan kökenli biyolojik madde, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddelerle insan vücudundan cerrahi müdahale ya da dış etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri ifade eder.⁹ İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler; 29/05/1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ve 27/10/2010 tarih 27742 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, İnsan Doku ve Hücreleri ile bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik olup bu düzenlemeler kapsamında ele alınan varlıkların, organ, doku ve hücreler olduğu görülmekte olup kök hücrenin de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir.¹⁰

⁶ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10; Özbilen, 2011: 11

⁷ Hakeri, 2006: 52.

⁸ Hakeri, 2006: 52; Söğüt, 2018: 42.

⁹ Özbilen, 2011: 7.

¹⁰ Özbilen, 2011: 8-9; Zeytin, 2015: 217.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 2.maddesinde organ şu şekilde tanımlanmıştır: *"Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır."* Kök hücre bu anlamda, organ kapsamına girmektedir. Dolayısıyla kök hücre ile ilgili yapılacak araştırmalar, tedaviler bu kanunun hükümleri kapsamında gerçekleştirilecektir; ancak, tüm kök hücre çalışmaları bakımından bu kanunun uygulanması söz konusu değildir. Burada ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Bu ayrımda dikkate alınacak olan husus, kök hücrenin kime ait olduğudur. Eğer nakledilecek kök hücre kişinin kendi kök hücresi ise, bu kanun kapsamında mütalaa edilemez. Zira, bu kanun kapsamındaki organ ve doku nakli, yabancı bir organ ve dokunun naklidir.¹¹ Bir kişiye başka bir insan ya da ölüden nakledilecek kök hücreler, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun kapsamında yapılacaktır.

Kök hücrenin niteliği açısından mevzuatımızdaki düzenlemeler değerlendirildiğinde, kök hücrenin herhangi bir hukuki nitelemesinin yapılmadığı sonucuna varılmaktadır.¹²

3. EMBRİYONİK KÖK HÜCRE NAKLİNİN HUKUKİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mevzuatımızda kök hücre naklini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu konuda genel hükümler ve Sağlık Bakanlığının tebliğlerinin değerlendirilmesiyle bir sonuca varmak gerekmektedir.

Embriyonik kök hücre, embriyodan in vitro (tüpte) döllenme yolu ile geliştirilen, ihtiyaç fazlası olan embriyolardan ya da istem üzerine sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir. Bu kök hücre, en fazla farklılaşabilme, her türlü doku ve organ hücresine dönüşebilme yeteneğine sahip döllenmiş yumurtadır.¹³ Embriyonik kök hücrelerle yapılacak bir tedavinin yetişkin kök hücrelere nazaran daha başarılı olacağı düşünüldüğünden, kök hücre çalışmaları temel olarak embriyonik kök hücreler üzerinde yoğunlaşmıştır.¹⁴ Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak; etik ve tıbbî açıdan yaşamın başlangıç anından hareket edilerek ileride insan olabilecek bir canlı ön kabulü ile hukuki değerlendirme yapılması gerekir.¹⁵

Embriyonik kök hücre ile ilgili çalışmaları hukuka uygunluk bakımından öncelikle, Anayasanın 17.maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu hükme göre, *"Herkes, yaşama maddi ve manevi*

¹¹ Hakeri, 2007:535; Söğüt, 2018: 40-41.

¹² Hakeri, 2006: 79.

¹³ Şener, 2012:54.

¹⁴ Hakeri, 2006: 79.

¹⁵ Söğüt, 2018: 47.

varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası alınmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Bu hüküm kapsamında ileride insan olabilecek embriyonun kök hücre olarak kullanılmak amacıyla elde edilip sonradan kullanılmasını nasıl değerlendirmek gerekecektir? Tıbbî müdahaleler, bir hastalığın teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak hekim tarafından kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmaları nedeniyle, kişilik hakkı ve dolayısıyla kişilik değerlerini yakından etkileyen fiillerdir. Tıbbî müdahalelerin ihlâl ettiği kişilik değerleri, özellikle yaşama hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık değerleri olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁶ Anılan maddede, ifade edilen “herkes” kavramından, embriyonun hukuki niteliğine ilişkin sonuç çıkarmak, embriyoyu kişi olarak değerlendirmek mümkün değildir.¹⁷ Anayasanın 17.maddesinde öngörülen koruma kişi için getirilmiştir. Bu hükmün insana yönelik olarak düzenlenmesi nedeniyle henüz insan olmayan embriyonik kök hücre, bu korumanın kapsamında düşünülmemelidir.¹⁸ Anne rahminden alınan embriyolar ya da annede döllenmiş, lavaj denilen usulle alınan, gelişimini tüpte devam ettirecek, henüz erken dönem embriyolar ile üreme amacıyla yaratılmış, tüpteki (in vitro) embriyonun hukuki niteliğinin kişi olduğuna ilişkin hiçbir hukukî düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹

Uluslararası düzenlemelere baktığımızda, gerek ülkemizde 16 Mart 2004 tarihinde onaylanan “Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, gerek 2005 yılında Unesco Genel Konferansında kabul edilen Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin hükümlerinde, insan ve kişi kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ve embriyonun hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşamın başlangıcı, embriyonun niteliği ve statüsüne ilişkin olarak Avrupa’da bilimsel ve hukuksal olarak görüş birliği bulunmadığını ifade ederek embriyonun kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün olmadığı kanaatine varmıştır.²¹

Türk Hukukunda doğmamış insanın yasal statüsü hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun 28. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, ceninin kişi olarak kabul edilip hak sahibi olması sağ ve tam doğma şartına bağlanmıştır.²² Nitekim, Avrupa İnsan Hakları

¹⁶ Zevkliler, 1983: 19 vd.

¹⁷ Zengin, 2012:140-141.

¹⁸ Hakeri, 2006: 53-54.

¹⁹ Çoban, 2009:93.

²⁰ Katoğlu, 2006: 158

²¹ Tacir, 2013:1306-1307; embriyonun, kişi statüsüne sahip olduğu yönünde bir görüş bkz, Kırkbeşoğlu, 2006: s.17

²² TMK m.28’in biçimsel yorumundan yalnızca rahimde bulunan embriyoların hak ehliyetinin

Sözleşmesinin yaşam hakkına ilişkin olarak getirilmiş olan 2. maddesinin “*Her ferdin yaşama hakkı kanununun koruması altındadır*”²³ hükmünden bu korumanın da kişilere yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır²⁴. Embriyonik kök hücre çalışmalarında, aslında insan olarak yaşama kabiliyetine sahip olan embriyona bu olanak tanınmayarak anne karnında insan olarak büyüyecek olan embriyoların, kök hücre elde edilmesi için öldürülmesinin etik ve hukuksal problemler ortaya çıkaracağı da savunulmaktadır.²⁵

Medeni Kanunumuzun, 23. maddesinde yer alan, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması aşılınması ve naklinin yazılı izin ile mümkün olacağı, hükmü de kök hücre ile ilgili çalışmalarda uygulanacak genel hükümdür. Bu çerçevede, tıbbî müdahaleler de, kişilik değerlerine bir saldırı niteliği taşıdıklarından kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğururlar. Bu yüzden, tıbbî müdahaleler, -hukuka uygunluk nedenlerinden biri olmadığı sürece- hukuka aykırı fiil olmaları nedeniyle zararın tazminini gerektirirler. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılmasını sağlayan unsurlardan en önemlisi, hastanın bu müdahaleye ilişkin olarak önceden rızasını açıklamış olmasıdır²⁶. Hastanın tıbbî müdahaleye rızasının alınması hukukumuzda bir şekilde bağlanmamış olmakla birlikte bazı hallerde Medeni Kanunun 23. maddesinde olduğu gibi yazılı rıza aranmıştır. Dolayısıyla burada hukuka uygunluğun sağlanması rızanın ancak yazılı şekilde verilmesine bağlanmıştır. Ancak, tıbbî müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızası şart olmakla beraber, yeterli değildir; bunun yanında, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara riayet edilmiş olması da gerekir²⁷.

Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 “*insan embriyolarının araştırma amacıyla üretilmesi yasaktır*” hükmü ile sadece araştırma amacıyla embriyo üretilmesi fikrine son derece katı bir bakışı açısı ile yaklaşmış ve kesin bir biçimde yasak getirmiştir. Maddenin lafzından embriyonik kök hücre çalışmalarının bu kapsama girip girmediği açıkça anlaşılmasa da kanaatimizce, maddenin dar yorumlanmak suretiyle embriyonik kök hücre naklinin bu yasak

bulunduğu bu nedenle, embriyo tüpte bulunduğu sürece hak ehliyetine sahip olmadığı sonucuna ulaşıldığından tüpte oluşturulmuş embriyo tüpteyken başka varlık, rahme yerleştirilince başka varlık gibi kabul edilemeyecek bir neticeye varılmaktadır. Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo) 77-78

²³ Özgül, 2010: 96.

²⁴ Almanya’da Embriyo Koruma Kanunu, döllenmiş yumurtayı döllenme anından başlayarak embriyo olarak tanımlayarak koruma altına almaktadır. Rousenau, 2005:138.

²⁵ Hakeri, 2009:10; günümüz hukuk sistemlerinde embriyoyu eşya ya da kişi olarak kabul etmenin sakıncalar yaratabileceği savunulmaktadır. Korkut, 2013:86.

²⁶ Akıncı, 1996:219.

²⁷ Ayan, 1991: 11.

kapsamına dahil edilmemesi gerekir.²⁸ Araştırma hakkı, Anayasamızın 27. maddesinde, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasamızın bu maddesi ve sözleşme hükmünü birlikte değerlendirdiğimizde bu yasağın sadece araştırma amacıyla embriyo üretimine ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesi ile sınırlandırıldığı sonucuna varmak mümkündür.

10703/2011 tarihinde ülkemizce onaylanan 11/06 2011 tarih ve 27961 sayılı Resmi Gazetede, 2011/1827 sayılı bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye bakımından yürürlük kazanan “Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol”ün 2. maddesine göre, bu protokol ceninler ve ana rahmindeki embriyolar üzerindeki araştırmalara uygulanacaktır.²⁹

Kök hücre nakli kapsamında ele alınması gereken bir diğer düzenleme, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17. maddesidir. Bu maddeye göre, “*kendilerine ÜYTE 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 bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır*”. Bu madde ile yasaklanan, adayların tüp bebek amacıyla alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka amaçla kullanılmasıdır. Bu maddeye göre, Türkiyede üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına izin verilmemektedir.³⁰ Maddenin devamında “*adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir.*” denilmektedir.³¹ Burada belirtilen embriyoların, sonradan kullanılmasının yasaklanarak derhal imha edilmesi gerektiği, ifadesinden bunların hiçbir şekilde kullanılamaması gerektiği sonucuna varıldığından kök hücre elde etme amacının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.³² Bu yönetmelik hükmüne aykırılığın sonucunda idari yaptırım söz konusu olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, bir kişinin hayatının kurtarılması söz konusuysa bu amaca yönelik olarak ÜYTE amaçlı

²⁸ Rosenau, 2003: 68;Hakeri, 2015:436:Söğüt, 2018: 60; karşı görüş, Oğuztürk, 2011:317.

²⁹ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 215.

³⁰ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu)206; Ünver, 2005: 183-184.

³¹ ÜYTE yönetmeliğinin, tüp bebek sürecinde işlevsizleştirilecek embriyoların yaratılmasına peşinen olanak sağlayan ve bunların yok edilmesinde hiçbir sakınca görmeyen anlayışı yansıttığı, yönetmeliğin dilinin de embriyoların “bulundurulması,kullanılması,nakledilmesi, satılması, imha edilmesi” gibi daha çok nesnelere özgü bir anlatımı yansıttığı ifade edilmektedir. Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo)92

³² Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo)80.

embriyoların kullanılması halinde hekimin üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından, eylemi, cezai sorumluluğu gerektirse bile hukuka uygunluk halinin varlığı nedeniyle cezalandırılmayacaktır.³³

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesi, sadece araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını yasaklamış, embriyo üzerindeki deneyleri yasaklamamıştır. Bu nedenle; süresi dolduğunda imha edilmek yerine, bu embriyoların araştırma amaçlı kullanılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.³⁴ Araştırma hakkı, Anayasamızın 27. maddesinde, "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte denek olan insan araştırmacının araştırma hakkı karşısında korunmasız bırakılmamıştır. Araştırmacının araştırma hakkını Anayasamızın 17. maddesi sınırlandırmıştır. Bu maddeye göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. TCK m.90'da insan üzerinde bilimsel araştırma ve deney koşulları düzenlenerek üzerinde araştırma yapılan insanın hakları koruma altına alınmıştır. Biyotıp Sözleşmesinin 15. maddesinde, biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırmaların özgürce yapılacağı ve araştırmaların yapılabilmesinin sözleşmenin ve taraf ülke yasalarının insanı koruyan hükümlerine uygun olması hükme bağlanmıştır. Aynı Sözleşmenin 2. maddesinde, insanların çıkarları ve refahıyla bilimin ve toplumun çıkarları çatıştığında insanın öncelikli önemi belirtilmiştir. Aynı hüküm, Biyotıbbî Araştırmalar Protokolünün 3. maddesinde yer almakta olup benzer ifadeler, Hasta Hakları Yönetmeliği m.32, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.5, Türk Tabipler Birliğinin 1998'de yapılan 47. kongresinde kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği m.43, Dünya Tabipler Birliği'nin 1964'de kabul ettiği tıbbî araştırmalarla ilgili Helsinki Bildirgesi m.5'de mevcuttur.³⁵

Embriyonik kök hücre çalışmaları, Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü kapsamında insan üzerinde deney ya da deneme suç tipini oluşturur mu? TCK m.90'ın sadece doğmuş olan çocukları kapsadığı, bu nedenle, ana rahmindeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılabileceği bununla birlikte Anayasada yer alan temel hakların öznesini tespit eden "herkes" kavramının embriyoyu dışarıda bırakmadığı ifade edilmektedir.³⁶ TCK m.90/4 hükmüne göre, "hasta

³³ Hakeri, 2006: 53-54.

³⁴ Söğüt, 2018: 61

³⁵ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)s.233-235.

³⁶ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 230-231; Biyotıp Sözleşmesi, Anayasa hükümleri, Türk Medeni Kanunu'nun hak ehliyeti ile ilgili hükümlerinin Türk Ceza Kanunu'nun deney yasağı ile koşulları açısından kişi değil de insan kavramına yer veren hükümleri, doğmamış çocuğun da 90.madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Ünver, 2007:s.152, Hakeri, 2007:419.

olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme” yapmak suçtur. Bu madde, insan üzerinde deney ve denemeyi tehlikeli görmüştür. Bu maddeye göre, suç oluşturmayan deneme, sadece rızaya bağlı olarak, hasta insan üzerinde ve tedavi amacıyla yapılabilecektir.³⁷ Denemenin suç oluşturmaması için rızanın bulunması gerekir; ancak, bilinci yerinde olmayan bir hasta veya rıza açıklama kapasitesi bulunmayan hasta için denemeye verilecek rızanın kimden alınacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.³⁸ Tıp hukuku alanında hekimin standart uygulama yapması gerekir; ancak standart yöntemler çözüm oluşturmadığında sonuçları henüz tam olarak bilinmeyen yöntemler uygulanabilecektir. Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanabilmesi için hastanın bu yöntemin yeni olduğu, yan etki ve sonuçlarının henüz tam olarak bilinmediği hususlarında geniş ölçüde aydınlatılması gerekmektedir. Türk Ceza Kanununun anılan hükmünde, hastanın rızasının bulunması halinde denemenin suç oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Burada aranılan rızanın yazılı olması ve tedavinin de hastanede ve uzman hekim tarafından yapılması gereklidir. Bu koşulların tamamı sağlanmışsa embriyonik kök hücre tedavisi suç oluşturmayacaktır; ancak sadece bu koşulların sağlanmış olması hekimin sorumsuz olacağı anlamına gelmez, hekimin uygulama sırasındaki kusurlu davranışı hem cezai hem de hukuki sorumluluğunu doğuracaktır.³⁹

Embriyonik kök hücre araştırmaları hususunda son olarak değinilmesi gereken bir diğer düzenleme de Sağlık Bakanlığının konuya ilişkin genelgesidir. Öncelikle Sağlık Bakanlığının kök hücre ile ilgili çalışmalarına kısaca değinmek gerekir. Ülkemizde erişkin kök hücre araştırma ve uygulamalarını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.⁴⁰ 2006 yılında Sağlık Bakanlığı bünyesinde kök hücre danışma kurulu oluşturulmuştur, ancak kök hücre konusunda çalışma yapmak isteyen hekimlerin bu kurula başvurma zorunluluğu olmayıp çalıştıkları kurumdan etik kurul kararı almaları bu konuda çalışma yapabilmeleri için yeterlidir. Sağlık Bakanlığı, Mayıs 2006 tarihli genelgesinde, embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına yönelik birtakım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, kök hücre çalışmaları mevcut medikal ve cerrahi tedavi yöntemleriyle tedavisi başarısız olan hastalarda klinik amaçlı uygulanabilecektir. Bu kapsamda

³⁷ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 232.

³⁸ Bu konuda bir kısım yazar rızayı kendisi açıklayamayan hastalar üzerinde deneme yapılamayacağını savunurken bir kısım yazar da hastanın yakınlarının rızasının yeterli olacağını savunur. Ayrıntılı bilgi için bkz, Şen, 2008:629.

³⁹ Hakeri, 2006:55.

⁴⁰ Sağlık Bakanlığının 19.05 2005 yılında yayımladığı “ Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları” konulu Genelgesinde çalışmaların bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla ... Avrupa Birliği mevzuat uyumu kapsamında hukukî, kültürel ve etik yönleriyle ele alınmalıdır. Gereğesi ile durdurulmuştur. Bu tebliğ gereğince, embriyonik kök hücre çalışmaları yasaklanmış durumdadır. Demir, 2010: 89.

embriyonik olmayan kök hücre çalışmaları araştırma amacıyla yapılabilecek, tedavi amaçlı kök hücre denemeleri klinik çalışmalara ilişkin koşullara uygun olarak gerçekleştirilebilecektir. Genelge her ne kadar embriyonik olmayan kök hücre çalışmasına ilişkin olsa da embriyonik kök hücre çalışmalarına yönelik bir sınırlama getirmediği ifade edilmiştir.⁴¹

2005 yılında Sağlık Bakanlığınca yayınlanan genelge gereğince embriyonik kök hücre ile ilgili çalışmalar yasaklanmıştır. Şu an için bu konuda ne zamana kadar süreceği kesin olarak bilinemeyen bir yasak mevcuttur. Alman Hukukunda, 13.12.1990 tarihli embriyonun korunması yasası ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren kök hücre yasası bu hususta önemli bir pozitif hukuk kaynağıdır. Alman kök hücre yasası, insan kaynaklı embriyonsal kök hücrelerin ithal ve kullanımı hususunda embriyoyu güvence altına almaya yönelik yasa olup Almanya’da kök hücre araştırmalarının hukukî temeli bu yasayla düzenlenmiştir. Yasanın amacı, embriyonsal kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının yasayla düzenlenmesinde Anayasa hukukunun ilkelerini kabul ederek bir yandan insanın yaşam hakkı ve onuruna saygı göstererek bunları korumak öte yandan, bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almaktır.⁴² Alman Hukukunda, bazı istisnalar dışında embriyonik kök hücre kullanımı yasaklanmış, kök hücre araştırmalarının yapılması bazı şartlara bağlanmıştır. Kök hücrenin alınması, yazılı talep sonucunda resmi makamlarca verilecek izne tabi kılınmıştır. Kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak cezai ve idari yaptırımlar da düzenlenmiştir.⁴³ Embriyonun korunması yasasında, “kendi başına gelişme yeteneğine sahip embriyo”dan bahsedilmektedir. Gelişme yeteneği olan embriyo ile anlatılmak istenen, tüp bebek elde etme amacıyla kullanılan sayıca en fazla üç olan embriyo çeşididir. Dolayısıyla, bu yasa ile yapısal yönden zayıf güçteki ya da işe yaramaz embriyolar yasanın koruma kapsamı ve uygulama alanı dışında tutulmuştur. Tüp bebek elde etme amacı dışında, sayıları 3’ü aşan embriyolar ana rahminde bağımsız gelişemeyeceğinden bu özel yasanın mutlak yasaklarına tabi tutulmaması ve bunlar üzerinde tıbbî araştırmalar yapılabilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁴ Embriyonun korunması yasasında, yapay dölllenme ve insan embriyolarının kullanımını düzenleyen özel kurallar mevcuttur. Bu yasa, insan yaşamının ana rahmine düşme ile başlayan ilk başlangıç anından itibaren korunmasını amaçlamakta olup yasanın birinci paragrafında, embriyoların tıbbî üretim

⁴¹ Zengin, 2012:234.

⁴² Kök hücre yasasının uygulama alanı sadece embriyonsal kök hücre alınması, kullanılması ve etkinlikleri ile sınırlandırılmıştır. Yasanın 4. paragrafında embriyonsal kök hücrelerin ithal edilmesi, kullanılması yasaklanmıştır. Bu kanun kapsamında kök hücre araştırmalarına resmi izni, münhasıran oluşturulan özel komisyon vermektedir.

⁴³ Söğüt, 2018:61.

⁴⁴ Demir, 2010: 89.

amaçlı kötüye kullanımı ikinci paragrafında, insan kaynaklı embriyoların hukuk dışı ve ahlâken de kötü amaçlarla kullanılması yasaklanmıştır.⁴⁵

Kök hücre naklinin sağlayabileceği potansiyel faydadan yararlanabilmek için, bu konuda doğrudan yasal düzenlemeler yapılarak, öncelikle yasal zemine oturtulmalı ve bu sayede kök hücrelerin olası kötüye kullanılabilirliklerinin önüne geçilmeli ardından embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin getirilmiş olan yasak kaldırılarak bu konuda yapılacak bilimsel araştırmalar desteklenmelidir.

Sağlık Bakanlığının Mayıs 2006 tarihli genelgesi kapsamında, TCK m.90'da kök hücre deneylerinin yasaklandığı; fakat, kök hücre denemelerinin serbest bırakıldığı düşünülmektedir.⁴⁶TCK m. 90 gereğince, hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme yapabilmek için, bilinen bütün tedavi yöntemlerinin hasta üzerinde denenmesine gerek olmamasına rağmen Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan kılavuz bilinen bütün tedavi yöntemlerinin uygulanarak bunların başarısız olması halinde uygulanan kök hücre çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlediğinden, sadece öngörüye dayanılarak gerçekleştirilen kök hücre deney ve denemelerine bu kılavuz hükümleri uygulanmayacaktır.⁴⁷ Anılan kılavuzda ifade edilen, klinik kök hücresi kavramını, bilimsel kök hücre şeklinde yorumlamak ve tedavi edici kök hücre denemelerini, TCK m.90/4'de ifade edilen deneme suçu olarak değerlendirmek gerekecektir.⁴⁸ Ana rahminde bulunan embriyo üzerinde kök hücre çalışması annenin ya da embriyonun tedavisine yönelik olmadığından tedavi edici kök hücre denemesi olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁹

4. KÖK HÜCRE NAKLINE İLİŞKİN HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Alman Hukukunda bilimsel amaçlı denemeler, hizmet ve eser sözleşmesine ilişkin özellikler içermektedir.⁵⁰ Hukukumuzda ise bilimsel amaçlı denemelerin hukukî niteliği konusunda hakim olan görüş, birden fazla sözleşmeye ilişkin unsurların bulunduğu kendine özgü sözleşme olduğu yönündedir.⁵¹ Hekimlik sözleşmelerinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi tarafların

⁴⁵ Bu yasaklar arasında sperm hücrelerinin gebelik sonucunu yaratma dışında kalan başka amaçla yapay dölleme işlemine konu yapılması sayılmıştır. Bir embriyonun ana rahmi dışında yeniden bir işleme tabi tutulabilmesi ise, embriyonun ancak ilk işlemi takiben anaya yerleştirilmesi halinde caiz kabul edilmiştir. Demir, 2010: 90.

⁴⁶ Hakeri, 2006:80-82;Zengin, 2012:234.

⁴⁷ Eşitli, 2012:209

⁴⁸ Eşitli, 2012:210.

⁴⁹ Eşitli, 2012:210.

⁵⁰ Özgül, 2010: 60.

⁵¹ Özgül, 2010: 60.

ediminin arasında tam bir karşılıklı mübadele olduğu söylenemez.⁵² Hekimlik sözleşmesinin içeriği yardım, anlayış, güven, özen ve şefkatten oluşmaktadır. Uzmanlığın, gücün ve otoritenin hekimde olması, hastanın bilgi bakımından zayıf durumda olması sözleşmenin taraflarının eşit konumda olmadığını gösterir. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesi, unsurları kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde bulunmayan insanlara yönelik kendine has özelliklere sahiptir. Zira, hastanın kişiliği ve hekimle hasta arasında kurulan güven ilişkisinin sözleşmede önemli rolü vardır. Sonuç itibarıyla, hekimlik sözleşmesini kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine dahil etmek uygun olmayacaktır.⁵³ Bilimsel amaçlı denemeler, hizmet, eser ve vekalet akdine ilişkin unsurları bünyesinde barındırır da bu sözleşmelerin hiç birinin unsurları tam olarak görülmemektedir. Bilimsel amaçlı tıbbî denemelerin tedavi amacı taşımaksızın bir plan dahilinde belirli bir sonucu taahhüt etmesi nedeniyle sui generis sözleşme türüne uygun düştüğü söylenebilir. Bu nedenle hizmet, eser ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan değil mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.⁵⁴

5. KÖK HÜCRE NAKLİNDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

Tıbbî müdahaleler için yapılan hekimlik sözleşmelerinde, borçlar hukukunun genel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu kapsamda hasta tedavi olmak istediği hekimi serbestçe seçebileceği gibi hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemekte serbesttir.⁵⁵ Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasına ilişkin sözleşmenin tarafları geleneksel tıbbî müdahalenin tarafları ile aynı değildir. Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında bu yöntemlerin uygulanacağı kişiler, hastaların yanında gönüllü kişiler de olabilmektedir.

Tedavi amaçlı tıbbî denemelerin uygulandığı kişiler sadece hastalardır; ancak, bilimsel amaçlı tıbbî denemeler hastalar dışında sağlıklı kişiler üzerinde de gerçekleştirilebilmektedir.

⁵² Atabek / Sezen, 1954:145.

⁵³ Akyıldız, 2007: 67; Ayan, 1991:51.

⁵⁴ Özgül, 2010: 71.

⁵⁵ Hekim acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça ilk müdahaleyi yapmak zorundadır. (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.3/1) Hekimin olağanüstü durumlarda toplumun sağlığını korumak amacıyla devletçe yapılacak davete uymak ve kendisine verilen görevi yerine getirmekle yükümlüdür. Hekimin tedaviyi reddetmesi o yerde tek bir hekimin bulunması veya uzmanlık alanında başka hekimin olmaması gibi hallerde, Medeni Kanun'un 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanımını teşkil edecektir.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin sorumluluk başlığı altında düzenlenen 23. maddesinin ikinci fıkrasında, araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olmasının gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir.

Tıbbi müdahaleler için yapılan sözleşmelerde hekimin talimatlarla bağlı olmaması hekimlik sözleşmesini hizmet sözleşmesinden, hekimin mutlak iyileşme taahhüt etmemesi, eser sözleşmesinden ayırt eder. Hasta ile hekim arasında yapılan tedavi amaçlı sözleşmeler maddi eyleme ilişkin olduğundan vekalet sözleşmesi kapsamında düşünülebilir; ancak, bilimsel amaçlı tıbbi denemeler, tedavi amacı taşımadığından ve bir araştırma planı dahilinde belli bir sonucun taahhüt edilmesi söz konusu olduğundan sui generis (kendine özgü) sözleşme olarak nitelemek mümkün olacaktır. Bu nedenle eser, hizmet ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶

II. SÖZLEŞMESEL YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLÂLİ

Tıbbi müdahalelerde hekimin, yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasında sorumlu araştırmacı ve araştırma ekibindeki diğer hekimlerin sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur.⁵⁷

Hekimin asli edim yükümü, teşhis koyma ve konulan teşhise göre en uygun tedavi yöntemini belirlemedir. Tedavi amaçlı denemelerde temel ilke, güvenilir olmayan bir usulün kullanımının daha güvenilir usulün fayda sağlamayacağına anlaşılması sonucunda tercih edilebilmesidir.⁵⁸ Zira, hekimlerin tedavi amaçlı tıbbi deneme niteliği taşıyan yeni tıbbi yöntemi uygulama yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir. Hekimler hastalarına daha yüksek bir bilgi seviyesi ve daha yüksek uzmanlık sunmak için yeni tıbbi yöntemleri takip ederek gerekli olduğunda bunları uygulamakla da yükümlüdürler⁵⁹

Hekimlerin asli edim yükümü dışında aydınlatma, sır saklama, sadakat ve özen yükümü, tıbbi bilgileri belgeleme, hastanın kendisine veya yakınlarına hesap verme, mesleki deneyimlerini geliştirme gibi birtakım yan yükümlülükleri de bulunmaktadır.⁶⁰

Hekim asli edim yükümü olan teşhis koyma borcunu ifa etmeden önce hastaya ait tüm geçmiş bilgileri toplamış, bizzat muayenesini yapmış, gerekli bütün laboratuvar tahlillerini istemiş ve elde ettiği tüm bulguları doğru bir

⁵⁶ Özgül, 2010:71.

⁵⁷ Reisoğlu, 1983: 13.

⁵⁸ Schreiber, 2004:94.

⁵⁹ Ayan, 1991:14; Şenocak,1998: 66.

⁶⁰ Akıncı,1996: 217; Ayan, 1991: 63.

şekilde değerlendirmiş ve zamanında teşhis koymuş olmalıdır.⁶¹ Bakanlar Kurulu tarafından 1960'da çıkarılan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, hekimlerin uymak zorunda olduğu kuralları belirleyen ve mesleki yükümlülüklerini saptayan düzenlemelerden biridir. Tüzüğü'nün 10. maddesinde, araştırmaları sırasında bir tanı ve tedavi yöntemi geliştiren hekim, bilimsel olarak yeterince sınıadığı yöntemin yararlı olduğu ve zararlı etkiler oluşturmadığı kanısına ulaşmadıkça bunu insanlar üzerine uygulayamaz. Buna benzer hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 27. maddesinde de mevcuttur. Tüzüğün 11. maddesine göre, hekim, daha önce hiç denenmemiş ama hastaya hiçbir olası zararı bulunmayan, onu iyileştirmesi de kesin olan bir müdahalede bulunabilir. Dolayısıyla Tüzüğün 10. ve 11. maddelerine göre hekimin teşhisini koyduğu hastalığın en uygun tedavi yöntemini seçmesi gerekir. Kural olarak, teşhisi konulan hastalığın tedavisinde en uygun ve güvenilir tedavi yönteminin uygulanmasında, hekimin geleneksel ya da modern tekniklerden başarı sonucu en fazla, riski en az olan tedavi yöntemini seçmesi gerekir; ancak, geleneksel yöntemler aynı başarı ihtimalini çok küçük risklerle sağlayabilecekse yeni yöntemlerle tedavi yoluna başvurulmaması gerekmektedir.⁶² Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanması, hastanın iyileştirilmesinin geleneksel yöntemlerden ayrılmayı haklı kılacak olmasına bağlıdır. Bununla birlikte fayda- risk değerlendirilmesi yapılarak yeni tıbbî yöntemin uygulanması için öngörülen riskin hastaya sağlayacağı faydayı aşmamasına özen gösterilmelidir.⁶³ Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.20/a, Hasta Hakları Yönetmeliği m.32, Hekimlerin Meslek Etiği Kuralları m.40, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi m.15'de insan üzerindeki araştırmaların bilimsel ve mesleki yönden yeterli bilgi ve deneyime sahip yetkin kişiler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir⁶⁴. Bu kapsamda, araştırmacı hekimin yeterli bilgi ve donanıma sahip olması gerekir. Hekim, seçmiş olduğu tedavi yöntemini özenle uygulmalıdır. Zira, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 2. maddesine göre, hekimin birinci ödevi, insan yaşam ve sağlığına saygı göstermektir. Hekim, yeterli özeni göstermemişse, tedavi kusuru nedeniyle sorumluluğu doğacaktır.⁶⁵

Hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğü, asıl edim yükümlülüğüdür. Asıl edim yükümlülüğü dışında sözleşmenin amacına uygun ifasına hizmet eden bir takım yan yükümlülükleri vardır. Bunlardan ilki aydınlatma yükümlülüğüdür. Hastanın aydınlatılması, kendisine yapılacak müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek hale getirilmesini ifade eder.⁶⁶

⁶¹ Demir, 2008 :239.

⁶² Ayan, 1991: 13.

⁶³ İpekyüz Yavuz, 2006:93.

⁶⁴ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu).239-240.

⁶⁵ Demir, 2008: 239.

⁶⁶ Ayan, 1991:71,

Aydınlatma yükümlülüğü kural olarak, sözleşmenin tarafı olan ve yeni tıbbî yöntemi uygulayacak olan hekim ya da sorumlu araştırmacıdır.⁶⁷ Sorumlu araştırmacı, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu uzman hekimdir. 23.12.2008 tarihli 27089 Sayılı Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğinin 5. maddesi, bilgilendirmenin sorumlu araştırmacı ya da araştırma ekibinden yetkili birisi tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır. Bu hükme göre, ekip dışındaki bir uzman tarafından aydınlatmanın yapılması, sorumlu araştırmacı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Sorumlu araştırmacı hekim bu yükümlülüğünü başka bir meslektaşına ya da araştırma ekibinden birine bırakmışsa yardımcı kişi konumunda bulunan meslektaşının veya ekip elemanının bu yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğinden emin olmalıdır.⁶⁸

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği zaman da önem taşır. Bunun için genel bir kural bulunmamakla birlikte aydınlatmanın hastanın tıbbî müdahaleye rızasının alınmasından sonra yapılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁹ 2008 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.5/9 hükmüne göre, aydınlatma araştırmaya başlanılmadan önce yapılmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre önerilen tedavi usulünün hastanın serbest iradesiyle kabul ya da reddedeceği bir zamanda yapılması da rızanın hukuki sonuç doğurabilmesi açısından önem arz eder.⁷⁰

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, somut olayın özelliklerine göre farklılaşmaktadır.⁷¹ Bu kapsamda 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanunun 17. maddesi, Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 14 maddesi gibi tıp hukuku mevzuatında yer alan kurallara uyulması gerekir. Aydınlatmada ölçü, hastanın kendisi olmakla birlikte aydınlatmanın içeriği, hekimin takdirine göre değil, objektif kıstaslar ve hastanın beklentileri kapsamında saptanmalıdır.⁷² Burada özen gösterilmesi gereken bir husus da hastaya aşırı bilgi vermek suretiyle kendisi için tıbbî zorunluluk taşıyan müdahaleden vazgeçmesine yol açmamak ve hastalığın seyrine olumsuz etki edebilecek hususları aydınlatmanın kapsamı dışında tutmaktır.⁷³ Bazı hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunacak olması, ikincisi hastanın gerekli bilgiye sahip olması, üçüncüsü de hastanın aydınlatmadan yazılı rızası ile vazgeçmesi halleridir. Biyotıp Sözleşmesi m.10/2 'ye göre " *Herkes kendi*

⁶⁷ Özsunay, 1983: 49.

⁶⁸ Ertaş, 1981: 196; İpekyüz Yavuz, 2006: 86.

⁶⁹ Akıncı, 1996:219.

⁷⁰ Ertaş, 1981:188.

⁷¹ Ozanoğlu, 2003:55.

⁷² Özsunay, 1983: 52.

⁷³ Ertaş, 1981:189; Şenocak, 1998 :50.

sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla birlikte bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.” Hastanın bilincinin olmadığı durumlarda kanuni temsilcisine de ulaşmak mümkün değilse hekim makul bir hastanın aydınlatma yapılmış olsaydı müdahaleye rıza göstereceğini düşünüyorsa, varsayılan rızaya dayanarak tıbbi müdahalede bulunabilecektir.⁷⁴ Varsayılan rıza kurumuna çeşitli uluslararası belgelerde de yer verilmiştir. Avrupa İnsan Haklar ve Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesi “ *müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulacaktır.*” hükmüyle, bilinçsiz hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü’nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 3.3 maddesinde, “İradesini gösteremeyecek bir hastanın rızası, önceden aksine bir beyan olmadığı sürece... varsayılabilir.” Aynı bildirgenin 3.7 maddesinde ise “hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının olanaklı olmadığı bütün diğer hallerde ve yasal veya sözleşmeye dayanan bir temsilcinin de yokluğunda, hastanın ne şekilde karar vereceğine yönelik bilinen ve varsayılan isteklerinin dikkate alındığı bir değerlendirme yapılıır” ifadelerine yer verilmek suretiyle varsayılan rızanın koşullarına uygun olarak bir sonuca varılması kabul edilmiş bulunmaktadır.⁷⁵ Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesinin 10.maddesinde, insanın araştırmaya rıza göstermesinin hekimin bu konudaki sorumluluğunu kaldırmayacağı, insanın korunmasıyla ilgili sorumluluğun her zaman hekimin yüklediği sorumluluk olarak kalacağı ifade edilmiştir.⁷⁶

Aydınlatmanın şekli konusunda geleneksel tıbbi müdahaleler için hukukumuzda doğrudan bir düzenleme bulunmadığından aydınlatmanın yapılmasında şekil serbestisi esastır.⁷⁷ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında ise, ilaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikte yazılı ve sözlü açıklamanın birlikte yapılması aranmıştır. Yönetmeliğin 5.maddesinin (ı) bendine göre, “*Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen bir kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmacının amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmacının yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği zaman çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir*”. Aynı maddenin (i) bendine göre, “*Gönüllünün tamamen*

⁷⁴ Bayraktar, 1971:41; Zeytin, 2007: 84.

⁷⁵ Erman, 2003:140.

⁷⁶ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)s.241-242.

⁷⁷ Özsunay, 1983:53; İpekyüz Yavuz, 2006:86.

serbest iradesi ile araştırmaya dahil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (i) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir". Kişisel bilgilerin yer aldığı ve hastanın imzalamış olduğu aydınlatma formları, müdahale ile ilgili genel ve temel bilgileri kapsadığından geleneksel tıbbî yöntemler bakımından da aydınlatmanın gereği gibi yapıldığı sonucuna varılamayacağından⁷⁸ yazılı aydınlatmanın sözlü aydınlatma ile tamamlanması ve hastaya soru sorma imkanının da verilmesi gerekir. Dolayısıyla anılan Yönetmelikte benimsenmiş olan yöntemin yerinde olduğu düşünülmektedir.

Tıbbî müdahaleye rıza, gerçek iradeye dayanmadığı takdirde, yapılan müdahale hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık sonucunu doğuracak, hastaya ve yakınlarına verilen zarar nedeniyle hekimin tazminat yükümlüğü doğacaktır.⁷⁹

Hasta aydınlatma yapılmadığını iddia ediyorsa, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince bunu ispatla yükümlüdür; ancak, hastanın zayıf konumda bulunması nedeniyle aydınlatmanın yapıldığının ispatının hekime düşmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁰

Hekimin yan yükümlülüklerinde ikincisi de özen yükümlülüğüdür. Hekimin özen yükümü, meslek ilkelerine uygun davranmasını ifade eder. Hekimden beklenen özen, objektif özendir. Buna göre ölçü, hekimin kendi subjektif durumundan bağımsız olarak aynı uzmanlık alanında ortalama hekimin aynı şartlar altında göstereceği özendir.⁸¹ Yapılacak olan tıbbî müdahalenin önemi arttıkça, özenin derecesi de artacaktır. Hekim, gerekli mesleki bilgiye sahip değilse özen borcunu gereği gibi yerine getiremeyeceğinden bu yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle sorumlu olacaktır.⁸² Hekim, özel uzmanlığı gerektiren bir teşhis ve tedavi söz konusu olduğunda, hastasını o hastalıkla ilgili uzman hekime yönlendirmez ya da danışmazsa özen borcunu ihlâl etmiş sayılacaktır.⁸³ Hekim, teşhis ettiği hastalık kapsamında Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 11.maddesi'ne göre, en güvenilir tedavi yöntemini seçip uygulamakla yükümlüdür. Hekimin tedavi adı altında kendi mesleki konumunu güçlendirmeye yönelik, insan üzerinde hukuk dışı araştırma yapması, özen borcuna aykırılık oluşturacaktır.⁸⁴

⁷⁸ Özsunay, 1983: 53-54; İpekyüz Yavuz, 2006: 86; Erman, 2003: 105.

⁷⁹ Demir, 2008:242.

⁸⁰ Ayan, 1991:6.

⁸¹ Atabek / Sezen, 1954:46.

⁸² Atabek / Sezen, 1954:146.

⁸³ Ertaş, 1981: 173.

⁸⁴ Demir, 2008: 244.

Hekimin yan yükümlülüklerinden üçüncüsü de sadakat ve sır saklama yükümlülüğüdür. Sadakat yükümlülüğü, hekimin işini yaparken ve iş bittikten sonra kendisine duyulan güvene uygun olarak hastanın menfaatlerini korumasını ifade eder. Bu yükümlülük hekimin hastalarına karşı dürüst davranmasını, meslek kurallarının dışında hastanın kişiliğini göz önünde bulundurarak tedavi faaliyetini sürdürmesini, kendi kişisel menfaatlerinden bir ölçüde fedakârlık yapmasını gerekli kılar.⁸⁵ Sır saklama yükümlülüğü ise, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde, " Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez." Organ ve Doku Nakli Kanununun m.7/1'de ifade edilen organ ve doku nakli yapacak hekimlerin " kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak" zorunda oldukları, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesinin 10.maddesinde, üzerinde araştırma yapılan insanın sağlığının, mahremiyetinin, onurunun korunmasını araştırmayı yürüten hekimin ödevi olarak kabul eden hükümleri ile açıklığa kavuşturulmuştur.⁸⁶

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere bütün üçüncü kişilere karşıdır.⁸⁷ Hekimin ve yardımcı personelin sır saklama yükümlülüğü, hastanın ölümünden sonra da devam eder.⁸⁸

Teşhis ve tedavi sürecinde hekimin bizzat tuttuğu ya da hastanın verdiği bilgileri içeren kayıt ve belgelerin düzenli bir biçimde saklanması da hekimin bir diğer yükümlülüğüdür. Bu belgelerden yalnızca hekimin çıkarına olanların hastaya verilmesi zorunlu değildir; ancak, sadece hastanın çıkarına yönelik belgelerin hastaya verilmemesi hekimin borca aykırılığını oluşturur.⁸⁹

Yeni tıbbî yöntemlerin araştırılması söz konusu olduğunda hekimin araştırma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Nakil durumlarında, hekimin nakledilecek biyolojik maddenin alıcının bünyesine uygunluğunu tespit etmek için gerekli tüm testleri, incelemeleri yapma yükümlülüğü vardır.⁹⁰ Bunların dışında hekimin tedavi için gerekli tüm alet ve teçhizatı sağlama ve yardımcı personeli seçme yükümlülüğü vardır.⁹¹ Yardımcı personel kullanan hekim bu personelin verdiği zarardan kusuru bulunmasa da sorumludur. Sorumluluktan

⁸⁵ Ayan, 1991: 88.

⁸⁶ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)241.

⁸⁷ Ayan, 1991: 99.

⁸⁸ Ayan, 1991: 100.

⁸⁹ Ayan, 1991: 96-97

⁹⁰ Zevkliler, 1983:27; Biyolojik madde nakli, bu konuda uzmanlaşmış hekim ve yetişmiş ekipler tarafından, ameliyat öncesi ve sonrası her türlü bakım imkanına sahip kliniklerde yapılabilmektedir. Ertaş, 1981:196.

⁹¹ Ertaş, 1981:196.

kurtulabilmesi, yardımcı personelin seçiminde, kontrolünde ve verilen talimatlarda gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlaması ile mümkün olur.⁹²

III. TIBBİ MESLEK KUSURUNUN VARLIĞI

Hekimin meslek kusurunun bulunup bulunmadığını tespit etmek için iki unsuru ele almak gerekir. Bunlardan ilki, genellikle kabul edilen meslek kurallarına aykırılığı ifade eden meslek hatası yani objektif unsurdur. Meslek hatası, gerekli dikkat ve özen eksikliği nedeniyle tıp biliminin genellikle bilinen ve kabul edilen kurallarına aykırılıktır.⁹³ Diğeri ise hekimde bulunması gereken dikkat ve özen unsurunun eksikliğini ifade eden subjektif unsurdur.⁹⁴ Hekimin kusuru, kasdı ile ortaya çıkabilse de genellikle ihmalden kaynaklanmaktadır.⁹⁵

Tıbbî meslek kusuru, hekimin kendisinden beklenen bilgi, özen ve yetenekle müdahalede bulunmaması, uygulaması gereken tıbbi müdahaleyi uygulamaması ya da uygulanmaması gereken bir tıbbi müdahaleyi uygulaması halinde gündeme gelecektir.⁹⁶

Yargıtay'ın bir kararında, meslek kusuru şu şekilde ifade bulmuştur. "Doktor, tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip yerine getirmek zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin kurallarını yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurun varlığı kabul edilmelidir."⁹⁷ Yargıtay'ın hakimlerin sadece mesleki değil genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduklarına ilişkin bir kararı da mevcuttur.⁹⁸ Hekimin göstermesi gereken mesleki özenin ölçütü, düzenli, dürüst, ortalama bir meslek grubu olmalıdır.⁹⁹ Tıp biliminin kurallarına aykırılık, hukuka aykırılıktır; ancak hekimin sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusurlu olup olmadığının araştırılması da gereklidir. Örneğin, zorunluluk halinde dağ başında yapılan bir ameliyatta neşter olmaması nedeniyle ekmek bıçağını kullanılması tıp biliminin kurallarına aykırılık teşkil etmekle birlikte kusurlu bir müdahale sayılamaz.¹⁰⁰ Olağan tedavi yollarını

⁹² Ertaş, 1981: 195-196; Atabek / Sezen, 1954: 149.

⁹³ Şenocak, 1998:83; Ertaş, 1981: 185.

⁹⁴ Demir, 2008: 244; Şenocak , 1998:83.

⁹⁵ Akman, 1976:225.

⁹⁶ Ayan, 1991:105.

⁹⁷ Yarg. 13 H.D 5.4.1993 tarih, Esas:131, Karar: 2741Yargıtay Kararları Dergisi, 1994.

⁹⁸ " ...Doktorlar sanatlarını icra ederlerken hastaların zarar görmemesi için yalnız tıp ilminin teknik nitelikteki kurallarıyla bağlı değildir. Bunu dışında "meslek içi hukuk normlarının" kendilerine yüklediği veya "genel hayat deneyimlerinin" herkese yüklediği dikkat ve özen görevlerine göre hareket etmek zorundadırlar. Şenocak, 1998: 85-86, dipnot, 28.

⁹⁹ Ertaş, 1981:181; Demir, 2008:247.

¹⁰⁰ Ertaş, 1981: 186.

deneyen ve her türlü dikkat ve özeni gösteren hekim hastasının iyileşmemesi ile sorumlu tutulamaz. Cerrahi müdahale yapılırken başka organ ve dokuların yaralanması halinde hekimin sorumluluğuna gidilmesi her zaman mümkün olmayacaktır.¹⁰¹ Burada hekimin eyleminin ortalama dürüst bir hekimin aynı şartlar altında göstereceği davranışa aykırı olması halinde hekimin borca aykırı davranışı dolayısıyla sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için somut olayda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekir.¹⁰²

IV. ZARARIN DOĞMASI

Hekimin tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, tıbbî yöntemin uygulandığı kimse ile hekim arasındaki sözleşmeye aykırı hareket sonucunda mutlaka bir zararın doğması gerekir. Meydana gelen zarar, hastanın kişilik ya da malvarlığı değerlerine ilişkin olarak maddi ya da manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁰³ Sorumluluk hukukunda maddi zarar, zarara uğrayan kişinin aktifinde azalma ya da pasifinde artmadır. Tıbbî sorumluluk bakımından maddi zarar, hekimin yükümlülüklerine uygun ve kusuru olmaksızın yapacağı tedavi sonucu elde edilecek sonuç ile meydana gelen netice arasındaki parayla ölçülebilen farkı ifade eder.¹⁰⁴

Tıbbî sorumluluk alanında manevi tazminatın hukukî dayanağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesi oluşturur. Kişilik haklarının ihlâli sonucu meydana gelen manevi zararın, kişilik haklarına saldırı nedeniyle ortaya çıkan acı ve üzüntünün zarar verene belli bir paranın ödettilmesiyle hafifletilmesi amaçlanır.¹⁰⁵ Manevi tazminatın istenebilmesi, manevi zararın varlığı dışında maddi tazminatın istenebilmesi için aranan diğer şartların da gerçekleşmesine bağlıdır.¹⁰⁶ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanması üzerinde bilimsel amaçlı deneme yapılan kimsenin ölümüne yol açmışsa manevi tazminatın mirasçılara ödenmesi gerekir.

Hem maddi hem de manevi tazminat davasında hastanın uğradığı zararı ve kapsamını ispatlaması gerekir; ancak, hastadan her zaman tam bir ispat beklemek somut olayın özelliklerine göre adil sonuçlar vermeyebilir. Bu nedenle, hastadan zararın varlığı ve kapsamına ilişkin hakimde yeteri kadar kanaat oluşturabilecek derecede deliller ortaya koyabilmesi beklenmelidir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Ertaş, 1981: 190.

¹⁰² Ayan, 1991:184; Şenocak, 1998: 82.

¹⁰³ Şenocak, 1998:76; İpekyüz Yavuz, 2006: 136.

¹⁰⁴ Şenocak, 1998:76; İpekyüz Yavuz, 2006: 136

¹⁰⁵ İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹⁰⁶ Ayan, 1991:123.

¹⁰⁷ Demir, 2008: 25.

V.UYGUN İLLİYET BAĞI

Tazminat davası açılabilmesi için zarar ile hukuka aykırı ve kusurlu saldırı arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekir.¹⁰⁸ Yeni tıbbî yöntem veya müdahale ile zarar arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır.¹⁰⁹ Nedensellik bağına mücbir sebep, üçüncü şahsın veya mağdurun ağır kusuru nedeniyle ortadan kalkmaması gerekir.¹¹⁰ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında illiyet bağına varlığının ispatı, bu yöntemin kendisine uygulandığı kişiye aittir.¹¹¹ Bu durumda ağır tıbbî hatanın varlığının ispat edilmesi nedensellik bağına kurulması için yeterli olacaktır.¹¹² Zararlı sonucun hekimin eyleminin dışında hastanın fizyolojik ya da biyolojik özelliklerine bağlı olarak ortaya çıkması ya da artması da söz konusu olabilir. Bu durumda, hekimin hastanın bu durumunu hesaba katmaması halinde, hekimin kusurlu eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı kurulmuş olur.¹¹³

SONUÇ

Sınırsız sayıda hücreye dönüşebilme yeteneğine sahip olan embriyonik kök hücreler, nakledildiği organlardaki bozuklukları düzenlemeye hizmet etmektedir. Ülkemizde ve dünyada da en yeni tıbbî müdahale yöntemlerinden biri olan embriyonik kök hücre nakline ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, konuyla ilgili Anayasa hükmü, genel hükümler, yönetmelikler, uluslararası sözleşmeler değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekir. Bu bağlamda, yaşam hakkını korumaya yönelik Anayasanın 17.maddesini incelediğimizde maddenin ifadesinden bu korumanın kapsamına sadece kişilerin girmekte olduğu görmekteyiz, oysa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ceninin kişi kabul edilmesi, sağ ve tam doğuma bağlanmış olduğundan burada embriyonik kök hücrenin kişi vasfından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla kök hücre nakli, Anayasanın 17. maddesine aykırılık teşkil etmez. Medeni Kanunumuzun, 23. maddesinde yer alan, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin yazılı izin ile mümkün olacağı, hükmü de bu konuda yol gösterici, yasak içermeyen bir hükümdür. Madde de insan kökenli biyolojik maddenin naklinin kesin olarak yasaklanmadığı ancak yazılı izin koşuluna bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü, de bu konuda yasaklayıcı bir hüküm olmayıp yazılı rıza ve maddede ifade edilen diğer koşulların sağlanması şartıyla tedavi amaçlı denemeleri mümkün kılmaktadır. Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın

¹⁰⁸ Şenocak,1998: 88; İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹⁰⁹ Şenocak, 1998: 89; İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹¹⁰ Ayan, 1991: 111; Zeytin, 2007: 144; İpekyüz Yavuz, 2006: 139.

¹¹¹ Ayan, 1991: 111; Zeytin, 2007: 144; İpekyüz Yavuz, 2006: 141.

¹¹² İpekyüz Yavuz, 2006: 141-142.

¹¹³ Şenocak, 1988: 88; İpekyüz Yavuz, 2006: 141-142

Uygulanması bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 “insan embriyolarının araştırma amacıyla üretilmesi yasaktır” hükmü ile sadece araştırma amacıyla embriyo üretilmesi fikrine son derece katı bir bakışı açısı ile yaklaşmış ve kesin bir biçimde yasak getirmiştir. Anılan maddenin lafzından embriyonik kök hücre çalışmalarının bu kapsama girip girmediği açıkça anlaşılmasa da kanaatimizce maddenin dar yorumlanmak suretiyle embriyonik kök hücre naklinin bu yasak kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Gerçekten de bu yasağın araştırma amacıyla embriyo üretimine ilişkin olduğu dolayısıyla yasağın sadece bu amaçla sınırlandırıldığı sonucuna varmak mümkündür. Sağlık Bakanlığının 19.05.2005 yılında yayımladığı genelge ile “ Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları” yasaklanmış bulunmaktadır. Bu genelgeye aykırılık suç oluşturmayacak, idari yaptırım gerektirecektir.

Hukumumuzda embriyonik kök hücre ile ilgili henüz bir yasal düzenleme yapılmamış olması hukuk düzeninin modern teknolojinin gerisinde kaldığını gösterir. Yetişkin kök hücreye ilişkin Sağlık Bakanlığının bazı şartlar getirerek bu konuda düzenleme yaparken niteliği itibarıyla daha başarılı neticeler verebilecek embriyonik kök hücrelerle ilgili bir yasak getirmiş olması ilginçtir. Embriyonik kök hücreye ilişkin hukukumuzdaki yasal boşluk en kısa zamanda doldurularak embriyonik kök hücre naklinin kötüye kullanımı önlenecek şekilde yasal bir prosedüre oturtulması gerekmektedir.

Kök hücre nakline ilişkin hekimin kişisel sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle hasta ile hekim arasında kök hücre nakline yönelik hekimlik sözleşmesinin yapılmış olması, hekimin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanan bir ihlâlin söz konusu olması, hekimin sözleşmeyi ihlâlinin maddi ya da manevi zarara yol açması ve hekimin kusursuzluğunu ispat edememesi gerekir.

KAYNAKLAR

AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996

AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976

AKYILDIZ, Sunay, “Mevzuatımızda Hastanın Hak Arama Yolları” Sağlık Hakkı Dergisi, Türk –Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S.3, Kasım 2007, s.65-79

ATABEK, Reşat/ **SEZEN**, Merih, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C:28, 1954, s.145 vd.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991

ÇOBAN, Aykut, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukukî Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S.86, s.204-248 (İnsan Embriyosu)

ÇOBAN, Aykut, “Türkiye’de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü”, İnsan Hakları Yıllığı 2009, C.27, s.75-96 (Tüpteki İnsan Embriyosu)

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1971

BEKSAÇ, Meral, “Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?”, Bilim ve Teknik Dergisi, S.511, Haziran 2010, s.36-40

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, s.225-252

DEMİR, Mehmet, “Türk ve Alman Hukukunda Embriyosal Kök Hücre Araştırmalarına İlişkin Yasal Durumların Karşılaştırılması”, Türk Tıp Etiği ve Araştırmaları Yıllığı, Ekim 2009-2010, s.81-96

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003

ERTAŞ, Şeref, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, S.1, s.173-205

EŞİTLİ, Aygün Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara 2012

HAKERİ, Hakan, “Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu” Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul 2006, s.51-57

HAKERİ, Hakan, “Kök Hücre Çalışmaları, Klonlama Ve Yeni Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, Sağlık Dergisi, 2009

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015

HAKERİ, Tıp Hukuku, Ankara 2007

İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006

KATOĞLU, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, C.55, S.1, s.157-193

KORKUT, Levent, “Biohukuk bakış açısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S.27, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul 2013, s.86-89

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Soybağı Alanında Biyo, İnsan Doğasının Geleceği, İstanbul 2006

OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, s.55-77

ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011

ÖZSUNAY, Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s.31-59

ÖZGÜL, Mehmet Emin, Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010

REİSOĞLU, Seza, " Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, İstanbul 1983

ROSENAU, Henning, (Çeviri: Hakan Hakeri), "Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu", Tıp Ceza Hukuku 2003, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, s.68vd.

ROSENAU, Henning, (Çeviri: Hakan Hakeri), "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.137-144

SCHREİBER, Hans-Ludwig, " Hayvandan İnsana Hücre- Doku Nakli- Hukuksal Görünüş" (Çeviren: Veli Özer ÖZBEK) Türkiye Cumhuriyeti 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Tıp ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s.94vd.

SÖĞÜT, İpek Sevda, "Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları" Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2018, S.134, s.37-70

ŞEN, Ersan, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları" Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s.588-646

ŞENER, Nurhan, "Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar", Hukuk Gündemi 2012, S.1, s.54vd

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998

TACİR, Hamide, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, 2013, s.1306-1307

ÜNVER, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukukuna Etkileri, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.183-184

ZENGİN, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında, İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012

ZEVKİLİLER, Aydın, “ Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1983.

ZEYTİN, Zafer, “Hasta- Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayısı, S.3, Kasım 2007, s.165-190

ZEYTİN, Zafer, “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukukî Sonuçları”, Tıp Hukuku Dergisi, S.7, 2015, 211-233