

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Sümeyye Miraç ALIŞAN
568418842**

İstanbul, 2020

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sümeyye Miraç ALIŞAN
568418842

TEZ DANIŞMANI
DOÇ.DR. CANAN YILMAZ

İstanbul, 2020

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Sümeyye Miraç Alişan
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı	: Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı
Tez Danışmanı	: Doç. Dr. Canan Yılmaz
Tez Türü ve Tarihi:	: Yüksek Lisans Tezi – Eylül 2020
Anahtar Kelimeler	: Yardımcı Üreme Teknikleri, Soybağı, Tıbbi Müdahale, Sözleşmesel Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu

ÖZET

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Tıbbi gerekçelerle doğal yollardan çocuk sahibi olamayan veya doğal yollardan çocuk sahibi olmayı tercih etmeyen kişiler artık üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine sıklıkla başvurmaktadır. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulaması ve kapsamı hızla artmış; teknolojik gelişmeler de bu hızlanmayı perçinlemiştir. Elbette bu yöntemlerin uygulanması tıbbi müdahale kavramı kapsamında değerlendirildiğinden, uygulama esaslarının hukukî çerçevede belirlenmesi ve belirli kurallar koyulması da zorunlu hâle gelmiştir. Bu sebeple ülkemizde de 2014 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelik üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde uyulması gereken kurallara dair genel bir çerçeve çizmektedir. İşte bu çalışmamızda konuyu düzenleyen güncel Yönetmelik hükümleri kapsamında, ilk bölümde üremeye yardımcı tedavi kavramının ne olduğu, bu yöntemlerin uygulanması sebebiyle ortaya çıkabilecek soybağı sorunlarının neler olduğu irdelenecektir. İkinci bölümde ise üremeye yardımcı tedaviyi uygulayan merkezlerin sağlık hukukunun ve ilgili mevzuatın gerektirdiği kurallara uymaması durumunda hukukî sorumluluğunun kapsamı değerlendirilecek, üçüncü bölümde ise bu sorumluluktan kaynaklanan tazminat yükümlülüğü hakkında bilgi verilecektir.

GENERAL INFORMATION

Name and Surname : Sümeyye Miraç Alişan
Field : Field of Public Law
Programme : Health Law Master Programme
Supervisor : Assoc. Prof. Canan Yılmaz
Degree Awarded and Date : Master Degree – September 2020
Key Words : Assisted-reproduction treatments, Paternity, Medical Intervention, Contractual Liability, Tort Liability

ABSTRACT

LEGAL RESPONSIBILITY OF ASSISTED-REPRODUCTION TREATMENT CENTERS

People who are not able to have or don't want to have a baby with natural way apply to the assisted-reproduction treatments frequently. Especially after the second half of 20th century, application of assisted-reproduction treatments has increased rapidly and technological advancements have intensified this increase. Surely, as these treatments are evaluated as medical intervention, it has become compulsory to create a legal framework for the fundamentals of these treatments and to impose some legal rules. As a consequence, Regulation for Assisted Reproduction Treatments and Assisted Reproduction Treatment Centers have made in 2014. This Regulation creates a general framework for the rules that must be attended while these treatments are applied. At this work in the first chapter, the concept of assisted reproduction treatments and problems of paternity derive from these treatments will be examined under the rules of the Regulation. In the second chapter, legal responsibility of the assisted reproduction centers comes from the breach of rules of health law and relevant codes. In the third chapter, information will be given about the compensation obligation derives from the legal responsibility.

ÖNSÖZ

Son yıllarda doğal yollarla çocuk sahibi olma imkânını bulamayan çiftlerin sayısı giderek artmaktadır. Bu artış anlaşıldığı üzere genetiği değiştirilmiş gıdaların tüketimi, artan radyasyon vb. yeni yaşam tarzının getirdiği sebeplerden kaynaklanmaktadır. Bu durum da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasını ve bu uygulamaların yayılması için kullanılan teknolojilerin gelişimini de hızlandırmaktadır. İşte bu hızlanma ve yaygınlaşma, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuki bir çerçeve içine alınması ve bu yöntemleri tatbik eden eşler ve sağlık personeli ile özel sağlık kuruluşları için belirli kurallar getirilmesini gerektirmektedir. Bu sebeple ülkemizde de muhtelif düzenlemeler yapılmış ve ilk kez 1987 yılında konu hukuki bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu kapsamda 2010 yılında da düzenlemeler yapılmış ve en son 2014 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

Ancak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kapsamı ve uygulama esasları, aslında Yönetmelik ile tamamen düzenlenemeyecek kadar geniştir. Zira özellikle üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hatalı uygulanması sebebiyle sorumluluk esaslarının ne olacağı, üremeye yardımcı tedaviler sonucu doğan çocukların soybağının durumu ve miras hukukuna ilişkin muhtemel sorunların neler olduğu gibi meseleler izaha muhtaç kalmaktadır. İşte bu çalışmamızda öncelikle üremeye yardımcı tedavi kavramı ve tarihsel gelişimi irdelenecek, ardından üremeye yardımcı tedavilerin türleri ve bu tedavilerin uygulanması sonucu ortaya çıkacak soybağı ve miras problemlerine çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır. Ardından ikinci bölümde, üremeye yardımcı tedavileri yapmayı üstlenen merkezler ile bu merkezlere başvuran hastalar arasındaki hukuki ilişkinin ne olduğu; hatalı bir üremeye yardımcı tedavi uygulamasında sorumluluğunun hangi esaslara göre doğacağı detaylı biçimde ve doktrindeki tartışmalara yer verilerek de anlatılacaktır. Bu yapılırken aynı zamanda üremeye yardımcı tedavi merkezi ile eşler arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan borçların neler olduğu ve merkezlerin hangi yükümlülükleri, ne şekilde yerine getirmesi gerektiği de anlatılacaktır. Ancak hatalı üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması sebebiyle merkezlerin sorumluluğu sadece taraflar arasındaki sözleşmeden

doğmamaktadır. Bu kapsamda hatalı uygulama sonucunda doğacak zararın giderilmesi amacıyla ileri sürülecek taleplerde eşler haksız fiil ya da vekâletsiz iş görme ilişkisine de dayanabilirler. Dolayısıyla sözleşme ilişkisi ve sözleşmenin esaslarına değinildikten sonra bu tıbbi müdahale sebebiyle doğan haksız fiil ilişkisi ve vekâletsiz iş görme ile sorumluluk doğuran bir diğer alan olan culpa in contrahendo sorumluluğuna değinilecek; son bölümde ise sorumluluğun doğması hâlinde merkezin hangi zarar kalemlerini ne şekilde tazmin etmesi gerektiği ve bu tazmin talebini kimin nasıl ileri süreceği hakkında açıklamalar yapılacaktır.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
ÖNSÖZ.....	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
GİRİŞ	2
BİRİNCİ BÖLÜM	
ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER....	4
1. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	4
2. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN TÜRLERİ	9
2.1. Üreme Hücrelerinin Ait Olduğu Kişilere Göre Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri	10
2.1.1. Homolog Döllenme.....	10
2.1.2. Heterolog Döllenme.....	13
2.1.2.1. Sperm Bağışı	16
2.1.2.2. Yumurta Bağışı (Yumurta Nakli).....	19
2.1.2.3. Embriyo Bağışı	22
2.2. Döllenmenin Gerçekleştiği Yere Göre Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri	24
2.2.1. İn-Vivo Embriyo Nakilleri (İn-Vivo Fertilizasyon).....	24
2.2.2. İn-Vitro Embriyo Nakilleri (İn-Vitro Fertilizasyon)	27
2.2.3. Taşıyıcı Annelik.....	29
3. YABANCI HUKUKLARDAKİ DÜZENLEMELER	33
3.1. Alman Hukuku’nda Durum.....	34
3.2. Fransız Hukuku’nda Durum	36
3.3. İngiliz Hukuku’nda Durum	37
3.4. İsviçre Hukuku’nda Durum.....	38
İKİNCİ BÖLÜM	
ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ VE SORUMLULUK ESASLARI	40
1. TIP BİLİMİ VE TIP HUKUKU AÇISINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	40

1.1.	Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Türleri.....	40
1.2.	Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Açısından Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu.....	44
1.2.1	Üremeye Yardımcı Tedavi Yönteminin Yetkili Merkez Tarafından Uygulanması	44
1.2.2.	Üremeye Yardımcı Tedavi Yönteminin Tıp Biliminin Verilerine Uygun Olarak ve Tedavi Amacını Taşıyan Şekilde Uygulanması	46
1.2.3.	Hastanın Aydınlatılması	50
1.2.4.	Hastanın Rızasının Alınması	61
2.	ÖZEL HUKUK AÇISINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	64
2.1.	Üremeye Yardımcı Tedavilerden Doğan Sözleşmesel Sorumluluk	65
2.1.1.	Sözleşmenin Hukukî Niteliği	65
2.1.2.	Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sözleşmeden Doğan Borçları.....	70
2.1.2.1.	Teşhis ve Tedavi Uygulama Borcu	70
2.1.2.2.	Sadakat ve Özen Borcu.....	75
2.1.2.3.	Kayıt Tutma Borcu	80
2.1.2.4.	Sır Saklama Borcu	83
2.1.2.5.	Üreme Hücrelerinin Saklanması Borcu	86
2.1.3.	Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sözleşmesel Sorumluluğunun Doğması	89
2.1.3.1.	Genel Olarak.....	89
2.1.3.2.	Sözleşmesel Sorumluluğun Şartları.....	89
2.1.3.2.1.	Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezi ile Eşler Arasında Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı.....	89
2.1.3.2.2.	Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilen Sözleşmeye Aykırı Fiilin Varlığı.....	93
2.1.3.2.3.	Farazi Kusurun Varlığı	96
2.1.3.2.4.	Zarar.....	100
2.1.3.2.5.	Nedensellik Bağı	101
2.2.	Üremeye Yardımcı Tedavilerden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu.....	103
2.2.1.	Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğunun Doğmasının Şartları	104
2.2.1.1.	Hukuka Aykırı Fiil.....	104
2.2.1.1.1.	Genel Olarak.....	104
2.2.1.1.2.	Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Özelinde Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bazı Durumlar	106
2.2.1.1.2.1.	Rıza	106

2.2.1.1.2.2. Üstün Nitelikte Özel Yarar	108
2.2.1.2. Kusur.....	109
2.2.1.3. Zarar.....	109
2.2.1.4. Nedensellik Bağı	110
2.2.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Kusursuz Sorumluluğunun Doğması	111
2.2.2.1. Genel Olarak.....	111
2.2.2.2. TBK m. 66 Kapsamında Kurtuluş Kanıtı Getirilmesi.....	115
2.2.2.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu ile Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk Arasındaki Farklar	117
2.3. Vekâletsiz İşgörmeden Kaynaklanan Sorumluluğun Doğması.....	119
2.4. Culpa In Contrahendodan Kaynaklanan Sorumluluğun Doğması.....	125
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI.....	128
1. GENEL OLARAK	128
2. MADDİ TAZMİNAT	128
2.1. Maddi Zarar Kalemleri	128
2.2. Maddi Tazminatın Belirlenmesi	133
3. MANEVİ TAZMİNAT	135
3.1. Genel Olarak.....	135
3.2. Manevi Tazminatın Belirlenmesi.....	137
4. KAZANCIN İADESİ	138
5. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI	140
5.1. Sorumsuzluk Anlaşmaları Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	140
5.2. Sorumsuzluk Anlaşmalarının İçeriği ve Geçerliliği	141
6. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ .	144
6.1. Dava İkamesi ve Davanın Tarafları	144
6.2. Sebeplerin Yarışması	146
7. ZAMANAŞIMI.....	149
SONUÇ.....	152
KAYNAKÇA	156

KISALTMALAR CETVELİ

<i>AIHM</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<i>AIHS</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>Art.</i>	Artikel (madde)
<i>AY</i>	Anayasa
<i>BK</i>	818 Sayılı Borçlar Kanunu
<i>bkz</i>	bakınız
<i>C.</i>	Cilt
<i>CD</i>	Ceza Dairesi
<i>CGK</i>	Ceza Genel Kurulu
<i>CMK</i>	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<i>Ed.</i>	Editör
<i>HMK</i>	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<i>IVF</i>	In-Vitro Fertilizasyon
<i>İBBGK</i>	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
<i>m.</i>	madde
<i>Nu.</i>	Number (Sayı)
<i>para.</i>	Paragraf

S.	Sayı
s.	sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri
vd.	ve devamı
Vol.	Volume (Cilt)
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

GİRİŞ

Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının tüm dünyada temel bir insan hakkı olarak görülmesi ve bu konuda birçok uluslararası metinde de düzenleme yapılması, sağlık hukukunun doğmasına ve özellikle tıbbi müdahalelere hukukî bir çerçeve çizilmesine neden olmuştur. Zira teknolojinin de gelişmesiyle tıbbi müdahaleler soybağından kişilik haklarına, kişisel verilerin korunmasından vücut bütünlüğüne dek birçok konuda hukukî meseleler yaratmaya başlamıştır. Bu kapsamda sıklıkla uygulanan tıbbi müdahalelerden birisi de üremeye yardımcı tedavi yöntemleridir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, üreme hakkını ilgilendiren ve ayrıca bünyesinde etik tartışmalar da barındıran, hatta bunun da ötesinde kişiliğin başlangıcı gibi birçok soruna temas eden karmaşık tıbbi müdahalelerdir. Dolayısıyla diğer tüm tıbbi müdahaleler gibi bu uygulamalarda da belirli kurallara uyulması gerekmektedir.

İşte bahsi geçen kuralların neler olduğu ve bu kurallara uyulmazsa, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin hukukî sorumluluğun ne olacağı konusu, bu çalışmanın ana temasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda konu sadece üremeye yardımcı tedavi uygulamalarını düzenleyen 2014 tarihli Yönetmelik kapsamında değil, TMK, TBK ve ilgili tüm mevzuat açısından incelenecektir. Zira ülkemizde de giderek artan üreme sorunları, bu müdahalelerin artmasına neden olmuş ve üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin en güncel mevzuat kapsamında değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmamızda da öncelikle üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı ve türleri ile bu uygulamaların tarihi gelişiminden bahsedilecek, ardından üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin ilgili mevzuatta belirlenen kurallara uymaması ve hatalı müdahalesi sonucu hukuki sorumluluğunun ne olduğu ve bunun hangi esaslara dayandığından bahsedilecektir. Buradaki hukuki sorumluluk kavramı esasında özel hukuk sorumluluğunu ifade etmektedir. Bir diğer deyişle, kamu hastanelerinin idare hukuku bağlamındaki sorumluluğu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu kapsamda da üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin sözleşmeden, haksız fiilden, vekâletsiz işgörmekten ve culpa in contrahendodan doğan sorumluluğuna değinilecek; son bölümde ise sorumluluğun doğması hâlinde üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin hangi zarar

kalemlerini tazmin edeceği ve buna ilişkin taleplerin hangi zamanaşımına tabi olarak, nasıl ileri sürüleceği değerlendirilmeye çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

İnsanın en temel ihtiyaçlarından biri olan ve aynı zamanda birçok uluslararası metinde de bir hak olarak tanınan üreme¹, doğal yollarla gerçekleştirilemediğinde tıbbi bir müdahale ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple ilk kez 1799 yılında İngiltere’de yardımcı üreme teknikleri kullanılarak bir kadın hamile kalmış² ve uzun zamanda yaşanan gelişmelerle, ancak 1978 yılında bu yöntemlerle sağlıklı ilk bebek dünyaya gelmiştir³. Bu üreme teknikleri ilerleyen yıllarda değişen teknolojiler sayesinde geliştirilmiş, sıklıkla uygulanır hale gelmiş ve bunun sonucu olarak da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuki zemine oturtulma ihtiyacı doğmuştur. Zira bu yöntemler hukuki, ahlaki, sosyolojik ve psikolojik sıkıntılar açısından birçok sorun oluşturmuştur. Bu kapsamda, çocuk ile anne veyahut baba arasında oluşacak nesep karışıklıkları, çocuğun doğum sonrasında yaşayabileceği psikolojik problemler ve bunların toplum düzenini etkilemesi sebebiyle doğan sosyolojik durumlar örnek verilebilir. Bu sorunlar doğrudan aile yapısını ilgilendirdiği ve Anayasa’da (AY. m. 41) dahi aile toplumun temeli olarak nitelendirildiği için; söz konusu sorunların çözümü de önem arz etmektedir. Bu sebeple de gelişen teknoloji ve ilerleyen teknikler sebebiyle

¹ Uluslararası metinlerde ve mahkeme kararlarında yer alan üreme hakkına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Gürkan Sert, **Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme**, 1. Basım, İstanbul: İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, 2013, s.17 vd.; Müesser Özcan, Ayla Berkiten Ergin ve Zeynep Acar, “Türkiye’de Cinsel ve Üreme Hakları: Genel Bir Bakış”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı.26, (2013), s.122 vd.; *Üreme Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları*, http://www.icc.org.tr/uploads/documents/uremehaklari/ureme-haklari_ICC.pdf (Erişim Tarihi: 01.01.2020).

² Thomas Schlegel, **Die künstliche Befruchtung mit spendersamen im Lichte des Kindschaftsreformgesetzes-Rechtsvergleich zwischen US-amerikanischen und deutschen Recht**, Göttingen, 2000, s.5 vd. Hayrunnisa Özdemir, “Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı.130, (Şubat 2013), s.2, dn.3’den naklen.

³ Paul R. Brezina ve Yulian Zhao, “The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies”, *Obstetrics and Gynecology International*, (Ocak 2012), s.1. Hülya Deniz Yıldırım, “Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücresi Alınması Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar”, *Adli Tıp Dergisi*, Cilt.31, Sayı.3, (Aralık 2017), s.144’den naklen.

güncel mevzuat sürekli olarak yenilenmek ve buna ayak uydurmak zorunda kalmıştır. Ancak halen birçok konuda tam olarak hukuki çözümlere varılamamıştır. Örneğin aşağıda detaylı şekilde bahsedileceği üzere soybağının kurulması, kişiliğin başlangıcı gibi konularda muhtelif tartışmalar devam etmektedir. Bu sebeple üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin ne olduğu, hangi türleri içerdiği gibi konuların incelenmesi gerekmektedir.

Hali hazırda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri hukukumuzda, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yürürlükte bulunan Yönetmeliğin 4/1-ğ maddesinde Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri şu şekilde açıklanmaktadır: “*Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE): Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları, ifade eder.*”⁴. Doktrinde ise bu kavram birçok şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımlama genel olarak yapay döllenme kavramı üzerinden yapılmaktadır. Bu kapsamda yapay döllenme dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde ifade edilmiştir. Dar anlamda yapay döllenme, erkek üreme hücresinin mekanik yolla kadının rahmine şırınga edilmesi ve yumurtanın kadının vücudunda döllendirilmesidir⁵. Buna uygulamada aşılama veya suni ilkah da denmektedir⁶. Geniş anlamda yapay döllenme ise erkekten alınan sperm ile kadından

⁴ 29135 Sayı ve 30.09.2014 Tarihli Resmi Gazete, bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.20085&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=%C3%BCr emeye>, (Erişim Tarihi: 06.03.2020).

⁵ Özdemir, Yapay Döllenme, s.2. Aynı yönde bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.42; Berna Özpınar, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı II** içinde (33-56), Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.34; Haluk Nami Nomer, “Sun’i Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı (Ed.), **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan** içinde (545-594), İstanbul: Beta Yayınları, 2000, s.545; Seda Ergüneş, “Yapay Döllenme”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde (167-177), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.167; Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s.199; Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 2. Baskı, İstanbul: Betim Kitaplığı, 2019, s.478, Yasemin Erol, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s.12 vd.; Canset Yıldız, Büşra Kartal ve Beyza Tiryaki, “Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu”, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/raporlar/325.pdf>, (Erişim Tarihi 08.03.2020), s.556; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku İkinci Cilt**, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2020, s.344.

⁶ Özpınar, Yapay Döllenme, s.34.

alınan yumurtanın yapay yollarla döllenmesine ilişkin tüm yolları ifade eder⁷. Uygulamada yapay döllenme denildiğinde, dar anlamda yapay döllenme akla gelmektedir. Geniş anlamda yapay döllenme denildiğinde ise tanımdan da anlaşıldığı üzere, tüm üremeye yardımcı tedavi yöntemleri anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, bize göre de üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, doğal yollardan çocuk sahibi olmayan ya da olmak istemeyen kimselerin evli olup olmadığına bakılmaksızın çeşitli yöntemlerle çocuk sahibi olmasının sağlanmasıdır. Kanaatimizce, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı geniş şekilde tanımlanmalı ancak hukuka uygun olup olmadığı her ülkenin kendi hukukuna göre değerlendirilmelidir.

Ülkemizde de kullanılan bu teknikler, ilk defa 1987’de yürürlüğe giren İn-Vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir⁸. Bu yönetmeliğin 4/f maddesinde sadece yardımcı üreme tekniklerinden in-vitro fertilizasyon ve embriyo transferi tanımlanmıştır. Bu madde “*İn vitro Fertilizasyon (IVF) ve Embriyo Transferi (ET): Anneden alınan yumurta ile kocasından alınan spermin anne dışında döllenmesini veya embriyo haline getirildikten sonra annenin genital organına naklini, ifade eder.*” şeklinde bir tanımlama içermektedir. Ancak bu yönetmelik, sadece belirli yöntemleri tanımlaması sebebiyle hem tıbbi hem de hukuki açıdan yetersiz kalmıştır. Daha sonra bu yönetmelik 1996 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ismiyle tekrar düzenlenmiştir. Bu yönetmelik de 27513 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile değiştirilmiştir⁹. Bu yönetmelik doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Zira, kanuni dayanaktan yoksun olan bu yönetmelik, ortaya çıkan ve aşağıda da bahsedeceğimiz sorunlara hukuki çözümler bulmaktan uzak kalmış ve en önemlisi de söz konusu tedavi yöntemleri uygulanırken çizilen sınırların aşılmasını yaptırımsız bırakmıştır¹⁰. Bu sebeple işbu yönetmelik tekrar

⁷ Mehmet Akif Erkan, “Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2002), s.4; Onursal Cin, “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı. 5, (2005), s.31; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s.41; Erol, s.12.

⁸ 21.08.1987 Tarih ve 19551 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19551.pdf> (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

⁹ 06.03.2010 Tarih ve 27513 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/03/20100306-10.htm> (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

¹⁰ Fulya İlçin Gönenc, “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, Hakan Hakeri, Cahid Doğan (Ed.), **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** içinde (63-82), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012, s.65.

düzenlenmiş ve 2014 yılında, halen yürürlükte olan, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır¹¹. Ancak ne yazık ki, gerekli düzenlemeler tamamen yapılamamış ve bir önceki yönetmeliğe getirilen eleştirilerin benzerleri bu yönetmelik için de devam etmiştir¹². Kanaatimiz, bu eleştirilerin söz konusu kavramlar bir kanun çerçevesinde düzenlenmediği sürece devam edeceği ve düzenlemelerin hukuki açıdan yetersiz kalacağı yönündedir¹³. Zira üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, bünyesinde çok çeşitli teknikler barındırmakta olup; bu tekniklerin ayrıca tanımlanması ve hukuki sonuçlarının aktarılması önem arz etmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, yürürlükteki yönetmelikte sadece üremeye yardımcı tedavi yöntemleri tanımlanmış olup, bu yöntemlerin detaylı bir şekilde izahı yapılmamıştır. Bu durumun da hukuki bir boşluk yaratacağı ve ortaya çıkacak sorunların çözümünü güçleştireceği aşıkardır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramının tam olarak anlaşılabilmesi için, bu yöntemlerin uygulama amaçlarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, yapay döllenme yöntemine başvuru sebepleri olarak birçok neden sayılabilir¹⁴. Bunlar öncelikle, üreme fonksiyonlarındaki bozukluk sebebiyle doğal yollardan çocuk sahibi olunamaması halidir. Bu üreme bozuklukları; tarafların yumurta veya spermlerinin azlığı, yokluğu veya kalitesizliği durumlarını kapsayabilir veyahut kadının rahim ağzı tıkanıklığı, yumurtalık kanallarındaki hasar veya tıkanıklıklar veya hiçbir fizyolojik durum söz konusu olmasa dahi kişinin kısır olması halleridir¹⁵. Buna ek

¹¹ 30.09.2014 Tarih ve 29135 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140930-4.htm> (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

¹²Turan Yıldırım, “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”, **Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, İstanbul, 2011, s.71.

¹³Aynı yönde bkz. Gönenç, s.66.

¹⁴ Erol, s.94 vd.; Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s.556; Öztürk Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1.Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014, s.5 vd.; M.G.R. Hull, “The Causes of Infertility and Relative Effectiveness of Treatment”, Allan A. Templeton ve James O. Drife (Ed.), **Infertility** içinde (33-62), London: Springer, 1992, s. 34-35; T.S. Paliawadana, P.S. Wijesinghe ve H.R. Seneviratne, “Aetiology of Infertility Among Females Seeking Treatment at a Tertiary Care Hospital in Sri Lanka”, **Ceylon Medical Journal**, Vol. 57, No. 2, (2012), s. 79.

¹⁵ Bu üreme bozuklukları genetik olabileceği gibi, sigara kullanımı ve obezite gibi sebeplerle de dünyada kısırılık oranının giderek arttığı bilimsel bir gerçektir. Üreme bozukluklarının türleri ve sebepleri hakkında bkz. J. X. Wang ve Diğerleri, “Body Mass and Probability of Pregnancy During Assisted Reproduction Treatment: Retrospective Study”, **British Medical Journal**, Vol. 321, (2000), s. 1320; Seyedeh Zahra Masoumi ve Diğerleri, “An Epidemiologic Survey on the Causes of Infertility in Patients Referred to Infertility Center in Fatemeh Hospital in Hamedan”, **Iran Journal of Reproductive Medicine** Vol. 13, Iss. 8, (2015), s. 513 vd.; Shahnaz Anwar ve Ayesha Anwar, “Infertility: A Review on Causes, Treatment and Management”, **Women’s Health and Gynecology Review**, Vol. 2, Iss. 6, (2016), s. 2; Narjes Deyhoul, Tina Mohamaddoost ve Meimanat Hosseini, “Infertility-Related Risk

olarak kalıtsal hastalıkların tanı ve tedavisinde de üremeye yardımcı teknikler kullanılarak sağlıklı bebekler dünyaya getirilebilmektedir. Son olarak çocuğun cinsiyetinin seçilmesi hallerinde de bu yöntemlere başvurulabilmektedir. Bu kapsamda özellikle preimplantasyon ve prenatal genetik tanı testlerinden bahsedilmesi gerekmektedir. Preimplantasyon genetik tanı testleri, üreme hücrelerinin döllenmeden önce veya embriyo halindeyken, bir çocuğun cinsiyetinin veya kalıtsal hastalıklarının tespiti için yapılan testleri ifade eder¹⁶. Prenatal genetik tanı testleri ise, genetik hastalıkların fetüs veya embriyo iken; hamilelik sürecinde tespit edilmesidir¹⁷. Söz konusu testlerin leh ve aleyhinde görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda, bahsi geçen testler nedeniyle embriyo ve ceninlerin yaşamaya değer olup olmamasına göre sınıflandırılacağı ve bunun da ahlaki olmadığını savunan görüşler mevcuttur¹⁸. Buna karşın söz konusu testlerin, hastalıkların tespiti ve eğer mümkünse önlenmesini sağladığı ve asıl bu testlerin yapılmamasının sorumlu bir davranış olmadığını ifade eden görüşler de mevcuttur¹⁹. Belirtilmesi gerekir ki Türk Hukuku'nda örneğin cinsiyet seçimi için bu yöntemlerin uygulanması, Yönetmelik EK-17/8 maddesinde açıkça yasaklanmıştır. Ancak bunun istisnası olarak kalıtsal hastalıkların engellenmesi amacıyla eşlerin bebeğin cinsiyetini yardımcı üreme tekniklerinden faydalananak seçebilecekleri hali düzenlenmiştir²⁰.

Factors: A Systematic Review", **International Journal of Women's Health and Reproduction Sciences**, Vol. 5, No. 1, (2017), s. 25-26.

¹⁶ Turgut Aydın ve Burak Yücel, "Tek Gen Hastalıkları Nedeniyle Preimplantasyon Genetik Tanı Uygulanan Hastalarımızın Retrospektif Analizi", **Bozok Tıp Dergisi**, Cilt.7, Sayı.4, (2017), s. 43; Semra Kahraman ve Diğerleri, "Recent Advances in Preimplantation Genetic Diagnosis", **Advances in Genetics and Genetics Journal**, Vol. 5, (2015), s. 189; Karen Sermon, André van Steirteghem ve Ingé Liebaers, "Preimplantation Genetic Diagnosis", **The Lancet Review**, Vol. 363, (2004), s. 1633; Peter Braude ve Diğerleri, "Preimplantation Genetic Diagnosis", **Nature Review**, Vol. 3, (2002), s.941.

¹⁷ Özge Özalp Yüreğir ve Diğerleri, "Prenatal (Doğum Öncesi Tanı)", **Arşiv Tarama Kaynak Dergisi**, Cilt.21, Sayı.1, (2012), s. 80; Abby Lippman, "Prenatal Genetic Testing and Screening: Constructing Needs and Reinforcing Inequities", **American Journal of Law and Medicine**, Vol. XVII, No. 1-2, (1991), s. 15; Ignatia B. Van der Veyver, "Recent Advances in Prenatal Genetic Screening and Testing", *F1000 Research*, 2016, Vol. 5, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5089140/#>, (10.03.2020);

¹⁸ Maide Barış ve İlhan İlkılıç, "Prenatal Tarama ve Teşhis Prosedürlerinin Gebe Kadınlar, Engelliler ve Toplum Üzerindeki Olası Etkilerine Dair Normatif Bir Değerlendirme", **Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi**, Cilt.23, Sayı.2, (2018), s. 112 vd.; John A. Robertson, "Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: The Ethical Debate", **Human Reproduction Journal**, Vol. 18, No. 3, (2003), s. 466;

¹⁹ Söz konusu görüşler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Cemile Turgut, "Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.5, Sayı.2, (2017), s. 181 vd.; Ann M. Gronowski ve Diğerleri, "The Ethical Implications of Preimplantation Genetic Diagnosis", **Clinical Chemistry Journal**, Vol. 60, Iss. 1, (2014), s. 25.

²⁰Yönetmelik Ek- m.17/8: "Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Bu durumun tespiti halinde merkezin ruhsatı/faaliyet izni ile ÜYTE ünite sorumlusunun ve ÜYTE laboratuvar sorumlusunun sertifikası iptal edilir ve bu kişiler merkezlerde çalışamaz." (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.20085&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=%C3%BCr>

2. ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN TÜRLEİ

Doktrinde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri genel olarak dört sınıfta değerlendirilmektedir. Buna göre bu sınıflandırma şu şekildedir²¹. Birinci yöntemde sperm, cinsel ilişki olmaksızın ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yoluna enjekte edilmektedir²². İkinci yöntemde, erkeğe ait sperm hücresine ek olarak kadına ait yumurta hücresi de aynı şekilde ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yoluna enjekte edilmektedir²³. Üçüncü yöntem ise, yumurta kanalları tıkalı olan kadının doğal yollarla hamile kalamaması sonucu kadın ile erkeğin üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında bir tüp içinde döllenirlerken kadının rahmine enjekte edilerek gebe kalmasının sağlanmasıdır²⁴. Son yöntem ise, yumurtalıklarında sorun olan kadının, başka bir kadının rahminde erkekten alınan sperm ile döllenirlerken oluşan embriyonun kendi rahmine aktarılmasıdır²⁵. Bu kapsamda doktrinde bir diğer ayrımda da üremeye yardımcı tedavi yöntemleri Yapay Döllenme, İn-vitro Fertilizasyon ve ikame annelik olarak tasnif edilmiştir²⁶.

Yukarıda ifade edilen ve detayları da doktrinde açıklanan bu sınıflandırmalar bünyesinde bazı sorunlar barındırmaktadır. Zira örneğin, eşler arasında gerçekleşen üremeye yardımcı tedavi yöntemleri olarak tanımlanan homolog ve heterolog döllenme açıklandıktan sonra, üreme hücrelerinin tüpte bir araya getirilmesi olan in-vitro embriyo nakilleri incelenmektedir²⁷. Böylece aynı anda var olabilecek olan türler sırayla ve birbiriyle hiç ilişkisi olmayacakmış gibi anlatılmaktadır. Halbuki örneğin in-vitro

emeye, Erişim Tarihi: 14.01.2020). Aynı yönde bkz. Melike Belkıs Aydın, “Pre-İmplantasyon Genetik Tanı ve Biyoetik Tartışmalar”, **Hukuk Kuramı**, Cilt.2, Sayı.1, (Ocak-Şubat 2015), s.15.

²¹ Erol, s.12 vd.; Ergüneş, s.168 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.2.

²² Özlem Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağının Değiştirilmesi Suçu**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s.50; M. Beşir Acabey, **Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, 1. Baskı: Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002, s.175; Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkında Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı.1, (1983), s.32 vd.

²³ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.2; Nomer, Sun’i Döllenme, s.545; Acabey, s.175.

²⁴ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası arasındaki Nesep İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu” **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı.17-18, (Ocak- Şubat 2006), s.17; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi** s.50; Metin, Biyotıp Etiği, s.479; Nomer, Sun’i Döllenme, s.545.

²⁵ Ergüneş, s.168; Erol, s.13, Zevkliler, s.34.

²⁶ Yıldırım, Üreme Hücresi, s.145.

²⁷ Örneğin bu şekilde özel bir tasnif olmaksızın farklı yardımcı üreme tekniklerinin sırayla incelendiği bir çalışma olarak bkz. Erol, s. 15 vd.

embriyo nakli hem homolog hem de heterolog olabilir. İşte bu sebeple kavramların sırayla açıklanması yeterli olmayıp, bunların sistematik başlıklar altında incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır .Zira bu açıklamalarla, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile ilgili türler ve kavramlar açıklansa dahi, sistematik olmadığından anlam karışıklığına yol açabilmektedir. Bu sebeple kanaatimizce üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, üreme hücrelerinin ait olduğu kişilere göre ve döllemenin gerçekleştiği yere göre ikiye ayrılmalı ve tıp uygulamasında da bahsedilen kavramlar bu tasnif içerisinde açıklanmalıdır.

2.1. Üreme Hücrelerinin Ait Olduğu Kişilere Göre Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri

2.1.1. Homolog Dölleme

Homolog dölleme, eşlere ait üreme hücrelerinin herhangi bir yardımcı üreme yöntemi ile döllendirilmesini ifade eder²⁸. Bu yöntem üreme hücrelerinin bir tüp içerisinde veya kocanın üreme hücrelerinin alınarak karısının üreme organına aktarılarak döllendirilmesi şeklinde yapılır²⁹. Anlaşıldığı üzere homolog dölleme bir teknik değildir. Homolog dölleme sadece üremeye yardımcı tedavi uygulanan tarafların eş olduklarını gösterir bir kavramdır. Yani eşler arasında uygulanan üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin hepsi homolog dölleme olarak adlandırılır. Evli çiftlerin homolog döllemeye başvurma amaçları; fizyolojik, anatomik veya psikolojik sebeplerden ötürü çocuk özelemlerinin giderilmesidir³⁰.

Üremeye yardımcı tedavilerin Türk Hukuku'nda uygulaması homolog dölleme çerçevesindedir. Hukuk sistemimiz, yalnızca eşler arasında üremeye yardımcı

²⁸İşıl Tüzün Arpacıoğlu, “Yapay Döllemenin Soybağına Etkileri”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt.5, Sayı. 1, (2013), s.14; Remzi Demir, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.133, (2017), s.280, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1701>, (Erişim Tarihi: 08.03.2020); Gülçin Çam, “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), s.46; Gönenç, s.67; Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde (103-130), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.115; Remzi Demir, **Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2019, s.223 vd.

²⁹Cemile Turgut, **Yapay Dölleme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.27.; Yenerer Çakmut, Soybağının Belirlenmesi, s.49.

³⁰Ergüneş, s.168 vd.

tedavi yöntemlerinin uygulanabileceğini vurgulamıştır. Zira, hem Yönetmelik m.1’de yönetmeliğin amacının “*çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin çocuk sahibi olmalarının sağlanması*” olduğu hem de Yönetmelik m.4/1-ğ’de “*anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirilebileceği*” düzenlenmiştir. Böylelikle, Türk Hukuku’nda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanabilirliği homolog döllenme ile gebe kalınması şartına bağlanmıştır. Bu şartın getirilmesinin en önemli sebebi, evli olmayan çiftler arasında kullanılan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin doğurduğu özellikle soybağı ve miras hukukuna ilişkin sorunlardır. Tüm bu sebeplerle homolog döllenme tıbbi müdahale kabul edilmekte ve hukuka uygun sayılmaktadır; çünkü homolog döllenme tedavi amacıyla uygulama alanı bulmaktadır³¹.

Ancak homolog döllenmede de ortaya çıkabilecek birkaç sorun doktrinde tartışılmaktadır. Bu sorunlardan en önemlisi, eşlerden kocanın ölümü sonrasında yapılacak olası homolog döllenme ile kadının hamile kalması ihtimalinde çocuğun soybağının babayla nasıl kurulacağıdır. Bu konuda Yönetmelik m.20/5’de “*Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu düzenleme olabilecek soybağı sorununu çözmemektedir. Yani bu düzenlemeye uyulmadan, bir diğer deyişle kocanın ölümünden sonra imha edilmeyen sperm hücrelerinin kadının üreme hücreleriyle döllendirilmesi ve çocuğun doğması halinde soybağının nasıl kurulacağının açıklanması gerekmektedir. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Birinci görüşe göre, TMK

³¹Abdülkadir Arpacı, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Bunlara İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. VI, Sayı. 2 (Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı), (2009), s.8; Gönenç, s.67; Ergüneş, s.169; Turgut s.27; Özpınar, Yapay Döllenme, s.37.

m.285/1'deki babalık karinesi hükmü gereğince evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun, koca ile soybağı kurulacaktır³². Buna karşın doktrinde, kocanın ölümle birlikte sperm üzerinde tasarruf yetkisi kaybolduğundan, bu hükümden hiçbir şekilde faydalanılamayacağı şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür³³. Bir diğer görüşte ise, çocuğun menfaati gereğince hiç bu tartışmalara girilmeden, bir zamanlar evli olan eşlerin üreme hücreleri kullanılarak doğan çocuğun 300 günden sonra doğmuş olması ihtimalinde bile çocuğun babasının koca olarak kabul edilmesi gerektiği ve miras hakkından mahrum bırakılmaması gerektiği belirtilmektedir³⁴. Bize göre, çocuğun menfaati her şeyden üstün tutulmalıdır. 300 günden sonra doğan çocuğun hiçbir kimse ile soybağının kurulamayacağı ihtimalinde çocuk babasız kalacaktır. Bu durumda çocuğun genetik olarak bağlı olduğu biri mevcutken sırf TMK hükümleri belirli bir süreden bahsettiği için soybağından yoksun kalması çocuğun menfaati göz önünde tutulduğunda kabul edilemez. Sonuç olarak, ölümden sonra homolog döllenme sonucu doğan çocuğun 300 gün içinde doğrudan, 300. günden sonra ise babalık davası yoluyla koca ile soybağının kurulması gerekmektedir.

Bir başka tartışma konusu ise, kocanın spermalarının, rızası dışında karısının üreme hücreleri ile döllendirilmesi sonucu doğan çocuğun soybağının nasıl kurulacağıdır. Doktrinde çoğunlukça kabul edilen görüş, kocanın rızasının var olup olmadığına göre bir ayırım yapılamayacağı çocuğun koca ile kan bağı olmasının yeterli olacağı yönündedir. Bunun sonucunda doktrin kocanın soybağını reddedemeyeceğini vurgulamaktadır³⁵. Kanaatimiz, doktrindeki bu çoğunluk görüşün yerinde olduğu yönündedir. Kaldı ki, eşler arasında normal bir cinsel birliktelik sonucunda da istem dışında çocuk dünyaya gelmesi ihtimalinde de baba ile çocuk arasındaki soybağı kurulmasının, rızası dışında spermaları kullanılarak çocuğun dünyaya gelmesinden bir farkı yoktur.

³² Acabey, s.189 vd.; Kırkbeşoğlu, s. 51; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s.377; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 182. Doktrinde bu tartışmaya girmeksizin döllenmede kullanılan üreme hücrelerinin eşlere ait olması durumunda döllenmenin evlilik süresinde gerçekleşmesi ve çocuğun da evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğması şartıyla babanın koca sayılacağı yönündeki görüş için bkz. Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması**, 6. Baskı, Ankara: Pegem Akademi, 2018, s. 143.

³³ Nomer, Sun'i Döllenme, s. 580.

³⁴ Reşat Atabek, "Yapay Döllenme", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. LXI, Sayı. 7-8-9, (1985), s. 617.

³⁵ Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, **Aile Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.296 ; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.36; Kırkbeşoğlu, s.49.

2.1.2. Heterolog Döllenme

Heterolog döllenme, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin evli olmayan kişiler tarafından uygulanması ve doğal olmayan bu yöntemle döllenme sağlanmasıdır³⁶. Heterolog döllenme çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Evli çiftler arasında, kendi üreme hücreleri dışında başka kişilere ait üreme hücreleri, eşlerden birinin üreme hücreleriyle döllendirilerek oluşabilir³⁷. Bu döllenme farklı kombinasyonlarda olabilir. Örneğin, evli kadının yumurtası kocasına ait olmayan spermle döllendirilebilir veya evli erkeğin spermi karısına ait olmayan yumurta ile döllendirilebilir. Bunun dışında birbirleriyle ve başkalarıyla evli olmayan kişilerin üreme hücreleri de döllendirilerek çocuk sahibi olunabilir³⁸. Hatta bu döllenme sonucu oluşan embriyo, bir başka kadının rahmine de nakledilebilir.

Evli çiftlerin veya evli olmayan kişilerin bu yöntemlere başvurmalarının sebepleri olarak, eşlerden birinin kısırlığı sebebiyle homolog döllenme olamaması, doğacak çocuğun kalıtsal hastalıklarından kaçınılmak istenilmesi ve homoseksüel evlilikler veya evlilik dışı birlikte yaşamalar gösterilebilir³⁹. Bunlara ek olarak, doğal yollardan hamile kalabilecek bir kadının doğum esnasında anne veya bebeğin zarar görebilme ihtimalinin varlığı sebebiyle de bu yönteme başvurulabilir. Ayrıca hiçbir sebep olmadan da bu yöntemle çocuk sahibi olmak tercih edilebilir.

Heterolog döllenme Türk Hukuku'nda yasaklanmıştır. Yönetmelik madde 1'de yönetmeliğin amacı açıklanırken evli çiftlerin bu uygulama kapsamına girdiği açıkça

³⁶ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.113; Müge Ürem, "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar", **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde (79-102), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.94; Zeka Kayalı, "Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler", **(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994)**, s.74; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s.419 vd; Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 68.

³⁷ Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.47 vd.

³⁸ Demir, İnsan Geni, s.226.

³⁹ Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.133, dn. 9; Hülya Yıldırım Günel, "Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar", **(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996)**, s.5; Mehmet Altunkaya, "Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları , I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı** içinde (99-118), İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.101 vd; Nurten Zeliha Şahin, "Yahudi ve İslam Hukuku Açısından Yardımcı Üreme Tekniklerinde Donör Kullanımı, Nesillerin Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı. 28, (2016), s.138.

ifade edilmiştir. Ayrıca madde 4/1-ğ'de üremeye yardımcı tedavinin tanımı yapılırken de anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Bunun dışında, Yönetmeliğin EK-17/3 maddesinde ÜYTE uygulanacak evli eşlerden alınan üreme hücrelerinin bu Yönetmelik kapsamı dışında bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması açıkça yasaklanmıştır. Yukarıda ifade edildiği gibi yönetmeliğin amacı, evli çiftlerin çocuk sahibi olmaları olduğuna göre, heterolog döllenme bu amaç dışında kalmaktadır. Dolayısıyla m. 17/3 uyarınca, yönetmeliğin amacı dışında kalan heterolog döllenme için üreme hücrelerinin kullanılmasına imkân tanınmamıştır. Buna ek olarak, Yönetmeliğin EK-17/4 maddesinde de ÜYTE uygulanacak çiftlerin evli olma zorunluluklarının altı çizilmiş ve heterolog döllenmenin türleri arasında olan yumurta bağıışı, sperm bağıışı ve embriyo bağıışı ayrıca vurgulanarak kesinlikle yasaklanmıştır. Bu yasaklara uyulmaması ve ÜYTE uygulamalarının Yönetmeliğin amacı dışında kullanılması sonucu oluşan gebeliklerin tespit edilmesi halinde, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve işlemi yapan kişilerin sertifikalarının iptal edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu hususun Cumhuriyet Savcılığı'na bildirileceği belirtilmiştir. Ancak söz konusu yasak işlemlerin yapılması, TCK'da bir suç türü olarak nitelendirilmediği için⁴⁰ Yönetmelikte her ne kadar Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulacağı belirtilmişse de yaptırımsız kalacaktır⁴¹.

Heterolog döllenmenin hukuk sistemimizde yasaklanması dışında hukuki, ahlaki, psikolojik ve kamu düzenine ilişkin karmaşalara yol açması sebebiyle de ülkemizde kabul görmemekte ve soğuk bakılmaktadır⁴². Şöyle ki, görüldüğü üzere

⁴⁰ Bu kapsamda heterolog döllenmede gerçek anlamda bir cinsel birleşme yoktur. Dolayısıyla doktrinde bu tür suçların cinsel hürriyet aleyhine işlene suçlar kapsamında kalmayacağı, ancak eşlerden birinin rızası olmadan döllenme gerçekleştirilirse, rıza göstermeyen eşin şerefine karşı suç işlenmiş olacağı; aynı zamanda eşlerden cebir ile hücre alınması durumunda TCK m. 106-108. Maddelerin uygulanabileceği de ifade edilmektedir. Bkz. Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s. 171. Bu durumun da bir boşluk yarattığı ve TCK'da muhakkak üremeye yardımcı yöntemlere ilişkin düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Yener Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Açısından Sun'i Döllenme", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 08 Ekim 2008, s. 31.

⁴¹ Yıldırım, Üreme Hücresi, s. 147; Yıldırım, Yönetmelik, s. 71.

⁴² Yapay döllenmeye, özellikle heterolog döllenmeye İslami bir perspektifte incelendiği bir çalışma olarak bkz. M. Saim Yeprem, "Current Assisted Reproduction Treatment Practices from an Islamic Perspective", **reproductive Biomedicine Online Journal**, Vol. 14, Supplement 1, (2007), s. 44 vd. Türkiye'de üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuruda hızlı bir yükseliş yaşandığı, ancak bu gelişmenin de muhafazakar bir toplum yapısının etkisinde yaşanan ve evli çiftlerin dahil olduğu bir yükselişin var olduğu hakkında bkz. Zeynep B. Gürtin,

heterolog dölleme çok çeşitli yöntemlerle olabildiği için çeşitli karmaşalara yol açabilir. Çocuğun genetik anneye mi yoksa doğuran biyolojik anneye mi ait olacağı sorunu oluşmakta ve bu kapsamda çocuğun hangi erkek ile soybağının kurulacağına ilişkin tartışmalar doğmaktadır. Ayrıca, heterolog döllemenin insan onuruna ve Anayasa’da korunan aile kurumuna zarar verdiği gerekçesiyle kamu düzenini ve ahlakını bozacağı gerekçesiyle kabul görmemektedir⁴³. Kanatimizce, doğacak çocuğun temiz bir soybağına sahip olması onun en temel haklarından biridir. Bu yöntemle doğacak ve bu konuda hiçbir söz hakkına sahip olmayan çocuğu bu tartışmalarla karşı karşıya bırakmak açıkça insan onuru ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, soybağında oluşacak karışıklıklar da olmaması gereken evliliklerin önünü açabilir ve kamu düzeninde sıkıntılara yol açabilir. Zira TMK’da belirtilen evlenme yasaklarının kamu düzeninden olduğu ve aksine herhangi bir işlem veya sözleşme yapılamayacağı hukuk uygulamasında kabul edilmektedir. Ayrıca heterolog dölleme, homolog döllemenin aksine bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmediğinden dolayı hukuka uygun bir yöntem sayılmamaktadır⁴⁴.

Bütün bunlara karşın farklı bir görüş olarak heterolog döllemenin hukuka uygun olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Bunun gerekçesi olarak da TMK. m.23/3 uyarınca yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün

“Patriarchal Pronatalism: Islam, Secularism and the Conjugal Confines of Turkey’s IVF Boom”, **Reproductive Biomedicine and Society Online**, Vol. 2, (2016), s. 39 vd.

⁴³ Saibe Oktay Özdemir ve Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan** içinde (909-931), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s.912; Ayan, s. 42; Yenerer Çakmut, Rıza, s. 171; Cin, s. 32; Gönenç, s. 68; Turgut, **Yapay Dölleme**, s.37 vd.; Ergüneş, s.170. Zaten heterolog döllemenin de kamu düzeni dikkate alınarak yasaklanmasının AİHS m. 8’de belirtilen üreme hakkının orantısız sınırlanması anlamına gelmeyeceği de AİHM kararlarında ifade edilmektedir. Bu kapsamda bkz. S.H. and Others v. Austria, Application No: 57813/00, 03.11.2011, para. 119.

⁴⁴ Nebahat Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, **(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012)**, s. 58; Cin, s. 32; Çakmut Yenerer, Soyabğının Belirlenmesi, s. 171. Ancak sadece homolog döllemenin “tıbbi müdahale” sayılıp, heterolog döllemenin tıbbi müdahale sayılmaması bize çok doğru görünmemektedir. Zira homolog döllemenin tedavi amacı taşıdığından bahsedilse de aslında hukuka aykırı olsa da heterolog dölleme de tedavi amacı taşımaktadır. Zira bahsettiğimiz gibi eşlerden birinin üreme hücrelerinin hiç olmaması gibi bir sebeple de bu yola başvurulabilir. Bu da aslında heterolog döllemenin tedavi amacını taşıdığını gösterebilir. Dolayısıyla kanaatimizce heterolog döllemenin baştan tıbbi müdahale sayılmaması doğru bir yaklaşım olmayıp; bu döllemenin yasak olmasının sebebi olarak bunun tedavi amacı taşıyamaması değil; yapılacak tedavinin kamu düzenine aykırı olması şeklinde bir gerekçeye dayanılması daha tutarlı olacaktır.

⁴⁵ Emel Badur, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s.196. Bu yasağın sağlık turizmini olumsuz etkileyeceği yönünde bkz. Mehmet Ali Zengin, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 271. Heterolog döllemenin ileride meydana gelecek sorunlar nedeniyle hukuka aykırı sayıldığı ve bugünkü değerlendirmelerle heterolog döllemenin hukuka ve ahlaka aykırı sayılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. Bayraktar, s.200.

olduğu, kanunda yer alan bu serbestinin Yönetmelik ile kısıtlanamayacağını ileri sürmektedir. Bu kapsamda bu görüş, TMK 23/3’de evli olan veya olmayan çift ayrımı gözetilmediğini belirtmekte ve kanuna aykırı yönetmeliğin uygulanmasının, Anayasa’nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir. Ek olarak farklı bir bakış açısıyla heterolog döllenmenin Biyotıp Sözleşmesi’ndeki ayrımcılık yasağı ilkesiyle de çeliştiğini vurgulamıştır. Fakat kanaatimizce, heterolog döllenmenin hukuk sistemimizde yasaklanmasının sebebi sadece Yönetmelik değildir. Her ne kadar üremeye yardımcı tedavilerin sağlık hakkını ilgilendirdiği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların kanun ile yapılması gerektiği ortada olsa da, heterolog döllenmenin yasak olmasının temelinde yukarıda açıkladığımız anayasal ilke ve düzenlemeler de yer almaktadır. Bu konuda bir kanun boşluğu olduğu kesin olmakla birlikte, bunun sadece yönetmelikle değil anayasal ilke ve düzenlemelerle doldurulmaya çalışıldığı ortadadır. Sonuç olarak bizce, heterolog döllenmeye TMK m. 23/3 gerekçe gösterilerek cevaz verilmesi mümkün olmayıp, bu türden üremeye yardımcı tedavi yönteminin kabul edilemeyeceği yönündeki baskın görüşe katılmakta zorunluluk vardır.

Bu açıklamalardan sonra heterolog döllenmenin uygulamada görülen çeşitli türleri hakkında açıklamalar yapılacak ve bu türler sebebiyle ortaya çıkan ve doktrinde de tartışılan soybağı ve miras hukukuna ilişkin sorunlara değinilecektir.

2.1.2.1. Sperm Bağışı

Sperm bağışı, evli bir kadının üreme hücrelerinin, eşi dışında başka bir erkekle veyahut evli olmayan bir kadının üreme hücrelerinin yine bir erkeğin spermi ile doğal olmayan yöntemlerle bir araya getirilerek döllendirilmesi olarak tanımlanabilir⁴⁶. En yaygın biçimi ise ülkemizde yasak olan sperm bankaları yoluyla çocuk sahibi olunmasıdır⁴⁷. Her ne kadar ülkemizde sperm bankası bulunmasa da kişiler yurtdışında

⁴⁶M. Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, 1.Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.75; Sevtap Metin, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleri İle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde (7-55), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.44; Aydın, s.13; Kırkbeşoğlu, s. 60. Onur Sezen, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 1, Sayı. 1, (2015), s. 96. Erkeklerde sperm üretimi olmadığında ve tüp bebek yöntemiyle gidilebilecek en son noktaya başvurulmasına rağmen sonuç alınmadığı hallerde sperm bağışının uygulanacağı yönünde bkz.Yıldız, Kartal ve Tiryaki s.556.

⁴⁷ Sperm bankaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Merih Sezen ve Reşat Atabek, “Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.28, No.2, (1954), s.659 vd. Yurtdışındaki uygulamalar hakkında bkz. Nam Cheol Park, “Sperm

uygulanan ülkelerde bu yöntemle çocuk sahibi olabilmektedirler⁴⁸. Yukarıda da bahsettğimiz gibi heterolog döllemenin bir türü olan sperm bağıışı açıkça yasaklanmıştır (Yön. M.17/3-17/4)⁴⁹. Her ne kadar yönetmelikte bu yöntem açıkça yasaklanmış olsa dahi bu, yöntemin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak, Yönetmelik her nasılsa sperm bağıışı yoluyla hamile kalınması durumunda doğacak sorunlara cevap vermemektedir. Bu sebeple oluşabilecek muhtemel soybağı sorunlarına doktrinde çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

Öncelikle ifade edilmesi gerekir ki, hem spermi kullanılan erkek hem de yumurtası kullanılan kadın evli değilse soybağı anlamında herhangi bir karışıklık meydana gelmez. Zira, TMK. m. 282 hükmü gereğince çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla kurulacağı yönündedir. Madde devamında, çocuk ile baba arasında soybağının anne ile evlilik, tanıma veya babalık davası ile kurulacağı yönündedir. Tarafların hem birbirleriyle hem de başkaları ile evli olmadığı ihtimalinde çocuk ile sperm bağıışında bulunan erkek arasındaki soybağı bu hükme göre kurulabilecektir. Esas sorun, yumurta hücresi kullanılan kadının evli olması ve kocası dışında bir erkeğin sperminin kullanılarak döllemesi durumunda meydana gelecektir. Burada kadın ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulacağından anne açısından soybağı sorunu doğmayacaktır. Esas akla gelen soru çocuğun babasının kim olacağıdır. İlk olarak ifade edilmesi gerekir ki, TMK. m. 285 uyarınca, evlilik içinde doğacak çocuğun babası kocadır. Yani bu hükme göre sperm bağıışında bulunan değil, koca ile çocuk arasında soybağının kurulacağı esastır. Ancak genetik baba olan sperm bağıışçısı ile çocuk arasında soybağının kurulup kurulmayacağı değerlendirilmelidir. Bunun içinde evlilik

Bank: "From Laboratory to Patient", *The World Journal of Men's Health*, Cilt. 36, Sayı. 2, 2018, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5924960/> (Erişim Tarihi: 18.03.2020), s.89 vd.

⁴⁸ 107 Türk Kadını Bankadan Hamile, 2010, https://www.sabah.com.tr/gundem/2010/07/18/107_turk_kadin_sperm_bankasindan_anne_oldu (19.03.2020).; Aslan Batur, "Sperm Bankası Karlı Yatırım Oldu Hedefi 7 Milyar Dolara Çıkardı", *Hürriyet Gazetesi*, 06.05.2012, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/sperm-bankasi-k-rli-yatirim-oldu-hedefi-7-milyar-dolara-cikardi-20491210>, (19.03.2020).

⁴⁹Sperm bağıışı gibi heterolog dölleme türlerinin Yönetmelikle yasaklanmış olmasına rağmen bunun Yönetmelik ile değil kanunla yasaklanmasının gerektiği aksi takdirde bu hukuki boşluğun hakim yarattığı hukuka göre doldurulacağı bunun da uygun ve yeterli olmayacağı yönünde görüşler vardır. Bkz. Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s.566; İsmail Aytaç, "Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi", *Adalet Bakanlığı Dergisi*, Sayı.11, s.87. Kanaatimizce bu konuda yasal düzenleme yapılması gerektiği hususu açıktır. Ancak bunun gerekçesi olarak hakim yarattığı hukuka göre bu boşluğun doldurulduğu görüşüne katılmamaktayız. Zira hakim hukuk yaratması için hukukta mutlak bir eksiklik olması gerekmektedir. Ancak, söz konusu düzenlemelere Yönetmelik ile zaten yer verilmiş olup, bunların eksik olması sebebiyle kanun çerçevesinde geniş olarak düzenlenme ihtiyacı vardır. Hakim hukuk yaratması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 25. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s.95 vd.

içinde doğum sebebiyle baba kabul edilen kocanın, çocuğun soybağını reddedip reddemeyeceği tartışılmaktadır. Zira koca soybağını reddetmedikçe, sperm bağışısı ile çocuk arasında soybağı kurulamayacaktır. Bu kapsamda doktrin, kocanın soybağını reddedip reddedemeyeceğine ilişkin olarak, sperm bağışısına rıza gösterip göstermediğine göre bir ayırım yapmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, kocanın karısının sperm bağışısı ile hamile kalmasına rıza göstermemesi ihtimalinde soybağını red hakkı bulunduğu tartışmasız olup; koca çocukla arasındaki soybağını reddebilir⁵⁰. Ancak kocanın sperm bağışısına rıza göstermesi durumunda, soybağının reddi hakkı olup olmadığı tartışmalıdır. Bu kapsamda birinci görüş, rıza gösteren kocanın daha sonrasında soybağını red hakkı bulunmadığı, bu haktan rıza göstermesi sebebiyle feragat ettiği yönündedir⁵¹. Zira baştan rıza gösteren kocanın, sonrasında bu rızadan dönmesini beyan etmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır. Bir diğer görüş ise, soybağının reddinin kişilik hakkı olduğu, baştan verilen rıza ile bu kişilik hakkından feragat edilemeyeceği ve hukuk dışı aktarma usulüne verilen rıza beyanının geçerli olmadığı yönündedir⁵². Zira TMK m.23 uyarınca kişiler özgürlüklerinden vazgeçemez, onu hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz. Dolayısıyla, bu görüşe göre koca sperm bağışısına rıza gösterse dahi çocukla arasında kurulan soybağını reddebilir. Son olarak bir başka görüşe göre, kocanın çocuk ile arasındaki soybağını red hakkı bulunmaktadır. Ancak koca, çocuğun menfaati gereği ergin olana dek çocuğa nafaka ödemekle yükümlü sayılmalıdır⁵³. Kanaatimizce, öncelikle burada asıl mesele çocuğa nafaka ödenmesi olmayıp çocuğun soybağının varlığıdır. Dolayısıyla çocuğun menfaati göz önünde bulundurulduğunda soybağının varlığı nafaka bağlanmasından öncelikli olup, bu sebeple üçüncü görüşe katılmak mümkün değildir. Bu yönden bakıldığında, birinci görüş haklı olup, sperm bağışısına baştan rıza gösteren kocanın soybağını reddemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Zira baştan rıza gösteren kişinin soybağını reddetmesi ve sperm bağışısı ile de soybağının herhangi bir nedenle kurulamaması halinde çocuk nesepsiz kalacaktır. Bu sebeple çocuğun üstün menfaati gereği, baştan sperm bağışısına rıza

⁵⁰ Turgut, **Yapay Dölleme**, s.43; Mustafa Ateş, “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt.20, Sayı.3, (1994), s.333; Erol, s.168, Özsunay, Gerçek Kişiler, s.78.

⁵¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.184; Gönenç, s.78; Acabey, s.195; Hatemi ve Serozan, s.297.

⁵² Yıldırım, **Üreme Hücreleri**, s.151; Mahmut Kamacı, “Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt.36, Sayı.1-2, (2010), s.60.

⁵³ Kırkbeşoğlu, s.64; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.14-15; Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 154; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 154.

gösteren kocanın sonrasında rızasından vazgeçmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır. Ayrıca doktrinde başka bir görüş, soybağının reddedilememesinin gerekçesi olarak, evlatlığın da reddedilemeyeceğini ve burada gösterilen rızanın da evlat edinmedeki rızaya eş kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Buna karşın çocuğun koca ile soybağının red hakkının olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Doktrinde TMK m.286/2 gereği çocuğun da soybağının reddi hakkının varlığından bahsedilmiştir. Bu kapsamda, çocuğun gerçek babasına ulaşmasının çocuğun hem psikolojik hem de bedensel sağlığı açısından son derece önemli olduğu şeklindeki görüşe katılmaktayız⁵⁵.

2.1.2.2. Yumurta Bağışı (Yumurta Nakli)

Yumurta bağışı, kadının yumurtasında işlevsel bir bozukluk olması veya hiç yumurta hücresinin olmaması halinde bir başka kadının yumurtası ile kocasının sperminin döllendirilerek kadının rahmine yerleştirilmesi halidir⁵⁶. Bu yöntem, başka kadından alınan yumurta ile kocanın sperminin dış ortamda döllendirilip kadının rahmine nakledilmesi şeklinde olabileceği gibi, direkt kadının rahminde döllendirilmesi

⁵⁴ Gönenç, s.78-79; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.46; Nomer, Sun'i Döllenme, s.587. Zira evlat edinme ile doğan soybağı ilişkisi ancak evlat edinme esnasında rızası alınması gereken kişilerin rızalarının alınmaması ya da evlat edinme esnasında var olması gereken şartların var olmaması sebebiyle mahkeme tarafından kaldırılabilir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, Cilt. III**, 15. Baskı, 2020, s. 340; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, **Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 263; Aydın Zevkiler ve Diğerleri, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s. 344. “4721 Sayılı TMK sisteminde, mahkeme kararı ile kurulmuş olan bir evlatlık ilişkisi ancak 317 ve 318. maddelerde düzenlenen sebeplerin varlığı halinde, belirli kişilerin açabileceği evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası ile iptal edilebilir. Dolayısıyla, TMK uyarınca (belirli şartların varlığı halinde) kurulmuş ve (soybağı vb) hükümlerini doğurmuş olan bir evlatlık ilişkisi, ancak Kanunda istisnai ve sınırlı olarak sayılmış (numerus clausus) hallerde tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılabilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası, bozucu yenilik doğuran bir davadır.” Bkz. Yargıtay 8. HD. E. 2017/8721, K. 2019/2800, T. 18.03.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD. E. 2019/216, K. 2019/1659, T. 19.02.2019; Yargıtay 8. HD. E. 2018/1026, K. 2019/6345, T. 24.06.2019; Yargıtay 8. HD. E. 2018/8387, K. 2019/6646, T. 25.06.2019 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.08.2020).

⁵⁵ Turgut, **Yapay Döllenme**, s.47; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.185; Hatemi ve Serozan, s.297. Bu kapsamda çocuğun koca dışında sperm bağışçısına karşı babalık davası açma hakkının olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bu husus sperm vericisinin anonim kalma hakkı ile de ilgili olup daha detaylı bilgi için bkz. Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.214 vd.; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.50 vd.

⁵⁶ Kalkan Oğuztürk, **Biyotetik Sorunlar**, s.388; Kamacı, Embriyo Transferi, s.38, dn. 10; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.55; Erol, s.136.

de sağlanabilir⁵⁷. Heterolog döllemenin bir türü olan bu yöntem, yine Türk hukuk sisteminde kabul görmemekte olup, diğer kabul edilmeyen heterolog dölleme yöntemlerinde olduğu gibi soybağı sorunlarına yol açmaktadır. Bu kapsamda yukarıda sperm bağış başlığında bahsettimiz gerekçe ve yönetmelik maddeleri yumurta bağış içinde geçerli kabul edilmektedir.

Yumurta bağışında esas sorun, yumurta bağış sonrasında çocuğun doğuran biyolojik anne ile mi yoksa yumurta bağışında bulunan genetik anne ile mi soybağının kurulacağı noktasındadır. Bu kapsamda, yaşanabilecek soybağı sorunlarına ilişkin doktrinde farklı görüş ve gerekçeler ileri sürülmüştür. Bu meyanda, birinci görüş, TMK. m.282/1 hükmü gereğince doğuran kadının ana kabul edildiğini, çocuğun evlilik birliği içinde doğması halinde ise kocanın TMK. m. 285/1 hükmü gereği baba sayılacağını belirtmiştir. Bu kapsamda, gerekçe olarak farklı hususlar ileri sürülmüştür. Örneğin Serozan, TMK. m. 282’yi aksi kanıtlanamayan bir karine olarak kabul ederek, doğuran annenin soybağını reddemeyeceğini ifade etmiş ve çocuğun biyolojik anne ile bütünleşmesi sebebiyle doğuran kadını soybağı bakımından üstün kılmıştır⁵⁸. Aynı görüş kapsamında bir başka gerekçe olarak, çocuğun soybağının yumurta bağışıcısı ile kurulmak istenmesi durumunda, bu annenin tespitine kadar geçen sürede çocuğun annesiz kalacağı, ancak çocuğun yararı ilkesi gereği bir an önce soybağına kavuşması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹. Bunun dışında doktrinde, doğuran kadının yumurta bağışına rıza göstermesi durumunda çocukla soybağını reddedemeyeceği, zira kanunda annenin soybağını reddi hakkı bulunmadığından; kocanın soybağının reddine ilişkin TMK hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanamayacağı da vurgulanmaktadır⁶⁰.

Buna karşın soybağının hangi anne ile kurulacağına ilişkin bir başka görüş, doğuran kadının ana olduğunu ifade etmekte ancak evlenme yasağı ve mirasçılık gibi hususlarda her iki kadının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu

⁵⁷ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s.15-16.

⁵⁸ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.112. Aynı yönde bkz. Arzu Genç Arıdemir, “Türk Medeni Hukukuna Göre Anne İle Çocuk Arasındaki Soy Bağına İlişkin Problemler”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Afro-Avrasya Özel Sayısı, (2017), s.19; Yıldırım, *Üreme Hücreleri*, s.150 ; Ergüneş, s.174; Turgut, *Yapay Dölleme*, s.60-61.

⁵⁹ Yenerer Çakmut, *Soybağının Belirlenmesi*, s.61; Kırkbeşoğlu, s.59; Acabey, s.221.

⁶⁰ Gönenç, s.73.

kapsamda, söz konusu görüş uyarınca çocuğun kalacağı annenin tespitinin ise çocuğun yararı ilkesine göre yapılması gerektiğini belirtilmektedir⁶¹. Buna benzer olarak her iki annenin de nüfus siciline kaydedilmesi gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır⁶².

Son olarak, doktrinde bir başka görüş; çocuğun doğuran kadınla değil genetik anneye soybağının kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak, TMK m. 282'deki düzenlemenin aksi ispat edilebilir bir karine olduğu vurgulanmaktadır⁶³. Buna göre, aile ve miras hukukunda esas olan genetik bağ olduğundan çocuğun genetik anneye bağlanması gerekmektedir. Bu görüşteki yazar, bu yöntemle çocuğun doğmasını sağlayan kişinin yumurta sahibi olduğunu ifade ederek; genetik anneye bağlanmanın çocukla evlenme tehlikesini de ortadan kaldırdığını belirtmişlerdir.

Kanaatimizce, yumurta bağış yoluyla çocuk sahibi olunması durumunda genetik anne olan yumurta bağışçısı ile soybağının kurulması gerekmektedir. Zira TMK hükümleri, Roma Hukukundaki “mater semper certa est” yani ana her zaman belli kuralını esas almaktadır. Ancak o dönemki bu kural, günümüz teknolojisine uygun olmamakla birlikte günümüz şartlarına göre fazla katıdır. Dolayısıyla her ne kadar TMK hükümlerince doğuranın ana kabul edileceği varsayılsa dahi, şu an TMK'daki doğuran anadır karinesinin aksi ispat edilebilir olduğuna göre soybağı da genetik malzemeyi veren ana ile kurulabilecektir. Dikkat edilmelidir ki, çocuğun doğuran biyolojik ana ile soybağının kurulması ihtimalinde, genetik annesini bilmeyen çocuğun evlenme yasağı bulunan kişilerle evlenme ihtimali vardır. Toplum sağlığı ve kamu düzeni açısından bu durum kabul edilemez niteliktedir. Bu nedenle çocuğun genetik annesi ile soybağının kurulması yerinde olacaktır. Ayrıca doktrindeki, çocuğun iki anne ile de soybağının kurulması yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Çünkü 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te bir kimsenin kütüğüne birden fazla annenin yazılması mümkün olmayıp, böyle bir kaydın

⁶¹Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler)**, 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s.121.

⁶² Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s.564; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.16.

⁶³ Nomer, Sun'ı Döllenme, s.562 vd.

düşülmesi mantıklı da değildir. Zira bir kişinin birden fazla annesi olamaz. Özellikle yumurta vericisi de evli ise, bu sefer hem iki anne olacağı gibi evlilik sebebiyle iki de baba olacaktır ki bu husus, sorunun hiç içinden çıkılamaz hale gelmesine neden olacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce, genetik zorunluluklar gereği soybağının genetik anne ile kurulması günümüz teknolojisine daha uygun olup, bu yönde düzenlemeler yapılması artık zorunluluk haline gelmiştir.

2.1.2.3. Embriyo Bağışı

Embriyo bağışı, yabancı bir kadın ile yabancı bir erkeğin üreme hücrelerinin dış ortamda veya yabancı bir diğer kadının rahminde döllendirilmesi sonucu oluşan embriyonun annenin rahmine yerleştirilmesi durumudur⁶⁴. Sperm bağışı ve yumurta bağışından farklı olarak embriyo bağışı, her iki üreme hücresinin de farklı kişilere ait olmasıdır. Bu yöntem, yabancı kişilerin üreme hücrelerinin döllendirilerek annenin rahmine aktarılması hadisesi, evli olmayan kişiler arasında olduğundan bir heterolog döllenme türüdür. Bu sebeple yukarıda açıklamış olduğumuz nedenler ve Yönetmelik hükümleri gereğince embriyo bağışı da Türk Hukuku'nda yasaklanmıştır.

Embriyo bağışı da diğer heterolog döllenme türleri gibi birçok soybağı sorununu beraberinde getirmektedir. İlk olarak, embriyo bağışlanan kadının evli olmaması ihtimalinde, annenin kim olacağı sorusuna bir görüş, TMK m. 282'ye göre doğuran kadının anne olacağı hükmü ile cevap vermektedir⁶⁵. Fakat bizce, yumurta bağışı başlığı altında savunduğumuz görüşe göre TMK m. 282 hükmü aksi kanıtlanabilir bir karine olduğundan dolayı soybağı, yumurta bağışında bulunan kişi ile kurulmalıdır. Bu durumda baba ile soybağının, sperm bağışında bulunan kişi ile kurulacağı tartışmasızdır⁶⁶.

⁶⁴ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s.17; Turgut, *Yapay Döllenme*, s.62; Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s.559.

⁶⁵ Cem Baygın, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Erzincan Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. VI, Sayı.1-4, (2002), s.258; Ergüneş, s.174; Gönenç, s.73.

⁶⁶ TMK. m. 282/2: "Çocuk ile baba arasında soybağı ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur."

Doğuran kadının evli olması ihtimalinde ise bir görüş, doğuran ana olup, babalık karinesi gereğince soybağının kocası ile kurulacağı yönündedir⁶⁷. Bu kapsamda yumurta bağışı başlığı altında yumurta bağışçısının anne sayılması gerektiğini; sperm bağışı başlığı altında da, eğer doğuran kadının kocası sperm bağışına rıza gösterdiyse, çocuk evlilik birliği içinde doğduğundan kocanın baba sayılması gerektiğini ifade etmiştik. Fakat embriyo bağışında bu açıklamalarımızın aynen uygulanması mümkün değildir. Zira embriyo bağışında, yumurta ve sperm bağışından farklı olarak her iki üreme hücresi de evli çiftler dışındaki kimselerden alınmaktadır. Bu sebeple embriyo bağışı kapsamında farklı bir yaklaşım izlenmesi gerekmektedir. Buna göre kanaatimizce özellikle evlenme yasakları açısından bakıldığında, yumurta bağışçısının anne sayılması gerektiği ortadadır. Ancak burada babanın kim olduğu konusunda, doğuran kadının kocasının rızasına göre bir değerlendirme yapılamaz. Zira eğer rızaya göre bir değerlendirme yapılırsa yumurta bağışçısıyla soybağı kurulurken, kocanın embriyo bağışına rıza göstermesi ihtimalinde soybağı kocayla kurulacağından; sperm bağışçısıyla soybağı kurulamayacaktır. Bu da üreme hücrelerini veren kimseler arasında bir eşitsizliğe yol açar. Dolayısıyla bu farklılığın engellenebilmesi için, soybağının her halukarda doğuran kadının kocasıyla değil; sperm bağışçısıyla kurulması menfaatler dengesine daha uygun bir çözümdür.

Bu noktada belirtilmelidir ki, doktrinde birbirinin yerine kullanılan embriyo bağışı ve embriyo nakli ifadeleri, birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. Embriyo nakli, embriyoların nerede döllendirilip, kime aktarıldığını ifade eder ki bu da bir tekniktir. Bu kapsamda aşağıda detayları açıklanacağı üzere in-vivo embriyo nakli rahim içinde, in-vitro embriyo nakli tüp içerisinde döllenmeyi ifade eder. Yani embriyo nakli hem heterelog yani yabancı kişiler arasında olabileceği gibi hem de homolog yani eşler arasında da olabilmektedir. Dolayısıyla in-vivo ve in-vitro embriyo nakillerinin, heterolog döllenme başlığı altında incelenmesini doğru bulmamaktayız. Ancak tekrar bahsedilmelidir ki, embriyo bağışı sadece evli olmayan kişiler arasında olmakta olup heterelog döllenme başlığı altında incelenmelidir.

⁶⁷ Bu konuda doğuran kadının ana olduğuna ilişkin yumurta bağışı başlığındaki açıklama ve görüşler geçerli olup bkz. dn. Birinci Bölüm, 2.1.2.2.

2.2. Döllenmenin Gerçekleştiği Yere Göre Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri

2.2.1. İn-Vivo Embriyo Nakilleri (İn-Vivo Fertilizasyon)

Embriyo, sperm ve yumurta hücrelerinin birleşerek döllenmesi sonucu oluşan ve gelişme yeteneği olan yumurta hücresine denilmektedir⁶⁸. Embriyo nakli, bir kadının rahminde veya bir tüp içerisinde üreme hücrelerinin birleşmesi ile oluşan embriyonun, bir kadının rahmine yerleştirilmesi durumudur. Bu kapsamda, sperm ve yumurtanın bir kadının rahminde döllendirilmesi sonucu oluşan embriyonun alınarak başka bir kadının rahmine aktarılması in-vivo embriyo nakli ile mümkündür⁶⁹. Bu yöntem homolog yani eşlerin üreme hücreleri ile olabileceği gibi heterolog olarak, yabancı kişilerin üreme hücreleri kullanılarak gerçekleştirilebilir. Belirtmek gerekir ki, in-vivo embriyo nakli tekniği kullanılarak oluşan embriyoların hukuka uygunluğu konusunda yönetmelikte açıkça bir düzenleme yoktur. Ancak, Yönetmelik EK-17/4 hükmünde hukukumuzda yalnızca eşler arasındaki döllenme yöntemlerine izin verildiği düzenlenmektedir. Buradan çıkan sonuç da, heterolog olarak yapılan in-vivo embriyo nakli yöntemlerinin hukuka uygun kabul edilmediği yönündedir.

Bu kapsamda homolog in-vivo embriyo nakline bir örnek olarak şu husus verilebilir: Eşlerin üreme hücrelerinde bir sorun olmamakla birlikte, sperm hücresinin yumurtaya herhangi bir nedenle ulaşamaması durumunda eşten alınan sperm, yumurta hücresine nakledilir ve in-vivo döllenme gerçekleşebilir⁷⁰. Buna uygulamada aşılama

⁶⁸ Yusuf Büyükkay, "Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu", **II. Sağlık Hukuku Kurultayı** içinde (111-150), Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.129 ; Tülay Aydın Ünver, **Cenin Hukuku Konumu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s.9.

⁶⁹ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 24; Ateş, s.331; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.62.

⁷⁰ Mahmut Kamacı, "Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları" **Sağlık Hukuku Kurultayı II** içinde (93-111), Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.97; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.63.

(rahim içi inseminasyon) da denilmektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi dar anlamda yapay döllenme kavramından bu yöntem anlaşılmaktadır.

Rahim içi döllenme olan in-vivo döllenme tekniği homolog döllenme türünde olabileceği gibi heterolog döllenme şeklinde de olabilir. Bu ihtimallerden ilki, kadının yumurtalığında bir sorun olması, yumurta hücreleri ile sperm hücreleri arasındaki uyumsuzluk veya sperm hücrelerinin rahim içine girmesinin tıbbi olarak imkansız olması gibi hallerde; kocanın sperminin bir başka kadının rahminde yumurtası kullanılarak döllendirilmesi ve oluşan embriyonun doğuracak eşin rahmine aktarılmasıdır⁷¹. Dolayısıyla burada heterolog döllenme türlerinden olan yumurta bağışı kullanılmış olup, koca çocuğun genetik babasıyken doğuran kadın olan eşi, çocuğun biyolojik annesidir⁷². Bu kapsamda yumurtası kullanılarak döllenme sağlanan kişi de çocuğun genetik annesi olacaktır. Bunun hukuka uygunluğu ve soybağı sorunları ile ilgili olarak yumurta bağışı başlığı altındaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁷³.

İkinci ihtimalde ise, çiftlerin üreme hücrelerinin döllenmesinde hiçbir sorun olmayıp, evli kadının gebeliği veya doğumu kaldıracabilecek sağlık durumu yoktur. Bu halde çiftlerin üreme hücreleri, cinsel ilişki veya homolog olarak evli kadının rahminde döllendirilmekte, oluşan embriyo bir başka kadının rahmine aktararak gebeliğin orada devamıyla doğum gerçekleşmektedir⁷⁴. Bu ihtimal eşler arasında olmasına rağmen hukuka uygun değildir. Zira bu durum esasında taşıyıcı annelik olup aşağıda bu konuya detaylı olarak değinilecektir⁷⁵. Ayrıca Yönetmelik EK-17/4 hükmü gereğince adaylardan alınan yumurta ve spermelerden elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılması ve uygulanması açıkça yasaklanmış olup aksi halde söz konusu işlemleri uygulayan merkezlere yönelik yaptırımları belirtilmiştir⁷⁶.

⁷¹ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.26; Erol, s.23; Turgut, **Yapay Döllenme**, s.63, Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.43; Ateş, s.341.

⁷² Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2000, s.453.

⁷³ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, 2.1.2.2.

⁷⁴ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s.453; Çilingiroğlu, s.24-25.

⁷⁵ Aşağıda bkz. Birinci Bölüm, 2.2.3.

⁷⁶ Yönetmelik m. EK-17/4: “ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermeler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve

Bir diğerk ihtimal ise, eşlerin çocuk yapma yeteneğine sahip olmamalarına rağmen kadının, rahminde çocuğu doğurana kadar taşıyabilme yeteneğine sahip olması durumuna özgüdür. Bu halde, başka kişilerin üreme hücrelerinin bir kadının rahminde döllendirilmesi ve oluşan embriyonun doğumu yapacak eşin rahmine aktarılması söz konusu olabilir⁷⁷. Bahsedilen başka kişiler evli olabileceği gibi evli olmamaları da mümkündür. Bu duruma doktrinde doğum öncesi evlat edinme de denmektedir⁷⁸. Yukarıda detaylıca bahsettiğimiz konular göz önüne alındığında bu tekniğin, hukuka uygun kabul edilmeyeceği açıktır.

Günümüzde gebe kalınmasına yardımcı bir diğerk yöntem de GIFT'dir (Gamet İntrafallopian Transfer). Bu yöntemde, sperm ve yumurta hücresi IVF yöntemindeki gibi vücudun dışına aktarılır. Ancak IVF'den farklı olarak bir tüp içerisinde değil de yumurta kanalında dölleme sağlanır. İn vivo şeklinde gerçekleşen bu döllemenin yukarıda bahsettiğimiz in-vivo embriyo naklinden farkı ise döllemenin rahim içinde değil yumurta kanalında gerçekleşiyor olmasıdır⁷⁹. Bu yöntemin yumurta kanalında gerçekleşmesi sebebiyle, bu yöntem için en uygun adaylar sağlıklı yumurta kanallarına sahip kadınlardır. Ayrıca açıklanamayan infertiliteye sahip çiftler, IVF ile başarılı olamayan çiftler, IVF'yi kullanmak için dini veya ahlaki olarak isteksiz olan çiftler, en az bir adet sağlıklı fallop tüpüne sahip kadınlar, kocanın sperm sayısının düşük olması veya sperminde başka sorunlar yaşayan çiftler bu yönteme başvurumaktadırlar⁸⁰.

İn-vivo embriyo naklinden bahsetmişken, söz konusu embriyoların dondurulması haline de değinmek gerekmektedir. Zira, ilk gebelik denemesinde başarısız olunması ihtimali göz önünde bulundurularak veya genetik hastalıkların incelenmesi bakımından embriyo dondurulması önem taşımaktadır. Yönetmelik bu

uygulanması yasaktır. Bu yasalara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir."

⁷⁷ Erol, s.54; Ateş, s.342; Çilingiroğlu, s.25.

⁷⁸ Zevkililer, Acabey ve Gökyayla, s.453.

⁷⁹ Erol, s.69; Uyanık Çavuşoğlu, s.22; Christos Mastroyannis, "Gamete İntrafallopian Transfer: Ethical Considerations, Historical Deveopment of the Procedure and Comparison with other Advanced Reproductive Technologies", **Fertility and Sterility**, vol. 60, No. 3, (1993), s. 389.

⁸⁰ *Gamete İntrafallopian Transfer: GIFT*, <https://www.centrumtupbebek.com/gamete-intrafallopian-transfer-gift> (05.04.2020).

konuda 20. maddenin 5. fıkrasında adaylardan fazla alınan embriyoların her iki eşin rızasına bağlı olarak 1 yıl boyunca saklanabileceğini; bu sürenin sonunda, çiftlerin rızalarının olduğunu gösterir imzalı dilekçe ile uzatılabileceğini ve eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin vefatı halinde veya sürenin sona ermesi durumunda söz konusu embriyoların imha edileceğini düzenlenmiştir. Her ne kadar Yönetmelik imhadan bahsetmiş olsa da embriyoların imha edilmemesi sonucunda, eşlerden birinin ölümü veya rızası dışında embriyoları kullanılırsa soybağı sorunun nasıl çözümleneceği hakkında homolog döllenme başlığı altındaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁸¹. Ayrıca böyle bir uygulama durumunda da merkezin ve hekimin sorumluluğunun ne olacağına, embriyonun dondurulması ve saklanması hukuki niteliğine aşağıda detaylı olarak değineceğiz.

2.2.2. İn-Vitro Embriyo Nakilleri (İn-Vitro Fertilizasyon)

İn-vitro embriyo nakli, bir kadından alınan yumurta hücreleri ile bir erkekten alınan sperm hücrelerinin rahimde değil de bir dış ortamda, ki bu genelde bir tüp içersinde olmakta, döllendirilme tekniğidir⁸². Buna halk arasında tüp bebek de denilmektedir. Çiftler bu yöntemle, kadının yumurta kanallarındaki çeşitli sorunlar sebebiyle başvurabileceği gibi, kadının yumurta kanallarının hiç olmaması, yumurtalıkta kistlerin mevcut olması veya erkekte sperm sayısının yeterli olmaması gibi her iki taraftan kaynaklı sebeplerden dolayı başvurabilirler⁸³. Ayrıca kadının gebe kalması yönündeki tedavilerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde son çare olarak bu yöntemle başvurumaktadırlar. Hatta, hekimlerin diğer teknikler uygulanmadan bu yöntemin ilk önce uygulanması etik olarak uygun görülmemektedir⁸⁴.

⁸¹ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, 2.1.1.

⁸² David K.Gardner ve Carlos Simon, **In-Vitro Fertilizasyon El Kitabı**, G. Serdar Günalp (çev.), İstanbul: Güneş Tıp Kitabevleri, 2019, s.2; Ian Craft, “In vitro Fertilization- A Fast Changing Technique: A Discussion Paper”, **Journal of the Royal Society of the Medicine**, Vol. 75, (1982), s. 253 vd.; Martin Hevia ve Carlos Herrera Vacaflor, “The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention of Human Rights”, **Suffolk Transnational Law Review**, Vol. 36, No. 1, (2013), s. 51; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.28; Erol, s.56.

⁸³ Turgut, **Yapay Döllenme**, s.66; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.28; Erol, s.59.

⁸⁴ Pınar Uysal, “İn-Vitro Fertilizasyon-Embriyo Transferi (IVF-ET) ve Etik”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.1, (2003), s.42. Bu kapsamda IVF yönteminin diğer yöntemlere nazaran etkisinin daha fazla olduğu gerekçesiyle ilk aşamada da uygulanması yönündeki görüşler karşısında, bu yöntemin

Bu yöntem homolog döllenme şeklinde gerçekleşebileceği gibi heterelog döllenme şeklinde de olabilir. Tekrar etmek gerekirse, hukuk sistemimiz heterelog döllenmeyi kabul etmediğinden Yönetmelikte düzenlenen İn-vitro Fertilizasyon yöntemi homolog döllenme olarak kabul edilerek düzenleme yapılmıştır. Zira Yönetmeliğin EK-17/1 maddesi gereğince açılacak olan Merkezlerin Yönetmelikte gösterilen vasıf ve şartlara aykırı olarak İn-Vitro Fertilizasyon uygulaması yasaktır, denilerek heterelog döllenme türü ile bu tekniğin uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak uygulamada her ne kadar yasak olsa dahi heterelog döllenme türü ile uygulanan in-vitro embriyo nakillerinde de oluşacak soybağı sorunları hakkında heterelog döllenme başlığı altındaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁸⁵.

Bu kapsamda, yine gelişen teknolojiler sebebiyle ortaya çıkan ZIFT (Zigot Intrafallopian Transfer) yönteminden de bahsetmek gerekmektedir. Zira bu yöntemde eşlerin üreme hücreleri alınarak laboratuvar ortamında döllendirilmekte ve hiç bekletilmeden yumurtalık kanalına nakledilmektedir⁸⁶. İn-vitro şeklinde döllendirilme yapılan bu yöntemin klasik IVF'den farkı, döllenme sonucu oluşan embriyonun rahme değil de yumurtalık kanalına nakledilmesi ve nakil esnasında laparoskopi yönteminin kullanılmasıdır⁸⁷. Bu yöneme rahminde anatomik bir problem olan kadınlar veya bir yumurtaya ulaşamayan sperm hücrelerinin varlığı gibi sebeplerle başvurulmaktadır⁸⁸.

IVF kapsamında uygulamada ortaya çıkan önemli sorunlardan birisi de çoğul gebelik riskidir. Çoğul gebelik, anne adayına birden fazla embriyo transfer edilmesi sonucu meydana gelmektedir. Anne adayına birden fazla embriyo transfer edilmesinin

diğerlerine göre daha pahalı olduğu ve son çare olarak uygulanması yönünde görüşler de mevcuttur. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Lina N. Huang ve Diğerleri, "Should IVF be Used As First-Line Treatment or As A Last Resort? A Debate Presented at the 2013 Canadian Fertility and Andrology Society Meeting", **Reproductive Biomedicine Online**, Vol. 30, Iss. 2, (2015), s. 128 vd.

⁸⁵ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, 2.1.2.

⁸⁶ Erol, s.70. Bu yöntem Türkiye'de ilk kez 1992 yılında uygulanmış olup, ZIFT özellikle, GIFT yöntemi ile başarıya ulaşılamaması ve transferden artan oositlerin döllenmemesi, ağır erkek infertilitesi gibi durumlarda başvuru bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Aydın Demircan ve Diğerleri, "Erkek İnfertilitesi Tedavisinde Yeni Bir Yöntem; (Zygote Intrafallopian Transfer) ZIFT-Olgı Takdimi", **Anatolian Journal of Obstetrics and Gynecology**, Vol. 2, (1992), s. 279.

⁸⁷ *Zigot İntrafallopian Transfer (ZIFT)*, 2019, <https://www.dogufertil.com.tr/zigot-intrafallopian-transfer-zift/> (05.04.2020).

⁸⁸ Ümit Özekici, ZIFT (Zigot İntrafallopian Transfer), 2019, <https://umitozekici.com.tr/tr/uzmanlik-alani/tup-bebek/zift-zigot-i%CC%87ntrafallopian-transfer> (Erişim Tarihi: 05.04.2020).

esas sebebi gebelik şansının artırılmasıdır⁸⁹. Ancak birden fazla embriyo transferi beraberinde önemli riskler de getirmektedir. Zira bu transfer sonucu çoğul gebelik meydana gelirse, doğacak bebeklerin prematüre olma ihtimali artmakta olup, anne ve çocukta birçok sağlık sorununu beraberinde getirmektedir. Örneğin, bebeklerde beyin ve sinir fonksiyonlarında anormallik, akciğerin gelişmemesi sebebiyle solunum sıkıntısı yaşanabilirken, doğumun sezeryan ile gerçekleşmesi yüksek ihtimal olacağından doğum esnasında da birçok risk faktörü ortaya çıkabilir⁹⁰. Birden fazla embriyo transferi Yönetmelikte yasaklanmış olup ancak bazı hallerde izin verilmektedir. Yönetmelik EK-17/7'ye göre *“Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.”*. Merkezlerin bu yasağa uymaması halinde, ilk tespitte 6 ay yeni başvuru kabul edemeyecekleri, bu uygulamaya devam etmeleri halinde ikinci tespitte merkezin ruhsatı veya faaliyet izninin iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu yaptırım eski Yönetmeliğe göre çok daha ağırdır. Zira, Eski Yönetmeliğin 18/8-b maddesinde merkezlerin birden fazla embriyo transferi yaptığının ilk tespitinde 3 ay, ikinci tespitinde 6 ay süreyle başvuru kabulünün durdurulacağı, devam edilmesi halinde ancak o zaman merkezin ruhsatı veya faaliyet izninin iptal edileceği düzenlenmekteydi.

2.2.3. Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik, bir kadının gebe kalamaması, kalmak istememesi veya doğum yapmasının riskli olduğu durumlarda; başka bir kadının anlaşma gereği bebeği doğuma kadar karnında taşıyıp doğum sonrası gönüllü anne babaya çocuğu teslim etmesidir⁹¹.

⁸⁹ *Tüp Bebekte Kaç Embriyo Transfer Edilir*, 2018, <https://www.izmirtupbebekmerkezi.net/tup-bebekte-kac-embriyo-transfer> (10 Mart 2020).

⁹⁰ Berkan Gürakan, “Çoğul Gebeliklerde Yenidoğan Sorunları”, **Başkent Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.3, 2005, s.161 vd.; Cem Fıçıoğlu, “Çoğul Gebelik ve Riskleri”, *Milliyet*, 30 Mart 2020, <https://www.milliyet.com.tr/pembekar/prof-dr-cem-ficicioglu/cogul-gebelik-ve-riskleri-1837076>, (30 Mart 2020).

⁹¹ Hakan Hakeri, “Taşıyıcı Annelik”, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** içinde (83-92), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 83; İsmail Sinan Yılmaz, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim “Surrogate Motherhood”**, 1. Baskı, İstanbul:

Taşıyıcı annelik genel olarak üç çeşittir: Bunlardan ilki, geleneksel veya tradisyonel Taşıyıcı anneliktir. Bu türde, çocuk sahibi olmak isteyen ancak doğal yollarla gebe kalamayan kadının, kocasının spermi ile bir başka kadının yumurtasının yine o kadının rahminde döllmesi ve gebeliğin devamıyla doğumun gerçekleşmesidir⁹². Doğumdan sonra bebek gönüllü anne baba olan karı kocaya teslim edilir. Buna Türk Hukuku'nda ikame/yedek annelik de denir⁹³. Bu yöntemde görüldüğü gibi, yabancı kişilerin üreme hücreleri döllendirildiğinden heterolog döllme söz konusudur. Genetik anne ile çocuğu doğuran biyolojik anne taşıyıcı annelik yapan kadındır. Bir diğer tür olan gestasyonel taşıyıcı annelikte ise, kadının doğal yollardan hamile kalması mümkün iken çocuğu taşıması veya doğumu gerçekleştirmesi risk taşıyorsa bu yöntem uygulanır. Bu kapsamda kocanın spermi ile kadının yumurtası alınarak dış ortamda döllendirilir; gebeliği sürdürecekt ve doğumu yapacak kadının rahmine aktarılır⁹⁴. Bu yöntem eşlerin üreme hücrelerinin döllendirilmesi sebebiyle homologdur. Bu kapsamda, genetik anne yumurtayı veren gönüllü anne olup; biyolojik anne de çocuğu taşıyan kadındır. Son yöntem de ise, her iki üreme hücresi de farklı kişilere ait olup; bu hücreler döllendirilerek oluşan embriyo bir başka taşıyıcı annenin rahmine aktarılır⁹⁵.

Taşıyıcı anneliğin hukuka uygun olup olmadığı konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, taşıyıcı annelik; homolog ve heterolog olmasına bakılmaksızın hukukumuzda yasaklanmıştır. Zira Yönetmelik m. EK-17/4 hükmü uyarınca, “*Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak*

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınları, 2002, s.6; Ülfet Görgülü, “Taşıyıcı Annelik Fıkhi Bir Bakış”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı.15, (2010), s. 198; Aydın, s.38; Acabey, s.177; Turgut, Yapay Döllme, s.107; Baygın, Soybağı, s.14; Ebru Şensöz Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt. 35, Sayı. 2, (2015), s. 14; Noel P. Keane, “Legal Problems of Surrogate Motherhood”, **Southern Illinois University Law Journal**, Vol.5, No.2, (1980), s. 147.

⁹² Ergun Özsunay, “Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Ağustos 2007, s.28-29; Kalkan Oğuztürk, **Biyetik Sorunlar**, s.197; Hazal Ungan Çalışkan, “Bırakınız Taşınları: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 1, (2016), s. 491; Kalsang Bhatia, ve Diğerleri, “Surrogate Pregnancy: An Essential Guide for Clinicians”, **The Obstetrician and Gynaecologist Review**, Vol.11, Nu.1, (2009), s. 50; Turgut, **Yapay Döllme**, s.108; Erol, s.61.

⁹³ Metin, Taşıyıcı Annelik, s.8; Turgut, **Yapay Döllme**, s.108; Çam, s. 57-58.

⁹⁴ Turgut, **Yapay Döllme**, s.109, Acabey, s.180; Erdem Aydın, “Taşıyıcı Annelik ile İlgili Etik Sorunlar”, **Turkish Journal of Obstetrics and Gynecology**, Vol. 3, No. 1, (2006), s. 20.

⁹⁵ Turgut, **Yapay Döllme**, s.109.

embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır.”Ayrıca, taşıyıcı annelik sözleşmeleri Türk hukuk doktrinde de hukuken geçersiz kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak bir görüş taşıyıcı annelik sözleşmelerin genel olarak ahlaka aykırı kabul edildiği yönündedir⁹⁶. Ancak doktrinde, ahlaka aykırılık kapasamında sözleşmenin ivazlı olup olmamasına göre bir ayrıma gidildiği de görülmektedir. Sözleşme ivazlı ise, yani bedel karşılığında taşıyıcı annelik yapılıyorsa, doğurganlık ticari meta haline getirildiği için ahlaka aykırı sayılmıştır⁹⁷. Aksine, sözleşme ivazsız ise tarafların mutluluğu gözetildiğinde ahlaka aykırılığın ortadan kalktığı görüşünü savunanlar da vardır⁹⁸. Bir başka görüş ise, ivazsız olursa dahi, taşıyıcı annenin sözleşme kapsamında çocuğu teslim yükümlülüğü altında olmasını kişilik haklarını zedeleyeci kabul etmiştir⁹⁹. Bunun gerekçesi olarak ahlâka aykırılığın çocuğu teslim etmek değil de bunun bir sözleşmeye konu edilmesi gösterilmiştir. Doktrinde ahlaka aykırılığa ek olarak, sözleşmenin imkansız olması da geçersizliğin bir gerekçesi olarak savunulmuştur¹⁰⁰. Bunlara karşın doktrinde sadece evli çiftlerin üreme hücreleri kullanılarak gerçekleşen taşıyıcı annelik sözleşmelerine, yasal düzenlemelerde değişiklik yapılarak izin verilmesini savunan görüşler de mevcuttur¹⁰¹. Kanaatimizce, taşıyıcı annelik sözleşmesine, eşlerin üreme hücrelerinin kullanılması şartıyla izin verilebilir. Zira eşlerin doğal yollardan çocuk sahibi olması sonrasında, çocuklarının bir başkası tarafından evlat edinilmesi mümkün iken; buna benzer bir yöntemin taşıyıcı annelik yoluyla gerçekleştirilmesinin önünde herhangi bir

⁹⁶ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, 1.Baskı, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s.157 vd.; Ergun Özsunay, “Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar”, **İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2-8 Kasım 2008, s. 75; Gülnihal Paksoy, “Soybağının Reddi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı. 97, (2011), s. 372; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik Sorunlar**, s. 395-396.

⁹⁷ Turgut, **Yapay Döllenme**, s.114; Ergüneş, s.175; Nomer, Sun’i Döllenme, s.570. Bu kapsamda özellikle ivazlı taşıyıcı anneliğin kabulü durumunda yüksek gelirli kimselerin doğum için düşük gelirli kimselere başvuracağı ve bunun da sosyal açıdan doğru olmayacağı hakkında bkz. Arif Ali Arif, (Çev. Esra Rahat Özer), “Taşıyıcı Annelik veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı. 17, (2011), s. 399.

⁹⁸ Acabey, s.178; Nomer, Sun’i Döllenme, s.570.

⁹⁹ Turgut, **Yapay Döllenme**, s.110; Kırkbeşoğlu, s.72; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik Sorunlar**, s.396 vd. Mukayeseli hukukta da ebeveynlerin çocukları hakkında sözleşme yapamayacakları, çocukların hukuki durumunun ancak mahkeme tarafından değiştirilebileceği hakkında bkz. Lori B. Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, **Virginia Law Review**, Vol.81, No.8, (January 1995), s. 2343

¹⁰⁰ Gönenç, s.70; Ergüneş, s.175.

¹⁰¹ Erol, s.123; Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sayı.8, (2015), s. 291-292. Hatta Türkiye’de görülen kumalık gibi bazı uygulamaların, ülkemize özgü bir taşıyıcı annelik olduğu ve taşıyıcı anneliğin artık yasallaşması gerektiği de ifade edilmiştir bkz. Şükran Şıpka, “Taşıyıcı Annelik Yasallaşsın”, 21 Nisan 2017, <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/prof-dr-sukran-sipka-tasiyici-annelik-yasallassin-725278>, (07.04.2020).

engel olmamalıdır. Ancak buna izin verilmesi için elbette hukukumuzda soybağı ve miras hukukuna ilişkin de düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu konularda da düzenleme yapılarak; özellikle gebe kalamayacak kadınların müstesna tutularak, eşleriyle çocuk sahibi olmalarına imkân tanınabilmesi için taşıyıcı anneliğe izin verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Her ne kadar taşıyıcı annelik hukukumuzda yasaklanmış olsa dahi, gerçekleşmesi ihtimalinde oluşacak soybağı sorunlarına ve bu konuda doktrinde yaşanan tartışmalara değinmek gerekmektedir. Konu doktrinde çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir. Öncelikle taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması durumunda, annenin kim olacağı konusu tartışılmaktadır. Burada taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılarak doğumu gerçekleştirmesi sebebiyle hem biyolojik hem de genetik anne olduğu açıktır. Genel görünüm taşıyıcı annenin anne sayılması yönündedir¹⁰². Doktrinde Nomer, taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılarak doğumu gerçekleştirmesi kapsamında genetik anne olması sebebiyle, çocuğun annesi sayılacağını ve gönüllü annenin evlat edinme yoluyla çocuğu kendisine bağlayacağını ifade etmektedir¹⁰³. Yine bu sonuca ulaşan, fakat gerekçe olarak taşıyıcı annenin biyolojik anne olmasını baz alan görüşe göre de, soybağı taşıyıcı anne ile kurulacak; ancak gönüllü anne isterse çocuğu evlat edinebilecektir¹⁰⁴. Babanın kim olacağı konusunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Taşıyıcı annenin evli olması durumunda, çocuk evlilik birliği içinde doğması sebebiyle soybağı taşıyıcı annenin kocası ile kurulacaktır (TMK. m.286). Bu kapsamda eğer taşıyıcı annenin kocasının spermi kullanılmışsa, bu kişinin çocuğun soybağını reddedemeyeceği ifade edilmiştir¹⁰⁵. Ancak, taşıyıcı annenin kocası dışında bir erkeğin spermi kullanılmışsa bu durumda, kocanın rızasının olup olmadığına göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş uyarınca eğer taşıyıcı annenin kocası, başkasına ait spermlerin kullanılmasına rıza göstermiş ise soybağını reddedemez¹⁰⁶. Ancak kanaatimizce, bu

¹⁰² Turgut, **Yapay Döllenme**, s.138; Kalkan Oğuztürk, **Biyoetik Sorunlar**, s.394; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 167; Şükran Şıpka, “Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, 2007, https://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm, (Erişim Tarihi: 09.04.2020).

¹⁰³ Nomer, Sun’i Döllenme, s.574.

¹⁰⁴ Kırkbeşoğlu, s.76; Metin, Taşıyıcı Annelik, s.47

¹⁰⁵ İsmail Aytaç, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Hukuk ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi” (**Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2002), s. 197; Erol, s. 178.

¹⁰⁶ Erol, s. 178; Aytaç, Üreme, s. 197 vd.

görüŖe katılmak mümkün değildir. Zira, burada taşıyıcı annenin kocasının göstermiŖ olduğu rıza yalnızca kendisinin veya baŖka bir erkeğin vermiŖ olduğu sperme iliŖkin olmayıp; çocuğun doğum sonrası gönüllü anne babaya teslim edileceğini de kapsamaktadır. Dolayısıyla, aslında koca soybağını reddedilme imkanının bulunduğu düŖüncesi ile rıza göstermiŖtir. Aksinin kabulü halinde, kocanın spermi kullanılırsa ve koca soybağını reddedemezse, aslında rızasını aŖar bir sonuçla karŖı karŖıya kalacaktır. Ayrıca, üçüncü kiŖinin spermi kullanılmıŖ ise de bu ihtimalde durumun sperm bağışından bir farkı kalmayacaktır. Sonuç olarak, taşıyıcı annenin kocası kendisinin veya bir baŖka kiŖinin sperminin kullanılmasına rıza gösterse dahi soybağını reddedilmelidir. Ancak elbette bu açıklamalarımız de lege feranda olup, yürürlükteki mevzuat gereği babanın bu Ŗekilde tespiti mümkün değildir.

Bir diğer ihtimal olarak, taşıyıcı annenin değil gönüllü anne veya üçüncü bir kiŖinin yumurtasının kullanılmasına dikkat çekilmelidir. Bu ihtimalde, taşıyıcı anne yalnızca biyolojik açıdan çocuğun annesi olacaktır. Yani çocuğun genetik annesi ile biyolojik annesi aynı kiŖi olmadığından anne kim sorusu aklımıza gelebilir. Bu durum, yumurta bağışı baŖlıęı altındaki soybağı sorunlarına benzemekte olup; oradaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁰⁷. Ayrıca doktrinde, ebeveyn olma iradesine göre anne ve babanın tespit edilebileceği, önemli olanın çocuğun sahiplenilmesi niyeti olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Ancak bu görüş de doktrinde farklı açılardan eleŖtirilmiŖ olup¹⁰⁹; kanaatimizce bu tarz bir iradenin ispatı hemen hemen imkansız olduğundan biz de bu eleŖtirilere katılmaktayız.

3. YABANCI HUKUKLARDAKİ DÜZENLEMELER

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin türleri hakkında Türk Hukuku'ndaki pozitif düzenlemeler ve bunlar hakkındaki doktriner görüşler izah edildikten sonra, konunun daha iyi anlaŖılabilmesi için yabancı hukuklardaki düzenlemelerin de

¹⁰⁷ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, 2.1.2.2.

¹⁰⁸ Liezl van Zyl ve Anton van Niekerk, "Interpretations, Perspectives and Intentions in Surrogate Motherhood", *Journal of Medical Ethics*, No.26, (2000), s. 404 vd.

¹⁰⁹ Bu kapsamda doktrinde bireylerin niyet etmedikleri halde çocuk sahibi olabildikleri ve niyetli olmamanın onları ebeveyn olmaktan çıkarmayacağı ve bu görüş uygulanırsa cinsel saldırı sonucunda hamile kalan kadınların da anne sayılmaması gerektiği yönünde eleŖtiriler ifade edilmiŖtir. Bkz. Turgut, **Yapay Döllenme**, s. 141-142.

incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda Türk Hukuku için önem arz eden bazı ülkelerin hukuk sistemlerindeki düzenlemeler incelenecektir.

3.1. Alman Hukuku'nda Durum

Alman Hukuku'nda üremeye yardımcı tedaviler hakkında temel düzenleme 1990 tarihli Embriyonun Korunması Kanunu'dur (Embryonenschutzgesetz)¹¹⁰. Bu kanun hükümlerine bakıldığında, sistemin esasen homolog dölleme üzerine oturduğu açıkça görülebilir. Buna göre Alman Hukuku'nda üremeye yardımcı tedaviler, ayrı cinsten evli çiftlerde ve yaşam ortaklığında mümkündür¹¹¹. Kanun'un 1. Paragrafına göre bir kadına döllememiş bir yumurta hücresini aktaran veya bir kadında kendi yumurtası dışında bir yumurta hücresi kullanan kimselere üç yıla dek hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Yine aynı paragrafta, bir kadının rahminde dölleme gerçekleşmeden üreme hücresini koruma dışında başka sebeplerle vücut dışına aktarmak da yasaklanmıştır. Dolayısıyla esasında bu kanunla, heterolog yumurta ve embriyo bağışı yasaklanmıştır.

Kanunda, tarafların rızası ile ilgili de açık bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre döllemeyi rıza olmadan gerçekleştiren veya hücreleri alınan kişinin ölümünden sonra bu hususu bilerek döllemeyi gerçekleştiren kişiye de hapis cezası verileceği düzenlenmiştir (m. 4). Ancak dikkat edilmelidir ki, bu kanunda belirtilen cezalar sadece tedaviyi uygulayan kimseye verilecek olup, üreme hücrelerinin ait olduğu kişilere ceza verilmeyecektir (m. 4).

Bahsi geçen kanunda sperm bankaları ve sperm bağışı ile ilgili özel ve ayrı bir düzenleme mevcut değildir. Fakat 2002 yılında çıkarılan Çocuk Haklarının Korunması Kanunu, 2007'de çıkarılan Transplantasyon Kanunu gibi düzenlemelerle sperm bağışı

¹¹⁰ 1990 tarihli Embriyonun Korunması Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. https://www.rki.de/SharedDocs/Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf;jsessionid=BED859EA1D475F150326628E8AD1BB1.internet062?_blob=publicationFile, (07.04.2020).

¹¹¹ Fakat bu durumun Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve homoseksüel çiftlere de bu imkânın tanınması gerektiği hakkında bkz. K.H. Möller, "Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin in Deutschland", K. Dietrich, M. Ludwig, G. Griesinger (Ed.), **Reproduktionsmedizin** içinde (593-666), Wiesbaden: Springer, 2013, s. 595; Heike Trappe, "Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation", Michaela Kreyenfeld, Dirk Konietzka (Ed.), **Childlessness in Europe: Contexts, Causes and Consequences** içinde (269-288), Rostock: Springer Open, 2016, s. 272'den naklen.

hakkında detaylı hükümler sevk edilmiş ve özellikle 2018’de çıkarılan Sperm Bağışı Kanunu ile konu hakkında yasal düzenlemeler tamamlanmıştır. Buna göre Alman Hukuku’nda sperm bağışı yapılması yasallaşmıştır. Ancak bunun için, sperm bağışçısı ile sperm bağışı yapılacak çiftlerin yazılı rızasının varlığı gerekmekte; anonim sperm bağışı veya karışık sperm kullanımı yasaklanmaktadır¹¹².

Bunun dışında kanunda taşıyıcı anneliğe ilişkin de özel düzenlemeler mevcuttur. Embriyonun Korunması Kanunun 1. paragrafının 7. fıkrasında taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmış olup; taşıyıcı annelik uygulaması amacıyla bir kadına embriyo aktaran ya da doğrudan taşıyıcı annenin rahminde dölleme gerçekleştiren kimselerin de cezalandırılacağı öngörülmüştür. Zaten Alman hukuk doktrininde de taşıyıcı annelik sözleşmesinin ahlâka aykırı olduğu ifade edilmiştir¹¹³.

Son olarak Embriyonun Korunması Kanunu’nda cinsiyet seçimi hakkında da özel bir düzenleme mevcuttur. Bu kapsamda tıpkı Türk Hukuku’nda olduğu gibi cinsiyet seçimi amacıyla test yapılması yasaklanmıştır. Ancak yine Kanun’un 3.paragrafında bu hususa bir istisna getirilmiştir. Buna göre Duchenne Musküler Distrofisi gibi genetik hastalıklardan kaçınmak ya da doğacak çocuğun eyalet yasalarına göre fiil ehliyeti kazanmasına engel olacak bir hastalığı engellemek için cinsiyet tercihi müsaade edilmiştir.

Bu düzenlemeler ışığında Alman hukuk doktrininde, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri değerlendirilirken bahsi geçen yasa ile ilgili üç temel ilkedden söz edilmektedir. Buna göre tedavinin yetkili hekimler tarafından uygulanması, tedavinin kural olarak her adet döneminde bir defa uygulanması ve transfer edilecek embriyo sayısının üçü geçmemesi; temel hukuka uygunluk sebepleri olarak görülmektedir¹¹⁴. Üremeye yardımcı tedavilerin uygulanması sonucunda doğacak çocukların soybağının ne olacağı ise Alman Medeni Kanunu’nda düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre

¹¹² Trappe, s. 272.

¹¹³ Hans Ludwig Schreiber, “The Legal Situation Regarding Assisted Reproduction in Germany”, **Reproductive BioMedicine Online Magazine**, Vol.6, Nu.1, (2002), s. 9; Jenny Gesley, “Germany: Federal Court of Justice Rules on Legal Motherhood of Surrogate”, <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-federal-court-of-justice-rules-on-legal-motherhood-of-surrogate/>, 2019, (07.04.2020); Hannah McDermott, “Surrogacy Policy in the United States and Germany: Comparing the Historical, Economic and Social Context of Two Opposing Policies”, **Senior Capstone Projects**, 2012, s. 28 vd.

¹¹⁴ Trappe, s. 270.

tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi doğuran kadının anne olduğuna dair düzenleme yapılmıştır (m. 1591). Ayrıca sperm bağışı yapıldığında, bu işlemler rıza ile gerçekleştiğinden; kocanın çocukla kurulan soybağını reddedemeyeceği ve ancak çocuğun soybağını ret hakkının bulunduğu da yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur (m. 1600)¹¹⁵.

3.2. Fransız Hukuku'nda Durum

Fransız Hukuku'nda yardımcı üreme teknikleri, halihazırda 2011 tarihli Biyoetik Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir¹¹⁶. Ayrıca daha önce 1994 yılında çıkarılan üç adet kanunla düzenleme yapılmıştır. Bunlar, İnsan Vücudundan Alınan Doku ve Organların Kullanılması Hakkında Kanun, Yardımcı Üreme Teknikleri Hakkında Kanun ve Prenatal Genetik Tanı Testleri Hakkında Kanun'dur¹¹⁷.

Biyoetik Hakkında Kanun uyarınca üremeye yardımcı tedavi teknikleri, yalnızca evli ve heteroseksüel çiftler için mümkündür. Burada çift ifadesi, evli ya da asgari 2 yıldır birlikte olan yaşam ortaklığına sahip çiftleri kapsamaktadır ve bu kişilerin dölleme çağında olması gerekir¹¹⁸. Fransız hukukunda sperm ve yumurta bağışı serbesttir; ancak bunun genetik bir hastalıktan kaçınmak amacıyla yapılmasına müsaade edilmiştir¹¹⁹.

Taşıyıcı annelik ise Fransa'da yasaklanmıştır. Bu yasaklama, öncelikle Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 1991 tarihli bir kararı ile gündeme gelmiştir. Zira Fransız Temyiz Mahkemesi, sadece malvarlığı haklarının sözleşme konusu olabileceğine, soybağı gibi şahıs varlığı haklarının sözleşmeyle devredilemeyeceğine karar

¹¹⁵ Saskia Lettmaier, **Adoption and Assisted Reproduction in Germany, Legal Framework and Current Issues**, Leiden: Brill, 2019, s. 41; Claudia Brüggeve ve Petra Thorn, "How Germany's New Sperm Donor Registry Act is Internationally Progressive", 26 June 2017, https://www.bionews.org.uk/page_96069, (Erişim Tarihi: 09.04.2020).

¹¹⁶ Francesco Paolo Busardo ve Diğerleri, "The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members" ,*Biomed Research International*, Vol. 2014, <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/> (Erişim Tarihi: 07.04.2020), s.5.

¹¹⁷ Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s. 561; Yıldırım, Üreme Hücreleri, s. 564.

¹¹⁸ Jacques Lansac, "French Law Concerning Medically Assisted-Reproduction", **European Society for Human Reproduction and Embryology**, Vol.11, No.9, /1996), s.1843.

¹¹⁹ Busardo ve Diğerleri, s. 5.

vermiştir¹²⁰. Ardından 1994 yılında da benzer bir karar vererek bu tarz sözleşmeleri geçersiz saymış ve bu kural aynı yıl Fransız Medeni Kanunu'na da alınarak yasak kesin olarak hükme bağlanmıştır¹²¹. Fakat Fransa'da, üremeye yardımcı tedavilerin kapsamı hakkında bir değişim yaşanmaktadır. Zira ülke çapında devam eden protestolar nedeniyle, üremeye yardımcı tedavilerin homoseksüellere ve evli olmayan kadınlara uygulanmasının önünü açan bir yasal düzenleme de Fransız parlamentosuna sunulmuştur¹²².

Soybağı konusunda ise yine Fransız Hukuku'nda katı bir tutum sergilenmektedir. Fransız Medeni Kanunu uyarınca yumurta veya sperm bağışısı yapan kimseyle soybağının kurulamayacağı düzenlenerek mesele çözülmeye çalışılmıştır¹²³.

3.3. İngiliz Hukuku'nda Durum

İngiltere'de üremeye yardımcı tedavi teknikleri ve bunların yasal çerçevesi, 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu'nda düzenlenmiş; bu kanun 2008 yılında köklü değişikliklere uğramıştır¹²⁴.

Bahsi geçen kanunda sperm ve yumurta bağışısı serbest bırakılmış ve soybağına ilişkin detaylı düzenlemeler yapılmıştır (m.28/2). Buna göre kanunun 33. maddesi ile "anne" kavramı tanımlanmış ve çocuğu doğuran kişinin anne sayılacağı ve soybağının başkasıyla kurulamayacağı düzenlenmiştir. Ancak genetik annenin de çocuğu evlat edinebileceği hükmüne de yer verilmiştir (m. 33/2). Baba ile soybağının nasıl

¹²⁰Jérôme Courduriès, "At The Nations doorstep: the fate of children in Franceborn via surrogacy", *Reproductive Biomedicine Society Online*, Vol.7, 20, (2018), s. 47

¹²¹ Erol, s. 82; Yıldırım, Üreme Hücresi, s. 564.

¹²² James McAuley, *France Debates Allowing Single Women and Lesbian Couples Access to IVF*, 05 Ekim 2019, https://www.washingtonpost.com/world/europe/france-debates-allowing-single-women-and-gay-couples-access-to-ivf/2019/10/05/fddae728-e456-11e9-b0a6-3d03721b85ef_story.html, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

¹²³ Bu konu Fransız Medeni Kanunu'nun 311-19 ve 311-20. Maddelerinde düzenlenmiş olup, bu hükümler sperm ve yumurta bağışısına rızanın ön şart olduğunu ve rıza gösterildikten sonra soybağının reddedemeyeceğini düzenlemektedir. Kanun'un İngilizce metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, (Erişim Tarihi: 07.04.2020). Fransız Hukuku'nda yer alan bu düzenleme AIHM önüne de gitmiş ve AIHM, Menesson v. Fransa ve Labassee v. Fransa kararlarında, yurtdışında taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocukların donörlerle soybağı kurulamamasının AIHS m. 8 kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlali niteliğinde olmadığını ve devletlere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınması gerektiğini ifade etmiştir.

¹²⁴ Kanun metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

kurulacağı ise 35. maddede ele alınmıştır. Buna göre embriyonun nakledildiği veya sperm ile yumurtanın döllenildiği tarihte, kadınla evli olan veya yaşam ortaklığı sürdüren erkek; döllenmeye rızasının olmadığını ispatlamadıkça baba sayılır (m. 35/1). Ayrıca eğer erkek yaşarken spermlerinin alınmasına ve ölümünden sonra kullanılmasına rıza göstermiş, ayrıca yaşarken çocuğun babası sayılmasını da kabul etmişse ölümünden sonra döllenmeye de izin verilmiştir (m. 39).

Taşıyıcı annelik konusunda da kanunda detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre taşıyıcı annelik İngiliz hukukunda serbest bırakılmış ancak bu husus belirli şartlara bağlanmıştır. Bu kapsamda İngiltere’de doğuran kadın anne sayılsa da, çocuğun verileceği çiftlerin evli olması, bunlardan en az birinin üreme hücrelerinin kullanılması ve bu işin için bir ücret ödenmemesi kaydıyla; çocuğun nesebi doğumu yapan anne dışında gönüllü anneye de bağlanabilecektir (m. 54)¹²⁵.

3.4. İsviçre Hukuku’nda Durum

İsviçre’de yardımcı üreme teknikleri konusundaki temel düzenleme, Yardımcı Üreme Teknikleri Hakkında Federal Kanun’da yer almaktadır¹²⁶. Bu Kanun’un 3. maddesi uyarınca, üremeye yardımcı tedavi tekniklerine çocuğun sağlığı garanti altına alınmışsa başvurulabilir. Kanun’da homolog döllenmeyle beraber sperm bağıışı ve yumurta bağıışına da izin verilmiş; ancak bu yöntemlere sadece evli çiftlerin başvurabileceği vurgulanmıştır (Art. 3). Ayrıca bir sonraki maddede taşıyıcı annelik ile rahim nakli ve embriyo bağıışı yasaklanmıştır (Art. 4). Fakat bu yöntemlere başvurulabilmesi için eşlerin, yeterli derecede bilgilendikten sonra yazılı rızalarının alınması gerektiği ve bu rızanın üç senede bir yenileneceği de düzenlenmiştir (Art. 5b).

Tıpkı Türk Hukuku’nda olduğu gibi İsviçre Hukuku’nda da ölümünden sonra üreme hücrelerinin kullanılarak döllenme gerçekleştirilmesi yasaktır. Ancak bu durum açısından kanunda bir istisna getirilmiş ve kayıtlı sperm bağıışçılarının ölümünden sonra

¹²⁵ Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s. 561.

¹²⁶ Kanun’un İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20001938/index.html>, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

da spermlerinin kullanılmasına müsaade edilmiştir (Art. 3). Ayrıca aynı maddeyle eşlerden birinin ölmesi durumunda, ölümden sonra başkasının üreme hücreleri kullanılarak döllenme de yasaklanmıştır.

Genetik tanı testleri ile ilgili de İsviçre Hukuku'nda hukukumuzdakine benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre yine bir genetik hastalıktan kaçınma amacıyla cinsiyet belirlenmesine izin verilmiştir. Bu kapsamda Kanun'da bu hastalıkların, 50 yaşından önce çıkmasının muhtemel ve henüz tedavisi olmayan hastalıklardan olması gibi şartlar aranmaktadır (Art. 5a).

Soybağı konusunda ise elbette İsviçre Hukuku Türk Hukuku ile paraleldir. Bu kapsamda İsviçre Medeni Kanunu uyarınca doğuran ana olup (Art. 252) , kocası da babadır ve sperm bağışına rıza gösteren baba soybağını reddedemez (Art. 256/3). Ancak çocuğa reşit olunca babasının soybağını reddetme hakkı tanınmış, donörün ise babalık davası açmasına engel olunmuştur¹²⁷.

¹²⁷ Yıldız, Kartal ve Tiryaki, s. 564-565; İsviçre Medeni Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

İKİNCİ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ VE SORUMLULUK ESASLARI

1. TIP BİLİMİ VE TIP HUKUKU AÇISINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Türleri

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hukuka uygunluğunu daha iyi kavrayabilmemiz için bu yöntemlerin tıbbi müdahale kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Zira tıp hukukunda yer alan temel kavramlardan olan tıbbi müdahale kavramının detaylı olarak incelenmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli unsurların ve ilgili mevzuat hükümlerinin irdelenmesi; hatalı ÜYTE uygulaması sonucunda doğacak sorumluluğun esaslarının tespiti açısından da önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahale kavramı doktrinde birçok şekilde tanımlanmıştır. Örneğin, Hakeri'ye göre tıbbi müdahale insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olan her türlü müdahaledir¹²⁸. Bir diğer tanımlamaya göre, tıbbi müdahale kişinin ruh veya beden sağlığına dair bir bozukluğu önce teşhis sonra tedavi etmek; eğer tedavi mümkün değilse etkilerini hafifletmek amacıyla yapılan her türlü faaliyettir¹²⁹. Bir diğer görüşe göre, tıbbi müdahale tıp mesleğini icra eden yetkili kişi tarafından doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik

¹²⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.32; Türkmen, s.40.

¹²⁹ Aykut Cemil Aykın ve Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.269, Ragıp Şengül, **Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020, s.6.

gerçekleştirilen her türlü faaliyettir¹³⁰. Bu tanımlamayı yapan yazarlar tıbbi müdahalenin bu şekilde tanımlanabilmesi için iki unsurun bir arada olması gerektiğini ifade etmektedirler. Bunlardan ilki müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılıyor olması; bir diğeri ise müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacı taşımasıdır¹³¹. Bütün bunlardan hareketle biz de ifade etmeliyiz ki tıbbi müdahale, tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişi tarafından gerçekleştirilen ve bir kimsede yer alan fiziki veya ruhi bir bozukluğun giderilmesini ya da etkilerinin azaltılmasını amaçlayan her türlü fikri ve fiziki faaliyeti kapsamaktadır.

Tıbbi müdahale kapsamına, teşhis, tedavi, ilaç uygulamaları, hasta takibi, tahliller gibi her türlü tıbbi faaliyet girmektedir¹³². Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları açısından kısırlık nedenlerinin tespiti, üreme hücrelerinin alınması, saklanması, ultrason testleri, üreme hücrelerinde yapılacak değişiklikler, gebelik öncesi ve sonrası kullanılacak ilaçlar, üreme hücrelerinin rahimde veya dış ortamda döllendirilmesi gibi tüm işlemler tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilir. Bu kapsamda kısırlığın ve bunun nedenlerinin tespiti teşhis kavramını ifade etmektedir. Zira teşhis, bir kimsenin bedensel veya psikolojik rahatsızlığını ve bu rahatsızlığın nedenlerinin tespit edilmesi faaliyetidir¹³³. Ancak bu kısırlığın giderilmesi için yapılan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin tamamı da tedavi kavramını karşılar. Çünkü, tedavi, teşhis ile ortaya konulan tespitin giderilmesi veya etkilerinin azaltılması yöntemidir¹³⁴.

¹³⁰ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.5; Çilingiroğlu, s.15; Özgül, s. 5; Gökcan, s. 45; Kürşat Ersöz, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt.5, Sayı.45, (2010), s. 106; Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.7, Sayı.1, (2016), s. 480; Berna Özpinar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007, s.2; Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, (2015), s. 3537. Benzer yönde bkz. Halide Savaş, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.51; Yenerer Çakmut, **Rıza**, s.24.

¹³¹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 9; Türkmen, s.40-41; Özgül, s.6-7; Fatih Birtok, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.81, Sayı.5, (2007), s.1998.

¹³² Hakeri, s.32; Aykın ve Çınarlı, s.268; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.41-42; Gökcan, s.45; Şengül, s.6; Ersöz, s.106; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.5; Mustafa Kıcıoğlu, “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.1, Sayı.4, 2006, s.17.

¹³³ Hayrunnisa Özdemir, **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 41; Hatice Sarıtaş, **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2006, s.18; Özgül, s.7.

¹³⁴ Özgül, s.7; Bayraktar, s. 149; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.24.

Türk Hukuku'nda tıbbi müdahale kavramından bahsedilen hükümler mevcuttur. Bunların başlıcası Anayasa'nın 17. maddesidir. Bu madde çerçevesinde tıbbi müdahalenin tanımı yapılmaksızın, ancak tıbbi müdahale sebebiyle kişinin beden bütünlüğünün ihlal edilebileceği vurgulanmıştır. HHY m. 4/g'de tıbbi müdahale *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim”* şeklinde tanımlanmıştır¹³⁵. Ayrıca, 1219 Sayılı Tababet ve Şuaabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹³⁶, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹³⁷, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun¹³⁸ da tıbbi müdahale kavramının kaynakları arasında yer almaktadır. Zira bu düzenlemelerle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları düzenlenmiştir. Ayrıca tıbbi müdahale kavramı uluslararası hukuk metinlerinde de yer almaktadır. Örneğin Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol m. 2/3 uyarınca müdahale, *“Bir fiziksel müdahaleyi ve ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahale”* şeklinde ifade edilmiştir.

Tıbbi müdahaleler, doktrinde farklı özelliklerine göre sınıflandırılmışlardır. Bunlardan ilkinde göre tıbbi müdahaleler, geleneksel ve yeni tıbbi müdahaleler olarak ikiye ayrılmaktadır¹³⁹. Bu ayrımında tıbbi müdahalelerin uygulama geçmişine göre değerlendirme yapılmaktadır. Yerleşmiş ve etkileri uzun zaman sonucunda kabul görmüş uygulamalar geleneksel, yeni ortaya çıkan ve etkileri hakkında tartışmalar bulunan ve henüz yerleşmemiş yöntemler yeni tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında üremeye yardımcı tedavi

¹³⁵ 01.08.1998 Tarih ve 23420 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

¹³⁶ 14.04.1928 Tarih ve 863 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1219&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

¹³⁷ 27.05.1983 ve 18059 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

¹³⁸ 03.06.1979 ve 16655 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

¹³⁹ Gökcan, s. 46 vd.

uygulamalarında da yeni tıbbi müdahaleler, teknolojik gelişmelere paralel olarak hızla artmaktadır. Yeni tıbbi müdahalelere örnek olarak kök hücre tedavisi örnek gösterilebilir. Yeni tıbbi müdahaleyi uygulayan hekimin özen yükümlülüğü ağırlaşmakta ve aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir.

Tıbbi müdahaleler açısından bir başka tasnif ise, müdahalenin tıp alanında yaygın uygulamaya kavuşmuş olup olmadığına göre tıbbi müdahaleler, icra ediliş tarzına göre tıbbi müdahaleler ve icra yerine göre tıbbi müdahaleler şeklinde çeşitli bir sınıflandırma yapmaktadır¹⁴⁰. Bu kapsamda yaygın uygulamaya kavuşup kavuşmadığına göre tıbbi müdahaleler, geleneksel ve yeni tıbbi müdahalelerdir. İcra ediliş tarzına göre müdahaleler ise beden bütünlüğüne yönelik ve beden bütünlüğünü ihlal etmeyen müdahaleler olarak ayrılmaktadır. Son olarak icra yerine göre tıbbi müdahaleler ise bağımsız çalışan hekim tarafından yapılan, özel hastanelerde yapılan ve kamu hastanelerinde yapılan müdahaleler olarak sınıflandırılmaktadır. Doktrinde bu tasnifi yapan yazarlar, yapay döllemeyi beden bütünlüğünü ihlâl etmeyen müdahaleler kapsamında saymaktadır¹⁴¹. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız¹⁴². Zira, yapay döllemenin taraflardan yumurta ve sperm elde edilmesi ile bunların iç veya dış ortamda döllendirilmesi ile oluştuğundan bahsetmiş idik¹⁴³. Bu kapsamda, üreme hücrelerinin elde edilebilmesi ve yapay döllemenin uygulanabilmesi için vücut bütünlüğüne müdahale şarttır. Çünkü, kişi bedenini oluşturan tüm organ, doku, parça ve en küçük hücrelerinde dahi kişilik hakkına sahiptir ve bunların hepsi vücut bütünlüğüne girer¹⁴⁴. Dolayısıyla, kişiden üreme hücresi alınarak yapay döllemenin gerçekleştirilmesi başlı başına bir vücut bütünlüğü ihlalidir.

¹⁴⁰ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 16 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 42 vd.; Türkmen, s. 41 vd.

¹⁴¹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 41.

¹⁴² Bizim görüşümüze paralel olarak bkz. Özgül, s. 132 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 43.

¹⁴³ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, Birinci Bölüm, 1.

¹⁴⁴ İlhan Subaşı, **Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 31; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 8. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017, s. 109. Zaten ceza hukuku anlamında da üreme hücrelerinin insan kökenli biyolojik madde sayılması gerektiği ve bu sebeple örneğim bunların nakledilmesinin de Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun kapsamında kaldığı da ifade edilmektedir. Bkz. Zafer Zeytin, “Üreme Tıbbi, Soybağı ve Hukuki Sonuçları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Cilt.8, (2015), s. 217. Bu kapsamda doktrinde vücut bütünlüğü değerlendirilirken, kişinin bedenini oluşturan en küçük parçanın dahi zarara uğramasının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Hilal Yüksel, **Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 71; Zevkliler, s. 4; Bu değerlendirmeden çıkan sonuç olarak üreme hücrelerinin de vücut bütünlüğüne girdiğinin kabulü zorunludur. Zaten kişilik haklarının kapsamına da kişinin vücut bütünlüğünü oluşturan tüm hususların girdiği hakkında bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması ve sorumluluk doğurmaması için şu şartların bir araya gelmesi gerekmektedir: Öncelikle müdahalede bulunan kişinin yetkili hekim olması gerekmektedir. Buna ek olarak uygulanan tıbbi müdahalenin tedavi amacını gütmesi şarttır. Ayrıca tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak; hastanın aydınlatılması sonucu verilmiş rızasının alınması gerekmektedir. Genel olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartları yanında, konumuz açısından gerekli özel şart olan eşler arasında yapay döllemenin gerçekleştirilmesi de bir hukuka uygunluk sebebidir. Şimdi bu hukuka uygunluk şartlarına aşağıda detaylıca değineceğiz.

1.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Açısından Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

1.2.1 Üremeye Yardımcı Tedavi Yönteminin Yetkili Merkez Tarafından Uygulanması

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli ilk şart yetkili hekim tarafından uygulanıyor olmasıdır. Bu kapsamda yetkili hekimin kim olduğu mevzuu 1219 Sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Kanunun 1. maddesine göre tıp fakültesi diplomasına sahip olmak hekimliğin ve hasta tedavi edebilmenin ilk şartıdır. Ayrıca Ek m. 13, hekimler dışındaki sağlık personellerinin teşhis, tedavi ve reçete yazmasının mümkün olmadığını ifade eder. Dolayısıyla tıbbi müdahale kapsamında teşhis ve tedavinin yalnızca yetkili hekim tarafından icra edilebileceği anlaşılmaktadır. Kural olarak hekimlik diplomasına sahip olmak tıbbi müdahalede bulunmak için yeterlidir. Yani uzmanlığı bulunmayan pratisyen hekimler de kural olarak her alanda tıbbi müdahalede bulunmaya yetkilidirler. Ancak, 1219 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine göre *"..cerrahi veya şuaabatında ihtisas sahibi olduğuna dair... vesaiki haiz olmayan hiç kimse hiçbir ameliyei cerrahiye icra edemez."* Buradan çıkaracağımız sonuç ise cerrahi müdahaleler için uzmanlık şartının arandığıdır¹⁴⁵. Doktrinde ifade edildiği gibi, uzman

2018, s. 354-355; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 169.

¹⁴⁵ Uzmanlık kavramı Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği m.4/1-1'de düzenlenmektedir. Buna göre uzman, "Uzmanlık Eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olan" kişi şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik metni için bkz.

doktor tarafından gerçekleştirilmeyen müdahale hukuka aykırı bir tıbbi müdahale olup, hekimin özen yükümlülüğüne aykırıdır ve sorumluluğunun doğmasına yol açar¹⁴⁶.

Bunların dışında yetkili hekim olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmenin bir diğer şartı ise Türk Tabipleri Birliği'ne kayıtlı olmaktır. Ayrıca 1219 Sayılı Kanun'un 28. Maddesine göre meslekten yasaklılık hallerinden birine sahip olmamak da yetkili olabilmenin şartıdır.

Bu genel şartlara ek olarak Üremeye Yardımcı Tedavi yöntemlerinin kimler tarafından uygulanacağı Yönetmelikte özel olarak düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 1 ve m. 2 uyarınca üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin yetkili merkezler tarafından uygulanacağı ifade edilmiştir. Yönetmelik m.4/1-d 'de merkezin tanımı yapılmıştır. Buna göre merkez, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait bağımsız üremeye yardımcı tedavi merkezleri ile üniversiteler ve kamu tüzel kişilerine ait araştırma merkezleri ve hastaneler, tıp merkezleri ve özel hastaneler çatısı altında faaliyet gösterip ÜYTE uygulayan merkezleri ifade eder. Ayrıca Yönetmelik m.4/1-f uyarınca müstakil merkezlerin de tanımı yapılmıştır. Buna göre Sağlık Bakanlığı tarafından hastane ve tıp merkezi binaları dışında bağımsız olarak ruhsatlandırılan merkezlerdir. Merkezlerde çalışacak sağlık personellerinin kimler olduğu ise Yönetmeliğin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle merkezde, uzman hekimlerden veya kadrolu olmayan tam zamanlı hekimlerden bir mesul müdür bulunur (m. 17/1). Ayrıca ÜYTE konusunda Sağlık Bakanlığı'nın tasdik ettiği sertifikaya sahip bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı da ÜYTE ünite sorumlusu olarak görev yapar. ÜYTE Ünite sorumlusunun tam zamanlı veya kadrolu olması gerektiği ve tıbbi işlemlerden diğer hekimlerle sorumlu olduğu düzenlenmiştir (Yön. m. 17/3). Bunun dışında üremeye yardımcı tedavi konusunda sertifikası bulunan birisi, ki bunun kim olduğuna ilişkin bir düzenleme yapılmaksızın, ÜYTE laboratuvarı sorumlusu olarak görevlendirilir. Son

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19629&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 10.06.2020.

¹⁴⁶ Ayan, s.6, Özgül, s.177; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.117; Ersöz, s. 109-110; Ayca Çakal, **Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 24; Işıl Güney Tunalı, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yetkisinin Sınırları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 322 vd..

olarak, merkezde bir üroloji uzmanı ve bir anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı, bir laboratuvar teknisyeni, asgari bir hemşire bulunmak zorundadır. (Yön. m. 17/5-6-7).

İşte yukarıda ifade ettiğimiz gibi ÜYTE'nin hukuka uygun sayılabilmesi için Yönetmelik'te belirlenen şartları sağlayan bir merkez tarafından bu yöntemin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca ÜYTE'yi uygulayacak hekimin de daha önce belirtilen genel şartları sağlaması gerekir. Bu şartların sağlanmaması, örneğin Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış bir sertifikaya sahip olmayan bir hekimin ÜYTE Ünite sorumlusu olması ya da ruhsatı bulunmayan bir merkez tarafından ÜYTE uygulaması yapılması durumunda, yapılan her işlem, tıbbi müdahale kapsamında ve tedavi amacını gütsse dahi, hukuka uygunluk şartını gerçekleştirmediğinden; hukukî sorumluluk doğuracaktır.

1.2.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yönteminin Tıp Biliminin Verilerine Uygun Olarak ve Tedavi Amacını Taşıyan Şekilde Uygulanması

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun sayabilmemiz için gereken şartlardan biri de müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesidir¹⁴⁷. Tıp biliminin verilerine uygun olarak bir müdahalenin gerçekleştirilmesi, bunun tıbbi açıdan zorunlu olmasını gerektirir¹⁴⁸. Buna da doktrinde endikasyon adı verilmektedir¹⁴⁹. Ayrıca tıp

¹⁴⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221; Şengül, s.7; Yenerer Çakmut, **Rıza**, s. 38; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.102; Aykın ve Çınarlı, s.273; Türkmen, s.84; Aydın, s.49-50; Bayraktar, s.147; Güney Tunalı, s. 343; Kemale Aslanova, **Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul: Aristo Yayınları, 2019, s.16; Mehmet Demir, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020, s.79 vd.; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s. 112; Özlem Yenerer Çakmut, "Hekimler Tarafından Tutuklu ve Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. VI, Sayı. 2, (2009), s. 235-236.

¹⁴⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.222; Demir, Tıbbi Sorumluluk, s.80; Ersöz, s.120; Gökcan, s.197; İzzet Özgenç, "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk", Ömer Teoman (Ed.), **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan** içinde (2175-2213), 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 2183.

¹⁴⁹ Gökcan, s.197; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221 vd; Türkmen, s.84; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.9; Özgül, s.277; Yenerer Çakmut, **Rıza**, s. 35 vd.; s. 202; Şimşek, s.3541; Güney Tunalı, s. 331 vd.; Çakal, s. 33 vd.; Özpinar, Tıbbi Müdahale, s.20-21; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s.202; İsmail Atak, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", **Türk Ortopedi ve Travmatoloji Derneği Dergisi**, Sayı.19, (2020), s.24-25; Özge Yücel, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği", Özge Yücel, Gürkan Sert (Ed.), **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları** içinde (193-251), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 226; Güney Tunalı, s. 334.

biliminin verilerine uygun olma şartı, müdahalenin gelenekselleşmiş ve kabul edilmiş tekniklere, özen yükümlülüğüne uygun yapılması anlamına da gelir¹⁵⁰.

Tıbbi zorunluluk halinin dayanağı Anayasa'nın 17/2 maddesidir. Burada tıbbi zorunluluklar ve kanunda sayılan haller dışında kişinin beden bütünlüğüne dokunulamayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca TDN m.13/3'de hekimlerin teşhis ve tedavi amacı dışında hastanın rızası olsa dahi onun akli ve bedeni bütünlüğünü etkileyecek, azaltacak herhangi bir müdahalede bulunamayacağı belirtilmiştir. Bunlara ek olarak HHY m.12'de benzer ifadelerle bu durum desteklenmiştir¹⁵¹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tıbbi müdahale uzun bir süreçtir. Tıbbi müdahale bünyesinde teşhis, tedavi ve tedavi sonrası kontrol gibi süreçleri barındırır. İşte endikasyon kavramı bu süreçlerin tümüne hakim olan bir kavramdır. Bir diğer deyişle tıbbi müdahalenin başından sonuna dek tüm işlemlerde endikasyon şartı gerçekleşmelidir. Örneğin, erkeklerde kısırlığın sebepleri semen analizi ile yapılır. 3 gün ila 1 haftalık bir cinsel perhizin ardından sperm örnekleri mikroskop altında incelenmektedir. Gerekğinde antisperm antikoru da testlere eklenir¹⁵². Ancak gerekmemesine rağmen antisperm antikoru testi yapılırsa endikasyon şartı gerçekleşmemiş olacağından, yapılan bu müdahale teorik olarak hukuka aykırı olur. Kadınlarda ise fallop tüplerinin açıklığı HSG (Histerosalpingografi) adı verilen bir röntgen filmiyle tespit edilir; ancak gerektiği hâllerde durum, laparoskopi ile de tespit edilebilecektir¹⁵³. Bu kapsamda gerekmemesine rağmen HSG'ye göre daha ağır bir

¹⁵⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.224; Gökcan, s.197; Özgenç, s.2186; Özgül, s.278; Özge Yücel, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", Özge Yücel, Gürkan Sert (Ed.), **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları** içinde (23-46), 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.33. "Doktorlar, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığının özellikleri gözönünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir" Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2017/7368, K. 2020/3036, T. 09.03.2020. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2013/8056, K. 2014/4769, T. 24.02.2014; Antalya BAM 3. HD. E. 2017/1137, K. 2017/1179, T. 17.11.2017. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.08.2020).

¹⁵¹ HHY m.12 şu şekildedir: "Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez."

¹⁵² Kısırlık (İnfertilite) Nedir?, <https://www.acibadem.com.tr/tupbebek/infertilite-kisirlık/> (10.06.2020).

¹⁵³ Kısırlık (İnfertilite) Nedir?, <https://www.acibadem.com.tr/tupbebek/infertilite-kisirlık/> (10.06.2020). Örneğin kadınların, endometriozis adı verilen ve halk arasında çikolata kisti olarak bilinen rahatsızlıktan muzdarip olmaları

müdahale olan laparoskopinin kullanılması durumunda da endikasyon şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Zira bu ihtimalde laparoskopi yapılması tıbbi zorunluluk kapsamında kalmaz. Dolayısıyla yapılan bu işlem de hukuka aykırı olur.

Doktrinde endikasyonun tıbbi bir endikasyon olmasının şart olmadığı, psikolojik ve sosyal bir endikasyonun da tıbbi müdahale için yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bu türden müdahalelere örnek olarak da estetik müdahaleler verilebilir¹⁵⁵. İşte bu kapsamda acaba eşler fiziki bir yetersizlikleri olmamasına rağmen, doğal yollardan çocuk sahibi olamıyorlarsa ve bu eşler ÜYTE'ye başvururlarsa, acaba ÜYTE uygulanması gerekir mi? Yoksa sadece fiziki eksiklik şart mıdır? Kanaatimizce burada, endikasyon şartı mevcuttur. Zira Yönetmelik m.1' çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden tıbben uygun görülenlerin ÜYTE'ye başvurabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla madde metni oldukça geniş olup; doğal yollardan çocuk sahibi olunamamasına neden olan her hal endikasyon şartını sağlamış olacaktır.

Ayrıca tıp biliminin verilerine uygun bir müdahalenin gerçekleşmesi, yapılacak müdahalenin daha önce denenmiş ve tıp dünyasında üzerinde genel olarak uzlaşılan türden müdahaleler yapılmasını gerektirir. Bir diğer deyişle öncelik geleneksel tıbbi müdahalelerdedir¹⁵⁶. Yeni tıbbi müdahalelerin uygulanmasında hekim daha dikkatli olmalıdır. Eğer üreme bozukluğunu giderici nitelikte geleneksel olarak kabul edilen bir yöntem varsa, öncelikle bu yöntem uygulanmalıdır. Doktrinde yeni tıbbi müdahalelerin ancak geleneksel müdahalelerden bir sonuç alınamaması durumunda uygulanması

durumunda laparoskopinin gündeme gelebileceği ve tedavide daha etkili olabileceği hakkında bkz. D. Marvelos ve E. Saridoğan, "Treatment of Endometriosis in Women Desiring Fertility", **Journal of Obstetrics and Gynecology of India**, Vol. 65, No. 1, (2015), s. 11 vd.

¹⁵⁴ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.9; Ersöz, s. 120; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 225; Aykın ve Çınarlı, s. 274; Gökcan, s. 196; Güney Tunalı, s. 337-338.

¹⁵⁵ Gökcan, s. 196; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 225; Güney Tunalı, s. 337-338.

¹⁵⁶ "Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir." Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/10766, K. 2019/10896, T. 06.11.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2017/8581, K. 2020/4368, T. 09.06.2020; Yargıtay 13. HD. E. 2017/2910, K. 2020/3051, T. 09.03.2020; Yargıtay 13. HD. E. 2019/5220, K. 2020/2331, T. 18.02.2020; Yargıtay 13. HD. E. 2016/31093, K. 2020/2079, T. 13.02.2020. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.08.2020)

gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁷. Zira yeni tıbbi müdahalelerin uygulanmasında hekimin özen yükümlülüğü ağırlaşır ve aydınlatmanın kapsamı da genişler.

ÜYTE açısından bu bahiste karşılaşılabilecek bir sorun, hekimin geleneksel tıbbi müdahaleler dışında başka yöntemleri, örneğin bitkisel tedavileri tavsiye edip edemeyeceğidir. Bilindiği gibi üreme bozukluklarında bitkisel yöntemler ve takviye edici gıdaların kullanımına sıklıkla rastlanmaktadır. Acaba ÜYTE’yi uygulayan hekim tedaviden daha iyi sonuç alınması amacıyla bitkisel yöntemlerin uygulanmasını veya geleneksel ve tamamlayıcı tıp yöntemlerinin tatbikini tavsiye edebilir mi? Kanaatimizce hekimin tıbbi standart dışına çıkması için öncelikle geleneksel yöntemlerden bir fayda elde edilememiş olması gerekir. Çünkü hekimin ilk görevi tıbbi teknikleri uygulamaktır. Ancak geleneksel yöntemlerden fayda görülememesi durumunda kanaatimizce tıbbi standart¹⁵⁸ dışında yöntemler tavsiye edilebilir. Fakat bunun için de tavsiye edilen yöntemin daha önce denenmiş ve başarılı olma ihtimali konusunda bir delilin bulunmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin kısırlığın tedavisinde geleneksel tıbbi müdahalelerden fayda görülememesi durumunda, akupunktur gibi yöntemlerin uygulanmasını da son çare olarak tavsiye edebilir¹⁵⁹.

Son olarak tıbbi müdahalenin tedavi amacını taşıması da bir hukuka uygunluk sebebidir. Tedavi amacı, tıbbi zorunluluk kavramı ile sıkı bağlantı içerisindedir. Zira tıbbi zorunluluk, yapılacak müdahalenin tedavi amacını gütmesini de gerektirir. Bu kapsamda tedavi amacı, hastanın fiziksel veya ruhsal bozukluğunu giderici veya etkilerini azaltıcı tüm müdahaleleri kapsar. Dolayısıyla infertiliteden muzdarip hastanın örneğin sperm üretiminde azalma yoksa, sperm üretimini artırıcı tekniklerin uygulanması tedavi amacı dışına çıkar ve yine bu tıbbi müdahale de hukuka aykırı olur.

¹⁵⁷ Ersöz, s.120; Şengül, s.95; Aslanova, s.45; Gökcan, s.198-199.

¹⁵⁸ “Tıbbi standart, hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kuralıdır.” Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2019/2716, K. 2019/3962, T. 30.09.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2018/5523, K. 2019/801, T. 26.02.2019; Yargıtay 15. HD. E. 2018/5312, K. 2019/139, T. 14.01.2019; Yargıtay 15. HD. E. 2018/4621, K. 2018/4686, T. 26.11.2018; Yargıtay 15. HD. E. 2018/4953, K. 2018/4526, T. 19.11.2018 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.08.2020).

¹⁵⁹ Akupunkturun ve bazı tamamlayıcı tıp uygulamalarının infertilitenin giderilmesinde etkili olduğu ve canlı doğum oranlarını artırdığı hususunda bir bilimsel çalışma olarak bkz. Handan Özcan ve Nezihe Kızılkaya Beji, “İnfertilitede Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Uygulamaları”, **Okmeydanı Tıp Dergisi**, Cilt.32, Sayı.1, (2016), s.36 vd.

1.2.3. Hastanın Aydınlatılması

Aydınlatma, tıp hukuku kapsamında en çok tartışılan ve hakkında bir çok görüş barındıran konuların başında gelmektedir. Bunun temelinde de tıp bilimi ile uğraşan sağlık personellerinin belli bir uzmanlık seviyesinde olmasına karşın sağlık hizmetlerinden faydalanan kişilerin tıp bilimi hakkında hemen hiçbir bilgiye sahip olamamaları veya az ya da yanlış bilgiye sahip olmaları yatmaktadır. Bu açıdan bakıldığında aydınlatma sağlık hizmeti veren personel ile sağlık hizmeti alan kişiler arasındaki bağı kuran en önemli unsurdur. Yani bir diğer deyişle aydınlatma, hasta ile sağlık personeli arasındaki güven ilişkisinin kurulmasına aracılık etmektedir.

Hipokrat yemini dayanan geleneksel tıp anlayışına göre hekim, hastanın fikrini göz önüne almadan kendi bilgi ve tecrübeleri doğrultusunda hareket ederek hastaya hesap verme yükümlülüğü olmadan tedavi amacı gütmekteydi¹⁶⁰. Ancak günümüzde hekim odaklı tedavi anlayışının yerini hasta bazlı tedavi anlayışı almaktadır. Bir diğer deyişle, artık önemli olan yalnızca hekimin bilgi ve tecrübesi değil, hastanın da bu bilgi ve tecrübeler ışığında gerçekleştirilecek müdahaleleri anlaması ve buna rıza göstermesidir. Bu da hekimin hesap verme ve aydınlatma yükümlüğünün öne çıktığını göstermektedir.

Arz ettiği bu önem sebebiyle aydınlatma kavramına birçok ulusal ve uluslararası metinde de yer verilmektedir. Örneğin, 1981 Tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde hastanın aydınlatılma hakkı ilk kez kabul edilmiş ve bu kapsamda Bildirge'nin 3. maddesinde, hastanın kendi bedeni ile ilgili özgürce karar verebilmesi için gerekli bir şekilde bilgilendirilme hakkının olduğu ve uygulanacak teşhis ve tedavinin ne olduğu; bunların uygulanması veya uygulanmaması sonucunda ortaya çıkabilecek olumlu veya olumsuz sonuçların neler olduğunu açık bir şekilde anlaması

¹⁶⁰ Hipokrat yemini dayanan tıp etiği hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Robert M. Veatch, **Bioetiğin Temelleri**, Tolga Güven (Çev.), İstanbul: Hasta Ve Hasta Yakını Derneği Yayınları, 1. Baskı, 2010, s.13 vd.; Nesrin Çobanoğlu, **Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği**, 1. Basım, Ankara: Eflatun Yayınevi, 2009, s.65 vd. Buna tıpta paternalizm adı da verilmektedir. Bkz. Selçuk Polat, "Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerlik İlkesi", (**Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015) s.63 vd.; Erdem Aydın, **Tıp Etiği**, 1. Baskı, İstanbul: Güneş Kitabevi, 2006, s. 16 vd.; Müge Demir, "Aydınlatılmış Onam", http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_15_guz/aset_15_guz_slayt/aydinlatilmis_onam_demir.pdf, (Erişim Tarihi: 16.06.2020); Subaşı, s.20.

gerektiği ifade edilmiştir¹⁶¹. 1995 yılında Lizbon Bildirgesi genişletilmiş ve aydınlatma konusu daha detaylı düzenlenmiştir.

Bunlar dışında ülkemizce kabul edilen ve Anayasa m. 90 uyarınca kanun hükmünde sayılan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nde de aydınlatmadan bahsedilmiş ve aydınlatma bir hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmiştir¹⁶². Ulusal mevzuatımız açısından Biyotıp Sözleşmesi ile beraber en önemli hüküm de AY m. 17 hükmüdür. Hüküm gereği açıkça aydınlatma konusu düzenlenmemiş olup; tıbbi müdahale için kişinin rızasının var olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu kapsamda rızanın varsayılabilmesi için aşağıda da detaylı olarak bahsedeceğimiz gibi geçerli bir aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. Zaten AYM bir kararında da 17. maddeyi aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı olan normlardan biri olarak görmüştür¹⁶³. Ayrıca TMK. m.23'te ve 1219 Sayılı TŞSTİDK m.70'de de yine rıza kavramından bahsedililerek dolaylı olarak aydınlatma yükümlülüğüne değinilmiştir¹⁶⁴.

Aydınlatma yükümlülüğü hakkında doğrudan hüküm içeren en önemli ve detaylı düzenleme ise HHY m.15'tir. Zira bu hükümde aydınlatma yükümlülüğünün tanımı, kapsamı, usulü, aydınlatma yükümlülüğünden kaçınılabilecek haller, aydınlatma yükümlülüğünden yasaklanma, kayıtları isteme gibi detaylı açıklamalar verilmiştir. Konumuz açısından ise Yönetmelik EK-8'de ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait

¹⁶¹ Lizbon Bildirgesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595,lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?0&tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295>, Erişim Tarihi: 11.06.2020.

¹⁶² Sözleşmenin rızayı düzenleyen hükmü olan m. 5 şu şekildedir: “Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza(onam) vermesinden sonra yapılabilir.”. Ayrıca özel yaşam ve bilgilendirilmeye ilişkin madde uyarınca: “1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. 3. Ayrık(istisnai) durumlarda, 2. paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından yasa tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.”

¹⁶³ Ahmet Acartürk Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, 29566 ve 18.12.2015 tarihli Resmi Gazete, para. 41.

¹⁶⁴ TMK m. 23 şu şekildedir: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”. TŞSTİDK m. 70 ise: “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”

Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu başlığı altında bilgilendirmenin kapsamı, tarafları ve bilgilendirme sonucunda alınacak rızanın şekli hakkında düzenleme yapılmıştır.

Aydınlatma hekim için bir yükümlülük olmasının yanında hasta için de bir hak olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵. Zira aydınlatma birçok temel hak ile bağlantı içerisindedir. Bunların en başında en temel insan hakkı olan yaşam hakkı gelmektedir. Bunun sebebi şu şekilde açıklanabilir: Aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi halinde yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bunun sonucu olarak kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olacak ve bir ihtimal yaşamı tehlikeye girebilecektir. Dolayısıyla aydınlatma yapılmadan uygulanan tıbbi müdahale doğrudan vücut bütünlüğü hakkını dolaylı olarak da yaşam hakkını ihlal edecektir. Örneğin hekim, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanan hastaya tedavi sürecinde kullanacağı ilaçlar hakkında aydınlatmamış, yan etkileri konusunda uyarmamış ve etkileşimde olacağı ilaçları belirtmemişse ve bundan dolayı da hasta ölmüş ise yaşam hakkı; hastalığı ağırlaşmış ise vücut bütünlüğü hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla aydınlatma kavramı yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile ilgilidir¹⁶⁶. Bir diğer deyişle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bu hakların ihlali sonucunu doğurabilir.

Aydınlatmanın ilgili olduğu en önemli haklardan bir diğeri ise kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Bu hak genel olarak tıp hukukunun her alanında karşımıza çıkmaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, kendi kararını verebilecek durumda olan hastaların kendi gelecekleri ile ilgili kararları kendi rızaları ile şekillendirmeleri ve bu kararların sorumluluklarının bizzat kendileri üzerinde olmasıdır¹⁶⁷. Bu kapsamda hastanın aydınlatılarak kendi geleceğini belirleme hakkı

¹⁶⁵ Gürkan Sert, **Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.140; Pelin Çavdar, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, (2010), s.737-738; Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.2, (2011), s.187; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.179; Şengül, s.48. Aydınlatmanın yükümlülük olup olmadığı konusunda doktrinde bir tartışma söz konusudur. Örneğin, Çilingiroğlu’na göre aydınlatma, dar anlamda bir ödev veya yükümlülük değil hukuki külfettir (Çilingiroğlu, s.58, dn.152). Bu konudaki tartışmalar için bkz. Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.110; Erman, s. 101.

¹⁶⁶ Mine Kaya, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü İle Kişilik Hakkı İlişkisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.8, (2012), s.76; Subaşı, s.28 vd; Bayraktar, s.124-125; Helvacı, s.104.

¹⁶⁷ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.118; Çağatay Üstün ve Gülsün Ayhan Güngörmez Uğurlubay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini

doğrultusunda rızasının alınması doğru olacaktır. Bir diğer deyişle kendi geleceğini belirleme hakkının ön şartı hastanın hukuka uygun şekilde aydınlatılmasıdır. Zira hiç veya gereği gibi aydınlatılmamış hastanın hür iradesiyle kendi uzmanlığı olmadığı bir alanda kendi geleceğiyle alakalı bir karar verebilmesi mümkün değildir¹⁶⁸.

Son olarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulandığı hastalara ilişkin özel olarak değerlendirilmesi gereken hak üreme hakkıdır. Cinsel sağlık ve üreme hakkı Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesine göre sağlık kavramının ayrılmaz bir parçasıdır. Üreme hakkı bünyesinde bir dizi özgürlük ve yetkiyi içerir. Bu kapsamda özgürlük kişinin üreme sağlığına ilişkin konularda özgür ve sorumlu kararlar verebilmesi ve seçimler yapabilmesi hakkını kapsar¹⁶⁹. Yetkiler ise bireylerin üreme sağlığı konusundaki rahatsızlıklarının giderilmesi için sağlık kuruluşlarına engellenmeden erişebilmeyi içerir¹⁷⁰. Bu kapsamda aydınlatma üremeye yardımcı tedaviler açısından üreme hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Zira üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanan hasta ancak doğru şekilde aydınlatılması durumunda üreme hakkının kapsamına giren özgürlükleri tam olarak ve hür iradesiyle kullanabilir.

Aydınlatma yükümlülüğünün nasıl hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirileceğinin tespit edilebilmesi, aydınlatmanın konusu ve kapsamının değerlendirilmesini zorunlu kılar¹⁷¹. Aydınlatma, hastalığa dair bulguları ve bulgulardan hareketle ortaya çıkan teşhisi, müdahalenin türü ve içeriği, varsa alternatif müdahaleler, müdahalenin aciliyeti, müdahaleden kaynaklanan yan etkiler ve riskler, müdahalenin

Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt.6, Sayı. 53, (2014), s. 24; Subaşı, s.33; Kaya, Kişilik Hakkı, s.73; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.126.

¹⁶⁸ Gürkan Sert, Serkan Duran ve Şefik Görkey, “Rahim Tahliyesi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Alınması İle İlgili Formların Tıp Etiği ve Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Türkiye Klinikleri Dergisi**, Cilt.3, Sayı.3, (2017), s.139; Gerfried Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Çev. Efe Dörenisa), **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2. Türk Alman Tıp Hukuk Sempozyumu, Cilt.3, Sayı.2, (2006), s.3; Ş. Berfin Işık Yılmaz, “ Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.98, (2012), s. 393-394; Sert, **Hasta Hakları**, s.135, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.126, Subaşı, s.33; Şengül, s.48; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 404; Çavdar, s. 737-738; Özgül, s.181; Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s.76; Merve Buse Kalaycı Ölçüm, **Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 52.

¹⁶⁹ Gürkan Sert ve Diğerleri, “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesinin 22 No’lu Yorumu 2016”, **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Cilt.6, Sayı.2, (2019), s.69; Demir, Üreme Hakkı, s.271; Badur, s.179.

¹⁷⁰ Sert ve Diğerleri, s.69.

¹⁷¹ Funda Işık Özcan, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, (**Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s.105; Subaşı, s.40.

sonuçları ve müdahaleden imtina halinde doğabilecek olumsuz sonuçları kapsar¹⁷². Örneğin, doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftler bir ÜYTE merkezine başvurması halinde yapılacak olan tüm işlemler; çiftlerin üremeye engel hallerinin tespiti, üreme bozukluğunun nasıl giderileceğine ilişkin yöntemler, ilaç ve hormon tedavisine ilişkin bilgilendirmeler, alternatif yöntemler, bunların kullanımı sonucunda oluşabilecek yan etkiler ve riskler, aydınlatmanın kapsamını oluşturur.

Bu kapsamda, Yönetmelik EK-8 maddesinde de benzer bir düzenleme yapılmış ve üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kapsamında uygun tedavinin ne olduğu (döllenmenin in-vivo mu, in-vitro mu yoksa aşılama şeklinde mi gerçekleştirileceği), tedavi aşamaları ve detayları, tedavinin başarı oranı ve yan etkileri, her tıbbi müdahalede olduğu gibi komplikasyonları, ücreti ve alternatif tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirme yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca eşlerden birinin genetik bir hastalığının olup olmadığı ve eğer varsa genetik hastalığın gebeliğe etkileri, çoğul gebeliğin riskleri ve kan uyuşmazlığı gibi bir problemin olması durumunda bu problemin giderilmesi yöntemleri hakkında da bir aydınlatma yapılmalıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirecek kişi ise ÜYTE'yi uygulayan hekimin kendisidir¹⁷³. Aydınlatma yükümlülüğü ifa yardımcısı çerçevesinde bir başka

¹⁷² Gökcan, s.217; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.56; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.128; Sert, Duran ve Görkey, s.139; Özgül, s.188 vd; Aykın ve Çınarlı, s. 304-305; Ersöz, s. 110; Şengül, s. 51; Kalaycı Ölçüm, s. 53-54; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 114-115; Sert, **Hasta Hakları**, s. 154 vd.; Gürkan Sert, "Türkiye'de Hastaya Gerçeğin Söylenmesi: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından", **Kocaeli Medical Journal**, Vol. 9, No.1, (2020), s. 112; İlhan Gülel, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 125. "*Mahkemeye alınan tüm raporlarda belirtildiği gibi, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen bebeğin down sendromlu olma ihtimali bulunmakta olup, bebeğin down sendromlu olup olmadığının tespiti için kesin tanı yöntemlerine başvurulması gerekmekte, ancak bu yöntemler de düşük gibi riskleri beraberinde getirmektedir. Bu durumda hekim, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen bebeğin down sendromlu olabileceğini, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemleri, bu yöntemlerin risklerini, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri gereğince ve usulünce anneye/babaya açıklamalı, onları aydınlatmalıdır*" Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2018/1849, K. 2019/7606, T. 28.11.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2017/2329, K. 2019/2441, T. 22.05.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2017/8664, K. 2019/6410, T. 22.05.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2016/7094, K. 2019/3740, T. 21.03.2019 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.08.2020)

¹⁷³ Sert, **Hasta Hakları**, s.172; Şengül, s. 48; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.151; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.111; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.54; Aykın ve Çınarlı, s.292; Gökcan, s.217; Gülel, s. 125; Subaşı, s.57; Çilingiroğlu, s.72; Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk Ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara: Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 12-13 Mart 1982, s.49. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün hekime ait olduğu yönünde bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2019/3257, K. 2020/1565, T. 15.06.2020; Yargıtay 15. HD. E. 2018/182, K. 2019/930, T. 04.03.2019; Yargıtay 15. HD. E. 2018/3534, K. 2018/4434, T. 13.11.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2015/30631, K. 2016/7474, T. 10.03.2016. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.08.2020)

hekime aktarılabilir ancak, bu aydınlatmanın yapılmamasından veya eksik yapılmasından doğan sorumluluk ÜYTE uygulayıcısı olan hekime aittir¹⁷⁴. Bu kapsamda yardımcı sağlık personellerinin hastayı aydınlatması mümkün değildir. Ancak, bu personellerin kendi işlemleri çerçevesinde hastayı aydınlatmaları gerekebilir¹⁷⁵. Örneğin, ÜYTE uygulanan hastanın hemşire tarafından kanının alınması ihtimalinde aydınlatma bu tıbbi müdahale kapsamında hemşirenin yükümlülüğünde olacaktır. Ancak uygulamada genellikle kan alma gibi hemşirenin sorumluluğunda olan işlemler için hemşire tarafından bir aydınlatma yapılmamakta olup; bu işlemler hakkında hekim tarafından bilgi verilmektedir.

Aydınlatma yükümlüsünün kim olduğu açısından ÜYTE uygulamasında sorun doğuran bir nokta, ÜYTE merkezinin tedavi sonucu gerçekleşecek doğumdan da sorumlu olması hâlidir (EK-8). Buna göre, ÜYTE uygulanan hasta doğumunu bir başka hastanede veya bir başka hekim nezaretinde gerçekleştirmesi ihtimalinde ÜYTE uygulayan merkez ve hekimin sorumluluğunun devam ettiği kabul edilebilir mi? Kanaatimizce, doğumla ilgili olarak ÜYTE uygulayan hekim hastasını başlangıçta doğru bir şekilde aydınlatmalıdır. Zira ÜYTE uygulaması sadece döllenmenin gerçekleşmesini değil, doğal olarak doğum hâlini de kapsar. Bu sebeple ÜYTE uygulayan hekim, doğumu yaptırmayacak olsa da, hastanın hekimini seçme özgürlüğünü baştan göz önüne alarak, hastasını bu konuda aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak bu durum hastanın sonradan başka hekime başvurması durumunda, bu hekimin de aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. ÜYTE uygulayan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi, bir ihtimalde hastanın başka bir hekime başvurmasını da engelleyebilir ve böylece tedavinin tamamında ÜYTE uygulayan hekim aktif olabilir. Sonuç olarak kanaatimizce ÜYTE uygulayan hekim tedavinin bütünlüğü sebebiyle doğum konusunda da hastasını aydınlatmalıdır. Zira doğum olayı ÜYTE'nin doğal bir uzantısıdır.

¹⁷⁴ Subaşı, s.57; Çilingiroğlu, s.72; Işık Özcan, s.108; Kalaycı Ölçüm, s.75-76; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.151; Gökcan, s.226; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.54; Yavuz İpekyüz, **Hekimlik**, s.85; Özgül, s.207.

¹⁷⁵ Kalaycı Ölçüm, s.77; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.151; Subaşı, s.57.

Aydınlatma yükümlüsünün bu yükümlülüğü ifa etmesinde diğer önemli unsur aydınlatılacak kişinin kim olduğudur. Bu kapsamda aydınlatılacak kişi hastanın kendisidir¹⁷⁶. Yani, hasta yerine eşinin, anne veya babasının ya da bir yakınının aydınlatılması kural olarak yasaktır. Bazı istisnai ve acil hallerde bu kuralın dışına çıkılabilir¹⁷⁷. ÜYTE kapsamında ise aydınlatılacak kişi Yönetmelik EK-8 maddesinde ÜYTE uygulanacak çiftler şeklinde belirtilmiştir. Yani eşlerden birine aydınlatmanın yapıp diğer eşe yapılmaması halinde hukuka uygun bir aydınlatma yapılmamış olacaktır.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın ayırt etme gücünün olmaması yani hastanın tam ehliyetsiz olması durumunda yasal temsilciye aydınlatma yapılır¹⁷⁸. Ancak hastanın ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kısıtlı olması durumunda (yani hastanın sınırlı ehliyetsiz olması durumunda), hem yasal temsilcinin hem de kısıtlı hastanın aydınlatılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹⁷⁹. Çünkü kişilik hakkı vazgeçilemez ve devredilemez bir haktır (TMK m. 23). Bu sebeple kısıtlı da kişilik haklarını kullanmada söz sahibi olmalıdır. ÜYTE açısından ise eşlerden birinin ayırt etme gücüne sahip olmaması veya kısıtlı olması durumunda da yasal temsilcinin aydınlatılması gerekmektedir. Ancak bu kişinin yasal temsilcisinin eşi olması durumunda nasıl bir yol izleneceği de değerlendirilmelidir. Kanaatimizce burada yasal temsilci eş ile ehliyetsiz eş arasında bir menfaat çatışması olacağından, yasal temsilci eşin, diğer eş adına aydınlatılması ve bu müdahaleye rıza göstermesi mümkün olmamalı; kısıtlı veya ayırt etme gücüne sahip olmayan eşe bir kayyım atanması

¹⁷⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.150; Şengül, s.160, Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s.84; Aykın ve Çınarlı, s.297; Ersöz, s.111-112; Bayraktar, s.129; Kalaycı Ölçüm, s.75; Subaşı, s.55; Gökcan, s.227; Sert, **Hasta Hakları**, s.170.

¹⁷⁷ Bu kapsamda istisnai hal olarak, hastanın acil olarak sağlık kuruluşuna başvurması ve aydınlatılamayacak halde olması durumudur. Bu halde hastanın kendisi değil ailesi veya bir yakını aydınlatılır. Bu durum mevzuatta da yer almaktadır. Örneğin HHY m.24/7 uyarınca “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*”. Buradan çıkan sonuç da acil hallerde aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığıdır. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.163

¹⁷⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.150-151; Sert, **Hasta Hakları**, s.170; Kahraman, s.486; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.115, Şengül, s.62; Kalaycı Ölçüm, s.75; Çilingiroğlu, s.70; Subaşı, s.55; Işık Yılmaz, s.402-403; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s.63-64.

¹⁷⁹ Subaşı, s.55; Gökcan, s.228; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.54-55; Kalaycı Ölçüm s.75. Aksi yönde bkz. Sert, **Hasta Hakları**, s.171.

sağlanmalıdır. Zira TMK m. 426 uyarınca, vesayet makamı bir işte yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması halinde ilgilisinin isteği üzerine veya resen bir temsil kayyımı atar. Bu kapsamda akla gelen soru ÜYTE sorumlusu hekimin eşler arasında menfaat çatışması bulunması halinde kayyım atanmasını sağlamak amacıyla vesayet makamlarına bildirim zorunluluğunun olup olmadığıdır. Kanaatimizce, hekim hukuka uygun aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğü altında olduğuna göre bu aydınlatmanın mevzuta uygun gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü de hekime aittir. Zira hukuk doktrinde kabul edildiği üzere yasal temsilcinin küçük veya kısıtlı ile menfaati çatışan bir hukuki işlemi kayyım atanmaksızın yapması durumunda yapılan işlem batıl olur¹⁸⁰. Dolayısıyla, tıbbi müdahalede aydınlatma kapsamında eşler arasında menfaat çatışması olması halinde hekimin vesayet makamına başvurulmasını istemesi gerekmektedir. Aksi halde, hekimin aydınlatma yükümünü gereği gibi getirmemesi sebebiyle hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğünün şekli konusunda mevzuatta genel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu husus bünyesinde büyük sorunlar barındırmaktadır. Zira aydınlatmaya ilişkin genel bir şekil düzenlemesinin mevcut olmaması, aydınlatmanın ispatının nasıl gerçekleştirileceği, bir diğer deyişle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin nasıl ortaya konulacağı konusunda doktrinde ve uygulamada tartışmalara yol açmaktadır. Bu sebeple uygulamada aydınlatılmış onam formları ile hasta tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilip, hastanın rızası alınmaktadır. Bunun temelinde de Türk hukuk uygulamasında aydınlatma yükümlülüğünün ispatının hekime bırakılması mevcuttur¹⁸¹. Ancak doktrinde aydınlatmanın sözlü yapılmasının amaca daha uygun olduğu ve aydınlatmanın önce sözlü yapılması daha sonra ispat açısından yazılı şekle

¹⁸⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 448.

¹⁸¹ “Mahkemece, davacıların yapılan enjektör öncesi, enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ve davacıların bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına ilişkin aydınlatılmış onam düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılarak, aydınlatılmış onamın alındığına dair ispat külfetinin davalı üzerinde olduğu da gözetilerek, hasıl olacak sonucu göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/23372, K. 2019/12469, T. 12.12.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/7094, K. 2019/3740, T. 21.03.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2016/25663, K. 2018/7615, T. 04.07.2018; Yargıtay 11. HD. E. 2019/1667, K. 2019/8208, T. 16.12.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2014/46695, K. 2016/6790, T. 07.03.2016; Yargıtay 11. HD. E. 2015/15331, K. 2017/3251, T. 15.03.2017; Yargıtay 13. HD. E. 2013/30822, K. 2014/10772, T. 09.04.2014. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 14.08.2020)

dönüştürülmesinin faydalı olacağı görüşü ön plana çıkmaktadır¹⁸². Çünkü hasta sözlü olarak aydınlatılmadan, yazılı ve matbu aydınlatma formları ile rızasının alınması hastanın yazılanları tam olarak anlayamaması kaygısını barındırır¹⁸³. Ayrıca aydınlatma, her hastanın anlama düzeyine, kültür seviyesine, bilgi birikimine göre öznel olmalıdır¹⁸⁴. Dolayısıyla yalnızca yazılı aydınlatma şeklinde yapılan bilgilendirmeler soyut kalacak ve amaca ulaşmayarak, hekimin sorumluluğunu doğurabilecektir¹⁸⁵.

Bu genel açıklamalarımıza ek olarak, üremeye yardımcı tedaviler kapsamında Yönetmelik'te aydınlatmanın şekline ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Yönetmelik EK-8 uyarınca aydınlatmanın yazılı şekilde olacağı vurgulanmıştır. Özellikle hükümde yazılı aydınlatmanın matbu olarak değil hükümde çizilen çerçeve dahilinde kişiye özel olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁶. Zira, Yönetmelikte, aydınlatma formunun; ÜYTE merkezinin önermiş olduğu tedavilerinin neler olduğu, neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin bu tedaviye uygun olduğu, tedavinin aşamaları, kullanılacak yöntemin detayları ile başarı oranı ve taşıdığı riskler, ücreti ve tedavinin alternatifleri içermesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla aydınlatma formunun içeriğinin hazır olması mümkün olmamakta, her hastanın durumuna ilişkin özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi ÜYTE uygulamaları kapsamında Yönetmelikte aydınlatılmış onam formlarının genel çerçevesinin çizilmiş olması ancak formun içeriğinin doldurulması konusunda merkeze bir serbesti tanınması olumlu bir gelişmedir¹⁸⁷. Çünkü bu düzenleme sayesinde merkez,

¹⁸² Subaşı, s.58; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 155; Kalaycı Ölçüm, s.77; Erman, s.105; Sert, **Hasta Hakları**, s.173; Özsunay, Aydınlatma, s.53-54; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 55; Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s. 86; Özgül, s. 216; Sert, Duran ve Görkey, s.140; Ayan, s.85.

¹⁸³ Sert, **Hasta Hakları**, s.173-174; Özsunay, Aydınlatma, s.32.

¹⁸⁴ “Yapılacak aydınlatma, hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir bir biçimde verilmelidir.” Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2015/15350, K. 2017/1911, T. 16.02.2017. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2015/30631, K. 2016/7474, T. 10.03.2016; Yargıtay 13. HD. E. 2013/25663, K. 2014/7799, T. 19.03.2014; Yargıtay 13. HD. E. 2013/31720, K. 2014/6920, T. 11.03.2014; Yargıtay 3. HD. E. 2013/16671, K. 2014/815, T. 23.01.2014. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 14.08.2020)

¹⁸⁵ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.52, Sayı.3, (2003), s.73 vd.; Sert, **Hasta Hakları**, s.174; Kalaycı Ölçüm, s.77.

¹⁸⁶ Sert, Duran ve Görkey, s. 143.

¹⁸⁷ Sert, Duran ve Görkey, s. 143. Ancak hüküm doktrinde eleştiriye de uğramaktadır. Zira Yönetmelik EK-8’de hastaların onam formunda, çoğul gebelik ve bu gebeliğin komplikasyonları ve başarısızlık durumu gibi konularda sözlü ve yazılı olarak bilgilendirildiğine dair beyanda bulunacakları ifade edilmektedir. Ancak bahsi geçen yazarlar, böyle bir düzenlemenin ÜYTE merkezini sorumluluktan kurtarmayı amaçladığını, ancak bu amacın TBK m. 115 hükmüne uygun olmadığını, zira bu hüküm kapsamında hekimlerin hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına dair anlaşmaların geçersiz olduğunu ileri sürmüşlerdir (Sert, Duran ve Görkey, s. 141). Ancak sorumsuzluk anlaşmaları

Yönetmelikte onam formlarında değinilmesi gereken konulara, hastanın bilgi, eğitim ve kültür düzeyine göre farklı içerikler kazandırabilecektir.

Uygulamada kullanılış sıklığına binaen matbu aydınlatma formları aslında TBK m. 20 vd. kapsamında da değerlendirilebilir. Bilindiği gibi TBK m. 20 vd. genel işlem şartlarını¹⁸⁸ düzenlemektedir. Kanundaki tanımı ile genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen ilerde çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Dikkat edilirse genel işlem şartı kavramı sözleşmenin kendisini değil, TBK m. 20'deki tanımlamaya uyan sözleşme hükümlerini kapsamaktadır. Aydınlatma formları da neticede ÜYTE'ye başvuran hastaların rızalarını almak amacıyla yapıldığından, teşhis ve tedavi sözleşmesinin bir parçası niteliğindedir. İşte bu tür formlarda yer alan ve hastanın her türlü tedavi sürecini anladığını, bu kapsamda ÜYTE merkezine ya da hekime karşı herhangi bir sorumluluk yüklemeyeceğini belirten metinler, kanaatimizce genel işlem şartları kapsamında sayılabilir¹⁸⁹. Zira bu formlar matbu olarak hazırlanmakta ve farklı hastalara imzalatılması için düzenlenmekte; hastaların da bu formların içeriğine herhangi bir müdahalesi olmamaktadır. Zaten doktrinde de belirtildiği gibi genel işlem şartı içeren sözleşmenin türü de önemli değildir. Kira, vekâlet, satış, taksitle satış, eser gibi farklı sözleşmelerde genel işlem koşullarına yer

bu başlığın konusu olmadığından bu tartışmaya aşağıda daha detaylı şekilde yer vereceğiz. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, 4.1, 4.2.

¹⁸⁸ TBK m. 20'de kavram, "genel işlem koşulları" şeklinde ifade edilmektedir. Ancak biz uygulamada daha yaygın olarak kullanıldığı için "genel işlem şartları" kavramını kullanmayı uygun görüyoruz. Aynı yönde ve kanundaki terimin uygun olmadığı hakkında bkz. Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 28 vd.

¹⁸⁹ Genel işlem şartları bahsi tamamen ayrı bir monografinin konusu olabilecek genişlikte olduğundan, sadece aydınlatma formları ile genel işlem şartları arasındaki ilişkiden bahsetmekle yetiniyoruz. Ancak bu noktada ifade edilmelidir ki sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı olarak kabul edilmesi için şu şartları varlığı gerekmektedir: Bu şartların önceden tek yanlı olarak belirlenmesi, hükümlerin genel ve soyut nitelikte olması, bu hükümlerin çok sayıda sözleşme için kullanılacak olması ve önceden tespit edilen bu hükümler hakkında sözleşmenin tarafları arasında bir görüşme yapılmamış olması. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S. 2, (2011), s. 13 vd.; Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, 8 Nisan 2012, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2012, s. 14 vd.; İsmail Atamulu, "Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yüğü", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1, (2018), s. 104 vd.; Umut Yenioçak, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", **TBBD**, S. 107, (2013), s. 78-79; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, 17. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 167 vd. Bu dört unsur doktrinde genel işlem koşullarının varlığı konusunda ön kontrolün unsurları olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 489 vd.

verilebilir¹⁹⁰. Zaten TBK m. 20/3 hükmünde de kanun veya yetkili makamların verdiği yetkiyle hizmet sunan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de bu madde hükmünün uygulanacağı ifade edilerek aslında teşhis ve tedavi sözleşmelerinin içeriğine giren aydınlatma formlarının da bu kapsamda sayılmasına imkân tanınmıştır. İşte buradan hareketle, aydınlatma formlarının matbu olarak düzenlenmesi ve bunun da karşı tarafın (hastaların) menfaatine aykırı olması, örneğin eşlerin ÜYTE merkezinin sorumluluğuna gitmeyeceklerini ifade etmeleri gibi hükümler TBK m. 21 kapsamında yazılmamış sayılma yaptırımını ile de karşılaşabilir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ilişkili olduğu en temel haklardan biri olarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı olduğundan yukarıda bahsedilmişti. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için aydınlatmanın zamanı önemli bir husustur. Bu sebeple aydınlatmanın zamanının tıbbi müdahaleden önce olması gerektiği doktrinde sabittir¹⁹¹. Ancak aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce olması tek başına, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını serbestçe kullanabildiğini göstermemektedir. Bu kapsamda doktrinde aydınlatmanın hastanın kendisine uygulanabilecek tıbbi müdahaleler hakkında sağlıklı ve serbestçe düşünüp, karar verebileceği bir süre bırakılarak yapılmasının uygun olduğu savunulmaktadır¹⁹². Ancak yine de aydınlatmanın zamanı konusunda bir netlik söz konusu değildir. Buna ek olarak, doktrinde aydınlatmanın tıbbi müdahaleden en geç bir gün önce yapılması gerektiği de savunulmaktadır¹⁹³. Kanaatimizce aydınlatmanın zamanı açısından baştan bu şekilde bir belirleme yapmak uygun değildir. Zira her tıbbi müdahale bünyesinde farklı riskler ve sonuçlar barındırmaktadır. Ayrıca 24 saat, bir müdahale için hastanın karar vermesi açısından yeterli olmayabilir. Dolayısıyla bu konuda zaman açısından net bir nokta konulmaksızın, aydınlatmanın zamanı konusunda somut olayın koşullarına uygun olarak hekime bir takdir yetkisi bırakılmalıdır.

¹⁹⁰ Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları, s. 8; Oğuzman ve Öz, s. 166; Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001, s. 67.

¹⁹¹ Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.100, (2012), s.64; Şengül, s.59; Sarıtaş, s.65; Aslanova, s.17; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.152; Subaşı, s.60.

¹⁹² Sert, **Hasta Hakları**, s.177-178; Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s.83; Şengül, s.59; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.83; Çilingiroğlu, s.73; Subaşı, s.60; Erman, s.104; Aykın, Çınarlı, s.312; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.152

¹⁹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.152.

Yönetmelik EK-8 hükmünde de, muvafakat formunun ÜYTE'ye başlanmadan bir gün önce çiftlere verilerek okunması sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar bu durum, erkenden aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacını taşıyor görünse de, yukarıdaki görüşümüz kapsamında aydınlatmanın zamanı konusunda net bir belirleme söz konusu olmamalı hekime takdir yetkisi bırakılmalıdır.

1.2.4. Hastanın Rızasının Alınması

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale teşkil eden ve sınırları da ilgili mevzuat tarafından çizilmiş bir işlemler bütünüdür. Bu açıdan bakıldığında tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan en önemli unsurlardan birisi de bu müdahaleye maruz kalan kişinin rızasıdır¹⁹⁴. Rıza kavramının hukuka uygunluğu, tıp hukukunda, hastanın hukuka uygun bir şekilde aydınlatılmış olmasına bağlanmıştır. Bu sebeple hem uygulamada hem de doktrinde rıza kavramı, bilgilendirilmiş rıza veya aydınlatılmış onam şeklinde irdelenmektedir¹⁹⁵. Bu kapsamda aydınlatılmış onam, hastanın her türlü tıbbi müdahale öncesinde, tıbbi müdahalenin tüm aşamaları hakkında bilgi sahibi olması amacıyla aydınlatılmasından sonra; hastanın tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle kabulü şeklinde ifade edilebilir¹⁹⁶.

Tıbbi müdahaleye verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi için birtakım şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Buna göre öncelikle, tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın rıza göstermeye ehil olması gerekir. Rıza göstermeye ehil olmak,

¹⁹⁴ Christian P. Selinger, "The Right To Consent: Is it Absolute?", **British Journal Of Medical Practitioners**, Vol.2, Nu.2, (2009), s.50; Çetin Aşçıoğlu, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, 1993, s.38; Hakeri, s.167-168; Kalaycı Ölçüm, s.79; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.123-124; Aydın, s.61; Özgül, s.236; Sert, Hasta Hakları, s.137; Ayan, s.11; Yenerer Çakmut, **Rıza**, s.193; Yargıtay 13. HD. E. 2015/42946, K. 2018/6144, T. 23.05.2018; Yargıtay 15. HD. E. 2018/3043, K. 2018/2820, T. 03.07.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2015/13748, K. 2017/344, T. 19.01.2017; Yargıtay 13. HD. E. 2015/6125, K. 2016/10662, T. 18.04.2016; Yargıtay 13. HD. E. 2013/30822, K. 2014/10772, T. 09.04.2014 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.08.2020)

¹⁹⁵ Bu kapsamda doktrinde bazı yazarlar, "aydınlatılmış onam" kavramının kullanılmasını teorik anlamda doğru görmemektedirler. Bu görüşün gerekçesi olarak da "onam" kavramının, başkasının yaptığı bir işlemi daha sonradan tasdik etmek anlamını taşıdığı; ancak tıbbi müdahale kapsamında hastanın müdahalegerçekleşmeden önce buna rıza gösterdiği ve rıza kavramının hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi daha iyi açıkladığı fikri ortaya atılmıştır. Bkz. Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (2006), s. 240. Biz de hem TMK hem de TCK kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak "rıza" kavramı kullanıldığından, "onam" yerine "rıza" şeklinde nitelendirmeyi daha uygun bulmaktayız.

¹⁹⁶ Sert, **Hasta Hakları**, s. 138; Subaşı, s. 71; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 169-170.

hastanın yapılacak tıbbi müdahalenin içeriğini anlayacak ve kavrayacak yetiye sahip olması gerekliliğini ifade eder¹⁹⁷. Ancak “ehliyet” kavramının kullanılmasıyla akla, medeni hukuk ve ceza hukukundaki ehliyet kavramı gelebilir. Fakat tıbbi müdahaleye rıza bahsinde ifade edilen “ehliyet”, hukuki veya cezai ehliyetle eş değer değildir. Bir diğer deyişle, hastanın karar verme, anlama ve kavrama yeteneği ön plandadır¹⁹⁸. Örneğin bir kimse, TMK m. 407 uyarınca bir yıl ya da daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmesi durumunda kısıtlanır ve vesayet altına alınır. Bu kapsamda artık medeni hukuk anlamında kişi sınırlı ehliyetsizdir. Ancak tıp hukuku anlamında bakıldığı zaman bu kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek anlama ve kavrama yeteneğine sahipse, teknik anlamda “ehliyetli” kabul edilecektir. Bu kapsamda ehliyetsiz kişiler adına tıbbi müdahaleye kimin rıza göstereceği önem arz etmektedir. Buna göre ayırt etme gücünden yoksun kişilerin tıbbi müdahale için aydınlatılması ve rızasının alınması, yasal temsilcisi aracılığıyla gerçekleştirilir. Örneğin, ÜYTE’ye başvuran çiftlerden birinin ayırt etme gücü yoksa, bu durumda rızayı o eşin yasal temsilcisi verir. Ancak yasal temsilcinin diğer eş olması durumunda ne yapılacağı konusunda ise aydınlatma bahsindeki açıklamalarımız caridir¹⁹⁹. Benzer şekilde kısıtlı olan eşin ÜYTE kapsamında aydınlatılmış rızası yine yasal temsilcisi aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Ancak kişinin ayırt etme gücünün yerinde olması sebebiyle anlama ve kavrama yeteneğinin var olduğu göz önüne alındığında, yasal temsilcisinin rızasına ek olarak kendi rızası da kanaatimizce gerekecektir²⁰⁰. Burada önemle hatırlatılması gerekir ki, her tıbbi müdahalede olduğu gibi ÜYTE’de de rızası alınacak kişi, eşlerin kendileridir. Zaten Yönetmelik EK-8 maddesinde de bu husus açıkça ifade edilmiş ve onam formunun eşlere imzalatılacağı özellikle vurgulanmıştır.

Aydınlatılmış rıza, tıbbi müdahale başlamadan önce alınmalıdır. Sonrasında alınacak rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez. Ancak borçlar hukuku açısından bakıldığında bu durum hekimin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır. Zira

¹⁹⁷ Sert, **Hasta Hakları**, s.146; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.125; Kalaycı Ölçüm, s. 81; Subaşı, s.72; Erman, s. 80; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 174.

¹⁹⁸ Subaşı, s.72; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.174. Aksi yönde doktrinde hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterbilmesi için fiil ehliyetinin var olması gerektiği savunulmuştur. Bu görüş için bkz. Sert, **Hasta Hakları**, s.146-147; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.62.

¹⁹⁹ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, 1.2.3.

²⁰⁰ Subaşı, s.77; Aşçıoğlu, s.40; Kalaycı Ölçüm, s.81;Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.175; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 125.

hukuka aykırı işleme sonradan gösterilen rıza, haksız fiilden veya sözleşmeye aykırı fiilden zarar gören kimse tarafından bu hukuka aykırı fiilden doğan zararın kabul edilmesi anlamına gelir²⁰¹.

Rızanın şekli değerlendirilmek gerekirse, aydınlatma kapsamında yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Bir diğer deyişle rızanın verilmesinde kural olarak yine şekil serbestisi esastır. Ancak ispat kolaylığı açısından hekime rızanın alınması konusunda yazılı şekle uyulması tavsiye edilecektir. Zaten Yönetmelik EK-8’de de onamın bir form hâlinde düzenlenerek eşlere imzalatılması ve gerektiğinde parmak bastırılması gerektiği ifade edilmekte ve yazılı şekil kabul edilmektedir. Ayrıca rıza açık bir şekilde olabileceği gibi, örtülü şekilde de olabilir²⁰². Bu kapsamda acaba ÜYTE uygulanması için bir merkeze başvuran ve tedavisine başlanan eşler, yapılacak işlemlere örtülü olarak rıza göstermiş sayılabilirler mi? Kanaatimizce doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, aydınlatmanın konusu kapsamında kalan müdahale ve işlemler neler ise, hasta o işlemler dahilinde göstereceği rızanın esas alınması gerekir²⁰³. Bir diğer deyişle, aydınlatmanın içeriğinde olmayan ancak ÜYTE sürecinde uygulanan işlemler için tekrar aydınlatma yapıp rızanın alınması gerekmektedir²⁰⁴.

Hasta başlangıçta verdiği rızayı, tedavinin ilerleyen aşamalarında veya tedavi başlamadan evvel geri alabilir. Bunun sebebi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine kadar hasta, kendisini açısından yararlı gördüğü bir müdahaleyi, daha sonradan reddedebilir. Bu durum dolayısıyla tedaviyi ret

²⁰¹ Bu husus doktrinde TBK m. 52 hükmü kapsamında değerlendirilmektedir. Zira TBK m. 52 uyarınca zarar gören, zararın meydana gelmesinde ya da artmasında etkili olmuş ya da fiile rıza göstermişse hâkim tazminat yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırabilir ya da azaltabilir. Aynı yönde bkz. Abdürrahim Altun, “Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.1, 2018, s. 46; Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 77.

²⁰² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 129; Bayraktar, s. 140; Subaşı, s. 78. Bu kapsamda ÜYTE merkezi tarafından kullanılan bir aydınlatılmış rıza formu örneği için bkz. https://www.goptupbebek.com.tr/files/formlar/onam_formlari/yarimci_reme_teknikler_ve_kisirlik_tedavisi_aydinlatil_mi_onam_formu.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

²⁰³ Bu husus doktrinde rızanın belirgin bir konuya ilişkin olması gerektiği şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 12; Özgül, s. 268; Aykın ve Çınarlı, s. 330; Altun, s. 45.

²⁰⁴ Zaten yargı kararlarında da hastaya yapılacak müdahalenin hukuka uygunluğunda onamın alınması yeterli görülmemekte; bu onamın aydınlatılmış onam olması da aranmaktadır. Dolayısıyla buradan hareketle yargı uygulamasında da rızanın, aydınlatılan hususlara ilişkin olarak alındığı takdirde geçerli olduğu ve sadece aydınlatılmış hususlara verilen rızanın esas alınması gerektiği kabul edilmiş bulunmaktadır. Örneğin bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2013/16671, K. 2014/815, T. 23.01.2014. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.08.2020).

hakkı ile de ilgilidir²⁰⁵. ÜYTE açısından rızanın geri alınması da Yönetmelik düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin Yönetmelik m. 20/5 uyarınca adaylardan alınan fazla embriyoların saklanması eşlerin birlikte rızasına bağlıdır. Bu hususta bir tartışma mevcut değildir. Ancak hükmün devamında, eşlerin birlikte talebi ile saklanan embriyoların imha edileceği düzenlenmiştir. Burada akla gelen soru, eşlerden birinin rızasını geri çekmesi ihtimâlinde, embriyoların saklanıp saklanmayacağıdır. Kanaatimizce eşlerden birinin rızasını geri çekmesi durumunda da embriyo imha edilmelidir. Zira rızasını geri çeken eşin, kendi üreme hücresi üzerinde mutlak bir kişilik hakkı mevcuttur. Ayrıca doktrinde kabul edildiği üzere rızanın geri çekilmesine dek yapılan tüm müdahaleler hukuka uygun iken, bu geri çekmeden sonra müdahaleye devam edilmesi hukuka aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, geri çekmeye rağmen embriyoların saklanmasına devam edilmesi doğru olmayacaktır. Dolayısıyla Yönetmelik hükmündeki düzenleme kanaatimizce yetersiz olup, tartışma doğurabilecek niteliktedir. Bu sebeple hükmün değiştirilerek eşlerden birinin rızasını geri çekmesi durumunda da embriyoların imha edilmesi yönünde düzenleme yapılmalıdır.

2. ÖZEL HUKUK AÇISINDAN ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir önceki başlıkta, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarını tıp hukuku açısından değerlendirmiş ve tıbbi müdahale olarak nitelendirdiğimiz bu uygulamaların hukuka uygun sayılması için hangi şartları bünyesinde barındırması gerektiğinden bahsetmiştik. Fakat üremeye yardımcı tedavi merkezinin hukukî sorumluluğu denildiğinde, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının özel hukuk açısından incelenmesi de gerekmektedir. İşte bu başlık altında üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından kaynaklanan özel hukuk sorumluluğunun hangi şekillerde doğacağı ve üremeye yardımcı tedavi merkezinin yükümlülüklerinin neler olduğuna değinilecektir. Bu kapsamda öncelikle konu hasta ile üremeye yardımcı tedavi merkezi arasındaki sözleşme ilişkisi açısından

²⁰⁵ Zaten tedaviyi ret hakkı HHY m. 25'te de düzenlenmektedir. Buna göre kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta, kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek ya da durdurulmasını isteme hakkına sahiptir.

incelenecek, daha sonra haksız fiil ve vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğun esasları hakkında bilgi verilecektir.

2.1. Üremeye Yardımcı Tedavilerden Doğan Sözleşmesel Sorumluluk

2.1.1. Sözleşmenin Hukukî Niteliği

Üremeye yardımcı tedavilerin tıbbi müdahale kapsamına girdiği, yukarıda detaylı olarak anlatılmış idi. Bu kapsamda tıbbi müdahalelere hangi mevzuat hükümlerinin uygulanacağını belirlenebilmesi için öncelikle tıbbi müdahaleleri içeren sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesinin yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda doktrinde tıbbi müdahalelerin hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Öncelikle ifade edilmesi gerekir ki tıbbi müdahaleyi içeren sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak tanımı yapılmamıştır. Ancak şurası kesindir ki, merkezin taraf olduğu bu sözleşme bir iş görme sözleşmesidir²⁰⁶. Zira, iş görme sözleşmeleri insan emeği ile bir iş görme ediminin yerine getirilmesinin sağlanmasını konu edinen sözleşmelerdir²⁰⁷. Burada da hekim/merkez emeği ile karşı tarafın bir işini görmeyi, onu tedavi etmeyi üstlenmektedir. Dolayısıyla tedavi sözleşmelerinin iş görme amacını güttüğü tartışmasızdır.

Tıbbi müdahalelerin iş görme sözleşmeleri kapsamında olduğu doktrinde sabit olup, bunun hangi iş görme sözleşmelerinden olduğu ise tartışmalıdır. Birinci görüş, tıbbi müdahalelerin hizmet sözleşmesi kapsamından değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş kapsamında özel olarak bir ailenin hekimliğini üstlenme örnek gösterilerek bunun bir hizmet sözleşmesi kapsamına girdiği iddia olunmaktadır²⁰⁸. Bir diğer ifadeyle, bu görüş hekimin edimini bir hizmet olarak görmektedir. Ancak bu

²⁰⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 86.

²⁰⁷ Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 28; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019, s. 21; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, s.10; Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 45; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s.51; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 47; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt. I, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 25. Hatta öyle ki iş görme sözleşmeleri, doktrinde mevzuu emek olan mukaveleler şeklinde de adlandırılmıştır. Bkz. Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1971, s. 204 vd.

²⁰⁸ Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1968, s.12; Mustafa Süttaş, **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, 1. Baskı, İstanbul: Çivi Yazıları Yayınevi, 2000, s.52.

görüŖe katılmamız mümkün değildir. Hizmet sözleşmesi, TBK. m. 393’de Ŗu Ŗekilde tanımlanmıŖtır: “Hizmet sözleşmesi iŖçinin iŖverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iŖ görmeyi ve iŖverenin de ona zamana veya yapılan iŖe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Bu hüküm uyarınca tedavi sözleşmelerine hizmet sözleşmesi der isek hekim ile hasta arasındaki iliŖkiyi bir hiyerarŖi kapsamına sokmuŖ ve hekimi hastanın talimatlarına bağımlı kılmıŖ oluruz. Ancak, bu kabul hem hekimlik mesleğinin doğasına hem de bu konudaki mevzuata aykırıdır. Zira, hekimlik uzmanlık gerektiren bir meslek olması sebebiyle sözleşmenin karŖı tarafından talimat almaya uygun deęildir²⁰⁹. Kaldı ki bu durum, TDN m.6 uyarınca da doğru değildir. Çünkü bu hükme göre hekimler mesleklerini yerine getirirken hiçbir tesir ve nüfuza kapılmadan vicdani ve mesleki kanaatlerine göre hareket ederler.

Tedavi sözleşmelerinin iŖ görme edimi içermesi sebebiyle ikinci olarak, eser sözleşmesi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK m.470 uyarınca eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirdiği ve iŖ sahibinin bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Bu kapsamda eser kavramı, yüklenicinin iŖ sahibi adına yerine getirmeyi taahhüt ettiği maddi veya gayri maddi sonuçtur²¹⁰. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenici bir sonucu yerine getirme taahhüdü altındadır. Genel olarak hekimlik mesleği gereğince hekim, dikkat ve özen yükümlülüğü gereğince iŖini gereği gibi ifa etmek zorunda olup, ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu değildir. Ancak, bazı tıbbi müdahalelerde hekim sonuç taahhüdünde bulunması sebebiyle sonuçtan sorumlu olur. Bu tür müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, ÜYTE kapsamında pre-implantasyon ve prenatal genetik tanı testlerinin eser

²⁰⁹ Aydın, s.67-68; Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s.57; Bayraktar, s.35; Özdemir, TeŖhis ve Tedavi, s.88; Ŗengül, s.13; AŖcioęlu, s.19.

²¹⁰ Yavuz, Acar ve Özen, s. 544; Zevkliler ve Gökyayla, s. 487 vd.; Mustafa Alper GümüŖ, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 426; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İŖ Sahibinin Temerrüdü**, 1. Baskı, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003, s.10; Zekeriya Kuşat, “ Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt.LXVII, Sayı.1-2, (2009), s.149; Haluk Tandoğan, “İstisna Akdi Kavramı, UNSURLARI ve Benzeri Akitlerden Ayırtdilmesi”, **İmran Öktem’e Armağan** içinde (311-332), 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.312-313; Hasan Erman, **İstisna Sözleşmelerinde Beklenmeyen Haller**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 14; K. Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İŖ ve İŖ DeęiŖiklięi**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 5 vd. Ancak burada da farklı görüşler mevcuttur. Örneğin gayri maddi bir sonucun eser kabul edilmesinin bunun taahhüt edilmeye elveriŖli olması ve maddi varlık üzerinde süreklilik arz edecek nitelikte cisimlenmesi gerektiğini ifade eden bir görüş de mevcuttur. Bu görüş için bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İliŖkileri**, Cilt. II, 5. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 21-22.

sözleşmesi olduğuna dair görüşler mevcuttur²¹¹. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira günümüz teknolojisi ile artık DNA proteinleri en ince ayrıntısına kadar analiz edilebilmekte ve böylece bir sonuç taahhüt edilebilmektedir²¹². Dolayısıyla bu tür testlerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bize de uygun görünmektedir.

Türk-İsviçre Hukuku'nda baskın görüş ise tıbbi müdahaleyi içeren sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi olarak görmektedir²¹³. Yargıtay içtihatlarıyla da bu görüş desteklenmektedir²¹⁴. Vekâlet sözleşmesi, vekilin, müvekkilin irade ve menfaatine

²¹¹ Hakan Hakeri, “Tıbbi Genetik ve Hukuk”, <https://www.noroloji.org.tr/TNDDData/Uploads/files/TIBB%C4%B0%20GENET%C4%B0K%20VE%20HUKUK.do> (Erişim Tarihi: 29.06.2020); Aydın, s.73; Büyükey, Embriyon Nakli, s.141; Erol, s.147. ÜYTE dışında sıklıkla verilen bir örnek olarak estetik müdahaleler ve dişlerin tedavisine dair sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. “Davacı vekili; müvekkilinin estetik görüntüsünün daha iyi olmasını istediği için davalı hastanenin internet sitesinde ve gazetelerde verdiği ilanlara itibar ederek davalı hastaneye başvurduğunu, davalı hastanenin önerdiği doktora bir dizi operasyonlar yaptırdığını, müvekkilinin davalı hastaneye ilk olarak 9.850,00 TL ödediğini, doktorun hatası nedeniyle başarısız geçen operasyonlar yüzünden ikinci kez ameliyat olmak zorunda olduğunu ve ameliyat sabahı 3.675,00 TL daha ödemek zorunda kaldığını, davalı hastane ve davalı hekimin özensiz ve kusurlu hareketleri ile çok sayıda hukuka aykırılık vuku bulduğunu, müvekkilinin mesleğinde bulunduğu konuma gelebilmek için çok çaba sarf ettiğini ama bu operasyon sonrasında mesleğinde ilerlemesinin durduğunu, manevi anlamda büyük bir çöküntü yaşadığını belirterek müvekkili lehine şimdilik 1.000,00 TL tutarında maddi tazminata ve 100.000,00 TL manevi tazminata, yargılama giderleri ve ücret-i vekâletin karşı tarafa aidietine karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Dava eser sözleşmesi niteliğindeki estetik tıbbi müdahaleden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir. Davacı iş sahibi, davalılar yüklenicidir.” Yargıtay 15. HD. E. 2019/3167, K. 2020/1408, T. 09.06.2020. Aynı nitelendirme için bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2017/1486, K. 2019/326, T. 23.01.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2018/3561, K. 2018/3581, T. 03.10.2018; Yargıtay 15. HD. E. 2018/3669, K. 2018/3580, T. 03.10.2018. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.08.2020). Ancak aksi yönde, eser kavramı geniş yorumlansa bile özellikle cerrahi müdahale içeren estetik operasyonların eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı ve bu sözleşmelerde de kesin bir sonuç taahhüdünün olmadığından bahisle vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 92; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 21; S. Hülya İmamoğlu, “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 68, Sayı. 1, (2019), s. 255.

²¹² Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.73.

²¹³ Ali Cem Budak, “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2, (2006), s.350; Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.57, Sayı.3, (2008), s.238; Öz Seçer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı.1, (2013), s.118; Cahid Doğan, “Hukuksal Açından Hastanın Yükümlülükleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.XI, Sayı.2, (2016), s.49; Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s.76; Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.LVIII, Sayı. 10-11; 1984, s.600; Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 57; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.53; Sarial, s.41; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.93; Şengül, s.13; Yavuz İpekyüz, **Hekimlik**, s.71; Şimşek, s.3544; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.68; Kalaycı Ölçüm, s.109; Aşçıoğlu, s.16; Özgül, s.68; Aral ve Ayrancı, s. 435.

²¹⁴ “Uyuşmazlık doğumu gerçekleştiren davalı doktorun, küçüğüün kolunun sakat kalmasında hukuka aykır bir eyleminin, giderek kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule ögre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır...” bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2015/4087, K. 2016/7357, T. 09.03.2016. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2014/47854, K. 2016/2445, T. 02.02.2016; Yargıtay 13. HD. E. 2014/45281, K. 2015/37341, T. 21.12.2015; Yargıtay 13. HD. E. 2014/21567, K. 2015/13454, T. 24.04.2015; İstanbul BAM 18. HD. E. 2019/1133, K. 2019/1732, T. 09.10.2019; İstanbul BAM 19. HD. E. 2019/1724, K. 2019/1534, T. 01.07.2019. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.08.2020). Konusu bu olmamakla beraber hasta ile özel hastane/doktor arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olarak nitelendirildiği bir karar olarak bkz. Ankara BAM 4. HD. E. 2018/847, K. 2018/1049, T. 18.05.2018. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, 15.08.2020).

uygun olarak bir iş görme veya bir işlem yapma borcunu üstendiği sözleşmelerdir²¹⁵. Vekâlet sözleşmesinin unsurları şu şekildedir: Birinci unsur, vekil iş görme borcu altındadır. Vekil iş görme borcunu herhangi bir zamana bağlı olmadan ve bağımsız olarak gerçekleştirir²¹⁶. İkinci unsur, vekilin bu iş görme kapsamında sonuçtan sorumlu olmamasıdır. Bir diğer deyişle vekilin bu iş kapsamında gerekli dikkat ve özeni göstermesi yeterlidir²¹⁷. Üçüncü unsur ise, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının varlığıdır²¹⁸. Bu açılardan bakıldığında, tedavi sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Çünkü gerçekten hekim, sonuç taahhüdünde bulunmadan sadece mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstererek bağımsız şekilde harekete ederek hastayı tedavi etmekle yükümlüdür. ÜYTE açısından değerlendirmek gerekirse, durum farklı değildir. Zira, ÜYTE uygulamasında da hekim/ merkez, embriyoların alınması, nakli, saklanması gibi tıbbi müdahalelerde bulunarak sağlık bir bebek dünyaya getirmeyi hedeflemekte ancak döllenmenin gerçekleşmesini veya gerçekleşen döllenme sonucunda sağlıklı bebek dünyaya gelmesini taahhüt etmemektedir.

ÜYTE özelinde doktrindeki bir görüş bu sözleşmelerin sui generis olduğunu da ileri sürmektedir²¹⁹. Buna göre gelişen teknoloji eşlerin bebeğin taşınması gereken genetik özellikleri hakkındaki taleplerinin yerine getirilmesini sağlayacak bir düzeye erişmiştir. Dolayısıyla ÜYTE'nin vekâlet sözleşmesi ile açıklanması yeterli değildir. Ancak kanaatimizce ÜYTE uygulaması vekâlet sözleşmesi niteliğindedir²²⁰. Zira

²¹⁵ Eren, **Özel Hükümler**, s.715; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 791.

²¹⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.94; Aşçıoğlu, s.34; Belgesay, s.76.

²¹⁷ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.94; Aşçıoğlu, s.34; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.54; Sarıal, s.41; Eren, **Özel Hükümler**, s.729; Bilge, s. 287; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.69; Şengül, s.13-14; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, Cilt.II**, s. 363-364; Gümüş, **Ders Kitabı**, s. 430; Zevkliler ve Gökyayla, s. 637; K. Emre Gökyayla, **Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 19; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 388; Kemal Tahir Gürsoy, **Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi**, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1959, s. 120 vd. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2017/7368, K. 2020/3036, T. 09.03.2020. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.09.2020).

²¹⁸ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.93; Eren, **Özel Hükümler**, s.721.

²¹⁹ Atabek, s.144.

²²⁰ Ayrıca şunu da ifade etmeliyiz ki üremeye yardımcı tedavilere ilişkin sözleşmede çocuğun genetik yapısına dair taleplerin karşılanabiliyor olması, bu sözleşmeyi sui generis hâle getirmez. Zira sui generis sözleşmeler, içerdiği unsurlar açısından tamamen özgün olan ve bünyesinde kanunda düzenlenen sözleşmelerde yer alan karakteristik edimlerin hiçbirisine yer vermeyen sözleşmelerdir. Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s. 12; Aral ve Ayrancı, s. 56; Bilge, s. 11-12; Gümüş, **Ders Kitabı**, s. 9; Yavuz, Acar ve Özen, s. 16; Eren, **Özel Hükümler**, s. 963 vd; Remzi ve Aydın, s. 35; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt. I/1**, 6. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 13; Fikret Eren, "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**

teknoloji ne kadar gelişmiş olursa olsun, hekim, hamilelik sonucunda sağlıklı bir bebek dünyaya getirilmesini üstlenmemektedir. Hekimin ÜYTE kapsamındaki yükümlülüğü dölleme işlemini özenle yerine getirmek ve tıp biliminin tekniklerine uygun davranmaktır. Dolayısıyla bu görüşe katılmamaktayız.

Teşhis ve tedavi sözleşmelerinin hukuki niteliğinden bahsedildikten sonra ÜYTE bağlamında, ÜYTE hizmetinin hastaneler veya müstakil merkezler tarafından verilmesi durumu göz önüne alınmalıdır. Çünkü Yönetmelik m. 2 uyarınca ÜYTE uygulamaya yetkili sağlık kuruluşları; özel hastaneler ya da kamu hastaneleri bünyesinde veya müstakil olarak kurulan merkezlerdir. Dolayısıyla üreme konusunda uzman olsa dahi bir hekimin tek başına ÜYTE uygulaması mümkün değildir. İşte bu kapsamda ÜYTE'ye başvuran hastalar, söz konusu merkezlerle "hastaneye kabul sözleşmesi" akdetmektedirler. Bu sebeple hastaneye kabul sözleşmelerinin hukukî niteliğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmeleri, bünyesinde hastanın tedavisi, hastaya gerekirse ayrıca oda ve bakım hizmeti verilmesi, hastanın hastanede barındırılması, hastanın beslenmesi gibi edimleri içermektedir²²¹. Bu açıdan bakıldığında hastaneye kabul sözleşmeleri bünyesinde farklı sözleşmelere dair unsurlar barındırır. Örneğin hastane tarafından hastaya teşhis ve tedavi hizmeti verilmesi vekâlet; hastanın barındırılması kira, hastaya yiyecek ve içecek verilmesi satış sözleşmesinin karakteristik edimlerini

içinde (85-111), Derya Ateş ve Alper Bulur (Ed.), 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, s. 99; Erdem Erdenk, **İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 68.

²²¹ Hastaneye kabul sözleşmeleri, tam veya bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hasta yalnızca hastane işleticisi ile muhataptır. Hastane, hastanın tedavisinde görev alacak hekimi seçmek, hastaya bakım, yemek, temizlik gibi hizmetleri vermekle yükümlüdür. Bunun karşılığında da hasta tarafından hastaneye belirli bir ücret ödenmektedir. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı hastane sorumludur ve baskın görüş uyarınca hekim hastanenin ifa yardımcısı (TBK m.116) konumundadır. Ancak hekimin fiili aynı zamanda haksız fiil ise o zaman hasta hem hekime hem de hastaneye ayrı ayrı başvurabilir. Bu kapsamda hasta, ÜYTE uygulanması için hastaneyle beraber hekim ile de ayrı bir sözleşme yapmış olabilir. Bir diğer deyişle ÜYTE uygulamasında hekim ile hastane arasında bağımsız ancak müteselsil bir sorumluluk ilişkisi bulunabilir. İşte bu durumda da hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesi mevcuttur. Bir diğer deyişle hastanın zarar verici bir fiille karşılaşması durumunda karşısında hem ÜYTE merkezi hem de ÜYTE ünite sorumlusu bulunmaktadır. Hastaneye kabul sözleşmelerinin bir diğer türü ise bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastane sadece bakım hizmetlerinden sorumlu iken, hastanın teşhis ve tedavisi bir hekim tarafından gerçekleştirilir. Dolayısıyla ÜYTE açısından bu yolla sözleşme yapıldığında, eşlerin zarar görmesi durumunda bu zarardan hekim bizzat sorumludur. Hastanenin veya konumuz açısından merkezin tıbbi teşhis ve tedavi açısından herhangi bir sorumluluğu yoktur. Hastaneye kabul sözleşmelerinin türleri konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Şengül, s. 36 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 137 vd.; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 94 vd.; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 125 vd.

içermektedir. Bu açıdan bakıldığında doktrinde hastaneye kabul sözleşmelerinin karma sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²²². Karma sözleşmeler kapsamında da hastaneye kabul sözleşmeleri, kombine sözleşme niteliğindedir²²³. Kombine sözleşmeler, bir sözleşmenin birden fazla sözleşme tipinin karakteristik edimlerini barındırması hâlinde vardır ki²²⁴ hastaneye kabul sözleşmeleri de bunun tipik bir örneğidir. Bu kapsamda hatırlatılmalıdır ki, ÜYTE uygulanması için hastaneye kabul sözleşmesi yapılmış olsa dahi, teşhis ve tedavi edimi, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Dolayısıyla ÜYTE merkezlerinde tedavi gören hastaların zarar verici bir işlemle karşılaşması durumunda da hastanenin/merkezin sorumluluğu vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenecektir.

2.1.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sözleşmeden Doğan Borçları

2.1.2.1. Teşhis ve Tedavi Uygulama Borcu

Tıbbi müdahale sözleşmesinin niteliği konusunda doktrindeki genel kabul, bu sözleşmelerin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu kapsamda vekâlet sözleşmesi TBK kapsamında iş görme sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahale sözleşmesinde de iş görme olarak hekimin/sağlık kuruluşunun birtakım borçları mevcuttur. Bu kapsamda da iş görme olarak en temel borç teşhis ve tedavi uygulamasıdır.

²²² Şengül, s. 36; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, s. 99; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, Cilt. II*, s. 67.

²²³ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 138; Demir, *Tıbbi Sorumluluk*, s. 130; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, s. 142; Hatırnaz Erol, s. 67; Sarıal, s. 86; Gümüş, *Ders Kitabı*, s. 7; Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan* içinde (25-41), Hüseyin Hatemi (Ed.), 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2006, s. 25 vd.; Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt.26, Sayı.1, (2020), s. 415; Gökçe Şahin Candaş, *Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 14 vd. Ancak bu sözleşmelerin kombine sözleşme olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliğine varılmış değildir. Bu kapsamda farklı görüşler için bkz. Çağrı Ülker, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, 2017)*, s. 64 vd.

²²⁴ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 7; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İÜHFİM*, Cilt.LV, (1996), s. 274; Ömer Ergün, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 35; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I. Fasikül*, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984, s. 8; Eren, *Özel Hükümler*, s. 956; Aydoğdu ve Kahveci, *Sözleşmeler Hukuku*, s. 38; Gümüş, *Ders Kitabı*, s. 7; Yavuz, Acar ve Özen, s. 14. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. E. 2002/13-375, K. 2002/406, T. 15.05.2002. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16.08.2020)

Teşhis, hastanın sağlık kuruluşuna başvurma sebeplerinin tıbbi olarak tespit edilmesidir. Bir diğer deyişle teşhis, hastadaki tıbbi bozukluğun tıp biliminin kurallarına uygun bir biçimde ortaya konulmasıdır²²⁵. Tedavi ise, sağlık kuruluşuna başvuran hastaya konulan teşhise uygun bir yöntemin kullanılarak iyileştirilmesidir²²⁶. Burada belirtilmesi gerekir ki, hastaya en uygun tedavinin uygulanabilmesi için ön şart teşhisin doğru yapılmasıdır²²⁷.

Teşhisin doğru olması için hekim tarafından belirli kurallara uyulması ve belirli bir prosedürün uygulanması gerekir. Öncelikle hekim hastanın öyküsünü tam ve detaylı bir biçimde alarak muayeneyi gerçekleştirmelidir²²⁸. ÜYTE açısından bakıldığında da hastanın öyküsünün alınması önemlidir²²⁹. Bu kapsamda ÜYTE'ye başvuran eşlerin kalıtsal hastalıklarının olup olmadığı (özellikle diyabet, hipertansiyon vb.), düzenli kullanılan ilaçlar varsa bunların bilgileri, eşlerin kan uyuşmazlıklarının olup olmadığı, eşlerin alkol, tütün ürünleri ve madde bağımlılıklarının olup olmadığı, daha önce herhangi bir merkeze başvurup başvurmadıkları, eğer başvurdularsa yapılan tedavilerin neler olduğu sorulmalıdır. Hastanın öyküsünün alınmasından sonra teşhis için gerekli tetkik, tahlil ve röntgenlerin gerekli aydınlatmalardan sonra yapılması gerekmektedir²³⁰. Bu kapsamda önemle belirtilmelidir ki, üremeye yardımcı tedavi merkezi teşhis ve tedavi yükümlülüğü çerçevesinde hastayı iyileştirme borcu altında değildir. Merkezin bu kapsamda borcu hastaya en uygun tedaviyi²³¹ dikkatli ve özenle bir şekilde uygulayarak iyileştirilmesine çaba sarf etmektir. Zira bunun temelinde hekimin/merkezin sonuçtan sorumlu olmaması yatmaktadır. Uygulanacak tedavinin ne olduğu da TDN m.6 gereğince hekimin takdirindedir. Eğer hekim geleneksel yöntemler dışında bir tedavi uygulayacaksa bu yöntemin tecrübe edilmiş ve geleneksel yöntemle oranla daha fazla risk taşıyamaması gerekmektedir. İşte bu şartlar gerçekleşirse, hekim

²²⁵ Şengül, s.64; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.37; Bayraktar, s.230; Gökcan, s.177; Aşçıoğlu, s.49.

²²⁶ Gökcan, s.177; Belgesay, s.155; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.38; Bayraktar, s.232.

²²⁷ Şengül, s.65; Seçer, s.125; Sarıtaş, s.51; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.102.

²²⁸ Kalaycı Ölçüm, s.48; Gökcan, s.150; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s.75-76; Seçer, s.125.

²²⁹ Hastanın öyküsünün alınmasının teşhisin ayrılmaz bir parçası olduğu ve öykünün eksik alınması durumunda hukuki sorumluluğun yanında hasta hakkında yapılan tetkiklerin boşa çıkacağı, gereksiz masraf yapılarak hem hastanın hem de kamunun zarara uğratılacağı ve bunun da etik açıdan uygun olmadığı hakkında bkz. Güney Tunalı, s. 167; Gökcan, s. 148.

²³⁰ Şengül, s.65; Kalaycı Ölçüm, s.48.

²³¹ En uygun tedavi yöntemi, hastalığın tedavisi için en az risk taşıyan ve başarı ihtimali en yüksek olan yöntemdir. Bkz. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.66; Kalaycı Ölçüm, s.52; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Yenerer Çakmut, **Rıza**, s.235, Seçer, s.126.

hastayı bu tedavi konusunda aydınlatarak ve onun rızasını alarak bu yöntemi de uygulayabilir²³². Bu kapsamda dikkat edilmelidir ki hekimin özen yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir²³³. Aşağıda da detaylıca belirteceğimiz gibi özen yükümlülüğü belirlenirken, TBK m. 506/3 uyarınca, vekilin benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen vekilin göstermesi gereken davranışı sergilemesi gerektiği göz önüne alınır. Bu kapsamda da basiretli bir hekim yeni bir tedavi uygularken, bu tedavinin muhtemel sonuçları hakkında daha dikkatli olmalıdır. Dolayısıyla yeni bir üremeye yardımcı tedaviyi uygulayan hekimin de özen yükümlülüğünün genişlemesi doğaldır.

ÜYTE merkezinin teşhis ve tedavi borcunun tam olarak yerine getirilmesinde, tedavinin ardından eşlerin kontrol edilmesi de gerekir. Zira Yönetmelik m. 26/1 uyarınca merkezler, ÜYTE uygulaması sonucu gebe kalan kişinin doğumunun gerçekleştirilmesinde yapılan işlemlerin takibinden sorumludur. Ancak merkezlerin teşhis ve tedavi borcunun kapsamı bu maddeyle fazlaca genişletilmiş olmalıdır. Özellikle bu borç altında Yönetmelik m. 26/1-b hükmü değerlendirilmelidir. Zira bu hüküm gereğince ki, ÜYTE sonucu gebe kalan kimse merkezin bulunduğu yer dışında ikamet ediyorsa, merkez; hastanın bulunduğu yerdeki bir hastanede uzman hekimler tarafından takibi ve doğum yapılması ile doğum sonrası bakım ve yenidoğan hizmeti verilmesinden de sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm kanaatimizce merkezin sorumluluğunu olağanüstü şekilde artırmaktadır. Zira merkezin ve merkezde görev yapan hekimlerin bulundukları yer dışında bir hekim veya merkez tavsiye etmeleri güçtür. Ayrıca merkezin, başka bir yerde ikamet eden hastaya orada doğum yapması için bir hastane veya hekim tavsiye etmesi ve tavsiye edilen hekimin yanlış tedavisi sebebiyle hastanın zarara uğraması durumunda sorumluluğun paylaşılması da gündeme gelecektir. Bir diğer sorun ise merkezin yönlendirme yaptığı hastane/merkez ya da hekime, hastanın başvurmak istememesi durumunda merkezin sorumluluğunun ne olacağıdır. Görüldüğü gibi bu hüküm bünyesinde birçok sorun barındırmakta ve teşhis ve tedavi borcunun kapsamını olağanüstü olarak genişletmektedir. İşte bu sebeple hükmün değiştirilerek, merkezin kendi bünyesinde yapılan doğumlardan sorumlu

²³² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103.

²³³ Şengül, s.68.

tutulmasını; ancak eşlerin başka bir yerde doğum yapmak istemeleri durumunda artık merkezin sorumluluğunun tanınmamasını doğru görmekteyiz.

Teşhis ve tedavi borcunun kim tarafından gerçekleştirileceğinin de değerlendirilmesi önemlidir. Bilindiği üzere vekâlet sözleşmesinde vekil, borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür²³⁴. Dolayısıyla ÜYTE uygulamasını da hastayla muhatap olan merkezin bizzat gerçekleştirmesi gerekmektedir. Dikkat edilirse, konumuz açısından borçlu/vekil sıfatını haiz olan kişi, ÜYTE merkezidir. Dolayısıyla bahsettiğimiz teşhis ve tedavi borcunu da merkez yerine getirecektir. Ancak merkez, bu borcunu elbette bizzat yerine getiremez. Bu kapsamda merkez, bünyesinde çalıştırdığı hekim ve sağlık personellerinden faydalanacaktır. Zaten TBK m. 506/1-c.2’de de müvekkilin vekili yetkili kıldığı ya da durumun zorunlu kıldığı hâllerde vekilin işi başkasına yaptırmasının mümkün olduğu düzenlenmektedir. Bu kapsamda tıbbi müdahale açısından hekim, merkezin yardımcı kişisi olarak kabul edilmektedir (TBK m. 116)²³⁵. Dolayısıyla sözleşme ilişkisi kapsamında ÜYTE merkezi yardımcı kişilerinin fiillerinden TBK m. 116 uyarınca sorumlu olur. Ancak bunun için yardımcı kişi kullanılmasının sözleşmeye aykırı olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda zaten eşlerin ÜYTE merkezine başvurmakla, yardımcı kişi kullanılmasına rıza göstermiş

²³⁴ Bu durum doktrinde şahsen ifa, bizzat ifa, şahsi esa veya bizzat eda şeklinde de ifade edilmekte olup, kural olarak misli edimlerde şahsen ifa gerekli değildir. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay ve Diğerleri, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1993, s. 1021; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 327; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt: 1-2**, Cevat Edege (Çev.), Ankara: Olgaç Matbaası, 1983, s. 483 vd.; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. V/1,3**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 53; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019, s. 1040. Ancak vekâlet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasında daha yoğun bir güven ilişkisi bulunduğu ve müvekkil vekilin uzmanlığına, şahsiyetine, bilgi ve tecrübesine güvenerek kendisine vekâlet verdiği için kural şahsen ifanın gerçekleştirilmesidir. Bkz. Kurşat, s. 159; Aral ve Ayrancı, s. 450; Eren, **Özel Hükümler**, s. 735; Zevkliler ve Gökyayla, s. 660; Aydoğdu ve Kahveci, **Sözleşmeler Hukuku**, s. 801; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 455; Gümüş, **Ders Kitabı**, s.444; Yavuz, Acar ve Özen, s. 664; Bilge, s. 293. Aynı yönde bkz. “Dava, vekâlet sözleşmesinden doğan alacak istemidir. Borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi farklı hukuki durumlardır. Vekilin hesap verme, müvekkilin hesap sorma yükümlülük ve hakları süreklilik arz etmektedir. Vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece ve hatta vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra dahi hesap verme borcu devam eder. Hesap verme ve hesap sorma borcunun sürekli olması zamanaşımının işlemesini engeller... Şahsen ifa borcuna gelince; vekâlet sözleşmesinde müvekkil ile vekil arasındaki güven ilişkisi ön plandadır ve buna bağlı olarak vekâlet sözleşmesinin vekile yüklediği işin onun tarafından şahsen yapılması kuraldır....” Yargıtay HGK. E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 04.05.2011. Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2016/17152, K. 2020/1558, T. 04.03.2020; Yargıtay 1. HD. E. 2016/18000, K. 2020/233, T. 16.01.2020. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 17.08.2020).

²³⁵ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.78. Yardımcı kişi, borçlunun bilgi ve iradesi dahilinde, borçlunun üstlenmiş olduğu bir yükümlülüğü üstlenen veya ifayı borçluyla beraber gerçekleştiren kişi ya da kişilerdir. Ancak bu kiş, borçlunun yerini alan ve sorumluluklarını tamamen bıraktığı bir kişiden farklıdır. Bkz. Tekinay ve Diğerleri, s. 1193; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 391; von Tuhr, s. 483; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1204; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s.440; Antalya, **Cilt. V/1,3**, s. 365; Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 104.

olduğu, bir diğer deyişle yardımcı kişilerin kullanılmasının sözleşme kapsamında kaldığının kabulü gerekmektedir.

Bu kapsamda şu husus da hatırlatılmalıdır ki, ÜYTE merkezinde çalışan tüm personeller bizzat merkezin yardımcı kişisidir. Bir diğer deyişle merkezdeki hekimler dışında kalan hemşireler, hasta bakıcılar gibi personeller hekimin yardımcı kişisi değildir. Zira hekim zaten bizzat yardımcı kişi durumundadır. Dolayısıyla bu yardımcı sağlık personellerinin, örneğin laboratuvar teknisyeni veya hemşirelerin fiillerinden de hekim değil ÜYTE merkezi sorumlu tutulacaktır. Yardımcı kişilerin fiillerinden merkezin nasıl sorumlu olacağı konusunda da aşağıda daha detaylı açıklamalar yapacağımızdan oraya atıf yapmakla yetinmekteyiz²³⁶.

Ancak ÜYTE uygulamasını bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirdiğimizden, yardımcı kişi kullanılması, başka bazı kavramlarla karıştırılabilmektedir. Bir diğer deyişle merkezin, teşhis ve tedaviyi başka bir kimseye bıraktığı her durumda yardımcı kişinin varlığından söz edilemez. Bu kapsamda öncelikle ifade edilmelidir ki vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkil adına yaptığı bir sözleşme ile vekâletten doğan borçlarını tamamen başkasına bırakması ikame vekâleti olarak adlandırılmaktadır²³⁷. İkame vekâlette, vekil ile vekilin yerini alan ve borcu ifa eden kimse arasında bir vekâlet ilişkisi yoktur. Zira vekil borçlarını müvekkil adına başkasına devretmiştir. Bunun dışında vekil, vekâletten doğan borçlarını kendi adına yaptığı sözleşme ile de başkasına devretmiş olabilir. Buna da alt vekâlet denmektedir²³⁸. Bir başka deyişle alt vekâlette, alt vekil ile müvekkil arasında bir ilişki yoktur. Alt vekil, müvekkile karşı tamamen bağımsız üçüncü kişi durumunda olup; burada aslında iki tane vekâlet sözleşmesi vardır. İşte bu kavramlar yardımcı kişi kavramı ile karıştırılmamalıdır. Zira bu kişiler aslında yardımcı kişi değildir. Bu konuda şu örnek verilebilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi merkezin bulunduğu yer dışında ikamet eden bir hastanın bulunduğu

²³⁶ Yardımcı kişi kavramı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hakkında bkz. İkinci Bölüm, 2.1.3.2.

²³⁷ Yavuz, Acar ve Özen, s. 665; Gümüş, **Ders Kitabı**, s. 444-445; Ayan, s. 70; Recep Akcan, “Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.9, Sayı.3-4, (2001), s. 17; Fulya Erlüle, “Alt Vekâlet”, İsmail Esin (Ed.), **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan** içinde (259-269), İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1999, s. 261.

²³⁸ Alt vekâlet hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Şebnem Akipek, **Alt Vekâlet**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 53 vd.; Serhat Tay, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu”, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017), s. 92 vd; Şafak Parlak ve Levent Börü, “Alt Vekâlet”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.96, (2011), s. 17 vd.

yerde bir hastane veya merkeze yönlendirilmesi, ÜYTE uygulamasını gerçekleştiren merkeze ait bir sorumluluktur. İşte bu kapsamda ÜYTE merkezinin yönlendirdiği hastane ikame vekildir ve yardımcı kişi değildir. Zira burada merkez, eşler adına başka bir merkezle/hastaneyle ilişki kurmaktadır.

2.1.2.2. Sadakat ve Özen Borcu

Vekâlet ilişkisi, güvene dayanan bir ilişkidir²³⁹. Bir diğer deyişle vekâlet ilişkisinde vekil ile vekâlet veren arasındaki kişisel ilişki ve vekâlet verenin vekilin kişiliğine, onun uzmanlığına, vekilin bilgi ve kapasitesine duyduğu güven vekâletin asli unsurunu oluşturmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde kişisel ilişki ve taraflar arasındaki güven o kadar ön plandadır ki, Roma Hukuku'ndan bu yana vekâlet ilişkisinin ücretsiz olarak yapılması esas olup bu husus TBK m.502'de de ifade edilmiştir²⁴⁰.

Taraflar arasındaki bu güvenin doğurduğu en temel borç sadakat ve özen borcudur. Sadakat ve özen borcunu birlikte incelememizin sebebi TBK m. 506/2 kapsamında vekilin üstendiği işleri sadakat ve özenle yürütme borcunun tek başlık altında düzenlenmesidir. Öncelikle sadakat borcu, merkezin kendisine başvuran hastaların yararına olacak şekilde tedavide bulunması ve zararına olacak tüm durumlardan kaçınmasıdır²⁴¹. Bu borç hastanın ÜYTE merkezine başvurusundan

²³⁹ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2**, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 245; Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 196; Ahmet Tok ve Sabiha Gün Tok, "Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. 90, Sayı.5, (2016), s. 15-16; Aral, s. 417; Bilge, s. 292; Gümüş, **Ders Kitabı**, s. 427; Zevkliler ve Gökyayla, s. 635; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 436; Yavuz, Acar ve Özen, s. 669-670; Aydoğdu ve Kahveci, **Sözleşmeler Hukuku**, s. 799; Eren, **Özel Hükümler**, s.742. Aynı şekilde yargı uygulamasında da vekâlet sözleşmelerine karakterini veren asli unsurun güven ilişkisi olduğu vurgulanmaktadır. "Öte yandan vekâlet ilişkisi bir bütün olup, vekâletten azil taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil yapılmış olmakla vekâlet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir." Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2017/1621, K. 2020/4347, T. 08.06.2020. Aynı yönde bkz. Yargıtay 17. HD. E. 2019/5526, K. 2020/3270, T. 09.06.2020; Yargıtay 13. HD. E. 2018/3378, K. 2018/8177, T. 20.09.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2016/226, K. 2018/7283, T. 26.06.2018; Yargıtay 1. HD. E. 2016/16854, K. 2017/1361, T. 21.03.2017; Yargıtay 13. HD. E. 2015/37944, K. 2015/34696, T. 30.11.2015. Ceza hukuku anlamında da vekâlet ilişkisinin taraflar arasında yoğun bir ilişkiye dayandığı hakkında bkz. Yargıtay CGK. E. 2017/23-497, K. 2020/133, T. 25.02.2020. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 17.08.2020).

²⁴⁰ Sinem Taştekin, "Vekilin Vekâlet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.6, Sayı.2, (2019), s.86; Şahin Akıncı, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, 1. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2004, s.1; Akipek, s. 53.

²⁴¹ Kalaycı Ölçüm, s. 99; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 133; Şengül, s. 69; Yavuz İpekyüz, **Hekimlik**, s. 102; Aşçıoğlu, s. 46; Kıcalıoğlu, s. 70; Seçer, s. 66; Hatırmaz Erol, s. 78; Yılmaz, **Hukuki Sorumluluk**, s. 51; Demir, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 243; Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.1, (2016), s. 59; Murat Alkanat, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk", **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.5, (2002), s.178; Fatma Begüm Yeşiller, "Hekimlik

başlayarak tüm süreci kapsar ve hatta ÜYTE sona erdikten sonra dahi devam eder²⁴². Bu husus da sadakat borcunu özen borcundan ayıran unsurdur. Örneğin, ÜYTE merkezine başvuran eşlerin üreme ilgili sorunlarının tedavi bittikten ve hatta çocuk sahibi olmalarından sonra dahi üçüncü kişilerle paylaşılması sır saklama borcunun ve dolayısıyla sadakat borcunun ihlal edildiği anlamına gelecektir. Bu durumda merkezin sorumluluğu doğacaktır.

Sadakat borcu yukarıda bahsettiğimiz ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan endikasyon ile yakından ilgilidir. Mesela, tıbbi zorunluluk olmadan eşlere üreme bozukluğunu gidermede etkisi olmayan tetkikler yapılması, eşlerin gerekemeyen tahlillere tabi tutulması ve özellikle özel sağlık kuruluşları tarafından fazla tahsilat yapılması amacıyla eşlere yanlış bilgiler verilerek sürecin uzatılması aynı zamanda sadakat borcunu da ihlal eder²⁴³. Zira bu durumda vekil, vekâlet verenin kendisinden beklediği, menfaatlerini koruma ve kendisine özel ilgi gösterme yükümlülüklerine aykırı davranmış olmaktadır.

Sadakat borcu ile yakın ilişki içerisinde bulunan bir diğer borç ise özen borcudur. Aslında özen borcu, ÜYTE merkezinin hukukî sorumluluğunun doğmasında en temel etken olarak ön plana çıkmakta yargı kararlarında da hekimin/hastanenin özen borcuna sürekli olarak değinilmektedir²⁴⁴. Bu kapsamda bilindiği gibi ÜYTE merkezinin teşhis ve tedaviyi kapsayan tıbbi müdahalelerinde merkez, sonuçtan sorumlu değildir. Merkezin esas sorumluluğu, ÜYTE'ye başvuran eşlerin sağlıklı bir

Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), s. 47; İbrahim Başağaoğlu ve Adnan Ataç, “Hekimin Hastasına Sözleşmeden Doğan Borçları”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, Cilt.11, Sayı.4, (2004), s. 256. Sadakat borcunun TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralının bir yansıması olduğu hakkında bkz. Parlak ve Börü, s. 30.

²⁴² Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 85; Aşçıoğlu, s. 46; Şengül, s. 70; Kıcıoğlu, s. 70; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik*, s. 103.

²⁴³ Özdemir, *Hukuki Sorumluluk*, s. 60. Bu kapsamda doktrinde kendi menfaatini hastanın menfaatinden üstün tutan sağlık kuruluşunun ahlâka aykırı davranmış olacağı da belirtilmektedir. Bkz. M. Reşit Belgesay, “Tıbbi Deontoloji”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt.12, Sayı.12, (1946), s. 205.

²⁴⁴ “Dava, davacı ...’a davalının işlettiği hastanede uygulanan hatalı tıbbi uygulama sonucu sol ayağında düşük ayak durumu geliştiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminata ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir...” bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/23372, K. 2019/12469, T. 12.12.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/26696, K. 2019/12880, T. 19.12.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2016/28510, K. 2019/12593, T. 16.12.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2016/29742, K. 2019/12474, T. 12.12.2019; Yargıtay 1. HD. E. 2016/7832, K. 2019/5326, T. 17.10.2019; Yargıtay 13. HD. E. 2016/26796, K. 2019/10302, T. 22.10.2019. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 17.08.2020).

bebek sahibi olabilmelerine engel olan unsurların ortadan kaldırılması için gerekli tedavileri yapmaktır. Her ne kadar Yönetmelik'te merkezin doğumun gerçekleşmesinden de sorumlu olduğu ifade edilse de merkez, doğum sonucunda bebeğin sağlıklı bir biçimde dünyaya gelmesini değil; bu bebeğin dünyaya gelmesi amacıyla gerekli işlemleri yapmayı üstlenmektedir. İşte merkezin sonuçtan sorumlu olmaması, borçlarını tam olarak ifa etmemesi durumunda sorumluluğunun hangi esasa göre doğacağı sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu durumda da devreye giren anahtar kavram özen borcudur. Konumuz özelinde özen borcu, merkezin sağlıklı bir bebeğin dünyaya gelmesi için tıbbın kurallarına uygun bir tedaviyi tam olarak yerine getirmesi şeklinde ifade edilebilir.

Bu kapsamda merkezin özen borcunun nasıl değerlendirileceği, özen borcunun kapsamının tespitinde hangi ölçütün esas alınacağı hususu ise TBK m. 506/3'te düzenlenmektedir. Buna göre vekilin özen borcundan doğan sorumluluk belirlenirken, benzer işi üstlenen basiretli bir vekilin göstereceği davranışlar esas alınmaktadır. Buna doktrinde objektif ölçüt adı verilmektedir²⁴⁵. Bu kapsamda dikkat edilmelidir ki özen borcunun kapsamı değerlendirilirken, tedaviyi uygulayan hekimin kendi işlerinde gösterdiği özen yani sübjektif ölçüt göz önüne alınmaz²⁴⁶. Bir diğer deyişle buradaki sorumluluk daha ağırdır. Bu açıdan bakıldığında ÜYTE'yi uygulayan hekimin uzmanlık seviyesi yükseldikçe benzer işi yapan ve benzer özellikleri taşıyan hekimin göstermesi gereken özen artacağından, özen borcunun kapsamı genişleyecektir. Bu husus Yargıtay içtihatlarında da sıklıkla tartışılmaktadır. Bu noktada Yargıtay içtihatlarına bakıldığında zaman basiretli bir vekilin göstereceği özen, ilk aşamada aranmakta ve hekimin uzmanlığı ve belirli bir tıbbi müdahaledeki formasyonu yükseldikçe özen borcu da

²⁴⁵ Turgut Öz, **Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 97; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 731; Şebnem Akipek Öcal, "Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması", **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları** içinde (284-299), Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Ed.), 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s.288; Tok ve Gün Tok, s. 19; Taştekin, s. 93.

²⁴⁶ Şengül, s. 72; Yeşiller, s.48; Özdemir, **Tehiş ve Tedavi**, s. 136; Kalaycı Ölçüm, s. 101; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 86; Demir, Hekimin Sorumluluğu, s. 243; Pervin Somer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 24-25 Ekim 2008, s. 51; Veysel Başpınar, "Hekimin Hasta Hakları Açısından Özen Borcu", **IV. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi, 08-09 Haziran 2007, s. 196; Veysel Başpınar, "Hekimin Özen Borcu", **I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan: Erzincan Üniversitesi, 15-16 Mayıs 2006, s. 27; Atiye Uygur, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, 2009), s. 215;

ağırlaşmaktadır. Bir diğer ifadeyle Yargıtay içtihatlarına göre hekimin özen borcuna uygun davranıp davranmadığının değerlendirilmesinde tıbbi alanda ulaştığı nokta da değerlendirilmektedir²⁴⁷. Üremeye yardımcı tedaviler açısından da özel olarak belirli bir tedavide uzmanlaşmış kadın doğum uzmanının diğer kadın doğum uzmanlarına göre özen borcunun daha ağır olduğunun kabulü doğaldır.

Yargıtay'ın bu değerlendirmesi hekimlerin ve dolayısıyla merkezlerin sürekli olarak tıp biliminde yaşanan gelişmeleri takip etmesi, bu gelişmelere paralel bir şekilde tedaviyi uygulaması, yeni ortaya çıkan tedavilerin muhtemel sonuçları hakkında gerekli araştırmayı yaparak tam bilgi sahibi olmasını gerektirir. Bu da hekimliğin uzmanlık gerektiren bir iş olmasının doğal bir sonucudur. Bu açıklamalarımız ışığında merkezin sorumluluğuna bakıldığı zaman bu özen ölçütünün ÜYTE merkezleri açısından da kabul edilmesi zorunludur. Zira eşler ile sözleşme ilişkisine giren esas borçlu merkezin kendisidir. Bu açıdan bakıldığında merkez de faaliyetlerini gerçekleştirirken gerekli özeni gösterdiğini ispatlamakla yükümlüdür. Merkezin özen borcunun kapsamının belirlenmesinde de aynı işle uğraşan diğer merkezlerin göstermesi gereken özen dikkate alınmalıdır. Buna göre merkezin bünyesinde çalıştırdığı hekimlere tedavileri gerçekleştirmesi için gerekli ekipmanı sağlaması, bu ekipmanın çalışır durumda

²⁴⁷ “Dava, davalı tıp merkezi ve davalı doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davranması iddiası nedeniyle istenilen maddi-manevi tazminata ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) (TBK 502.506) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK 321/1 md) (TBK 400) O nedenle doktorun ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 (TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı ... kuruluşları için de geçerlidir.” Bkz.Yargıtay 13. HD. E. 2018/5555, K. 2019/12706, T. 17.12.2019. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/19192, K. 2018/10080, T. 25.10.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2014/15524, K. 2015/6588, T. 04.03.2015; Yargıtay 13. HD. E. 2014/12357, K. 2015/15386, T. 14.05.2015. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2013/4758, K. 2014/189, T. 27.01.2014. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 17.08.2020). Yargıtayın bu anlamda daha katı bir tutum sergilediği yönünde bkz. Yavuz İpekyüz, Hekimlik, s. 106.

olmasını sağlaması, hekimlere tedavi hakkında bilgilerin verilmesi ve gerektiğinde bu personelin eğitilmesi gibi hususlar merkezin özen borcunun kapsamında kalır²⁴⁸.

Merkezin özen borcunun kapsamı TBK m. 66 hükmünden de çıkarılabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ÜYTE merkezinde çalışan sağlık personeli, merkezin ifa yardımcısı niteliğinde olup, personellerin sözleşmeye aykırı işlemlerinden dolayı merkez kusursuz olarak sorumludur. Bu kapsamda sağlık personelinin fiilleri haksız fiil teşkil ettiği zaman merkez TBK m. 66 kapsamında adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur. İşte TBK m. 66/2'de de adam çalıştıranın çalışanı seçmede, ona işle ilgili talimat vermede ve personeli gözetim ve denetimde zararın engellenmesi amacıyla gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Dikkat edilirse hükümde açık bir şekilde adam çalıştıranın, konumuz açısından merkezin, belirli bir özen kriterini tutturma zorunluluğundan bahsedilmiştir. Bu açıdan bakıldığında merkezin, hekimleri görevlendirmede, bu hekimlere işleri nasıl yürüteceklerine dair tıbbın kurallarına uygun bir biçimde talimat vermede ve özellikle bu personeli denetlemek, tıp kurallarına uygun bir tedaviyi yürütüp yürütmediğini incelemek gibi hususlarda özenli davranması gerektiği açıktır.

Hekimin/merkezin özen borcu aslında TBK m. 115 hükmü ile de değerlendirilebilir. Zira uzmanlığı gerektiren bir meslek veya sanatla uğraşan kimselerin hafif kusurlarından sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Bu kapsamda her ne kadar TBK m. 115, borçlunun kusuru ile ilgili ise de, kanaatimizce bu husus özen borcu ile de yakından ilgilidir. Zira borçlu merkezin özen borcunun son derece geniş olmasındandır ki, merkezin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar yasaklanmıştır²⁴⁹.

²⁴⁸ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 86-87. Zaten bu hususlar Yönetmelik'te de düzenlenmiştir. Örneğin Yönetmelik m. 14 uyarınca merkezin, merkezde yer alacak tıbbi ve teknik donanımı, ekli listede belirtilen şekilde bulundurması gerektiği ifade edilmiş; merkeze, jeneratör bulundurma, OPU odalarında taze hava kullanan havalandırma sisteminin kurulması, zeminlerin anti statik ve anti bakteriyel malzemeyle kaplanması gibi yükümlülükler ihdas edilmiştir. Yine örneğin Yönetmelik m. 22 uyarınca merkezin üremeye yardımcı tedavi yöntemleri konusunda eğitimler yapmasından söz edilmiş ve böylece merkezde çalışan personelin tıp bilimindeki gelişmeleri takip edebilir seviyede olması, merkezin bir görevi olarak tanımlanmıştır.

²⁴⁹ Zaten doktrinde de mesleğinde uzman olan kişilerin özen borcu açısından daha dikkatli olmaları gerektiği yönünde bir ödev altında oldukları ifade edilmektedir. Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s. 653; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 441 vd.; Yavuz, Acar ve Özen, s. 663; Gümüş, *Ders Kitabı*, s. 455.

Bu kapsamda örneğin ÜYTE merkezinde eşlere fazla hormon verilmesi, kadına enjeksiyon yapılırken rahminde tahribata yol açılması gibi zarar verici eylemler özen borcuna aykırılık teşkil ettiği ölçüde sorumluluğa yol açar. Ancak bu noktada bir tartışmaya da değinmek gerekir. Doktrinde özen borcunun ifaya yardımcı bir yan yükümlülük olduğundan söz edilmektedir²⁵⁰. Kanaatimizce bu görüş haklıdır. Zira ÜYTE merkezinin özen borcunu ihlâl etmesi durumunda aslında bundan zarar görecektir hastanın talebi, özen borcuna aykırılık değil özen borcuna aykırılık sebebiyle ifanın sözleşmede belirtilen esaslara uygun ve tam olarak gerçekleşmemesidir. Bir diğer deyişle özen borcu tam olarak yerine getirilmese dahi sözleşmede istenen sonuca tam olarak ulaşılmışsa artık merkeze ve hekime bundan dolayı dava açılmamalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce de özen borcu ifaya yardımcı bir yan yükümlülük olup, özen borcuna aykırı davranma; ifayı engellediği veya tam/doğru ifaya zarar verdiği ölçüde sorumluluk doğuracaktır.

2.1.2.3. Kayıt Tutma Borcu

Kayıt tutma yükümlülüğü TBK’da açıkça düzenlenmemekle beraber vekâlet sözleşmesi gereğince vekilin hesap verme yükümlülüğünün bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵¹. TBK m. 508’de vekilin müvekkilin talebi ile sözleşme kapsamında ifa ettiği işin hesabını vermek ve vekâlet sebebiyle müvekkilden teslim aldığı şeyleri müvekkile iade etmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Burada belirtmek gerekir ki hesap verme borcu vekil ile vekâlet veren arasındaki güven ilişkisine de dayanmaktadır. Merkezin kayıt tutma yükümlülüğünün öncelikli amacı özen yükümlülüğüne riayet ederek hastanın menfaatine uygun şekilde hareket edilmesini sağlamaktır²⁵². Buna ek olarak hastanın menfaaları dışında, kayıt tutulması

²⁵⁰ Başpınar, Özen Borcu, s. 36.

²⁵¹ Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s. 146; Yavuz, Acar ve Özen, s. 672; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 96; Şengül, s. 76; Kalaycı Ölçüm, s. 96; Gökcan, s. 166 vd.; Yeşiller, s. 53; Pervin Somer, “Tıbbi Kayıtlar”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu, 07-08 Kasım 2010, s. 547; Zarife Şenocak, “Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu, 07-08 Kasım 2010, s. 630; Vesile Güven, **Sağlık Hukukunda Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Saklanması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 94 vd. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2013/29954, K. 2013/31321, T. 13.12.2013. (Kazancı Hukuk İctihâ Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.08.2020).

²⁵² Kayıt tutma yükümlülüğünün, özen borcu ile yakından ilişkili olduğu hakkında bkz. Somer, Tıbbi Kayıtlar, s. 529; Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s. 622; Yeşiller, s. 53.

hekimin olumsuz bir durumda kendisini savunma aracı olarak önemlidir²⁵³. Zira yargı kararlarında kayıtları özenli ve tam tutmayan hekim veya hastanenin özenli davrandığı konusunda tanık dinletemeyeceği vurgulanmıştır²⁵⁴. Bir diğer deyişle tıbbi kayıtların yokluğu sağlık kuruluşu veya hekim aleyhine karine oluşturacak ve ispat yükünün yerine getirilmesi imkansız hale gelecektir²⁵⁵.

Tıbbi kayıtlar kapsamında tutulması gerekli belgeler çok çeşitlidir. Bu kapsamda hastalık öyküsü, eşlere yapılan testler, HSG sonuçları, epikriz raporları, eğer yapılmışsa ameliyat ve üreme hücresinin enjekte edildiğine ilişkin raporlar, hekim değişikliği varsa bu hususun belirtildiği kayıtlar, tedavi sürecinde ortaya çıkan ve beklenmeyen durumlar ve özellikle ÜYTE'ye başvuran eşlerin ikisinin de rızasını içeren belgeler sayılabilir²⁵⁶. Merkezin kayıt tutma yükümlülüğü Yönetmelik m. 19'da da yer almaktadır. Bu kapsamda Merkeze müracaat eden her hasta için yukarıda saydığımız belgeleri içerir bir hasta dosyasının hazırlanması ve kayıtların esasen elektronik ortamda saklanması ve arşivlenmesi eğer elektronik ortam güvenli değilse yazılı kayıt tutulması hususu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemede kayıtların ne kadar süre saklanması gerektiğine dair bir açıklama mevcut değildir. Önceki Yönetmelik de ise bu kayıtların 30 yıl süre ile saklanması yer almakta idi. Kanaatimizce bu hususun yürürlükteki Yönetmelikte de düzenlenmesi uygun olurdu. Ancak yine de bu boşluk Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48. maddesinde yer alan 20 yıllık saklama süresi ile doldurulabilir. Ancak, ÖHY m.2

²⁵³ Demir, Hasta Hakları, s. 170; Yeşiller, s. 53; Somer, Tıbbi Kayıtlar, s. 545; Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s. 624; Güven, s. 103; Özdemir, **Teshis ve Tedavi**, s. 151.

²⁵⁴ “Davacıların artık bu belge ile cerrahi ve ameliyatta dahil olmak üzere tüm cerrahi ve tıbbi müdahaleler hususunda muvafakatlarının olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca bu durumun tersine tezahür eden davacının sezeryan ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gerekir. Davalılar böyle bir yazılı belge sunmadıkları gibi, savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. He rne kadar davalıların tanıkları davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de, bu konuda tanık dinletilemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez.” Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2007/16810, K. 2007/1248, T. 05.02.2007. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.08.2020).

²⁵⁵ Aslında bu sonucun doğmasına yol açan husus, ispat yükünün ters çevrilmesidir. Bu kapsamda kural olarak HMK m. 189 uyarınca bir vakıadan lehine hak çıkaran taraf bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak sağlık kuruluşları ile hasta arasındaki ilişki özellik gösterdiğinden ve bu kapsamda hastanın tıbbi kayıtlara erişimi daha zor olduğundan, medeni usul hukuku doktrininde ispat yükünün hakkaniyet gereği ters çevrilmesi ve böylece tıbbi kayıtların tutulmadığını iddia yükümlülüğünün hasta ve fakat bunların ispatı yükümlülüğünün sağlık kuruluşu/hekim üzerinde kalması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Zafer Zeytin, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Hâller”, Ayşegül Demirhan Erdemir ve Diğerleri (Ed.), **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı** içinde (135-151), 1. Baskı, İstanbul:Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği, 2005, s. 148; Caner Taşatan, “Tıbbi Kayıtlar”, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**), 2015, s. 82.

²⁵⁶ Kısaca ifade etmek gerekirse tıbbi kayıtların konusunu, hekimin ve sağlık kuruluşunun tedavi vasıtasıyla elde ettiği tüm kayıtlar oluşturur ki bu husus ÜYTE açısından da gayet tabii ki geçerlidir. Bkz. Yeşiller, s. 52; Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s. 622; Kalaycı Ölçüm, s. 97; Özdemir, **Teshis ve Tedavi**, s. 151.

uyarınca bu yönetmeliğin kapsamına gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine ait hastaneler girmektedir. Bu hüküm göz önüne alındığında ÜYTE hizmeti veren müstakil merkezlerin bu yönetmelikteki sürelerden faydalanması mümkün değildir. Dolayısıyla müstakil merkezlerin tuttukları kayıtları saklama süreleri açısından boşluk halen devam etmektedir. Sonuç olarak, bu sürelerin Yönetmelikte düzenlenmesi faydalı ve hatta mecburidir.

Merkezlerin kayıt tutma yükümlülüğü, 2016'da yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu açısından da değerlendirilmelidir. Zira bu Kanun'un 6. maddesi uyarınca kişilerin sağlığı ve cinsel hayatına ilişkin verileri özel nitelikli kişisel veri sayılmaktadır. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması konusu ayrı bir monografinin konusu olmakla birlikte söylenmesi gerekir ki, bu Kanun kapsamında ÜYTE merkezleri, bu verileri işleyen kişileri denetlemek ve bu verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini engellemek yükümlülüğü altındadır (m. 12).

Kayıt tutma yükümlülüğünün özenli şekilde tutulması hususunda dikkat edilmesi gereken bir diğer unsur da hasta kaydının tutulma zamanıdır. Esas olan tıbbi kayıtların zamanında yani kaydın ilişkili olduğu konunun hemen akabinde tutulmasıdır. Bu kapsamda Yargıtay kararlarında da kaydın zamanında tutulmaması durumunda hekimin/merkezin kusurlu sayılacağı ifade edilmektedir²⁵⁷.

Kayıt tutma yükümlülüğü kapsamında doktrinde tartışma yaratan bir diğer nokta da tutulan kayıtların hastalara verilip verilmeyeceği hususudur. Zira TBK m. 508'de vekâlet verenin verdiği belgelerin kendisine iade edileceği açıkça ifade edilmektedir. Bu kapsamda doktrinde, tutulan kayıtların mülkiyeti üzerinden bir tartışma sürdürülmekte ve kaydın hastalar tarafından merkeze teslimi durumunda bu kayıtların/belgelerin iade edilmesi gerektiği, zira bunların mülkiyetinin hastada olduğu ifade edilmektedir²⁵⁸. Bu kapsamda esas tartışma sağlık kuruluşunun tuttuğu ve "mülkiyeti" hekime ait olan

²⁵⁷ Yargıtay 13. HD. E. 2004/12088, K. 2005/1728, T. 07.02.2005. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.08.2020). Aynı yönde bkz. Kalaycı Ölçüm, s. 97; Taşatan, s. 66-67.

²⁵⁸ Hatta daha geniş anlamda tıbbi kayıtların kim tarafından getirildiğine bakılmaksızın hastaya ait olduğu ve hastanın menfaati olmasa dahi tüm tıbbi kayıtların kendisine verilmesi gerektiği yönünde bkz. Ayan, s. 96; Aydın, s. 87; İpek Sevdâ Söğüt, "Tıbbi Kayıtlar", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, (2013), s. 74.

kayıtların ne olacağı konusunda yaşanmaktadır. Burada doktrinde bir görüş, mülkiyeti hekime ait kayıtların hastaya verilmesinin gerekli olmadığını ifade etmekteyken²⁵⁹, bir başka görüş²⁶⁰ mülkiyeti hekimde de olsa tüm kayıtların hastalara iade edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Son olarak tarafların çıkarlarının göz önüne alınması gerektiğini ifade eden bir görüş de mevcuttur²⁶¹. Kanaatimizce bu meselede kayıtların mülkiyetinin kime ait olduğuna dair bir tartışma yapılmasına gerek yoktur. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 508 açıkça vekilin hesap verme yükümlülüğünü düzenlemiş bulunmaktadır. Bu kapsamda ÜYTE merkezinin özen borcu ve hesap verme borcu varken, kayıtların mülkiyeti kime ait olursa olsun hastanın bilgilenmesi gereken kayıtların örnekleri hastaya verilmeli, hekimin tedavinin devamı için kendisine özel olarak tuttuğu ve hastanın da hesap verme borcu kapsamında öğrenmesi gerekmeyen kayıtları vermesine gerek olmamalıdır. Bu sonuca aslında hastanın aydınlatılması bahsinde yaptığımız açıklamalardan da ulaşılabilir. Hastanın aydınlatılmasında hekimin nasıl bir takdir hakkı mevcutsa, tutulan kayıtların iadesinde de benzer bir takdir hakkının mülkiyet tartışması yapılmaksızın tanınması gerekir. Bir diğer deyişle ÜYTE merkezi tarafından eşler hakkında tutulan kayıtların eşlere verilmesi, özen ve hesap verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeli; eşlerin belgeleri alması ve tetkik etmesi de özen borcu kapsamında sağlanmalıdır.

2.1.2.4. Sır Saklama Borcu

Sır, herkesçe bilinmeyen ve açıklandığında sır sahibini psikolojik olarak olumsuz yönde etkileyen ve hatta sır sahibinin çoğu zaman haysiyet ve şerefini zedeleyecek kişisel bilgilerdir²⁶². Sağlık personellerinin sağlık hizmeti verirken hastaların kişisel bilgilerini öğrenmeleri çok doğaldır. Özellikle ÜYTE kapsamında sır kavramı kişilerin cinsel hayatlarını ilgilendirmesi ve toplumumuzun da bu konuya

²⁵⁹ Bu görüşün temelinde de tutulan kayıtların özne olması ve hekimin ve sağlık kuruluşunun mesleki yeterlilik ve bilgisine göre subjektif bilgiler içermesi, ayrıca hastalara tüm bilgilerin verilmesine yeterli bir hukuki sebebin mevcut olmaması gerekçeleri yatmaktadır. Bkz. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 96; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 149.

²⁶⁰ Bu görüş için bkz. Taşatan, s. 57; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 96.

²⁶¹ Bu görüş de doktrinde “karma görüş” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 96; Söğüt, s. 74.

²⁶² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 151; Şengül, s. 80; Aşçıoğlu, s. 47; Gökcan, s. 986; Kalaycı Ölçüm, s. 92; Yusuf Büyükkay, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 1-2, (2004), s. 386; Maral Törenli Çakıroğlu, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, (2010), s. 164.

bakışı sebebiyle daha hassastır. İşte bu kapsamda, ÜYTE uygulamasında görev alan sağlık personellerinin, mesleklerinin icrası sırasında eşlerin sır kabul edilen kişisel verilerini öğrenmesi meslek sırrı (mesleki sır) olarak kabul edilmektedir²⁶³.

Hekimler ve sağlık kuruluşlarının hastaya ait kişisel bilgileri veya tedavi süreci ile ilgili sırları üçüncü kişilerle paylaşmama yükümlülükleri mevcuttur. Sır saklama yükümlülüğünün dayandığı en temel norm AY m.20 hükmüdür. Zira bu maddeye göre özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunmak yasaktır. Zaten AİHM içtihatları uyarınca da kişinin sağlığına ilişkin bilgiler onun özel hayatı kapsamında değerlendirilmektedir²⁶⁴. Dolayısıyla yargı uygulamasında da bu normun sır saklama yükümlülüğünün temeli olarak kullanıldığı açıktır. Bunun dışında TDN m.4, HHY m.20 ve 23, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.27’de kendine yer bulmaktadır. Ancak TBK’da sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir özel hüküm bulunmamakta olup, sır saklama yükümlülüğü vekâlet sözleşmesinin sadakat yükümlülüğünün bir alt görünümü olarak kabul edilmektedir²⁶⁵. Ayrıca sır saklama yükümlülüğü, TMK m. 24’teki kişilik hakkının korunmasına dair düzenleme ile de ilişkilidir. Dolayısıyla hastaya ilişkin bilgilerin ifşası kişilik haklarını zedeleyen bir davranış olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda hekimlerin hastalara ilişkin bilgileri üçüncü kişilerle hukuka aykırı²⁶⁶ olarak paylaşması halinde TCK m. 136 ve 137 gereğince suç oluşturacaktır. Zira madde hükümlerine göre belirli bir meslek grubunun kolaylığından yararlanarak kişisel verileri hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerle paylaşan kişilerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

²⁶³ Erdener Yurtcan, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 455; Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, (2010), s. 140; Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 46; Büyükay, Sır Saklama, s. 386; Törenli Çakıroğlu, s. 164; Şengül, s. 81; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 151.

²⁶⁴ S. And Marper v. The United Kingdom, Application No. 30562/04, 30566/04, 04 December 2008; Yvonne Chavennée Julien v. France, Application No. 14461/88, 09 July 1991.

²⁶⁵ Kalaycı Ölçüm, s. 92; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 90; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 152; Özdemir, Sır Saklama, s. 145; Şengül, s. 80; Gökcan, s. 986.

²⁶⁶ Önemle vurgulanmalıdır ki sır saklama yükümlülüğünün ihlali her hâlde hukuka aykırı değildir. Bu kapsamda sır sayılan bilgilerin açıklanmasının zorunlu olduğu bazı durumlar mevcuttur. Bunlardan ilki sır kapsamında kalan bir konunun dava malzemesi hâline gelmesidir. Ancak bu, HMK ve CMK’daki tanıklıktan çekinme hükümleri ile karıştırılmamalıdır. Zira burada hekim davanın tarafı konumundadır. Dolayısıyla kendisini savunması amacıyla hastaya ilişkin bilgileri dava dosyasına sunması adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Bunun dışında hekimin bilirkişilik yapması, TCK m. 280 gereğince suçu bildirme yükümlülüğünün varlığı, bulaşıcı hastalıkların halk sağlığının korunması amacıyla açıklanması ve hastanın rızasının varlığı gibi durumlar hukuka uygunluk sebebi sayılacaktır. Bu istisnalar hakkında bkz. Büyükay, Sır Saklama, s. 388 vd.; Törenli Çakıroğlu, s. 174 vd.; Yurtcan, s. 458 vd.; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 154 vd.

Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir²⁶⁷. Yani hasta hariç kişilerle mesleki sırların paylaşılması yasaktır. ÜYTE kapsamında değerlendirecek olursak hastaya ilişkin kişisel bilgilerin ÜYTE uygulanan eşler dışındaki üçüncü kişilerle paylaşılması sır saklama yükümlülüğünün ihlâlini oluşturacaktır. Tedaviyi uygulayan hekimin bir başka hekim veya sağlık personeline hastaya ilişkin sırları açıklaması da ihlal oluşturacaktır. Ancak bazı istisnai hallerde örneğin, tedaviyi tek başına yapmayan hekimin yardımcı hekim veya diğer sağlık personellerine hasta hakkında bilgiler vermesi ihlal oluşturmaz²⁶⁸. Ayrıca doktrinde çocuğun soybağını bilme hakkı kapsamında yapılan açıklamaların da sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmeyeceği ifade edilmektedir. Zira soybağı kamu düzenine ilişkin sayılmakta ve kamu düzeni sır saklama yükümlülüğünden önde kabul edilmektedir²⁶⁹.

Bu kapsamda sır saklama yükümlülüğüne uyması gereken esas kişi, ÜYTE merkezidir. Bir diğer deyişle ÜYTE merkezinde çalışan sağlık personelleri ile beraber merkez de sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Çünkü merkezde çalışan personeller, hastaneye kabul sözleşmesi veya teşhis ve tedavi sözleşmesi açısından merkezin ifa yardımcısı konumundadırlar (TBK m. 116). Dolayısıyla ÜYTE merkezinde çalışan bir personelin ifşası, merkezin de hem sözleşmesel (TBK m. 116) hem de haksız fiil (TBK m. 66) kapsamında sorumluluğunu doğurur. Unutulmamalıdır ki sır saklama yükümlülüğü, sadece ÜYTE uygulaması aşamasında değil sonrasında ve hatta hastanın ölümünden sonra da devam eder. Sır saklama yükümlülüğünün kapsamı o kadar geniş tutulmuştur ki, kamu görevi sayılan tanıklık açısından dahi hem HMK m. 249 hem de CMK m. 46'da hekimler için, meslekleri ile ilgili edindikleri bilgilere ilişkin olarak tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bu durum aslında Borçlar Hukuku doktrininde sözleşmenin art etkisi veya sözleşme sonrası yükümler kavramı ile ifade

²⁶⁷ Yurtcan, s. 456; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 90; Kalaycı Ölçüm, s. 93.

²⁶⁸ Kalaycı Ölçüm, s. 95; Büyükay, Sır Saklama, s. 391.

²⁶⁹ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 92. Ancak bu görüş bir noktada eleştirilebilir. Zira sır saklama yükümlülüğünden kaynaklanan örneğin tanıklıktan çekinme hakkı, soybağının tespiti gibi davalarda da geçerlidir. Bir diğer deyişle ÜYTE'yi uygulayan hekimin, soybağının tespiti davasının kamu düzenini ilgilendirdiğinden bahisle tanıklıktan çekinme hakkının olmadığı söylenemez. Demek ki kanun koyucu soybağını bilme hakkı kapsamında yapılacak açıklamaların sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmadığını aslında kabul etmemiştir. Bu açıdan bakıldığında soybağının kamu düzenini ilgilendirdiği doğru ise de bundan hareketle sır saklama yükümlülüğünün olmadığını söylemek de bizi doğru sonuçlara götürmeyebilir. Dolayısıyla kanaatimizce bu kapsamda da sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir.

edilmektedir²⁷⁰. Kısaca belirtmek gerekirse sözleşmenin art etkisi, sözleşmenin kurulmasıyla oluşan güven ilişkisinin sözleşme sona erdikten sonraki davranışlarla zedelenmesidir²⁷¹. Bir diğer deyişle güven ilişkisinin yoğun olduğu sözleşmelerde taraflar, sözleşme herhangi bir sebeple sona erse dahi; bu sözleşme sebebiyle oluşan güveni sarsacak bir davranışta bulunamazlar. İşte sır saklama yükümlülüğünün varlığı bu etki ile de açıklamaktadır. Bu etki sayesinde aslında sözleşme ile doğan ve onun sona ermesi ile ortadan kalkması gereken bir borç devam etmiş olmaktadır²⁷².

Sır saklama yükümlülüğünün ihlâl edilmesi durumunda, kendisine ait bilgilerin ifşa edildiğinin ispatı hastaya aittir. Zira aşağıda detaylıca belirteceğimiz gibi hem TBK m. 49 hem de TBK m. 112 uyarınca hukuka/sözleşmeye aykırı bir fiilin varlığını, bu fiilden zarar gören kişinin ispatlaması gerekmektedir.

2.1.2.5. Üreme Hücrelerinin Saklanması Borcu

ÜYTE merkezlerinin borçlarından birisi de eşlerden alınan üreme hücrelerinin, Yönetmelik hükümleri ile belirlenen standart ve şartlarda saklanması borcudur. Bu borç aslında teşhis ve tedavi borcunun kapsamında da düşünülebilir. Zira üreme hücrelerinin saklanması bu hücrelerin bir araya getirilerek döllendirilmesi ve sağlıklı bir bebeğin dünyaya getirilmesi için gerekli tedavilerin uygulanmasına da temel teşkil etmektedir. Bir diğer deyişle bu hücrelerin saklanması tedavinin bir parçasıdır. Ancak hem doktrinde bu saklamanın hukuki niteliği konusunda tartışmalar mevcut olduğu hem de Yönetmelikte üreme hücrelerinin saklanması hakkında detaylı hükümler sevk edildiği için bu borcu ayrı bir başlık altında değerlendirmeyi ve doktrindeki tartışmalar hakkında da görüşlerimizi ifade etmeyi uygun gördük.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki hem kadın hem de erkekler için üreme hücrelerinin dondurulması ve saklanması ancak tıbbi zorunluluk hâllerinde söz konusudur. Bir diğer deyişle ÜYTE'ye başvuran her çiftin sperm ve yumurta hücreleri dondurulup

²⁷⁰ Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 40; Zevkliler ve Gökyayla, s. 656; Eren, **Özel Hükümler**, s. 745; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, 2016, s. 263; Cem Baygın, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. IV, Sayı. 1-2, (2000), s. 356.

²⁷¹ Serozan, **İfa**, s. 263.

²⁷² Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 40.

saklanmaz. Bu husus da Yönetmelik m. 20 hükmünde açıkça ifade edilmekte ve örneğin erkekler için kemoterapi alınması, çok az sayıda sperm olması gibi durumlar tıbbi zorunluluk kapsamında sayılmaktadır²⁷³. Madde metninden anlaşıldığı şekilde bu tıbbi zorunluluk hâlleri sınırlı sayıda ifade edilmektedir. Bunlar dışında eşlerden fazla sayıda embriyo elde edilmesi durumunda da üreme hücreleri her yıl eşlerin rızalarını almak kaydıyla azami beş yıl süreyle saklanacaktır (Yön. m. 20/5).

Doktrinde ÜYTE merkezlerinin bu üreme hücrelerini saklaması sebebiyle hastalar ile arasındaki hukuki ilişkinin nasıl nitelendirileceği de tartışılmaktadır. Bu kapsamda akla gelen ilk hâl, bu durumda merkez ile eşler arasında bir saklama (vedia) sözleşmesinin varlığıdır. Saklama sözleşmesi, saklayanın saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir. Bu tanımdan çıkan sonuç, saklama sözleşmesinin varlığı için ortada bir taşınır eşyanın var olması gerekliliğidir. Fakat çeşitli vesilelerle de belirttiğimiz gibi, eşlere ait üreme hücreleri birer taşınır mal değillerdir. Zira bunlar taşınır mal olarak nitelendirilirse, bu hücreler üzerinde aynı hak tesis etmek ve bu hücreleri örneğin satmak ve devretmek mümkün olacaktır. Ancak üreme hücrelerinin, insan vücudunun parçaları olması nedeniyle etik ve manevi bir değeri olup, bu hücrelerin satılması veya mal olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple üreme hücrelerinin saklanması işlemini bir saklama sözleşmesi olarak görmek de mümkün değildir²⁷⁴. Bu işlem de yine vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Zaten TBK m. 502'de de vekilin bir iş görmeyi üstlendiği ifade edilmektedir. Yine doktrinde bu iş görmenin kapsamına maddi fiillerin,

²⁷³ Yönetmelik m. 20 hükmü şu şekildedir: “(1) İkinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaktır. (2) Erkeklerde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbi zorunluluk halleri şunlardır; a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde, ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda. (3) Kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbi zorunluluk halleri şunlardır; a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumunda...”

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Erol, s. 39. Ancak aksi yönde insan vücudundan ayrılmış bir biyolojik maddenin hukuken taşınır statüsünde olduğu, bu kapsamda vücuttan ayrılmış biyolojik maddenin ekonomik bir değerinin de var olduğu; yasal düzenlemeler ile bu tür biyolojik maddelere ivazsız devredilme şartının getirilmiş olmasının aslında onun devredilebilen bir eşya olduğunun kabul edilmesi anlamına geldiği yönünde de bir görüş vardır. Bu görüş, embriyoların dondurularak saklanmasına dair sözleşmeyi de saklama sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Bkz. Arif Barış Özbilen, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 207 vd.

hukuki işlemlerin ve hukuki işlem benzeri fillerin girdiği de kabul edildiğine göre²⁷⁵; üreme hücrelerinin saklanması da pekâlâ vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Üreme hücrelerinin saklanması borcu, eşlerin birlikte talebi, eşlerin boşanmaları, eşlerden birinin ölümü veya belirlenen sürenin son bulması ile sona erer. Yönetmelik'te yer alan bu düzenleme dikkate alındığında akla bir soru gelmektedir. Buna göre üreme hücrelerinin saklanmasına baştan rıza göstermiş olan eşlerden sadece bir tanesi bu üreme hücrelerinin saklanmasına rıza göstermeye devam ediyor ve diğersinin rızası ortadan kalkmış ise durum ne olacaktır? Bir diğer ihtimal olarak eşlerin boşanmamış olması ve fakat eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi durumunda saklanan üreme hücrelerinin akıbeti ne olacaktır? Yönetmelik hükmüne bakıldığı zaman bu durumda hücrelerin saklanmasına devam edilecektir gibi bir sonuç çıkmaktadır. Fakat kanaatimizce bu doğru değildir. Böyle durumlarda özellikle eşlerin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, eşlerin kendi üreme hücreleri üzerindeki hakları devam ettiğinden; rızası ortadan kalkan eşin üreme hücrelerinin imha edilmesi en doğru sonuçtur. Aksi hâlde, rızayı geri çeken eş ÜYTE ile çocuk sahibi olmaya zorlanacaktır ki bu da hastanın tedaviyi reddetme hakkını temelden sarsar ve sağlık hukuku ilkelerine de aykırılık teşkil eder. Bu kapsamda embriyoların korunması için bir kayyım atanması akla gelebilir. Ancak kayyım atanması gereken hâller de TMK m. 426 vd. hükümlerinde sayılmıştır. Sözünü ettiğimiz ihtimal ise bu sebeplerden biri değildir. Zaten bu sebeplerden biri dahi olsa kayyım atanmasını beklemek de çok cazip olmayacaktır. Dolayısıyla bu sorunun Yönetmelik'te yapılacak değişiklikle ortadan kaldırılarak; eşlerin birinin talebi ile veya ayrılık kararı verilmesi durumunda eşlerden birinin isteği üzerine de dondurulmuş ve saklanmakta olan üreme hücrelerinin imha edilmesi konusunda düzenleme yapılması gerekmektedir.

²⁷⁵ Yavuz, Acar ve Özen, s. 639; Gümüş, **Ders Kitabı**, s. 424; Bilge, s. 284-285; Zevkliler ve Gökyayla, s. 640; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 356 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 732.

2.1.3. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Sözleşmesel Sorumluluğunun Doğması

2.1.3.1. Genel Olarak

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan merkezlerin, bu tedaviyi uygularken; ÜYTE'ye başvuran eşlerle yaptığı vekâlet sözleşmesine aykırı iş ve işlemlerden dolayı sorumlu olacağı gayet açıktır. Bir diğer deyişle taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı fiillerden dolayı bir zarar meydana gelirse, bu zararın merkez tarafından tazmini gerekmektedir. Bu durum da esasında TBK m. 112 hükmüne dayanır. Zira bu hükme göre, borçlu borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmezse, kendisine herhangi bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe bu kötü ya da eksik ifadan sorumlu olacaktır. Ancak elbette ÜYTE merkezlerinin borçları doğrudan kendilerinin ifa etmeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla merkezlerin sorumluluğu aslında hekimin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 112 değil, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna dair TBK m. 116 kapsamında doğacaktır. Bu nedenle de üremeye yardımcı tedavi merkezinin sorumluluğunun doğması için, ortada merkez ile eşler arasında akdedilmiş geçerli bir sözleşmenin bulunması; bu sözleşme kapsamında yardımcı kişiler tarafından borçlara aykırı davranışın gerçekleşmesi, eşlerin bir zarara uğraması, zarar ile sözleşmeye aykırı fiil arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Ancak TBK m. 116 kapsamında sorumluluk kusursuz bir sorumluluktur. Bir diğer deyişle, kendi bünyesinde çalışan personellerinin fiillerinden dolayı ÜYTE merkezinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmez. İşte bu şartlar şimdi teker teker incelenecek ve ÜYTE merkezinin kendi bünyesindeki personelin fiillerinden doğan sözleşmesel sorumluluğunun şartları TBK m. 116 hükmü kapsamında değerlendirilecektir.

2.1.3.2. Sözleşmesel Sorumluluğun Şartları

2.1.3.2.1. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezi ile Eşler Arasında Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

Üremeye yardımcı tedavi merkezinin sözleşmesel sorumluluğun doğması için öncelikle eşler ile merkez arasında geçerli bir sözleşmenin bulunması şarttır. Bu

kapsamda sözleşmeler, borçlar hukukunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur ve aksi belirtilmedikçe sözleşme serbestisi ilkesinin bir yansıması olarak sözleşmeler herhangi bir şekle tabi değildir²⁷⁶.

Bu açıdan bakıldığında öncelikle değerlendirilmesi gereken husus ÜYTE merkezi ile eşler arasındaki sözleşmenin ne zaman kurulduğudur. Bu kapsamda cevaplanması gereken soru eşlerin ÜYTE merkezine başvurmasının ve daha sonra aydınlatma metni ile rıza formunu imzalamalarının hukuki niteliğidir. Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki eşlerin ÜYTE merkezine başvurmaları kanaatimizce icap niteliğindedir ve merkezin de bu hastaları kabul etmesi ve bu hastaları kendi sistemine veya 1219 sayılı Kanun'da yer aldığı gibi protokol defterine kaydetmesi de kabul niteliğinde sayılabilir. Bu kapsamda TBK m. 503 hükmü de gözden kaçırılmamalıdır. Zira bu hükme göre kendisine bir iş teklif edilen vekil, bu iş görme konusunda resmi bir sığata sahipse ya da bu işi kabul edeceğini önceden duyurmuş ise kendisine yapılan teklifi hemen reddetmedikçe kabul etmiş sayılır. Bu açıdan bakıldığında düşük bir ihtimal olsa da ÜYTE merkezi ile eşler arasında zımni kabul yoluyla sözleşme kurulması da mümkündür.

Sözleşmenin kurulması ile geçerli olması ise birbirinden farklı kavramlardır. Bu kapsamda sözleşmeler kurulsay bile bunların geçerli olabilmesi için sözleşmenin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması, tarafların ehliyetli olması ve irade beyanlarının sakatlanmamış olması gerekmektedir²⁷⁷. Bu açıdan bakıldığında ÜYTE özelinde bir diğer şart ise eşlerin rızasıdır. Bir diğer deyişle eşlerin ÜYTE'ye rıza göstermeleri de sözleşmenin geçerliliği için ayrı bir şart olarak değerlendirilmelidir. Burada eşlerin merkeze başvurmakla yapılacak tedaviye rıza göstermiş oldukları da söylenemez. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi geçerli bir rızanın varlığı; ancak tedavilerin tümüne yönelik bir aydınlatmanın yapılmasına bağlıdır. Böyle bir aydınlatma yapılmadan rıza

²⁷⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 113 vd.; Erol Cansel ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. I**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 197; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 58; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017, s. 116; Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 44 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 206 vd.; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 25 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,1**, s. 126; Eren, **Genel Hükümler**, s. 16 vd.; Tekinay ve Diğerleri, s. 59 vd.; von Tuhr, s. 228 vd.

²⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 131 vd.; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s.81 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 153 vd.; Feyzioğlu, **Genel Hükümler**, s. 60 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,1**, s. 181 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 374 vd.

vermek mümkün olmadığına göre; rızayı ayrı bir geçerlilik şartı olarak kabul etmek de yerinde olacaktır. Bu noktada ne zamana dek rıza verilmesi de düşünülmesi gereken bir sorudur. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi her hâlde tıbbi müdahalenin başlamasından önce eşlerin rızası alınmış olmalıdır. Aksi hâlde bu sözleşme hükümsüz olacağından yapılacak tıbbi müdahaleler de hukuka aykırı olur ve vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilir. Zaten bu gibi kargaşaların önüne geçmek için de Yönetmelik m. 19/2'de eşlerin bilgilendirilmiş muvafakat formunu doldurmak suretiyle ve birlikte işlem yaptırmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu formun alınmasından sonra işlemlere başlanacağı da ifade edilmektedir.

Sözleşmenin kurulması açısından bir hususa daha değinilmesi gerekmektedir. Yönetmelik m. 19 hükmünde embriyo dondurma işlemlerinde EK-9, embriyo çözme işlemlerinde EK-10, imha işlemlerinde ise EK-11 gibi formların doldurulması kuralı yer almaktadır. Bahsi geçen eklere bakıldığı zaman da yapılacak işlemler hakkında detaylı bir bilgilendirme yer almaktadır. İşte cevaplanması gereken soru da şudur ki, acaba bu formların imzalanması taraflar arasında yeni bir sözleşmenin kurulması anlamına gelir mi? Kanaatimizce bu durumda taraflar arasında yeni bir sözleşme imzalanmış olmaz. Bu formlar, var olan bir sözleşme dışında yeni bir borç ilişkisi değil bir borç ihdas edilmesine rıza gösterme niteliğindedir. Dolayısıyla bu formlar yoluyla yeni bir borç doğduğunu söylemek doğru olsa da oluşan ilişki yeni bir sözleşme niteliğinde değildir²⁷⁸.

ÜYTE'ye ilişkin sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmesi için bu sözleşmenin bir tarafında ÜYTE merkezinin diğer tarafında ise evli çiftlerin olması gerektiği Yönetmelik hükmüdür. Bir diğer deyişle ancak evli çiftlere ÜYTE uygulanabilir. Bu sebeple eğer evli olmayan çiftlere ÜYTE uygulanmasına dair bir sözleşme kurulursa, bu sözleşme de TBK m. 27 hükmü dikkate alındığında kesin hükümsüz olacaktır. Zira evli

²⁷⁸ Zira borç ile borç ilişkisi kavramları farklı kavramlardır. Borç bir tarafın diğerine karşı bir edim yerine getirmeyi yükümlendiği bir hukukî bağ iken; borç ilişkisi, içinde en az bir borç bulunduran hukukî ilişkidir. Bu ayrımın en önemli sonucu, bir borcun kaynaklandığı borç ilişkisi sona ermeden de sona erebilmesi ve bir borç ilişkisi içerisinde yeni borçlar kurulabilmesidir. Bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 41; Tekinay ve Diğerleri, s. 6; Cansel ve Özel, s. 37 vd.; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977, s. 1 vd.; Rona Serozan, Kerem Cem Sanlı ve Başak Baysal, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 3-4; Necip Kocayusufpaşaoğlu ve Diğerleri, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 1 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 7 vd.

olmayan çiftlerin ÜYTE yoluyla çocuk sahibi olmalarının kamu düzenine ve ahlâka aykırı olduğu kabul edilmektedir²⁷⁹. Bunun dışında sözleşmenin diğer tarafı evli çiftler olmakla beraber, Yönetmelik’te belirtilen merkezler dışındaki sağlık kuruluşları tarafından ÜYTE uygulamasına ilişkin sözleşme yapılması durumunda da yapılan sözleşme emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu için TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüz olacaktır. Burada teorik anlamda olmasa da ÜYTE uygulama borcu altına giren ve Yönetmelik hükümleri gereğince yetkili bulunmayan bir sağlık kuruluşunun ehliyetsizliğinden bahsedilebilir.

Bu tarz geçersiz sözleşmelere dayalı olarak eşler belirli borçlar üstlenip bunları ifa ettikten sonra, özellikle para ödedikten sonra acaba bu paraları geri alabilir mi? Bu konuda TBK m. 81 hükmü dikkate alınmalıdır. TBK m. 81 uyarınca hukuka ve ahlâka aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şey geri istenemez. Bu hüküm Roma Hukuku’ndan bu yana hukuka veya ahlâka aykırı şekilde karşı tarafa bir kazandırmada bulunan kimsenin cezalandırılması amacını gütmektedir²⁸⁰. İşte bu noktada TBK m. 27 ile TBK m. 81 hükmü arasındaki ilişkinin iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira TBK m. 27 “hukuka ve ahlâka aykırı sözleşmeleri” düzenlerken, TBK m. 81 “sözleşmenin hukuka ve ahlâka aykırı bir amaç taşıması” ihtimalini göz önüne almaktadır. Bu sebeple doktrinde TBK m. 27’nin uygulandığı her durumda TBK m. 81’in uygulanmasının doğru olmadığı, sözleşmedeki edimin konusunun hukuka aykırı olmasına rağmen, edimi yerine getiren kişinin amacının hukuka veya ahlâka aykırı olmaması durumunda iade yükümlülüğünün olacağından söz edilmektedir²⁸¹. Bu açıdan bakıldığında heterolog döllenme yoluyla çocuk sahibi olma amacını güden bir sözleşmede artık ÜYTE’ye başvuruların saikinin hukuka ve ahlâka uygun olmadığı

²⁷⁹ Heterolog döllenmenin hukuka ve ahlâka aykırı olduğu konusundaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, 2.1.2.

²⁸⁰ Kılıçoğlu, s. 649; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 96; Hatemi ve Gökyayla, s. 221; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 565; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1012; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. II, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 372 vd.; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt V/1,2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 722 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, “Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme: TBK md. 27 ile TBK md. 81 Arasındaki İlişki”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt. 31, Sayı.4, (2015), s. 136.

²⁸¹ Çağlayan Aksoy, s. 151-152; Oğuzman ve Öz, Cilt. II, s. 374; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 96; Turgut Öz, “BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S.1-2-3, (1985), s. 117 vd. Ancak aksi yönde TBK m. 27 ile TBK m. 81 hükmünün aynı zamanda uygulanacağı bir diğer deyişle hukuka veya ahlâka aykırı amaç için bir şeyin verilmesinde daima bir sözleşme bulunduğu ve bu hukuki işlemin de batıl olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 650; Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 543 vd.

açık olup iade yükümlülüğü de söz konusu olmaz²⁸². Bu durum özellikle taşıyıcı annelik açısından tartışılabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi eşlerin taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmalarına izin verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden ve bu yolla çocuk sahibi olunmasında eşlerin hukuka ve ahlâka aykırı bir amacı bulunmadığından verilen parayı iade alabilmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.3.2.2. Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilen Sözleşmeye Aykırı Fiilin Varlığı

ÜYTE merkezinde çalışan hekim veya sağlık personeli, TBK m. 116 anlamında yardımcı kişidir. Yardımcı kişi, borçlunun yani konumuz açısından ÜYTE merkezinin bilgi ve iradesi dahilinde bir borcun ifasında ya da borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yardım eden kişilerdir²⁸³. Bu kişilere, sözleşmeden doğan borçların ifası tamamen bırakılabileceği gibi, bazı borçların ifası da bırakılmış olabilir²⁸⁴. Ancak her hâlukarda bir kimsenin yardımcı kişi sayılabilmesi için bu kişinin borcun ifasına fiilen katılması gerekmektedir²⁸⁵. Ayrıca bir kimsenin yardımcı kişi sayılabilmesi için bir diğer şart da bu yardımcı kişi kullanılmasının borca aykırı olmamasıdır²⁸⁶. Bu açıdan bakıldığında da eşler zaten ÜYTE merkezine başvurmakla, yardımcı kişi kullanılacağını ve borçların hekim ve diğer sağlık personelleri tarafından gerçekleştirileceğini

²⁸² Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 96.

²⁸³ Mine Yağcı, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116)*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 6-7; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk)*, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003, s. 43; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım*, 5. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 1995, s. 334; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku, Akdi ve Akit Dışı Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 111; Aydın Zevkliler ve Diğerleri, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, İzmir: Fakülteler Kitabevi, 2013, s.320; Tekinay ve Diğerleri, s. 503-504; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1204; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 390; Antalya, *Cilt. V/1,3*, s. 365; Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 441; Hatemi ve Gökyayla, s. 288 vd.; Şenocak, *İfa Yardımcıları*, s. 104; Kılıçoğlu, s. 821.

²⁸⁴ Şenocak, *İfa Yardımcıları*, s. 104; Tandoğan, *Mes'uliyet Hukuku*, s. 436; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 390; Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 200; Tekinay ve Diğerleri, s. 896; Zevkliler ve Gökyayla, s. 289; Kılıçoğlu, s. 823; Yağcı, s. 44; Antalya, *Cilt. V/1,3*, s. 365; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1204; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 365; İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/ Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 170.

²⁸⁵ Yağcı, s. 109; Zevkliler ve Diğerleri, *Borçlar Hukuku*, s. 320; Tekinay ve Diğerleri, s. 892; Şenocak, *İfa Yardımcıları*, s. 161; Oğuzman ve Öz, *Cilt.I*, s. 442-443; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1205; Kayar, s. 171; Antalya, *Cilt. V/1,3*, s. 372; Kılıçoğlu, s. 823; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 365; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 390; Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 230 vd.; Fatih Gültekin, "Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 35, (2018), s. 380.

²⁸⁶ Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 446.

bildiklerinden bu şart da otomatik olarak gerçekleşmiş olmaktadır. Hatırlatmak isteriz ki, bir kimsenin yardımcı kişi sayılması açısından borçlu ile o kişi arasında herhangi bir bağımlılık veya sözleşmenin bulunmasına gerek yoktur²⁸⁷. Dolayısıyla bu sözleşmeden doğan borçların ifasında kullanılan hekim ister ÜYTE merkezinde çalışıyor olsun, isterse dışarıdan gelsin; gerçekleştirdiği fiillerden dolayı merkez sorumlu olacaktır. Bu kapsamda akla gelen bir soru da, uygulamada özel hastaneler tarafından hekimlere şirket kurdurulması ile ilgilidir. Uygulamada özel hastaneler, bünyesinde görev yapan hekimlere bir şirket kurdurmakta ve hekimlerin yetkili olduğu şirketlerle hizmet alım sözleşmesi yapmaktadırlar. Bu durumda acaba bu hizmet alım sözleşmesinden dolayı, hastanenin veya ÜYTE merkezinin sorumluluğu doğar mı? Doktrinde, yardımcı kişi kavramının kapsamına sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin girdiği de kabul edilmektedir²⁸⁸. Buradan hareketle, hatalı müdahalede bulunan hekim bir şirket ortağı olarak ve şirket adına faaliyet gösterse dahi; ÜYTE merkezi ile eşler arasında yapılan sözleşmeden doğan borçları ifada kullanılan bir kişi olduğundan; merkezin TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulması yine mümkün olacaktır. Yine Yönetmelik hükümlerine göre ÜYTE merkezinin, kendisine başvuran ve merkezin bulunduğu il dışında oturan eşleri doğumun gerçekleşmesi için yönlendirdiği hastane de, merkezin ifa yardımcısı konumunda sayılabilir. Zira doğumu takip yükümlülüğü de Yönetmelik m. 26/1 uyarınca merkeze bırakıldığına göre, aslında eşlerin yönlendirildiği sağlık kuruluşu da merkezin yükümlülüklerini ifa etmiş olmaktadır.

Yardımcı kişi olarak nitelendirilen ve ÜYTE merkezinde görev yapan sağlık personelinin sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir fiili de gerçekleştirmesi şarttır. Bu husus, yardımcı kişinin her fiilinin değil, ancak borçlunun borcuna aykırılık teşkil eden fiillerinden sorumlu olunması anlamına gelmektedir. Bir diğer ifadeyle ÜYTE merkezi, ancak borcun ifası esnasında işlenmiş olan ve borç ilişkisi kapsamına giren fiillerden dolayı sorumlu olacaktır²⁸⁹. Örneğin ÜYTE merkezi, bir hekimin eşlerin mallarını

²⁸⁷ Hatemi ve Gökyayla, s. 289; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 365; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 441; Tekinay ve Diğerleri, s. 894-895; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1204; Kılıçoğlu, s. 823.

²⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 823; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 105; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 390; Yağcı, s. 44; Yünlü, s. 108 vd.; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 442; Mehmet Karaca, “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt. 5, Sayı. 49, (2010), s. 50.

²⁸⁹ Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 447; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 441 vd.; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 170 vd.; Kılıçoğlu, s. 824; Tekinay ve Diğerleri, s. 896; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 365; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 391. Bu husus doktrinde borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifası ile zarar arasında fonksiyonel bir bağın bulunması şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Antalya, **Cilt. V/1,3**, s. 297.

çalmasından sorumlu olmaz. Zira ÜYTE merkezinin borçları arasında eşlerin malvarlığını koruyan bir edim yoktur. Ancak bu görüşe karşı doktrinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, yardımcı kişinin fiilinin ifa esnasında ve ifadan kaynaklanan menfaat kapsamında bir zararın gerçekleşmesi şartının aranmaması gerektiği de ifade edilmiştir²⁹⁰. Bu görüşteki yazarlar, borçlunun işi sırf yardımcı kişiye bıraktığı için ifayı kendisi gerçekleştirseydi, sorumluluk hukukuna göre yerleşeceği konumdan daha iyi bir konuma yerleştirilmemesi gerektiğini belirtmektedirler.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, yardımcı kişinin asli borca ya da yan borçlara aykırı davranılması arasında bir fark yoktur²⁹¹. ÜYTE merkezinin asli borcu teşhis ve tedavi borcudur. Zira geniş anlamda borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan, o ilişkiye karakterini veren edim asli borçtur²⁹². Bunun dışındaki borçlar örneğin kayıt tutma borcu, sır saklama borcu gibi borçlar da yan borçtur. İşte bu borçlardan birisinin ihlâli, sözleşmeye aykırı fiilin varlığının kabul edilmesi için yeterlidir. Bu kapsamda elbette tanıda ve teşhiste hata yapılması, tedavi uygulanırken eşlerin öyküsünün alınmaması, hastanın yeterince aydınlatılmaması, rızası alınmadan belirli tedavilerin uygulanması gibi fiiller sözleşmeye aykırı fiil olarak nitelendirilebilecektir. Zaten tıp hukuku doktrininde de bu tarz fiiller malpraktis veya tıbbi hata olarak nitelendirilmektedir. Tıbbi hata da teşhis ve tedavi sözleşmesi kapsamında, tıbbi müdahalede bulunan hekim veya diğer sağlık personellerinin genel kabul görmüş standartlara uymaması veya bu konuda ihmâl göstermesi sonucunda hastanın zarar görmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁹³.

²⁹⁰Serozan, **İfa**, s. 291-292; Yağcı, s. 120; Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)** 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, s. 276.

²⁹¹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 163; Özdemir, **Hukuki Sorumluluk**, s. 51; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 347; Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 238; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 64; Kalaycı Ölçüm, s.114; Gökcan, s. 1049; Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 105, (2013), s. 270.

²⁹² Bu ayırım, asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak da değerlendirilmektedir. Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 4; Eren, **Genel Hükümler**, s. 32; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 40-41; Tekinay ve Diğerleri, s. 6; Antalya, **Cilt. V/1,1**, s. 61 vd.; Kılıçoğlu, s. 41-42.

²⁹³ Şengül, s. 96; Gökcan, s. 77; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 83 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 97; Mustafa Levent Özgönül, Berna Arda ve Necati Dedeoğlu, “Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Tarihi-Hukuku Dergisi**, Cilt.27, Sayı.1, (2019), s. 49; Mevlüt Caymaz, “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir Araştırma”, **Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt.2, Sayı.4, (2015), s. 3; Ali Rıza Tümer, **Cerrahi Branşlar Açısından “Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, 1. Baskı, İstanbul: Helikon Yayınları, 2013, s. 130; Mahmut Şerif Yıldırım ve Diğerleri, “Tıbbi Uygulama Hatası İddialarının Değerlendirilmesinde Örnek Bir Sistem Hatası Olgusu”, **Adli Tıp Bülteni**, Cilt.23, Sayı.1, (2018), s. 65.

Bu tanımlama kapsamında bakıldığında ÜYTE merkezinin hatalı teşhis koyması, bu teşhis sonucunda çocuğun sakat olarak dünyaya gelmesi ya da doğum esnasında çocuğun ölmesi, Yönetmelik'te belirlenen şartlarda genetik tanı testlerinin yapılmaması veya embriyoların saklama süresi geçmesine rağmen imha edilmeyip kullanılması, embriyoların Yönetmelik'te belirlenen şekiller dışında saklanması, çoğul gebeliğin oluşması, eşler dışında üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması gibi fiiller sözleşmeye aykırı fiil kapsamına girecektir.

2.1.3.2.3. Farazi Kusurun Varlığı

Sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğu düzenleyen temel norm olan TBK m. 112 hükmü, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğini ifade etmektedir. Bu hükümden çıkan temel sonuç, borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olmasının gerekmesidir. Kusur kavramının farklı tanımları var olsa da genel olarak kusur, hukuk düzeninin hoş görmediği ve kınadığı bir davranış olup; benzer kişiden benzer şartlar altında beklenen davranış biçiminden ayrılan, bu kalıba uymayan davranışlar şeklinde de tanımlanmaktadır²⁹⁴.

Kusur kavramı iki şekilde tasnif edilmektedir. Öncelikle kusur kast veya ihmâl olarak ikiye ayrılmaktadır. Kast, hukuka aykırı sonucun, borçlu tarafından bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir²⁹⁵. Yani borçlunun yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve bundan dolayı hastanın zarara uğramasını istemesi kastın unsurlarını oluşturmaktadır. Örneğin ÜYTE uygulayan hekimin bilerek eşler dışında üçüncü bir kişinin üreme hücresini kullanması, eşlerin rızasını özellikle almayarak tedavi uygulaması ya da eşlerin dondurulup saklanan embriyolarını bilerek imha

²⁹⁴ Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 429; Tekinay ve Diğerleri, s. 874; Eren, **Genel Hükümler**, s. 641 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 67 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 574; Kılıçoğlu, s. 407; Şengül, s. 130; Kalaycı Ölçüm, s. 115; Özdemir, **Teshis ve Tedavi**, s. 176; Özdemir, **Hukuki Sorumluluk**, s. 64. Ancak doktrinde başka tanımlar da yapılmaktadır. Örneğin Nomer'e göre kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısı iken (Nomer, **Genel Hükümler**, s. 178); Hatemi ve Gökyayla ise kusuru, "zarar vermeme" ödevi yönünde ahlak ve tabii hukukun ve hukuk düzeninin emrine uyulmasında failin iradesinin gereken nitelikte olmaması şeklinde tanımlamaktadırlar (Hatemi ve Gökyayla, s. 146).

²⁹⁵ Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 245; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 74; Eren, **Genel Hükümler**, s. 647-648; Gökcan, s. 1052; Hatemi ve Gökyayla, s. 147; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 178; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 429; Tekinay ve Diğerleri, s. 876; Kılıçoğlu, s. 409; Feyzioğlu, **Genel Hükümler**, s. 478; Cansel ve Erol, s. 318; Filiz Yavuz İpekyüz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.20, Sayı.33, (2015), s. 30.

etmemesi gibi durumlarda kast mevcuttur. Görüldüğü gibi kast, hekimin zararlı sonucu istemesi şeklinde gerçekleştiğinden daha az rastlanır. Kusurun daha çok rastlanan hâli ise ihmâldir. İhmâl ise geniş anlamda bir özen eksikliğini ifade eder. İhmalde borçlu, hukuka aykırı/zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun gerçekleşmesi için gerekli özeni göstermekte hataya düşmüştür²⁹⁶. Bir diğer deyişle hekim, zararlı sonucu istememekte fakat bu sonucun engellenmesi için kendisinden beklenen dikkati de göstermemektedir. İhmâl de ağır ihmâl ve hafif ihmâl olarak ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmâl, hekimin/merkezin bir işi yaparken ya da bir tedaviyi gerçekleştirirken herkesin göstereceği en temel özeni göstermemiş olmasıdır²⁹⁷. Ancak hafif ihmâl ise, sadece dikkatli kişilerin göstereceği özenin gösterilmesinde var olan bir eksikliktir²⁹⁸.

Kusur kavramı bahsinde doktrinde ayrıca “meslek kusuru” kavramından bahsedilmektedir. Meslek kusurunun mevzuatta bir tanımı olmadığı gibi doktrinin üzerinde anlaştığı bir tanımı da mevcut değildir. Ancak genel itibariyle meslek kusuru kavramı tedaviyi gerçekleştiren hekimin ya da sağlık kuruluşunun tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına riayet etmemesi şeklinde ifade edilebilir²⁹⁹. Her ne kadar doktrinde meslek kusuru kavramına yer verilse de aslında sorumluluğun doğması ve belirlenmesinde kanaatimizce meslek kusuru gibi bir kavrama dayanılmasına gerek yoktur. Zira tedaviyi uygulayan kişinin kastı yoksa ihmâli vardır. Burada da ihmâlin derecesi dikkate alınırken de göstermesi gereken özenin derecesi dikkate alınacaktır. Bir diğer deyişle kusurun belirlenmesi bizi otomatik olarak tedaviyi uygulayan hekim/merkezin özen yükümlülüğüne ve bu özenin objektif olarak belirlenmesi gereğince götürür. Dolayısıyla tedaviyi uygulayacak kişinin özeninin ne derecede olacağı belliyken, ayrıca meslek kusuru gibi bir kavrama dayanılmasına gerek yoktur³⁰⁰.

²⁹⁶ Şengül, s. 130; Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 31; Kalaycı Ölçüm, s. 116; Eren, **Genel Hükümler**, s. 649; Antalya, Cilt. V/1,2, s. 76; Kılıçoğlu, s. 409; Tekinay ve Diğerleri, s. 874; Oğuzman ve Öz, Cilt. II, s. 429; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 417.

²⁹⁷ Eren, **Genel Hükümler**, s. 653; Antalya, Cilt. V/1,2, s. 83; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 103; Hatemi ve Gökyayla, s. 147.

²⁹⁸ Eren, **Genel Hükümler**, s. 653; Antalya, Cilt. V/1,2, s. 83; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 99; Hatemi ve Gökyayla, s. 147; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 396.

²⁹⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 177; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s. 104; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 99; Özdemir, Hukuki Sorumluluk, s. 64; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 366; Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 32; Şengül, s. 133; Demir, Hekimin Sorumluluğu, s. 246; Öztürkler, s. 168-169; Şeref Ertaş, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1, No. 1-4, (1980), s. 173 vd.

³⁰⁰ Aslında bu kavramın, uzmanlık gerektiren işleri yapan hekimlerin, özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarını tanımlayan “meslek hatası” kavramının yerine uygulamada kullanılan bir kavram olduğu hakkında bkz. Gümüş, **Ders**

Zira elbette hekimler, tıp biliminin gerektirdiği kurallara uygun davranmak zorundadır. Ayrıca hekimin teknik anlamda ağır ihmali de kastı da hafif ihmali de meslek kusuru kapsamına gireceğinden (yani hekim tıp biliminin kurallarını bu üç şekilde de çiğneyebileceğinden) bu kavramın kullanılmasının çok da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zaten TBK m.115 de dikkate alındığında hekimin sorumluluğunun doğması için hafif kusur da yeterli olduğuna göre, yani sözleşmesel yükümlülüklerin ihlâlinin ağır ya da hafif olması arasında herhangi bir fark mevcut olmadığına göre, meslek kusuru kavramının kullanılmasına da gerek yoktur.

Bu kapsamda ÜYTE merkezlerinin sözleşmesel sorumluluğunun belirlenmesinde kusur açısından asıl önemli nokta ise TBK m. 116 hükmüdür. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi ÜYTE merkezleri, taraf oldukları sözleşmelerde borçların ifasını yardımcı kişiler vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. İşte bu açıdan bakıldığında ÜYTE merkezinin sorumluluğu aslında TBK m. 116 uyarınca doğmaktadır. Bu sorumluluk esasında da borçlu yani yardımcı kişi kullanan merkez, kusuru olmasa da yardımcı kişilerin verdiği zarardan sorumludur. Bu hüküm, TBK m. 112’de belirlenen kusurlu sorumluluk ilkesinin bir istisnasıdır³⁰¹. Dolayısıyla TBK m. 116’da belirtilen sorumluluk, kusursuz bir sorumluluk olup; TBK m. 112’den farklı olarak burada borçlu, yani ÜYTE merkezi, sözleşmeye aykırı fiilin gerçekleşmesinde kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz³⁰². Ancak doktrinde, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olabilmesi için, yardımcı kişinin bu davranışını kendisi gerçekleştirmiş olsaydı borçlunun kusurlu sayılması gerektiği ifade edilmektedir ki buna da farazi kusur

Kitabı, s. 453-454. Bu görüşü destekler nitelikte Yargıtay, özen borcuna aykırı davranışları meslek kusuru olarak adlandırmaktadır. “*Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.*” Bkz. Yargıtay 4. HD. E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 07.03.1977. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD. E. 2012/21402, K. 2012/16968, T. 05.07.2012. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.08.2020).

³⁰¹ Yağcı, s. 6-7; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1200; Tekinay ve Diğerleri, s. 887; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015. 357; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 181.

³⁰² Oğuzman ve Öz, Cilt. I, s. 449; Kılıçoğlu, s. 825; Hatemi ve Gökyayla, s 289; Tekinay ve Diğerleri, s.898; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 365; Antalya, Cilt. V/1,3, s. 376; İnan ve Yücel, s. 616.

denir³⁰³. Bir başka deyişle borçlu, bu fiili kendisi gerçekleştirseydi kusurlu sayılmayacak ve sözleşmesel sorumluluğuna gidilemeyecekti ise, o zaman yardımcı kişinin de fiilinden sorumlu olmaz. İşte doktrinde bu sebeple TBK m. 116 hükmünden doğan sorumluluğun kusursuz bir sorumluluk olmadığı ifade edilmiştir. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira burada örneğin ÜYTE merkezi, kusursuzluğunu değil, bu fiili kendisi gerçekleştirseydi de sorumlu olmayacağını, yani örneğin bu fiilin dışsal bir sebeple gerçekleştiğini ispat etmeye çalışacaktır. İşte böylelikle borçlu, hukuk tarafından kınanabilir bir davranışı kendisi gerçekleştirmese bile, alacaklının kendisinden bekleyeceği özeni göstermemek dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Farazi kusur belirlenirken de borçlunun mevcut bilgi, yetenek ve kapasitesi değil; yardımcı kişinin üstlendiği işte gerekli olan bilgi ve yetenekler esas alınacaktır. Dolayısıyla ÜYTE açısından baktığımızda, yardımcı kişi olan sağlık personelleri de uzmanlık gerektiren bir iş üstlendiklerinden ve sahip olmaları gereken bilgi daha yüksek olduğundan; aslında merkezin sorumluluktan kurtulması da daha zor olacaktır. Bu kuralın uygulanması aslında amaca da uygundur. Zira aksi hâlde ÜYTE merkezinin işleticileri, uzmanlık alanına girmeyen bir işi yapan hekimin fiilinden sorumlu olmaktan kolayca kurtulma imkânına sahip olurdu³⁰⁴.

Burada kusur konusunda bir tartışma daha sürmektedir. Acaba örneğin ÜYTE merkezinin TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, hekimlerin kusurlu olması gerekir mi? Doktrinde bir görüş, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin de kusurlu olması gerektiğini ifade etmektedir³⁰⁵. Buna karşın bir başka görüş, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olması için yardımcı kişinin kusurunun aranmaması gerektiği yönündedir. Bu görüş kapsamında borçlu yardımcı kişinin ifaya katılmasıyla borçlarını daha rahat ifa etme imkanını elde ettiğine göre, bu nimetin yaratacağı külfete de katlanmak zorundadır³⁰⁶.

³⁰³ Yağcı, s. 127; Kılıçoğlu, s. 825; Yünlü, s. Karahasan, s. 560; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 449; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 445; Tekinay ve Diğerleri, s. 898; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1204; Antalya, **Cilt. V/1,3**, s. 374; İnan ve Yücel, s. 616; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 138-139; Serozan, **İfa**, s. 286; Gültekin, s. 383; Hatemi ve Gökyayla, s. 289; Demircioğlu, s. 272; Altan Fahri Gülerci ve Ayşe Kılınç, **6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 256;

³⁰⁴ Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 450.

³⁰⁵ Von Tuhr, s. 598; İnan ve Yücel, s. 616; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 124.

³⁰⁶ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 842-843; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 449; Nomer, **Genel Hükümler**, s.364-365.

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde, TBK m. 66'da belirtilen şekilde bir kurtuluş kanıtının olmadığına da belirtilmesi gerekmektedir. Aşağıda daha detaylı belirteceğimiz gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66 kapsamında borçlu, çalışanını seçmede; ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Fakat TBK m. 116 açısından böyle bir imkân yoktur. Dolayısıyla ÜYTE merkezi, artık sadece kendisine farazi kusurun isnad edilemeyeceğini ya da illiyet bağının mücbir sebep gibi bir unsurla kesildiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

2.1.3.2.4. Zarar

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluklarının doğması için hastaların bir zarara uğramış olmaları da gerekmektedir. Zarar kavramı hukuken korunan bir menfaatin tıbbi müdahalenin öncesi ile sonrası arasındaki farkını ifade eder³⁰⁷. Bir diğer deyişle tıbbi müdahale sonucunda, tıbbi müdahalenin konu edindiği değerlerde yaşanan eksilme, bir zararın meydana geldiğini göstermektedir. Bu zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir.

Maddi zararlar, özellikle üçüncü bölümde de ifade edeceğimiz gibi, tedavi giderleri, çalışma gücünde yaşanan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar gibi kalemlerdir. Burada özellikle hastaların yanlış ÜYTE uygulaması sonucunda başka bir sağlık kuruluşuna başvurmaları gibi bir durumda da yapılan giderler de maddi zarar kapsamına girer. Manevi zararlar ise, hukuka aykırı ÜYTE uygulaması sebebiyle eşlerin yaşadığı acı, elem ve kederi ifade eder. Burada özellikle eşlere ait bilgilerin ifşa edilmesi yani sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması, yanlış tedavi sonucunda çocuğun sakat doğması ya da genetik tanı testleri sonucunda belirlenebilecek bir genetik rahatsızlığın tespit edilemeyerek çocuğun hasta doğması gibi durumlarda manevi zarar daha ön plandadır.

Bu kapsamda maddi veya manevi olarak zarara uğradığını ispat yükü eşlerin üzerindedir. Bir diğer deyişle eşler, hatalı ÜYTE uygulamasından kaynaklanan zararları

³⁰⁷ Von Tuhr, s. 76; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 100; Kalaycı Ölçüm, s. 124; Antalya, *Cilt. V/1,3*, s. 380; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1214; Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 407 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 132.

ve bunların miktarını ispatlamak zorundadır. Burada düşünülmesi gereken bir diğer soru da cenine verilen zararlardan dolayı dava açılıp açılmayacağıdır ki bu da üçüncü bölümde aktarılacak olduğundan oradaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz³⁰⁸.

2.1.3.2.5. Nedensellik Bağı

Sözleşmesel sorumluluğun bir diğer unsuru da nedensellik bağıdır. Nedensellik (illiyet) bağı, eşlerin uğradığı zararın; ÜYTE merkezinin sözleşmeye aykırı fiilinden kaynaklanmasını ifade eder. Burada nedensellik bağının nasıl belirleneceği konusu, doktrinde tartışma yaratmaktadır. Genel olarak kabul edilen nedensellik bağı teorisi ise, uygun illiyet bağı teorisidir. Bu teori uyarınca sözleşmeye aykırı fiil, olağan hayat tecrübelerine göre zararlı sonucu doğurabilecek nitelikteyse, artık fiil ile zarar arasında nedensellik bağı var demektir³⁰⁹. Burada dikkat edilirse, önemli olan mantıki nedensellik değildir. Bir diğer deyişle tıbbi müdahalenin doğru gerçekleşmemesi ile zarar arasında sadece sebep sonuç ilişkisinin kurulması yeterli değildir. Önemli olan ÜYTE uygulanırken gerçekleştirilen fiilin, sonucu doğurma niteliğidir.

Fiilin, zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde nasıl bir yol izleneceği de tartışmalıdır. Burada ilk görüş, tıbbi müdahalenin gerçekleştiği esnada bilinmesi gereken şartların tahmin edilmesini göz önüne almaktadır. Buna doktrinde önceden tahmin teorisi adı verilmektedir³¹⁰. İkinci görüş olarak ise hâkimin tespit edebildiği tüm şartların elverişliliğin değerlendirilmesinde göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir ki bu da sonradan değerlendirme teorisi olarak ifade edilmektedir³¹¹. Kanaatimizce burada ilk görüşe katılmak doğru olmaz. Zira tıbbi müdahalenin gerçekleştiği andaki şartların tahmin edilmesi, aslında özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile eşdeğerdir ki bu da illiyet bağı ile kusuru aynı dereceye indirir. İkinci görüşün uygulanması da mantıki nedenselliğin uygulanmasına

³⁰⁸ Aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, 1.

³⁰⁹ Eren, **Genel Hükümler**, s. 1214; Kılıçoğlu, s. 815; Antalya, **Cilt. V/1,3**, s. 376; Öztürkler, s. 156; Kalaycı Ölçüm, s. 126; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 193; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 44-45; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 573; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 101; Şengül, s. 137; Demir, Hekimin Sorumluluğu, s. 248; Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 37.

³¹⁰ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 46; Eren, **Genel Hükümler**, s. 610.

³¹¹ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 46.

kapı açacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce burada TMK m. 2 uyarınca hakime takdir yetkisi tanınması ve dürüstlük kapsamında hakim elverişliliği değerlendirmesidir.

ÜYTE açısından değerlendirmesi gereken bir diğer nokta da nedensellik bağının kesilmesidir. Bu özellikle hastanın/eşlerin kendi kusuru ile gerçekleşmektedir³¹². Ancak bunun için eşlerin kusurunun belirli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir. Eğer eşlerin kusuru, nedensellik bağını kesecek bir ağırlığa ulaşmamışsa, bu durumda sadece tazminattan indirim yapılması gerekecektir. Örneğin yumurta toplama işlemi esnasında genel anestezi yapılacaksa ve daha önce de kadın, anestezi almasına engel bir hastalığının olduğunu gizlediğinden yumurta toplama işlemi esnasında vefat etmişse, artık bu durumda nedensellik bağının kesildiğinden söz edilebilir. Benzer şekilde üçüncü kişilerin kusuru sebebiyle de illiyet bağı kesilmiş olabilir. Örneğin ÜYTE merkezi tarafından eşlerin doğum için yönlendirildiği sağlık kuruluşunda veya genetik tanı testinin yapılacağı merkezdeki işlemler sebebiyle de eşler zarar görmüş olabilir. Bu durumda da illiyet bağının kesilmesinden ya da ÜYTE merkezinin de bu yönlendirmede kusuru varsa ortak nedensellik söz edilebilir.

Nedensellik bağının varlığını ispat yükü ÜYTE merkezinin sorumluluğunu gündeme getiren eşlere aittir. Ancak doktrinde nedensellik bağının varlığını ispat konusunda hastanın emarelere dayalı bir ispata başvurabileceği ifade edilmektedir³¹³. Bu sebeple de hastaların ispatından ziyade uygulamada, nedensellik bağının varlığının belirlenmesinde mahkemeler tarafından bilirkişilere başvurulmaktadır. Hatta bilirkişilerin nedensellik bağı ve kusur hakkında yeterli değerlendirme yapmaması durumunda uygulamada ek rapor alınması veya dosyanın yeni bilirkişi heyetine tevdi zorunlu görülmektedir³¹⁴. Dolayısıyla aslında uygulamada nedensellik bağının ispatının

³¹² Ancak elbette illiyet bağını kesen tek sebep eşlerin kusuru değildir. Bu kapsamda mücbir sebep ve üçüncü kişinin kusuru da illiyet bağını kesen sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak konumuzla yakın ilişkisine binaen özellikle eşlerin kusurlu davranışı sebebiyle illiyet bağının kesilmesi hakkında bilgi vermeyi uygun gördük. Bunun dışındaki illiyet bağını kesen sebepler için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 625 vd.; Kılıçoğlu, s. 815 vd.; Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 101; Antalya, **Cilt. V/1,3**, s. 510.

³¹³ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 194; Özdemir, Hukuki Sorumluluk, s. 67; Demir, Hekimin Sorumluluğu, s. 249-250; Ahmet Başözen, **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 267.

³¹⁴ “...somut olaya bakılacak olursa; mahkemece Adli Tıp Kurumu'ndan alınan ilk rapor esas alınarak hüküm verilmiş ise de; aynı kurumdan alınan iki rapor arasında çelişki oluşmuştur. Ayrıca mevcut raporlarda ameliyatın tek hekimle mi yoksa birden fazla hekimin katılımı ile yapılması gerektiği, birden fazla hekimle yapılması gerekiyorsa

hasta tarafından gerçekleştirilmesi yerine doğrudan bilirkişi raporlarına göre karar verilmesi yönünde bir eğilim vardır ki bu da kanımızca hatalıdır. Zira bu yöntemle aslında bilirkişiler hakimın yerini almakta ve bilirkişi raporu mahkeme hükmünden daha ön plana çıkmaktadır. Bunun da yargılamanın temel ilkelerine nasıl aykırılık teşkil edeceği ortadadır.

2.2. Üremeye Yardımcı Tedavilerden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu

Üremeye yardımcı tedavilerden dolayı eşlerin zarara uğraması durumunda, eşler bu zararlarının giderilmesi amacıyla merkezin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna da dayanabilirler. TBK m. 49’da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu, Borçlar Hukuku’nda yer alan borcun kaynaklarından birisi olarak kabul edilmektedir. Haksız fiil sorumluluğu esasında sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, sorumluluk doğuran davranışın bir borca aykırı olmasına değil; genel davranış kurallarına aykırı olmasına dayanır³¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 49, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimsenin bu zararı karşılamakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda ÜYTE uygulamasında kusurlu davranan ve bir kimseye zarar veren sağlık personeli, TBK m. 49 uyarınca sorumlu olacaktır. Zira tıbbi müdahalede hata yapılması, kişinin vücut bütünlüğünün ihlâli anlamına gelir ki bunun da haksız fiil kapsamına girdiği çok açıktır. Dolayısıyla hatalı ÜYTE uygulamasında hekim ve sağlık

hangi hekimlerin ameliyatta bulunması gerektiği hususları üzerinde hiç durulmamıştır. O halde mahkemece, konusunda uzman rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir Üniversiteden, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, özellikle konu ile ilgili branşlardan ameliyat öncesi konsültasyon istenmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise meydana gelen hasar ile bu özen eksikliği arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı ile ameliyatın tek hekim tarafından mı yoksa birden fazla hekimin katılımı ile yapılması gerektiği, birden fazla hekimle yapılması gerekiyorsa hangi hekimlerin ameliyatta bulunması gerektiği hususları nazara alınarak davalı doktora yüklenebilecek atfı kabil bir kusur olup olmadığı hususlarında, nedenlerini açıklayıcı, tarafların itirazlarını karşılayacak mahiyette, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2016/173, K. 2018/8140, T. 19.09.2018. Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2016/19378, K. 2018/5863, T. 28.05.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2015/41418, K. 2018/5670, T. 10.05.2018; Yargıtay 13. HD. E. 2015/40782, K. 2018/5451, T. 09.05.2018. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.08.2020).

³¹⁵ Kılıçoğlu, s. 363; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 1; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 159 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 154.

personelinin sorumluluğu TBK m. 49 uyarınca doğar. ÜYTE merkezinin haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ise temelde TBK m. 66 ile düzenlenmiştir. TBK m. 66, kusursuz bir sorumluluk hâli olarak adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu sistem içerisinde ÜYTE uygulaması sebebiyle zarar gören hastalar, isterlerse hekim ve sağlık personellerinin TBK m. 49 uyarınca sorumluluğuna gidebileceği gibi, isterlerse TBK m. 66 uyarınca doğrudan ÜYTE merkezine de başvurabilir. Bu sebeple önce kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğmasının şartlarından bahsettikten sonra, TBK m. 66 kapsamında ÜYTE merkezinin kusursuz sorumluluğuna değinmekte fayda vardır.

2.2.1. Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğunun Doğmasının Şartları

2.2.1.1. Hukuka Aykırı Fiil

2.2.1.1.1. Genel Olarak

TBK m. 49’da ifade edildiği gibi ancak hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verilirse kusura dayanan sorumluluk doğar. Bu kapsamda hukuka aykırı fiil, hukuk düzeninin kabul etmediği, yasakladığı davranışları kapsar³¹⁶. Hukuka aykırılık genellikle kusur ile karıştırılmaktadır. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse, ÜYTE merkezinin enjeksiyon esnasında kadının rahmine zarar vermesi hukuka aykırı fiil iken; hekimin bunu fiili gerçekleştirirken özenli davranmamış olması ya da zararı bilerek vermesi kusuru ifade eder. Dolayısıyla aslında kusurlu olmasa da bir davranış hukuka aykırı olabilir.

³¹⁶ Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 12-13; Kılıçoğlu, s. 365; Antalya, *Cilt.V/1,2*, s. 87 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, s. 166; Özdemir, *Hukuki Sorumluluk*, s. 39; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 574; Tekinay ve Diğerleri, s. 476 vd.; Feyzioğlu, *Genel Hükümler*, s. 483 vd.; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 161; Ayan, *Genel Hükümler*, s.250; İnan ve Yücel, s. 383; Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 85; Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Salim Özdemir (Çev.), 1. Baskı, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 41 vd.

Hukuka aykırı fiil, olumlu ya da olumsuz şekilde gerçekleşebilir³¹⁷. Bir diğer deyişle hekimin aktif bir davranışı hukuka aykırı olabileceği gibi, belirli bir işlemi yerine getirmemesi de hukuka aykırı olabilir. Örneğin tedaviye başlamadan önce eşlerin öyküsünün alınmaması ya da eşlerin rızasının alınmaması yukarıda belirtilen mevzuata göre hukuka aykırıdır. Ayrıca eşlerin sırlarının ifşa edilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

Hukuka aykırı fiilin varlığı konusunda doktrinde üzerinde durulan bir diğer kavram da hukuka aykırılık bağıdır. Hukuka aykırılık bağı, mağdurun uğradığı zararın, fiil ile ihlâl edilen hukuk kuralının koruma amacı kapsamında kalmasını ifade eder³¹⁸. Bu açıdan bakıldığında her tıbbi müdahale kural olarak kişinin en temel hakkı olan şahıs varlığı hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlâl eder. Dolayısıyla tıbbi müdahale gerçekleştirilirken tıbbi gereklere aykırı olarak yapılması sebebiyle hasta zarar gördüğünde; vücut bütünlüğü ihlâl edileceğinden hukuka aykırılık bağı da oluşacak demektir. Bu hukuka aykırı davranışlara örnek olarak eşler dışında üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması ya da eşlerin ÜYTE'ye başvurdıklarının ifşa ve ilân edilmesi, eşlerin üreme hücrelerinin imha edilmesi zorunluluğuna rağmen saklanması ve kullanılması, merkez tarafından gerçekleştirilen doğum işleminde kusur sebebiyle çocuğun sakat olarak dünyaya gelmesi ya da ölmesi veya doğumdaki tıp kurallarına aykırı bir işlemde dolayı annenin ölmesi gibi durumlar verilebilir.

ÜYTE açısından en çok sorun doğuran noktalardan birisi ise çocuktaki bir anomalinin tespiti meselesidir. Bu anomalinin tespit edilebilir olmasına rağmen tespit edilmemesi ve bu sebeple çocuğun hasta olarak dünyaya gelmesi de hukuka aykırı fiil sayılacaktır. Ancak bu anomalinin tedavi edilebilir olup olmamasının aslında kusur açısından bir önemi yoktur. Zira anomali tedavi edilebilir ise ve bu tespit edilememiş ise yine hekim bundan dolayı haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır. Anomalinin tedavi edilemez olması, örneğin çocuğun down sendromlu olması gibi bir

³¹⁷ Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 13; Tandoğan, *Mes'uliyet Hukuku*, s. 12 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, s. 583 vd.; Kılıçoğlu, s. 366; Hüseyin Hatemi, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 2. Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 25 vd.

³¹⁸ Hukuka aykırılık bağı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Tekinay ve Diğerleri, s. 476; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 574; Aydın, s. 110; Kılıçoğlu, s. 366; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 15; Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt.23, Sayı.1, (2017), s. 465 vd.; Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.59, Sayı.3, (2010), s. 345 vd.

durumda da bunun tespit edilmesi hekime ait bir yükümlölük olduğundan; bu yükümlölüğün ihlali de haksız fiil teşkil eder. Zira tedavi edilemeyen bir anomalinin tespit edilmesi durumunda eşler, kanunen sahip oldukları kürtaj hakkını kullanabilir iken bunun tespit edilememesi nedeniyle bu haklarını kullanma imkânından yoksun kalmışlardır. Bu durumda da artık eşlerin haksız fiil sorumluluğuna gitmeleri doğaldır. Ancak çocuk açısından bakıldığında, çocuğun hekime karşı bu sebeple dava açması mümkün olmamalıdır³¹⁹. Zira eğer davaya izin verilirse, çocuğun açacağı dava bu rahatsızlığın tespit edilmemesi durumunda hiç dünyaya gelmeyeceğı ve kürtajla yaşamına son verileceğı, ancak bu imkânın da ortadan kalkmış olduğı ve zarar gördüğü vakıalarına dayanacaktır. Bir diğere deyişle çocuk yaşamımı neden sona erdirmediniz diyerek dava açacaktır. Ancak bilindiğı gibi kimse kendi kişisel haklarından kısmen veya tamamen vazgeçemez. Böyle bir dava da çocuğun kendi yaşam hakkının kısıtlanmasını amaçlayacağından kabul edilmemelidir³²⁰.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların neler olduğı ise TBK m. 63 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Bunlar doktrinde mağdurun rızası, meşru müdafaa, zorunluluk hâli, kendi hakkını kuvvet kullanarak koruma, üstün nitelikte kamusal ve üstün nitelikte özel yarar olarak sayılabilir. Bu hukuka uygunluk sebeplerini teker teker saymak ve açıklamak konumuz olmadığından bunlara değinmiyoruz. Ancak burada ÜYTE açısından üstün nitelikte özel yarar ve mağdurun rızasına örnekler üzerinden değinmekte fayda vardır.

2.2.1.1.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Özelinde Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bazı Durumlar

2.2.1.1.2.1. Rıza

³¹⁹ Bu duruma doktrinde istenmeyen yaşam davası adı verilmektedir. Bu tür davaların kabul edilmemesi gerektiğı hakkında bkz. Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 114-115; Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 130 vd. Ancak eşlerin istenmeyen doğum davası denilen ve hekimi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tuttukları davanın önünde herhangi bir engel yoktur. Bkz. Zarife Şenocak, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk ve Tazminat*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 51.

³²⁰ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 115-116.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan rızaya ve bu rızanın kapsamı, şekli, rızanın ne zaman verilmesi gerektiği gibi hususlara yukarıda detaylı olarak değinmiştik. Ancak tekrar etmek gerekir ki mağdurun rızası, haksız fiillerde de fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak TBK’da düzenlenmektedir. Bu rıza aslında kişilik haklarına saldırıya ilişkin TMK m. 24’te de kendisine yer bulmaktadır. Vücut bütünlüğünü ihlâl eden tıbbi müdahaleler de aynı zamanda kişilik haklarına doğal olarak müdahale teşkil ettiğinden; ancak hastanın rızası ile hukuka uygun olacaktır.

Ancak rızanın hukuka aykırı bir fiili hukuka uygun hâle getirebilmesi için bu rızanın konusunun da hukuka uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin heterolog döllenmeye gösterilen rıza hukuka uygun sayılmadığından artık bu tıbbi müdahale de hukuka uygun olmayacaktır. Burada eşlerden birinin rıza göstermesi durumunda da sonuç değişmez. Ancak elbette bu tür bir rızaya hiçbir sonuç bağlanamıyor da denemez. Zira her ne kadar bu rıza, heterolog döllenmeyi hukuka uygun duruma getirmese de; olası bir tazminat davasında tazminattan indirim sebebi olarak da göz önüne alınmak zorundadır. Rızanın en çok ön plana çıktığı durumlardan birisi de fazla üreme hücrelerinin saklanmasıdır. Üreme hücrelerinin saklanması eşlerin birlikte rıza göstermiş olmaları gerekmektedir. Bir diğer deyişle eşlerin birlikte rıza göstermemiş olmaları durumunda artık üreme hücrelerinin saklanması ve saklanan bu üreme hücrelerinin kullanımı haksız fiil teşkil edecektir.

Rıza açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer hâl de ölümden sonra homolog döllenmedir. Bir diğer deyişle eşlerden birinin ya da her ikisinin, eşlerden birinin ölümü sonrasında kendisine ait üreme hücrelerinin eşine nakledilmesi yoluyla çocuk sahibi olmasına rıza göstermesi, acaba hukuka aykırılığı ortadan kaldırır mı? Bu duruma kanaatimizce Yönetmelik hükümleri çerçevesinde izin verilmemesi gerekir. Zira eşlerden birinin ölümü durumunda eşlere ait üreme hücrelerinin imha edilmesi ve kullanılmaması esastır. Ancak olması gereken hukuk açısından kanaatimizce homolog döllenme olması ve yaşarken eşlerin rıza göstermesi koşuluyla bu işlemin hukuka aykırı sayılmaması gerekir. Zira eşler yaşarken de doğal yollardan çocuk sahibi olabilmekte ve çocuk doğmadan ya da rahimde döllenme gerçekleşmeden örneğin koca vefat ederse; bu

durum hukuka aykırı sayılmamaktadır. Aslında ölümden sonra homolog döllemede de çocuğun soybağı açısından da sıkıntı yaratacak bir durum yoktur. Sonuç olarak kanaatimizce bu duruma izin verilmesi gerekir ve bu tarz bir döllemeye verilen rıza, işlemi hukuka aykırı olmaktan çıkarmalıdır.

2.2.1.1.2.2. Üstün Nitelikte Özel Yarar

Üstün nitelikte özel yarar da ÜYTE uygulamasında ortaya çıkabilecek hukuka uygunluk sebeplerinden bir tanesidir. Üstün nitelikte özel yarar bilhassa tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınamayacağı durumlarda bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir³²¹. Özellikle ÜYTE uygulaması sonucunda gerçekleşen doğum esnasında ameliyatın genişletilmesi gibi bir durum ortaya çıkarsa, artık üstün özel yarar var kabul edilir. Üstün özel yararın var olup olmadığı ayrıca cinsiyet belirleme işlemleri açısından da değerlendirilmelidir. Yönetmelik EK-17/8 hükmünde genetik hastalıklardan kaçınma hâli hariç çocuğun cinsiyetinin belirlenmesi için embriyo veya gonad dokusu seçimi yapılması yasaklanmıştır. Bu durumda özellikle eşlerin embriyo veya gonad dokusu seçimine rıza göstermemesi durumunda, acaba doğacak çocuğun yararı göz önüne alınarak embriyo testi yapılabilir mi? Doktrinde açıkça rıza gösterilmemesine rağmen üstün özel yarar dikkate alınarak bir tıbbi müdahalede bulunulmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce bu durumda çocuğun genetik hastalıklardan kurtulması için embriyo seçimi ve transferin bu şekilde yapılması kabul edilebilir. Zira genetik hastalıkların sonucu ağır olup, doğacak çocuğun sadece anne babasının rızası sebebiyle bu hastalığı hayatı boyunca taşımaya katlanması kabul edilemez bir sonuçtur. Aslında bu sonuca başka bir yünden de ulaşılabilir. Bilindiği gibi küçüğün velisi, onun menfaatine olan bir işleme bilerek rıza göstermiyorsa, bu durum TMK m. 348 uyarınca ona karşı yükümlülüklerini, ki çocuğun menfaatine davranmak anne babanın TMK m. 339 uyarınca görevidir, ihlâl etmesi anlamına geleceğinden velayetin kaldırılması sebebidir. Bu açıdan bakıldığında aslında çocuk doğduktan sonra da anne babanın çocuğun menfaatine olan işlere rıza göstermesi yani çocuğun yararı göz önündeyken; bunun çocuk doğmadan önce kabul

³²¹ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 108; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 26; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, s. 12; Antalya, *Cilt. V/1,2*, s. 122; Çilingiroğlu, s. 73; Kılıçoğlu, s. 384 vd.; Özdemir, *Hukuki Sorumluluk*, s. 38; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 168.

edilmemesi mantıksız olacaktır. Bu durumda her ne kadar çocuğun henüz hak ehliyetine sahip olmadığı düşünülürse de, çocuğun genetik bir hastalıkla yaşamak zorunda bırakılması da ağır bir sonuç olacaktır.

2.2.1.2. Kusur

Kural olarak haksız fiil sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluktur. Bu açıdan bakıldığında kusur, tıpkı sözleşmesel sorumlulukta bahsettiğimiz gibi yine kast, ağır ihmâl ya da hafif ihmâl olarak gerçekleşecektir. Bu açıdan kastın, ağır ihmâl ya da hafif ihmâlin ne demek olduğu konusunda sözleşmesel sorumluluktaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz³²². Ancak ÜYTE merkezi açısından bakıldığında ise kusurun varlığı gerekmemektedir. Zira ÜYTE merkezi nasıl ki sözleşmesel sorumluluk kapsamında TBK m. 116 uyarınca sorumlu oluyorsa, haksız fiil açısından da adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır. Bu açıdan bakıldığında ÜYTE merkezinin sorumlu tutulması için kusurlu olmasına gerek yoktur. Ancak elbette ÜYTE merkezinin kusurlu olması da mümkündür. Fakat TBK m. 66 hükmünün uygulanabilmesi için merkezin kusurlu olup olmadığının eşler tarafından ispatlanmasına gerek yoktur. Fakat dikkat edilirse bu açıklamalarımız ÜYTE merkezi için geçerlidir. Elbette haksız fiilden dolayı eşler, doğrudan hekimin ve diğer sağlık personellerinin de sorumluluğuna gidebileceğinden; artık bunlar için kusura dayanan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Bir diğer deyişle eşler, hekim ve diğer sağlık personellerini haksız fiilden dolayı sorumlu tutmak istiyorlarsa, kusurlu olduklarını ispatlamak zorundadır. Ayrıca vurgulamalıyız ki bu durum sözleşmesel sorumluluktan da farklıdır. Zira sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmeye aykırı bir fiilden dolayı zarar gören hasta sadece sözleşmeye aykırı fiilin, zararın ve illiyet bağının ispatlamakla yükümlü olup, borçlu kusursuzluğunu ispatlamaktadır. Fakat burada artık hasta, hekimin/merkezin kusurlu olduğunu da ispatlamaya mecburdur.

2.2.1.3. Zarar

³²² Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, 2.1.3.2.3.

Haksız fiilden dolayı ÜYTE uygulayan hekimin ya da merkezin sorumlu tutulabilmesi için eşlerin ya da eşlerden birinin zarara uğramış olması gerekmektedir. Bu kapsamda bu zarar maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir. ÜYTE uygulaması dahil tüm tıbbi müdahaleler vücut bütünlüğünü ihlâl ettiği için, bu ihtimalde talep edilecek maddi zararların neler olacağı konusunda da TBK m. 54 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre eşler, tedavi masraflarını, varsa kazanç kayıplarını, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarını talep edebilirler. Ayrıca yansıma zarar kalemi olarak da eşlerin vefatı durumunda eşlerin desteğinden yoksun kalan kimseler de, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Bunun dışında manevi zararlar da hatalı ÜYTE uygulaması sebebiyle uğranılan acı, elem ve kederin karşılığıdır. Özellikle doğan çocuğun genetik bir rahatsızlığa sahip olması durumunda manevi tazminat daha ön plana çıkmaktadır.

2.2.1.4. Nedensellik Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun doğmasının bir diğer şartı da hukuka aykırı fiil ile zarar arasında nedensellik bağının olmasıdır. İlliyet bağının hangi esaslara göre tespit edileceği hususunda yine sözleşmesel sorumluluk bahsinde ifade ettiğimiz gibi uygun illiyet bağı teorisi kullanılmakta ve hukuka aykırı fiilin objektif olarak bu zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. Nedensellik bağı, yine eşlerin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle kesilebilir. Örneğin kendisinden spermlerin alınmasından önce belirli ilaçları kullanması gereken eş bu ilaçları kullanmamış ve döllenme gerçekleştirilmemişse artık illiyet bağı kesilmiştir. Benzer şekilde yumurtalıkların aşırı uyarılması (ovarian hyperstimulation syndrom) durumunda kadının yatar pozisyonda istirahat etmesi gerekliken bu tedbire riayet etmemesi sonucu zarar görmesi durumunda da artık nedensellik bağı kesilmiştir. Yine bir başka örnek olarak bilimsel çalışmalara göre sigara kullanımı yardımcı üreme tekniklerinin başarısını azaltmakta ve eşlere zarar vermektedir. Örneğin sigara içen eşlerde toplanan oositlerde azalma, embriyo transferinden sonra implantasyonda %50 oranında azalma, gebelik oranında düşme gibi sonuçlara rastlanmaktadır. İşte hekimin uyarılarına rağmen sigara içmeye devam eden eşlerin çocuk sahibi olamaması ya da çocuk sahibi olmalarına

rağmen sigaraya bağlı olarak çocukta anomalilerin gündeme gelmesi durumunda da artık nedensellik bağı kesilmiş demektir ve hekim/merkez sorumlu tutulamaz.

2.2.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezinin Kusursuz Sorumluluğunun Doğması³²³

2.2.2.1. Genel Olarak

Bilindiği gibi ÜYTE merkezleri, teşhis ve tedavi sürecini hekimler ve diğer sağlık personelleri aracılığıyla yürütmektedir. Bu sağlık personelleri, ÜYTE merkezine bağlı olarak çalışabildikleri gibi, merkezler dışarıdan çeşitli hekimler ya da sağlık personellerinden de hizmet alabilmektedirler. İşte bu durumda ÜYTE merkezinin sorumluluğunun ne olacağı konusunda TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğuna dair düzenleme önem kazanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 66, adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen işi yapması esnasında başkalarına verdiği zarardan sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Bu sorumluluk esasen kusursuz bir sorumluluk hâlidir³²⁴. Zaten doktrinde de adam

³²³ Kusursuz sorumluluk denildiği zaman TBK m. 66 vd.'de belirtilen sorumluluk hâlleri bu kapsama girecektir. Her ne kadar bu başlık altında adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedilecek olsa da, doktrinde ÜYTE merkezlerinin tehlike sorumluluğu ile TBK m. 69 dolayısıyla yapı malikinin sorumluluğu kapsamında da sorumlu tutulabileceğinden bahsedilmektedir. Bkz. Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 129-130. Ancak tehlike sorumluluğu niteliği gereği tehlike arz eden işletmelere görülen faaliyetlerden kaynaklanan bir sorumluluk olup, temelinde özellikle çevreye muhtelif kimyasal maddeler yayan ve karakteristik olarak tehlike yaratan işletmeler için getirilmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 197; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 213 vd.; Kılıçoğlu, s.468 vd.; Senem Saraç, **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71)**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 28 vd. Dolayısıyla ÜYTE merkezleri açısından, bunların faaliyeti TBK m. 71 anlamında tehlike arz eden nitelikte olduğundan bu sorumluluğa yer vermey uygun görmüyoruz. Benzer şekilde TBK m. 69'da düzenlenen yapı amlikinin sorumluluğu da, bir binanın veya diğer yapı eserinin yapısından kaynaklanan bir zararın gündeme gelmesi durumunda, bu yapıdan kaynaklanan malikin sorumlu tutulması esasına dayanır. Bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s. 732 vd.; Aybay, s. 97; Ayan, **Genel Hükümler**, s. 294; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 395 vd.; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 174 vd.; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1981, s. 161; Tekinay ve Diğerleri, s. 517 vd. Bu sebeple bu sorumluluk hâli de doğrudan üremeye yardımcı tedavi uygulamalarını ilgilendirmediklerinden, yine bu sorumluluk hakkında da ayrı başlık açmamayı daha uygun bulduk. Dolayısıyla bu başlık altında sadece üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin adam çalıştırma sıfatıyla sorumluluğu irdelenecektir.

³²⁴ Kılıçoğlu, s. 426; Reisoğlu, **Genel Hükümler**, s. 186; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 694; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 329 vd.; Tekinay ve Diğerleri, s. 503 vd.; Tercier,Pichonnaz ve Develioğlu, s. 575 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 151; Deschenaux ve Tercier, s. 66 vd.; İnan ve Yücel, s. 415; Feyzioğlu, **Genel Hükümler**, s. 614 vd.; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 190 vd.; Nazlı Hilal Çelik, **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 4; Tandoğan **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 64. Yargıtay da adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu görüşündedir. Bkz. Yargıtay 21. HD. E. 2019/6315, K. 2020/1854, T. 02.06.2020; Yargıtay 4. HD. E. 2018/1598, K. 2019/5590, T. 26.11.2019; Yargıtay 11. HD. E. 2018/1778, K. 2019/6609, T. 23.10.2019; Yargıtay HGK. E. 2019/63, K. 2019/985, T. 01.10.2019; Yargıtay HGK. E. 2017/11-129, K. 2019/961 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.08.2020).

çalıştırmanın sorumluluğu farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Örneğin bir görüşe göre bu sorumluluk sebebinin kabulünün temelinde temelinde adam çalıştırmanın, çalıştırılan üzerinde denetim ve gözetim vazifesinin var olması mevcuttur³²⁵. Ancak bir başka görüşe göre, adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın doğacak zararları karşılamaya yeter bir ekonomik gücünün olmamasına dayanırken³²⁶; bir başka görüş ise adam çalıştırmanın çalışanın iş ve emeğinden faydalandığı belirterek, sorumluluğun da ona yüklenmesinin hakkaniyet gereği olduğunu³²⁷ ifade etmiştir. Bunun dışında adam çalıştırmanın sorumluluğunun objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılması olduğu da iddia edilmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca önemli olan adam çalıştırmanın kendisine yüklenen objektif özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesidir³²⁸. Bir diğer deyişle burada adam çalıştırmanın ya da çalışanın kusurlu olup olmaması önemli değildir. Doktrinde objektif özen yükümlülüğünün ihlâlinin başlı başına bir kusur sayılacağı da ileri sürülmüştür. Ancak ileride de ifade edeceğimiz gibi adam çalıştırın kusursuz olduğunu değil, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulacaktır ki, TBK m. 66 ile TBK m. 112 arasındaki bu ifade farkı, bahsi geçen sorumluluğun kusursuz bir sorumluluk olduğunun en açık göstergesidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için yine öncelikle “çalışan” sıfatının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira ancak bu sıfatın belirlenmesi ile ÜYTE merkezinin sorumluluğundan bahsedilebilir. Bu kapsamda çalışan, bir kimsenin işlerini, onun emir ve talimatlarıyla ve onun gözetimi altında, ona bağımlı bir şekilde gerçekleştiren kimsedir³²⁹. Bir diğer deyişle iki kişi arasında çalışan-çalıştırın ilişkisinin doğabilmesi için, çalışanın çalıştırana bağımlı olması ve onun tabiyeti altında bulunması

³²⁵ Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 109; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Reşat Kaynar, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1957, s. 118.

³²⁶ Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 109; Mustafa Reşit Karahasan, **Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk-Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003, s. 1049; M. Kemal Oğuzman, “Adam Kullananların BK m. 55 Gereği Sorumlu Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. XXIII, Sayı.1-2, (1958), s. 191; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 144.

³²⁷ Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 109; Velidedeoğlu ve Kaynar, s. 118.

³²⁸ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 139; Çelik, s. 34; Tekinay ve Diğerleri, s. 508; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 29 vd.; Oğuzman, **Adam Kullanan**, s. 191; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 144 vd.; Tunçomağ, s. 534-535. Burada hem özen yükümlülüğü hem de tehlike esasına dayalı bir sorumluluk olduğu hususunda bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s. 694.

³²⁹ Çelik, s. 21; Eren, **Genel Hükümler**, s. 699; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 340.

gerekir³³⁰. Ancak bu bağımlılık, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmasını gerektirmediği gibi, ivazlı olarak iş görülmesine de gerek yoktur³³¹. Dolayısıyla adam çalıştıran-çalışan ilişkisinin varlığında aranan tek şart, adam çalıştıranın çalışana emir ve talimat verme yetkisinin varlığı ve onun üzerinde denetim yetkisini kullanabilir durumda olmasıdır³³². Uygulamada hekimlere, şirket kurdurulması yoluyla kendilerinden hizmet alım sözleşmesi yapılması da bu kapsamda düşünülmelidir. Her ne kadar aksi yönde görüş olsa da, tüzel kişilerin de çalışan olabileceği³³³ ve şirket kurmuş olsalar bile bu hekimlerin de hastane organizasyonu altında ve onun denetim ve gözetimi altında, onun belirlediği şartlarla tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesinden hareketle; yine arada çalışan-çalıştıran ilişkisinin kurulduğu kanaatindeyiz³³⁴.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için gereken bir diğer şart da çalışanın hukuka aykırı fiilidir. Hukuka aykırı fiilin ne demek olduğu konusunda, kusura dayanan sorumluluğun doğması hakkındaki açıklamalarımız geçerlidir. Ancak bu kapsamda şu da özellikle ifade edilmelidir ki, TBK m. 116'ya ilişkin açıklamalarımıza benzer şekilde burada da gerçekleşen hukuka aykırı fiilin işin görülmesi esnasında ve işle ilgili olarak verilmesi gerektiği doktrinde kabul

³³⁰ Nomer, **Genel Hükümler**, s. 191; Eren, **Genel Hükümler**, s. 699; Hatemi ve Gökyayla, s. 151; Çelik, s. 21; Deschenaux ve Tercier, s. 72 vd.; Aybay, s. 95; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 147; Tekinay ve Diğerleri, s. 504; İnan ve Yücel, s. 415; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 575;

³³¹ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 147; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 56 vd.; Tekinay ve Diğerleri, s. 503 vd.; Çelik, s. 21; Kılıçoğlu, s. 427; Hatemi ve Gökyayla, s. 151; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 191; Ayan, **Genel Hükümler**, s. 290 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 343. Örneğin bu sebeple Yargıtay bir kararında eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sahibine bağımlı olarak iş görmeyip, ondan bağımsız olarak bir işi yerine getirme ve teslim borcunu üstlendiğini ifade ederek, iş sahibinin yüklenicinin fiillerinden dolayı TBK m. 66 uyarınca sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 10. HD. E. 2018/4286, K. 2020/147, T. 16.01.2020. Aynı yönde nkz. Yargıtay 10. HD. E. 2016/14678, K. 2019/2839, T. 27.03.2019; Yargıtay 17. HD. E. 2012/2674, K. 2013/5784, T. 18.04.2013 (Kazancı Hukuk İhtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.08.2020).

³³² Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 56 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 111; Kılıçoğlu, s. 427; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 147; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Cilt. I**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 387.

³³³ Karaca, s. 50. Tüzel kişilerin de çalışan olabileceği yönünde bkz. Çelik, s. 20.

³³⁴ Benzer yönde bkz. "Davalı şirket, ameliyatın tesisinde yapılmasını kabul etmekle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Davacı, davalı doktorun önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde ameliyat edilmeyi onaylamış; davalı şirket de tesislerinde ameliyat ve tedavinin yapılmasını kabul etmiştir. Şu durumda davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya ve sağlık tesisi ile de davalı doktorun aracılığıyla hukuki ilişki kurulmuştur. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını, bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve davalı şirket de tesisinde hastanın ameliyat edilmesini kabul etmekle, aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuştur. Diğer bir anlatımla, davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen bir biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı şirket doktorla birlikte sorumludur." Bkz. Yargıtay 4. HD. E. 2003/1529, K. 2003/11279, T. 07.10.2003. (Kazancı Hukuk İhtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 22.08.2020).

edilmektedir³³⁵. Dolayısıyla örneğin hekim, işi gerçekleştirirken değil de tamamen ayrı bir davranışıyla eşlere zarar vermiş; örneğin onları kasten yaralamışsa, artık ÜYTE merkezi, TBK m. 66 uyarınca sorumlu olmayacaktır. Bu konuda doktrinde, çalışanın zarara neden olan fiilinin kendi menfaatine mi yoksa adam çalıştırmanın menfaatine mi hareket ettiğinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁶. Buna göre yapılan iş ile amaç ve görev arasında sıkı bir bağlantı var ve bu bağlantı sadece yer ve zaman açısından geçerli değil, daha yoğun ise; artık bahsettiğimiz şart gerçekleşmiş sayılacaktır³³⁷.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için hukuka aykırı fiilin varlığı şart ise de, kusur şart değildir; zira bu sorumluluk Yargıtay kararlarında da ifade edildiği gibi objektif özen yükümlülüğüne dayanan bir sorumluluk hâlidir³³⁸. Burada dikkat edilmelidir ki, adam çalıştırmanın kusuru aranmadığı gibi, çalışanın da kusuru aranmaz. Dolayısıyla ÜYTE merkezinde çalışan hekimin de kusurlu olduğunun ispatına gerek yoktur. Ancak bu husus, hekimin TBK m. 49 uyarınca sorumlu tutulması hâli ile karıştırılmamalıdır. Yoksa eğer hekim bizzat sorumlu tutulacaksa, elbette kusuru ispatlanmalıdır.

Son olarak hekim ve diğer sağlık personellerinin fiilleri ile doğan zarar arasında da bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Zararın kapsamı ve nedensellik bağının

³³⁵ Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. ; Kılıçoğlu, s. 429; Hatemi ve Gökyayla, s. 152; Çelik, s. 149; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 61-62; Deschenaux ve Tercier, s. 74; İnan ve Yücel, s. 416; Tekinay ve Diğerleri, s. 506-507; Tufan Ögüz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından Zarar İle Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Bulunması Sorunu”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı. 8, (2006), s. 154 vd.

³³⁶ Deschenaux ve Tercier, s. 74; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu s. 576; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 115; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 145; Ögüz, s. 156; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 62.

³³⁷ “Çalışma yardımcısının adam kullanan yararına işi görürken üçüncü kişilere zarar vermesinden adam çalıştırmanın sorumluluğu için zararlandırıcı eylem ile hizmet arasında amaç ve görev yönünden sıkı bir bağın bulunması gerekir. Ancak, iş ile verilen zarar arasında sırf dış görünüş yönünden örneğin, sadece yer ve zaman itibariyle bir ilgi varsa, sıkı bir bağ bulunmasına dair koşul gerçekleşmiş olmaz. İşin görülmesi ile zararlandırıcı eylem arasında, bu eylemin hizmet ya da işe dair uğraşları oluşturan tedbir çerçevesi içinde sayılmasını gerekli kılacak şekilde “içten bir bağlılık” bulunması yeterlidir. Çalıştırılan tamamıyla kendi başına buyruk olarak ya da çalıştırana hiçbir yolla ilgisi olmayan özel amaçlar için davranmışsa, çalıştırana onun bu davranışlarından doğan zararlar sorumlu olması için, çalıştırana uğraşısı, ona ait bir iş olarak ve bu uğraşın yapılması da işletmede bir eksiklik olarak kendini göstermelidir.” Bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2013/12931, K. 2013/15966, T. 14.11.2013. Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2012/23133, K. 2013/3, T. 14.01.2013; Yargıtay 4. HD. E. 2000/2062, K. 2000/4389, T. 04.05.2000 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 22.08.2020).

³³⁸ Yargıtay HGK. E. 11-153, K. 2019/916 T. 19.09.2019; Yargıtay 3. HD. E. 2019/69, K. 2019/3510, T. 17.04.2019; Yargıtay 21. HD. E. 2018/853, K. 2019/1525, T. 04.03.2019 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 22.08.2020)

nasıl tespit edileceği konusunda kusura dayanan sorumluluk hakkındaki açıklamalarımız geçerli olduğundan, oraya atıf yapmakla yetiniyoruz³³⁹.

2.2.2.2. TBK m. 66 Kapsamında Kurtuluş Kanıtı Getirilmesi

Bir önceki başlıkta belirttiğimiz şartların gerçekleşmesi ile beraber ÜYTE merkezi, TBK m. 66 kapsamında sorumlu hâle gelecektir. Ancak TBK m. 66/2-3 hükümlerinde, adam çalıştırmanın bu sorumluluktan kurtulabilmesi için kurtuluş kanıtı getirmesine imkân tanınmıştır. Bu da aslında bir sonraki başlıkta belirteceğimiz gibi TBK m. 116 ile TBK m. 66 arasındaki en önemli farktır.

Kurtuluş kanıtı, adam çalıştırmanın kusursuzluğunu ispatlaması anlamına gelmemekte, onun sorumlu tutulamayacağını ispatlamasını ifade etmektedir³⁴⁰. Bir diğer deyişle bir önceki başlıkta belirttiğimiz şartlar gerçekleşince adam çalıştırın, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davrandığına dair bir karine ile karşı karşıya kaldığından; daha sonra bu karinenin etkisinden kurtulmaya çalışmaktadır³⁴¹. Zira burada adam çalıştırın, çalışanın hukuka aykırı fiilinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Buradaki özen yükümlülüğünün belirlenmesinde de objektif bir ölçü kullanılacak ve adam çalıştırının kendi şartları değil; çalışanın gördüğü işin gerektirdiği özen ve yetenek dikkate alınacaktır³⁴².

Kurtuluş kanıtı olarak belirlenen ilk unsur, adam çalıştırının çalışanlarını seçmede, onlara talimat vermede ve onları denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispatlamasıdır. Adam çalıştırının çalışanlarını seçmede özen göstermesi, yapılacak işin niteliklerine ve liyakata uygun, bilgisi, tecrübesi ve uzmanlığı ile bu işi

³³⁹ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, 2.2.1.3, 2.2.1.4.

³⁴⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 80; Hatemi ve Gökyayla, s. 152; Oğuzman, Adam Kullanan, s. 190 vd. Ancak aksi yönde, adam çalıştırının sorumluluğunda, adam çalıştırının kusurlu olmasının esas olduğu ve TBK m. 66 ile ona bir kusursuzluk karinesi getirildiği yönünde bkz. İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 148.

³⁴¹ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 65; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 150; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 348; Tekinay ve Diğerleri, s. 508; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 202; İnan ve Yücel, s. 417; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 576; Deschenaux ve Tercier, s. 75; Eren, **Genel Hükümler**, s. 704.

³⁴² Nomer, **Genel Hükümler**, s. 202; Çelik, s. 176; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 118; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 67; Tekinay ve Diğerleri, s. 509; Kılıçoğlu, s. 430.

gerçekleştirebilecek bir kişiyi seçmesi anlamına gelmektedir³⁴³. Bu kapsamda ÜYTE merkezinin de bünyesinde bulundurduğu sağlık personellerini, Yönetmelik'te belirlenen şartlara göre seçtiğini ispatlaması gerekebilecektir. Örneğin Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış yardımcı üreme teknikleri sertifikasına sahip olmayan bir kimsenin ÜYTE ünite sorumlusu olarak atanması (m. 17) durumunda, artık ÜYTE merkezi çalışanını seçmede özen göstermemiş demektir. Bir diğer imkân ise çalışana talimat verme ve onu denetlemede özen gösterildiğinin ispatlanmasıdır. Bu da aslında işe uygun kişinin seçilmesinden sonra, işin devamı boyunca çalışanın işin gereklerine uygun davranmasının sağlanması için gereken tedbirlerin alınması; çalışanlara gerekli bilgilerin verilmesi, emir ve talimatlara uyulmasının sağlanmasında özen gösterilmesi şeklinde anlaşılabilir³⁴⁴.

Dikkat edilirse bahsi geçen kurtuluş kanıtları, çalışana ilişkin kurtuluş kanıtlarıdır. Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğuna muhatap olan ÜYTE merkezinin bir kurtuluş imkânı daha vardır. 818 sayılı BK m. 55'ten farklı olarak TBK m. 66/3'te, bir işletmede adam çalıştırmanın, işletmenin çalışma düzeninin zararın meydana gelmesini engelleyecek nitelikte olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınmıştır. Öncelikle ifade etmek isteriz ki hükmün kapsamına “işletmeler” girmektedir. Doktrinde hem esnaf hem ticari işletmenin bu kapsama girdiği ve “işletme” kavramının daha çok yer ile ilgili olduğu belirtilmektedir³⁴⁵. Ayrıca işletmede adam çalıştırmanın, işletmedeki “çalışma düzeninin” zararı engellemeye elverişli olduğunu ispatlayacaktır. Buradaki çalışma düzeni, işletmede yapılan faaliyetin tamamına ilişkin sistemi kapsamaktadır.

Bahsi geçen düzenleme doktrinde, “organizasyon sorumluluğu” olarak da adlandırılmaktadır³⁴⁶. Bu da ÜYTE merkezleri (ve elbette diğer sağlık kuruluşları)

³⁴³ Tandoğan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, s. 66 vd.; Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, s. 81; Deschenaux ve Tercier, s. 76; Tandoğan, *Mes'uliyet Hukuku*, s. 118; Çelik, s. 180; Tekinay ve Diğerleri, s. 509; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 151; Antalya, *Cilt. V/1,2*, s. 350.

³⁴⁴ Tekinay ve Diğerleri, s. 509; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 151-152; İmre, *Kusursuz Mesuliyet*, s. 147; Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, s. 68.

³⁴⁵ Çelik, s. 189, dn. 587 ve oradaki yazarlar.

³⁴⁶ Ahmet Türkmen, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Organizasyon Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. LXX, Sayı. 2, (2012), s. 257 vd.; Sabah Altay, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* içinde (175-189), 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 184.

açısından varlığı kabul edilen “tıbbi organizasyon yükümü” ile yakın bir ilişki içindedir. Tıbbi organizasyon yükümü, sağlık kuruluşlarının bünyesinde gerçekleştireceği faaliyetlere uygun bir düzene sahip olmalarını ifade eder³⁴⁷. Bu kapsamda ÜYTE merkezlerinin, bünyesinde gerekli personeli bulundurması, bu personele gerekli eğitimlerin verilmesi ve bilgilendirme sistemlerinin kurulmuş olması, merkezin bünyesinde Yönetmelik EK-15 ve EK-16’da ifade edilen ilaçların yeterli miktarda bulunuyor olması, merkezin güvenli bir kayıt sistemi kurmuş olması gibi; merkezin işleyişini kapsayan tüm bu hususlar tıbbi organizasyona dahildir. İşte ÜYTE merkezi, kurmakla yükümlü olduğu bu organizasyonun, doğacak zararı engellemeye elverişli olduğunu; dolayısıyla bu anlamda özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 66/3 hükmünün hukuki niteliği de tartışılmaktadır. Zira doktrinde bir görüş, TBK m. 66/3 hükmünün adam çalıştırmanın sorumluluğu ile bağlantılı olmaksızın tamamen ayrı bir sorumluluk tipi getirdiği, bu hükümde bahsedilen sorumluluğun çalışanın fiillerinden değil; ancak işletmenin yapısı ve iç işleyişindeki özensizliklerden kaynaklandığı; dolayısıyla TBK m. 66 hükmünden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁸. Ancak bizim de katıldığımız bir başka görüş, hükmün bu şekilde düzenlenmesinin bilinçli bir tercih olduğu ve ortada bağımsız bir sorumluluk esası değil, ayrıca bir kurtuluş karinesi getirmek amacının güdüldüğünü ifade etmektedir³⁴⁹.

2.2.2.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu ile Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk Arasındaki Farklar

Görüldüğü gibi adam çalıştırmanın sorumluluğu ile borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olması arasında yapısal bir benzerlik bulunmaktadır. Zira her ikisinde de ÜYTE merkezi, bünyesinde faaliyet gösteren sağlık personellerinin

³⁴⁷ Tıbbi organizasyon yükümü hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 430 vd.

³⁴⁸ Türkmen, *Organizasyon*, s. 264-267; İnan ve Yücel, s. 419.

³⁴⁹ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s.152; Çelik, s.194.

fiillerinden dolayı sorumlu olmaktadır. Ancak bu iki düzenleme bünyesinde belirli farklar da bulundurmaktadır. Her şeyden önce ifade edilmelidir ki bu iki sorumluluk sebebi birbirleri ile yarışabilir³⁵⁰. Bir diğer deyişle hatalı ÜYTE uygulamasından dolayı zarar gören eşler, ister TBK m. 66 isterlerse TBK m. 116'ya dayanarak ÜYTE merkezini sorumlu tutabilirler. Ayrıca her iki sorumluluk da kusursuz sorumluluk hâlidir. Fakat TBK m. 66'da kişi adam çalıştıran sıfatını alırken, TBK m. 116'da ise ifa yardımcısı sıfatını almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ifa yardımcısının, çalışandan farklı olarak borçluya bağımlılık unsuru ile bağlı olmasına gerek yoktur. Ancak aradaki en önemli fark, TBK m. 66'da çalışanın ya da çalıştırılanın kusurlu olup olmadığının herhangi bir öneminin olmamasıdır. Fakat TBK m. 116 hükmünü anlatırken de belirttiğimiz gibi ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk durumunda, borçlunun yardımcı kişinin fiilini bizzat gerçekleştirmesi hâlinde bu davranışında kusurlu oluyorsa sorumlu olur. Ayrıca TBK m. 66'da açıkça bir kurtuluş kanıtı düzenlenmekle beraber, TBK m. 116'da bir kurtuluş kanıtı mevcut değildir. TBK m. 116 uyarınca borçlu sadece kendisine farazi bir kusur yüklenemeyeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Buna karşın TBK m. 66 hükmü açısından adam çalıştıranın elindeki tek imkân, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığına dair karineyi çürütmek olacaktır. Ayrıca TBK m. 116 hükmü açısından aşağıda detaylarını belirteceğimiz şekilde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına imkân tanınmıştır. Fakat TBK m. 66 uyarınca doğan sorumlulukta, sorumsuzluk anlaşması yapılmasına imkân olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, TBK m. 66 için sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını, zira zararın belli olmadığını ifade ederken³⁵¹; bir başka görüş, bunun mümkün olduğunu ve TBK m. 115'in borçların ifasına dair evrensel bir hüküm olduğunu ifade etmektedir³⁵².

Hükümler arasındaki bir diğer fark ise rücu ilişkisine dairdir. Zira TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıran, çalıştırılan kişiye rücu edebilirken; TBK m. 116'da böyle bir

³⁵⁰ Sebeplerin birbiriyle yarışması durumunda TBK m. 60 hükmü uyarınca açılacak davada davacı istediği bir sebebe dayanarak davasını açabilir. Ancak eğer zarar gören aksine bir belirleme yapmamışsa, zarar görenin menfaatini en iyi koruyan sebebe dayalı olarak davayı görecektir ve karara bağlayacaktır. Bkz. Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 77; Tekinay ve Diğerleri, s. 902; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 645.

³⁵¹ Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 139; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 451; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 81.

³⁵² Kılıçoğlu, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 393.

düzenleme olmadığından; ÜYTE merkezi ile sözleşmeye aykırı fiili ika eden kişi arasında bir sözleşme yoksa, rücu ilişkisi de doğmayacaktır³⁵³.

Ayrıca iki sorumluluk esası arasında zamanaşımı ilişkisi açısından da fark mevcuttur. Zira TBK m. 66'ya göre ÜYTE merkezine karşı dava açmak isteyen hasta bu davasını TBK m. 72'de belirlenen zamanaşımı süreleri içerisinde açmak zorundadır. Ancak TBK m. 116 uyarınca sorumluluğun uygulanması durumunda ise zamanaşımı TBK m. 146 hükmüne göre tespit edilecektir. Bu açılardan bakıldığında hem kurtuluş kanıtının olmaması hem de zamanaşımı süresinin daha uzun olması dolayısıyla TBK m. 116 hükmü, TBK m. 66 hükmüne nazaran zarar gören açısından daha elverişlidir.

2.3. Vekâletsiz İşgörmeden Kaynaklanan Sorumluluğun Doğması

Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ilâ 531. Maddeleri arasında düzenlenen vekâletsiz işgörme, Borçlar Hukuku'nda borcun kaynaklarından birisi olarak görülmektedir. Bu kapsamda vekâletsiz işgörme, bir kimsenin aralarında yasal veya sözleşmesel bir ilişki olmamasına rağmen, onun menfaat alanına müdahale etmesi ve o kişinin ya da o kişi ile beraber kendisinin menfaatine bir iş görmesi nedeniyle aralarında doğan hukuki ilişkiyi ifade eder³⁵⁴. Bir başka deyişle ve kısaca vekâletsiz iş görme, bir kimsenin bir başkasının işini, ona bir sözleşme ya da yasa gereği yükümlü olmaksızın gerçekleştirmesi şeklinde tanımlanabilir.

Doktrinde vekâletsiz işgörme, caiz (gerçek) vekâletsiz işgörme ve caiz olmayan (gerçek olmayan) vekâletsiz işgörme şeklinde iki sınıfta incelenmektedir³⁵⁵. Gerçek

³⁵³ Çelik, s. 59.

³⁵⁴ Yavuz, Acar ve Özen, s. 757; Eren, **Özel Hükümler**, s. 909; Gümüş, **Özel Hükümler, Cilt. II**, s. 217; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1957, s. 1; Hüseyin Can Aksoy, "Vekâletsiz İş Görende İşi Vekâletsiz Görme Bilinci Aranmalı mıdır?", **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, (2017), s. 94.

³⁵⁵ Ancak belirtmeliyiz ki bu ayrım üzerinde tam olarak uzlaşılan bir ayrım değildir. Zira örneğin bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin "haksız karışma" ya da "iş gasbı" gibi ayrı kavramlarla ifade edilmesini gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşü savunan İsviçre doktrinindeki yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 65; Gülşah Sinem Aydın, **Kişilik Hakkı İhlâlinde Doğan Vekâletsiz İşgörme**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 23-24. Buna karşılık bazı yazarlar, vekâletsiz işgörmeyi, caiz gerçek vekâletsiz işgörme, caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörme, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ve kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörme şeklinde dört sınıfta incelemektedirler. Bkz. Gümüş, **Borçlar Özel, C. II**, s. 225 vd. Ayrıca bazı yazarlar, caiz ve caiz olmayan vekâletsiz işgörme ayrımı yaparak, gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörme

vekâletsiz işgörmeye, işi gören kişi iş sahibine ait bir işin var olduğu bilinciyle onun hukuk alanına müdahale etmektedir³⁵⁶. Burada işi gören kimse, o kişinin menfaatine ve onun farazi amacına uygun olarak bir müdahale gerçekleştirmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, işi gören kimse aslında iş sahibinin değil kendisinin menfaatine ve haksız olarak iş görmektedir. Burada işi gören kimse bilerek veya bilmeyerek başkasına ait olan bir işi kendi menfaatine gerçekleştirmekte ya da aslında gerek olmayan ve hatta yasaklanan şekilde iş sahibinin menfaatlerine katkı sağlamak amacıyla bir faaliyet yürütmektedir³⁵⁷. Öncelikle ifade etmek gerekir ki buradaki işgörme, her türlü insan fiili olabilir. Öyle ki, gerçek olmayan vekâletsiz işgörme açısından bakıldığında, işsahibinin bir hakkının ihlâl edilmesi ya da bir hakkı üzerinde tasarruf edilerek, bu hakkın içeriğinin değiştirilmesi ya da bu hakkın tamamen ortadan kaldırılması da işgörme kavramı kapsamına girmektedir³⁵⁸. Ancak bu işgörme fiilinin her hâlükârda olumlu bir davranış şeklinde gerçekleşmesi gerekir³⁵⁹.

ÜYTE merkezinin vekâletsiz işgörmeden sorumlu tutulabilmesi için aralarında herhangi bir sözleşme olmaması gerekmektedir. Özellikle acil durumlarda ve hastanın rızasının alınamadığı durumlarda merkez, gerçek vekâletsiz işgörme hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Buna örnek olarak da ÜYTE merkezinin doğumun gerçekleştirilmesi kapsamında sorumluluğu verilebilir. Bilindiği gibi merkez, ÜYTE

ayrımından hiç bahsetmemektedir. Bu görüş, kişinin kendi menfaatine başkasının işini görmesi durumunda da vekâletsiz işgörmenin var olduğunu ve fakat bunun caiz olup olmadığının ayrı bir mesele olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 66 vd.; Zevkliler ve Diğerleri, s. 675; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 676. Yine gerçek vekâletsiz işgörmeyi caiz ve caiz olmayan vekâletsiz işgörme şeklinde ikiye ayıran bir görüş de mevcuttur. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s. 914 vd.

³⁵⁶ Yavuz, Acar ve Özen, s.758; Gümüş, **Özel Hükümler, Cilt. II**, s. 435 vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 675 vd.; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 74 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s. 678; Eren, **Özel Hükümler**, s. 911; Pınar Uzun Şenol, “Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sayı. 3, (2014), s. 295.

³⁵⁷ Yavuz, Acar ve Özen, s. 763; Ece Baş Süzel, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 7 vd.; H. Kübra Ercoskun Şenol, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XXII, Sayı. 4, (2018), s. 40; Ece Baş Süzel ve Candan Yasan, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt. 22, Sayı. 2, (2016), s. 366.

³⁵⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 112; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 678; Baş Süzel, s. 21; Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 65; Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörme**, 1. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 1999, s. 27. Aksi yönde bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s. 679.

³⁵⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 86; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 678; Eren, **Özel Hükümler**, s. 911; Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 66; Zevkliler ve Gökyayla, s. 679; Arkan Akbıyık, s. 26; Baş Süzel, s. 22; Pınar Akdemir, **Kişilik Haklarının İhlâlinde Doğan Kazancın İadesi Davası**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 86; Gökçe Özdemir, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 95.

sonucu hamile kalan eşin doğum yapmasından ve yenidoğan hizmeti verilmesinden de sorumludur. Bu kapsamda bir ÜYTE merkezi, kendi bünyesinde aralarında ilişki olmadığı bir kimseye doğum yaptırması durumunda gerçek vekâletsiz işgörmeye hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Bu durumda vekâletsiz işgören merkez, tüm kusurlarından sorumludur. Ancak iş görenin, bu işi iş sahibinin karşılaştığı ya da karşılaşma ihtimalinin bulunduğu bir zararı bertaraf etmek için görmüş ise bu durumda sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilecektir. TBK m. 527/1’de yer alan “hafif olarak değerlendirme” kavramı herhalde iş görenin hafif kusurlarından sorumlu olmaması anlamına gelmektedir. Bu kapsamda TBK m. 527 hükmünün hekimlere/merkeze uygulanması ise sorun doğuran bir noktadır. Zira hekimler meslekleri gereği (TBK m. 115 de hatırlanırsa) hafif kusurlarından dahi sorumludur ve tıp biliminin gerektirdiği özeni tüm işlerinde göstermek zorundadırlar. Bu kapsamda kanaatimizce artık hekimin/merkezin sorumluluğunu azaltan bu hükmün uygulanmaması gerekmektedir³⁶⁰.

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden sorumluluk ise daha farklı bir açıdan değerlendirilmesi gereken bir sorumluluk hâlidir. Çünkü özellikle tıbbi müdahaleden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye bahsinde, TMK m. 25/3 hükmü de göz önüne alınmak zorundadır. Zira TMK m. 25/3, kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin maddi ve manevi tazminat ile beraber, kişilik hakkının ihlâli sonucu elde edilen kazancın vekâletsiz işgörmeye hükümlerine göre iade edilmesini isteyebileceğini düzenlemektedir. Burada öncelikle ifade edilmelidir ki, bir kimsenin kişilik hakkı sahibinin menfaatini gözetmesi söz konusu olmadığından, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin var olduğu açıktır. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ise sorumluluk TBK m. 527/2 ve TBK m. 530 hükümleri ile düzenlenmektedir. Buna göre öncelikle ortada gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye mevcutsa, işgören; beklenmedik hâlden de sorumlu olur ve ancak bu iş yapılmamış olsaydı da beklenmedik hâlin gerçekleşeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Görüldüğü gibi gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye, işgörenin sorumluluğu gerçek vekâletsiz işgörmeye nazaran daha ağırdır. Zira gerçek

³⁶⁰ Aynı yönde bkz. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, s. 114.

olmayan vekâletsiz işgörmeye aslında bünyesinde hukuka aykırı bir fiil barındırmaktadır³⁶¹.

Ancak gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye sorumluluk açısından esas önemli hüküm ise TMK m. 25/3 ve TBK m. 530 hükümleridir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kişilik hakkının ihlâli yoluyla ortaya çıkan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye iş gören elde ettiği kazançları, iş sahibine vermekle yükümlü tutulabilir. Bu hüküm esasında sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunu tamamlayıcı nitelikte olduğu için önemlidir. Zira, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sözleşmesel sorumluluğun doğabilmesi için borçlunun (ya da yardımcı kişilerin) fiilleri ile alacaklı (konumuz açısından eşler) nezdinde bir zararın meydana gelmesi gerekir. Dolayısıyla TBK m. 112 ve TBK m. 116 kapsamında eşler ancak uğradıkları zararların tazminini isterler. Fakat borçlunun sözleşme ihlâli ile beraber, kişilik haklarını da ihlâl etmesi ve bu ihlâlden de belirli bir kazanç elde etmesi durumunda artık alacaklı, TBK m. 530 ve TMK m. 25/3 hükmünden hareketle zarara uğramamış olsa dahi, borçlunun elde ettiği kazançları talep edebilecektir³⁶². Aynı husus haksız fiil sorumluluğu için de geçerlidir. Zira her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye de hukuka aykırı bir fiili barındırdığını ifade etsek de, haksız fiile dayalı olarak tazminat davasının açılması bir zararın varlığını gerektirir. Ancak TMK m. 25/3 hükmü kapsamında eşler artık merkezin elde ettiği kazancın kendilerine verilmesini, herhangi bir zarara uğramamış olsalar da talep edebilirler³⁶³. Görüldüğü gibi kişilik hakkının ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörmeye, bu iki sorumluluk esasını tamamlayıcı bir işlevi yerine getirmektedir. Bunun dışında doktrinde bu düzenleme ile hakkaniyeti sağlama ve adaleti gerçekleştirme amacının güdüldüğü de ifade edilmektedir³⁶⁴.

³⁶¹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görmeye**, s. 66-67; Aydın, **Vekâletsiz İşgörmeye**, s. 49; Arkan Akbıyık, s. 62; Akdemir, s. 94. Bu sebeple gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye “haksız fiil” olarak nitelendiren bir görüş de mevcuttur. Bkz. Gümüş, **Özel Hükümler**, Cilt. II, s. 245; Eren, **Özel Hükümler**, s. 924. Ayrıca gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye, bu hukuka aykırı fiil sebebiyle haksız fiil benzeri olduğu yönünde bkz. Baş Süz, s. 86.

³⁶² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görmeye**, s. 193; Kocayusufpaşaoğlu ve Diğerleri, s. 72; Arkan Akbıyık, s. 62; Baş Süz, s. 235; Aydın, **Vekâletsiz İşgörmeye**, s. 38.

³⁶³ Aydın, **Vekâletsiz İşgörmeye**, s. 34; Arkan Akbıyık, s. 62; Kocayusufpaşaoğlu ve Diğerleri, s. 72; Baş Süz, s. 235; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 255 vd.; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, **Haksız Kazancın İadesi**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 100.

³⁶⁴ Aydın, **Vekâletsiz İşgörmeye**, s. 39; Arkan Akbıyık, s. 62; Baş Süz, s. 235.

Bu kapsamda kişilik hakkının ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye dayalı bir talebin ileri sürülmesi için ilk şart, ortada kişilik hakkının ihlâli yoluyla bir işgörmenin var olmasıdır. Tıbbi müdahalelerin kişilik hakkı kapsamına girdiğinden yukarıda yeri geldikçe bahsedilmiştir. Zira kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümüne dek ayrılmaz şekilde sahip oldukları ve hukuken korunan değerlerin tamamını ifade eder³⁶⁵. Vücut bütünlüğünün de kişinin kendisinden ayrılmaz bir hak olduğu açık olduğundan, tıbbi müdahale yoluyla gerçekleşecek gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin bu kapsama gireceği açıktır. Bu kapsamda ÜYTE açısından bakıldığında, bir kişinin üreme hücrelerinin saklama süresinin dolması sebebiyle imha edilmesi gerekirken, bu hücrelerin para karşılığı satılması örnek verilebilir. Bu durumda, üreme hücreleri satılan kişi varsa maddi ve manevi zararını elbette TBK m. 66 ya da TBK m. 116'ya göre talep edebilir. Ancak bu zararı aşan bir derecede ÜYTE merkezinin elde ettiği kazanç, artık vekâletsiz işgörme hükümleri kapsamında talep edilecektir. Bu kapsamda sadece eşlerin değil, gebe kalındıktan sonra ceninin vücut bütünlüğüne zarar verici işlemlerin de bu kapsamda kalabileceği açıktır. Zira cenin sağ ve tam doğumun gerçekleşmesi şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağından; bu şartın gerçekleşmesiyle gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye dayalı olarak bir talep ileri sürebilecektir.

TMK m. 25/3 kapsamında sorumluluğun doğması için gerekli bir diğer şart bu işgörmenin hukuka aykırı olmasıdır. Zaten kural olarak yapılan müdahale ile bir kimsenin kişilik hakkı ihlâl edilmiş olacağından, artık burada hukuka aykırılık vardır. Fakat bu kapsamda doktrinde, söz konusu “hukuka aykırılık” kavramının TBK m. 49 hükmü kapsamında haksız fiil sorumluluğu için öngörülen “hukuka aykırı fiil” kavramından daha geniş olduğu ve başkasının şahıs varlığına müdahale eden herhangi bir davranışın yeterli olduğu ifade edilmektedir³⁶⁶.

Ayrıca kişilik hakkının ihlâli sebebiyle bir kazancın doğması ve bu kazanç ile kişilik hakkı arasında bir nedensellik bağının da olması gerekmektedir. Kazancın ne

³⁶⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 164 vd.; Dural ve Ögüz, s. 99; Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 55; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 152-153; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 24.

³⁶⁶ Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 101; Doruk Gönen, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 206.

olduğu ve nasıl hesaplanacağı konusunda üçüncü bölümde yapacağımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz³⁶⁷. Ancak bu kapsamda şu kadarını ifade etmeliyiz ki, kazanç (ya da TBK m. 530 hükmünde ifade edildiği şekilde fayda), kişilik hakkı ihlâl edilenin, bu kişilik hakkının ihlâlinden önceki malvarlığında, kişilik hakkı ihlâli sebebiyle ortaya çıkan artışı kapsamaktadır. Nedensellik bağında ise tıpkı haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunda olduğu gibi uygun nedensellik bağı teorisinin kullanılması gerektiği ve artık kişilik hakkının ihlâli şeklinde gerçekleşen fiilin, bu kazancı olağan hayat tecrübelerine göre ortaya çıkarabilecek nitelikte olmasının zorunlu olduğu, bu fiille söz konusu kazanca ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda nedensellik bağının var olduğu ifade edilmektedir³⁶⁸.

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmekten kaynaklanan sorumluluğun doğmasında kusurun aranıp aranmadığı ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, kanunun bu konuda bir açıklama yapmadığını, dolayısıyla kazancın istenmesinin işgörenin kötüniyetine bağlı olmadığını ve işgörenin yetkisiz olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir³⁶⁹. Buna karşılık bir başka görüş, söz konusu hükmün cezalandırma amacını da güttüğünü, bunun da kişinin kusurlu olmasını gerektirdiğini, ancak buradaki kusurunun kötüniyet şeklinde ortaya çıktığını ve bir başkasının hakkını ihlâl ettiğini bilmeksizin kazanç elde eden kimsenin, kötüniyetli kişilerle aynı esaslara tabi tutulmasının adalete uygun olmayacağını ifade etmekte ve kusurun kötüniyet olarak değerlendirilerek aranması gerektiğini savunmaktadır³⁷⁰. Kanaatimizce burada kazancın verilmesi açısından kişinin iyiniyetli-kötüniyetli olduğuna bakılamaz. Zira TMK m. 3 hükmü de dikkate alındığında iyiniyet, sadece iyiniyete kanun tarafından sonuç bağlanan durumlarda koruyucu bir etki yaratır. Ayrıca kusur ile kötüniyet kavramları da aynı değildir. Dolayısıyla kazancın talep edilmesi açısından işgörenin kusurlu olmasına gerek yoktur.

³⁶⁷ Aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, 4.

³⁶⁸ Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 196; Arkan Akbıyık, s. 49-50; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 76; Tekinay ve Diğerleri, s. 771 vd.. Ancak bu görüşün aksinde, vekâletsiz işgörmekten kaynaklanan kazançların herhangi bir sınır olmadan istenmesine izin verilmesi gerektiği ve olağan hayat tecrübelerine uymayan bir durumla kazanç elde edilse dahi bunun talep edilebilmesi, dolayısıyla mantıki nedenselliğin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Baş Süzel, s. 64-66; Aydın, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 120 vd.

³⁶⁹ Kocayusufoğlu ve Diğerleri, s. 72; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 255 vd.; Gönen, s. 206; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 165.

³⁷⁰ Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 203; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 16; Arkan Akbıyık, s. 37-39; Baş Süzel, s. 43; Gümüş, **Özel Hükümler, Cilt. II**, s. 246; Akdemir, s. 99-100.

2.4. Culpa In Contrahendodan Kaynaklanan Sorumluluğun Doğması

Culpa in contrahendo, sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranışlardan kaynaklanan sorumluluk şeklinde tanımlanabilir. Bu kapsamda sorumlu olan kişi, taraflar arasında sözleşme kurulması için görüşmeler yapıldığı dönemde dürüstlük kuralından kaynaklı güven ilişkisini zedeler şekilde kusurlu davranmakta ve bundan doğan zararları da karşılamakla yükümlü tutulmaktadır³⁷¹. Hukuki sorumluluğun doğmasına neden olan sözleşme ilişkisi, haksız fiil ilişkisi, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme kurumları; bazı kusurlu davranışları açıklamakta yetersiz kaldığından; culpa in contrahendo kavramı ortaya çıkmıştır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun temelinde, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisi ve bunun da dayandığı dürüstlük kuralı mevcuttur³⁷². Özellikle görüşmeler esnasında tarafların, kurulacak sözleşmenin mahiyeti konusunda tam olarak aydınlatılması ve yanlış bilgilendirilmemesi, bu dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükler olarak ortaya çıkmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun borca aykırılık mı yoksa haksız fiil mi teşkil ettiği tartışmalı bir meseledir. Bu kapsamda bir görüş, culpa in contrahendo sebebiyle taraflarca ihlâl edilmemesi gereken bir güven ilişkisi kurulduğunu ve bu ilişkinin de taraflara belirli yükümlülükler yüklediğini; dolayısıyla bu ilişkiyi zedeleyecek davranışların da borca aykırılık kapsamında kalması gerektiğini ifade etmektedir³⁷³. Buna karşılık bir başka görüş, ortada henüz bir sözleşmesel ilişki

³⁷¹ Mustafa Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.17, Sayı.1, (2009), s. 71; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1264; Aydın, s.134; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 437; Kılıçoğlu, s. 121 vd.; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 505 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 270; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s.200; Tekinay ve Diğerleri, s. 975 vd.; İnan ve Yücel, s. 626.

³⁷² Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 251; Yasemin Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.25, Sayı.1, (2017), s. 241 vd.

³⁷³ Nomer, **Genel Hükümler**, s. 438; Tekinay ve Diğerleri, s. 979; Arıkan, s. 79, dn. 38 ve oradaki yazarlar. Yargıtay da culpa in contrahendo sorumluluğunu, sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirme eğilimindedir. "Culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için sözleşmenin tüm unsurları ile kurulmuş olmasının veya geçerli bir sözleşme olup olmadığında bir önemi bulunmamaktadır. Bütün bu hukuki kurumların temelinde dürüstlük kuralı gereği korunması gereken ve bu yüzden yasal bir yükümlülük olarak da ortaya çıkan, kendine özgü

olmadığından haksız fiile dayalı bir sorumluluğun var kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır³⁷⁴. Son olarak karma bir görüş ise bazı sonuçlar açısından borca aykırılık, bazı sonuçlar açısından ise haksız fiil sorumluluğundan faydalanılması gerektiği kanaatindedir³⁷⁵. Kanaatimizce burada taraflar arasında bir güven ilişkisinin TMK m. 2 uyarınca kurulduğunu ve bu ilişkiyi zedeleyen nitelikteki işlemlerin de sözleşmesel bir sorumluluğa neden olacağını kabul etmek daha doğrudur. İşte bu görüş kabul edilmekle artık, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin TBK m. 112 ve TBK m. 116 hükümleri uygulanacak ve ÜYTE merkezi yardımcı kişilerin culpa in contrahendo kapsamında kalan fiillerinden kusursuz olarak sorumlu tutulacaktır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu açısından şunun da ifade edilmesi gerekir ki, sözleşme görüşmeleri sonucunda taraflar eğer bir sözleşme kurdularsa ve culpa in contrahendo kapsamındaki fiil eğer sözleşmeye de aykırılık teşkil ediyorsa artık sorumluluk sözleşme ilişkisine dayanır³⁷⁶. Bu kapsamda örneğin ÜYTE merkezi sözleşme görüşmeleri esnasında bünyesinde genetik tanı testlerinin yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiş ve sözleşme kurulmuş, fakat esasında merkez bünyesinde bu testler yapılamıyorsa, artık culpa in contrahendo sorumluluğuna değil, TBK m. 112- TBK m. 116 hükümlerinden dolayı merkezin sorumluluğuna başvurulması mümkün olacaktır.

ÜYTE merkezleri açısından da culpa in contrahendo sorumluluğu özellikle eşlerin sözleşme kurulmadan önce yanlış yönlendirilmesi ya da bilgilendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Yönetmelik m. 24 hükmü önem arz etmektedir. Bu kapsamda müstakil merkezlerin etik kurallara aykırı şekilde ve talep

*bir sorumluluk vardır. Güven sorumluluğu edim yükümünden bağımsız yasal bir borç ilişkisine dayanır. Sorumluluğun doğması için zarar verenle zarar gören arasında asli edim yükümünün doğumunu sağlayacak bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Taraflardan birinin kendi davranışlarıyla diğer tarafta güven oluşturmasıyla, bu ikisi arasında var olan güven ilişkisinin zarar görmüş olmasından dolayı dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk meydana gelmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, borç doğurucu sorumluluk kaynakları yönünden somut olay değerlendirildiğinde; olaya "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır."*Bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2017/22091, K. 2018/28025, T. 24.12.2018. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/13-220, K. 2013/239, T. 13.02.2013; Yargıtay HGK E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 01.12.2010; Yargıtay 13. HD. E. 2016/23349, K. 2019/91, T. 15.01.2019. (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 22.08.2020).

³⁷⁴ Arıkan, s. 80, dn. 42 ve oradaki yazarlar.

³⁷⁵ Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 507, dn. 488 ve oradaki yazarlar. Örneğin İnan ve Yücel ise bunun ne haksız fiil ne de sözleşmesel sorumluluk olduğunu belirtmektedirler. Bkz. İnan ve Yücel, s. 627.

³⁷⁶ Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 509.

çekmek amacıyla reklam yapması ve abartılı başarılı sonuçlarını içeren istatistiki bilgiler yayınlaması kesinlikle yasaklanmıştır. İşte bu yükümlülüklere aykırı davranılarak sözleşme kurulması ve ancak gerçeğin böyle olmayıp eşlerin zarara uğraması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelecektir. Benzer şekilde sözleşme görüşmeleri esnasında, örneğin eşlerin ÜYTE uygulaması hakkında merkezden bilgi almaları esnasında merkeze verdiği bilgilerin ifşa edilmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılması da culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına yol açabilir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ MERKEZLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK

Yukarıda belirttiğimiz şekillerde sözleşmeye dayanan, haksız fiile dayanan, vekâletsiz işgörmeye dayanan ya da culpa in contrahendoya dayanan sorumluluğun şartları gerçekleşirse, ÜYTE merkezi tarafından bu sorumluluğu doğuran fiiller sebebiyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararın tazmini ile elde edilen kazançların iade edilmesi gerekir. Bu maddi ve manevi zararın tazmini için hastalar genellikle dava yoluna başvurmaktadır. Ancak elbette bu alacakların tahsili için dava yanında eşlerin icra takibi yapmalarına da herhangi bir engel yoktur. Fakat icra takibi yapılması daha istisnai bir durum olduğundan, bu bölümde öncelikle bu sorumluluk sebebiyle tazmin edilmesi gereken zararların neler olduğu ve nasıl tespit edildiğine değineceğiz. Ardından bu tazminat taleplerinin ve kazançların verilmesinin dava yoluyla ileri sürülmesi ve bu davaların medeni usul hukuku bakımından arz ettiği özellikler ile, taleplerin tabi olduğu zamanaşımı hakkında bilgiler vermeye çalışacağız.

2. MADDİ TAZMİNAT

2.1. Maddi Zarar Kalemleri

Her tıbbi müdahalede olduğu gibi ÜYTE uygulaması da eşlerin vücut bütünlüğünü ihlâl eder niteliktedir. Bu kapsamda hatalı ÜYTE uygulamasından dolayı tazmin edilecek ilk zararlar maddi zararlardır. Maddi zararlar, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade eder. Bir diğer deyişle tıbbi müdahale, konumuz açısından sorumluluk doğuran nitelikteki ÜYTE uygulaması sebebiyle, eşlerin malvarlığında yaşanan azalma maddi zarardır³⁷⁷. Bu kapsamda maddi zarar malvarlığının pasifinde yaşanacak bir yükselme şeklinde olacağı gibi, aktifin azalması

³⁷⁷ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 150; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 40; Çelik, s. 210 vd.; Kalaycı Ölçüm, s. 133; Kılıçoğlu, s. 521; Nomer, *Genel Hükümler*, s.172; Eren, *Genel Hükümler*, s. 588; Hatemi ve Gökyayla, s. 131; İnan ve Yücel, s. 400; Tekinay ve Diğerleri, s. 548; Antalya, *Cilt. V/1,2*, s. 135.

şeklinde de ortaya çıkabilir³⁷⁸. Ayrıca bu zarar sadece fiili zarar değil, yoksun kalınan kâr şeklinde de ortaya çıkabilir³⁷⁹. Örneğin bir kimsenin hatalı ÜYTE uygulaması sebebiyle yaptığı tedavi giderleri fiili zarardır. Ayrıca yine hatalı ÜYTE uygulaması sebebiyle eşlerin uzun süre çalışmaması da, bu fiil nedeniyle belirli bir süre çalışma sonucunda elde edecekleri kârdan yoksun kalmaları anlamına gelir.

Zarar açısından doktrinde yapılan bir diğer ayrım ise doğrudan zarar ve yansıma zararlardır. Doğrudan zarar, fiil sebebiyle araya başka bir sebep girmeksizin doğan zarardır ve bu tür zararda nedenselliğin tespiti gayet kolaydır³⁸⁰. Hatalı ÜYTE uygulaması sonucu bir kadının rahminin alınmak zorunda kalması gibi bir durumda doğan zarar doğrudan zarardır. Yansıma zararlar ise bir hukuka aykırı fiile marzu kalan kimseden başka bir kişinin de bu fiil dolayısıyla uğramış olduğu zararları ifade eder. Yansıma zararlardan dolayı, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kimse; ancak uygun nedensellik bağı ile hukuka aykırılık bağının bir arada bulunması durumunda sorumlu tutulabilir³⁸¹. Konumuz açısından önemli olan ve tazmini gereken, hukuka aykırılık bağının da kanun hükmü ile kurulduğu yansıma zararlar ise destekten yoksun kalma tazminatlarıdır.

Zararlar hakkında bu şekilde bir tasnifi ifade ettikten sonra, tıbbi müdahalelerin vücut bütünlüğünü ihlâl ettiğini göz önünde bulundurarak TBK m. 53 vd. hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümlerde ölüm ve bedensel zararlar durumunda maddi tazminatın kapsamının ne olacağı hakkında düzenlemeler yapılmaktadır. İşte bu düzenlemelerde yer alan kelimelerden teker teker, konumuzla ilişkilendirerek bahsetmek gereklidir.

³⁷⁸ Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 150; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 40; Kılıçoğlu, s. 398; Eren, *Genel Hükümler*, s. 593; von Tuhr, s. 78; Pichonnaz, Tercier ve Develioğlu, s. 381-382; Elif Aydın Özdemir, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 47.

³⁷⁹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 381-382; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 40-41; Tekinay ve Diğerleri, s.559; İnan ve Yücel, s. 400; Feyzioğlu, *Genel Hükümler*, s. 473; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 64 vd.; Deschenaux ve Tercier, s. 75.

³⁸⁰ Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 40; Hatemi ve Gökyayla, s. 131.

³⁸¹ Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 43; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 150; Kılıçoğlu, s. 395; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 381; Eren, *Genel Hükümler*, s. 596; Antalya, *Cilt. V/1,2*, s. 151; Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.50, Sayı. 4, (2001), s. 81 vd.

Bedensel zararların neler olduğu, TBK m. 54'te düzenlenmektedir. Burada tazmin edilmesi gereken ilk zarar kalemi tedavi giderleridir. Tedavi giderlerinin kapsamında hatalı ÜYTE uygulamasından önce zarar gören kişinin vücut sağlığına yeniden ulaşabilmesi için yapılan tüm masraflar girer. Örneğin hatalı ÜYTE uygulaması sebebiyle hasta başka bir merkeze başvurmak zorunda kalmış ve bu kapsamda ilaç, doktor, röntgen, ultrasonografi gibi hizmetlere para ödemiş; ayrıca hastaneye gidiş geliş masrafları da yapmış ise bunların hepsi tedavi gideri kapsamına girer³⁸². Ayrıca örneğin üreme hücrelerinin zayi olması gibi bir durumda eşlerden yeniden üreme hücresi alınması için yapılan masraflar da tedavi masrafları kapsamına girer. TBK m. 75 uyarınca bedensel zararlarda hüküm tarihine dek olan tüm zararlar esas alınır. Ancak bedensel zararlarda, tedavi masrafları süreklilik arz edebileceği gibi bunun miktarını net olarak belirlemek de mümkün olmayabilir. İşte bu durumda, hakim kararın kesinleşmesinden itibaren 2 yıl içerisinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilecektir.

Tazmin edilebilecek bir diğer kalem ise, kazanç kaybıdır. Kazanç kaybı, bedensel zarara uğrayan ve özellikle tedavi esnasında çalışamayan kimselerin bir çalışamazlığından kaynaklanan mahrum kaldığı gelirleri ifade etmektedir³⁸³. Ancak kazanç kaybı sadece çalışmamaktan kaynaklanan gelir yoksunluğunu ifade etmez. Doktrinde beden bütünlüğü ihlal edilen ev kadınının, evine bakamaması ve bu iş için eve bir temizlikçi alınması bu duruma örnek olarak gösterilmiştir³⁸⁴. Burada ÜYTE açısından örneğin çocuğun genetik bir hastalığının teşhis edilememesinden dolayı sakat doğması ihtimalinde, anne baba hem bu çocuğun tedavisi için yaptığı masrafları talep edebileceği gibi, hasta çocuklarına baktıkları için yaptıkları eğitim masraflarını da kazanç kaybı kapsamında isteyebilecektir. Bu kapsamda sakat doğan çocuğun eğitim ve bakım masraflarının nasıl tespit edileceği de tartışma konusudur. Doktrinde bir görüş, sağlıklı bir çocuğun eğitim ve bakım masrafları ile sakat çocuğun masrafları arasındaki

³⁸² Tekinay ve Diğerleri, s. 603 vd.; Kılıçoğlu, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Tandoğan, *Mes'uliyet Hukuku*, s. 284; Eren, *Genel Hükümler*, s. 843; Deschenaux ve Tercier, s. 188; Aydın Özdemir, s. 72.

³⁸³ Çelik, s. 221; Tandoğan, *Mes'uliyet Hukuku*, s. 285; Tekinay ve Diğerleri, s. 604 vd.; Tunçomağ, s. 469; Eren, *Genel Hükümler*, s. 845; Antalya, *Cilt. V/1,2*, s. 165; İnan ve Yücel, s. 465; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 250; Mehmet Yaşar Şahin, *Vücut Bütünlüğünün İhlali Durumunda Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 71.

³⁸⁴ Çelik, s. 221; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 94.

farkın talep edilebileceğini ifade ederken³⁸⁵; bir diğer görüş bu çocuğun tüm masraflarının kazanç kaybı kalemi olarak tahsil edilebileceğini ifade etmektedir³⁸⁶. Kanaatimizce eşler ÜYTE'ye başvurdıklarına göre, artık sağlıklı bir çocuğun doğması durumunda onun olağan masraflarını karşılamayı da kabul etmiş durumdadırlar. Böyle bir durumda da artık sakat çocuğun tüm masraflarının kazanç kaybı başlığı altında tazmini doğru olmaz. Bu zararın tespitinde sağlıklı bir çocuk ile doğan sakat çocuk arasındaki fark göz önüne alınmalıdır

Acaba doğan çocuğun sağlıklı olması ve fakat istenmeyen bir çocuk olması durumunda zarar nasıl belirlenecektir? Burada özellikle ÜYTE uygulaması sonucu sıklıkla gündeme gelen çoğul gebelikler risk oluşturmaktadır. ÜYTE uygulaması sebebiyle hekimin kusuru nedeniyle çoğul gebeliğin gündeme gelmesi ve eşin doğum yapması durumunda kanaatimizce istenmeyen çocuğun bakım ve eğitim masraflarının da karşılanması gerekmektedir³⁸⁷. Zira birden fazla doğum yoluyla eşler, aslında istemedikleri bir masrafla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bunun da bir zarar kalemi olduğu ve tazmininin gerektiği açıktır.

Yine bir diğer ihtimal olarak eşlere ait olmayan üreme hücrelerinin kullanılması yoluyla çocuk sahibi olunması durumunda da bu çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanması da söz konusudur. Zira evlilik birliği içinde doğan çocuk, kocaya ve kendisini doğuran anneye kural olarak soybağı ile bağlandığından; bakım masrafları da anne ve baba sayılan kişilere ait olacaktır. Bu durumda da aslında genetik anlamda kendilerine ait olmayan bir çocuğa bakmak zorunda kalan eşlerin bu zararlarını istemesi gayet tabiidir.

Bedensel zarar kapsamında talep edilecek bir diğer kalem ise çalışma gücünün yitirilmesi veya azalmasından kaynaklanan kayıplardır. Örneğin yine çocukta var olan bir anomalinin tespit edilememesi durumunda bu çocuğun hayatı boyunca çalışmayacak durumda olması da çalışma gücünün yitirilmesi kalemine girecektir.

³⁸⁵ Aydın Ünver, s. 121; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi*, s. 151.

³⁸⁶ Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 374; Şenocak, *Tazminat*, s. 142.

³⁸⁷ Kalaycı Ölçüm, s. 138; Şenocak, *Tazminat*, s. 61.

Çalışma gücünü yitiren veya bu gücünde azalma meydana gelen kişi, eşlerden biri de olabilir. Özellikle doğum da ÜYTE merkezinin sorumluluğunda olduğuna göre, doğum esnasında yapılan hatalar dolayısıyla kadın çalışamaz duruma gelmiş ise bu zararın da tazmin edilmesi gerekir. Çalışma gücünün kaybedilmesi veya azalmasından kaynaklanan tazminat taleplerinde, kayıp oranının ne olduğu, bu çalışma gücünün kaybının geçici olup olmadığı ve yıllık kazanç miktarı önem arz etmektedir³⁸⁸. Bu kayıp oranı ise yargılamalarda bilirkişiler tarafından hesaplanmaktadır. Son olarak bu çalışma gücünün yitirilmesi ya da azalmasından doğan zarar ile yakından ilgili olan ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan kayıplar da tazmin edilebilir. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar aslında çalışma gücünde kısmen veya tamamen bir azalma olmasa bile kazanç elde etmede yaşayacağı zorlukları ve eksiklikleri kapsar³⁸⁹.

Bedensel zararlar dışında ölüm durumunda karşılanması gereken masrafların neler olduğu ise TBK m. 53'te belirlenmiştir. Burada yine tedavi masrafları, cenaze giderleri, çalışma gücünün kaybedilmesinden doğan kayıplar ve en son olarak da yansıma zarar kalemlerinden biri olan destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir. Özellikle ÜYTE merkezinde yapılan doğum sonucunda kadının ölmesi gibi durumlarda; bu eşin desteğinden yoksun kalanlar zararlarının tazminini talep edebilirler. Destek, bir kimseye fiilen düzenli ve sürekli olarak bakan ve hayatın olağan akışına göre o kişiye bu tarzda bakması kuvvetle tahmin edilen kimse şeklinde tanımlanmaktadır³⁹⁰. Anne-babanın

³⁸⁸ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 98; Tekinay ve Diğerleri, s. 608; İnan ve Yücel, s. 466; Çelik, s. 223; Eren, **Genel Hükümler**, s. 845; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 167; Deschenaux ve Tercier, s. 190 vd.; Kılıçoğlu, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 65 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 285 vd.;

³⁸⁹ Tekinay ve Diğerleri, s. 612; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 293; Çelik, s. 225; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 100; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 170.

³⁹⁰ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 103; Tekinay ve Diğerleri, s. 620 vd.; Tunçomağ, s. 506; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 176; Eren, **Genel Hükümler**, s. 854; İnan ve Yücel, s. 468; Çelik, s. 228; Kılıçoğlu, s. 530; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 300; Gizem Kaba, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 17; Kemal Tahir Gürsoy, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 29, Sayı.1, (1972), s. 146. "Destek hayatta olduğu süre boyunca sürekli ve düzenli olarak bir kimseye bakan veya eğer ölüm gerçekleşmiş olmasaydı, az çok yakın bir gelecekte bu bakımı sağlayacak olan kişidir... destek ilişkisinin varlığının temelinde destek olunanın ihtiyaçlarının sürekli ve düzenli olarak karşılanması yer almaktadır. Burada ifade edilmek istenen süreklilik ve düzenlilik hâli yardımların belirlenen zamanlarda ve belirli miktarlarda yapılması değil, eğer destek ölmeseydi yardımların devam edeceğine yönelik bir beklentinin bulunmasıdır. Eğer yardım devamlı destek saiki ile değil de tek seferlik, geçici, düzensiz ya da gelişigüzel zamanlarda yapılıyor ve ileride yardımın devam edeceğine dair bir beklenti yaratmıyorsa, bu durumda desteğin sürekli ve düzenli olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır." Yargıtay İBBGK E. 2016/5, K. 2018/6, T. 22.06.2018. Aynı yönde bkz. Yargıtay 21. HD. E. 2017/4326, K. 2019/1029, T. 18.02.2019 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.08.2020).

çocuğa ya da eşlerin birbirine desteği bu kapsamda sayılabilir. Burada destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken yardım oranı ve destek süresi (yani desteğin muhtemel yaşam süresi) belirlenerek, yoksun kalınan yardımın değeri hesaplanır ve ölüm nedeniyle elde edilen faydalar bu destek miktarından çıkarılır³⁹¹. Böylece o kişi yaşasaydı, zarar görenin/destek olduğu kişinin nezdinde oluşturacağı faydanın tazmini sağlanmış olur.

2.2. Maddi Tazminatın Belirlenmesi

Maddi zarar kalemleri tespit edildikten sonra ayrıca, ÜYTE merkezi tarafından, hatalı ÜYTE uygulamasından zarar gören eşlere ödenecek maddi tazminatın nasıl tespit edileceği de değerlendirilmelidir. Burada karşımıza çıkan ilk soru, zararın hesabında hangi tarihin dikkate alınacağıdır. Bu kapsamda Türk doktrinindeki hakim görüş, maddi zararın hüküm tarihine göre hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir³⁹². Zaten bu sonuca aslında TBK m. 75'ten de ulaşılabilir. Zira bu maddeye göre hakim, hüküm tarihinde bedensel zararın kapsamını tam olarak belirleyemiyorsa, kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl içerisinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Bu maddeden de zararın belirlenmesinde hüküm tarihinin önemli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bir başka görüş, hüküm anında zararın belirlenmesinin güç olacağını ve özellikle zarar miktarının bilirkişiler tarafından hesaplandığı göz önüne alınırsa, zararın hükme en yakın tarihteki miktarının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir³⁹³. Yargıtay uygulamasında da maddi tazminatın hesaplanmasında hükme en yakın tarihin dikkate alındığı gözlemlenmektedir³⁹⁴. Ancak her hâlukarda maddi zararın miktarının tespitinde dava tarihinin esas alınmadığı kesindir. Zaten genellikle bedensel bütünlüğün ihlâli nedeniyle doğan zararlar artabileceğinden ve tam olarak kestirilemeyeceğinden, dava tarihinin esas alınması da doğru olmazdı.

³⁹¹ Çelik, s. 232; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 325. Bu kapsamda artık ölene yapılamayacak masrafların da mahsup edilmesi gerektiği hakkında bkz. Tekinay ve Diğerleri, s. 648.

³⁹² Tekinay ve Diğerleri, s. 602; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 265 vd.

³⁹³ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 87, dn. 256.

³⁹⁴ Yargıtay 15. HD. E. 2019/1578, K. 2019/4834, T. 25.11.2019; Yargıtay HGK E. 2004/10-24, K. 2004/47, T. 28.01.2004; Yargıtay 15. HD. E. 2018/3833, K. 2019/3010, T. 26.06.2019; Yargıtay 15. HD. E. 2018/3835, K. 2018/8158, T. 19.12.2018; Yargıtay 15. HD. E. 2018/823, K. 2018/3882, T. 17.10.2018 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.08.2020).

Bu zararın hesaplanmasında hâkim, TBK m. 50 vd. hükümlerinden faydalanacaktır. Buna göre öncelikle ifade edilmelidir ki hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçiminin durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirler. Dolayısıyla hâkim öncelikle, failin kusurunun derecesini dikkate alacaktır. Fakat unutulmamalıdır ki hem TBK m. 116, hem de TBK m. 66’dan kaynaklanan sorumluluk kusursuz bir sorumluluktur. Dolayısıyla burada borçlu ya da adam çalıştıran sıfatına sahip olan ÜYTE merkezinin sorumluluğunun doğması için kusurun derecesi önemli değildir. Aynı şekilde çalışan veya ifa yardımcısı niteliğindeki hekimin kusurunun derecesi de tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşımaz³⁹⁵. Burada örneğin adam çalıştıranın kusuru, sadece kendisi hakkındaki karinenin çürütülmesine ya da çalışana rücu etmesine engel olacak niteliktedir³⁹⁶. Ancak ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk esasına göre ÜYTE merkezinin sorumlu tutulması ihtimalinde, artık merkeze yüklenecek olan farazi kusurun ağırlığının derecesi, tazminatın tespitinde etkili olacaktır³⁹⁷.

Tazminat miktarının hesaplanmasında diğer önemli hüküm ise TBK m. 52 hükmüdür. TBK m. 52/1’de zarar görenin zarar verici fiile razı olması veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması durumunda, tazminat yükümlülüğünün indirilebileceği ya da tamamen ortadan kaldırılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. İşte bu durum doktrinde “müterafik kusur” olarak adlandırılmaktadır³⁹⁸. Müterafik kusur, özellikle tıbbi müdahalelerde, hastanın; hekimin yönlendirmelerine uymaması, örneğin gerekli ilaçları almaması ya da geç alması, istirahat tavsiye edildiği hâlde buna uymaması şeklinde gerçekleşir. Ayrıca hastanın aydınlatmadan önce teşhis aşamasında öyküsü alınırken, var olan bir rahatsızlığını gizlemesi şeklinde de müterafik kusur gerçekleşebilir. Dikkat edilmelidir ki ÜYTE merkezinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğundan, burada hastanın/eşlerin kusuru ile merkezin kusuru

³⁹⁵ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 199 vd.; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 317; Deschenaux ve Tercier, s. 205; Çelik, s. 248; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 152; Karahasan, s. 622; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 225-226; Yağcı, s. 142.

³⁹⁶ Karahasan, s. 622; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 152.

³⁹⁷ Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 234.

³⁹⁸ Tekinay ve Diğerleri, s. 871; Serozan, **İfa**, s. 279; Topuz, s. 301; Kılıçoğlu, s. 537; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. Ataay, s. 113; Karaca, s. 55;

karşılaştırılamayacaktır. Dolayısıyla TBK m. 52 kapsamında dikkat edilmesi gereken husus, eşlerin davranışlarının zararın gerçekleşmesi veya artması ile uygun illiyet bağı içinde olmasıdır³⁹⁹. Burada da müterafik kusur, kast veya ihmal şeklinde gerçekleşebilir. Dolayısıyla kusura dayanan sorumlulukta kusurun belirlenmesine dair hükümler, kıyasen burada da uygulama alanı bulacaktır.

Bunun dışında TBK m. 52/2’de zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olması durumunda ve hakkaniyet gerektiriyorsa hakimin tazminatı indirebileceği de ifade edilmiştir. Ancak bu noktada TBK m. 55/1 hükmü de unutulmamalıdır. Buna göre destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların hakkaniyet gerekçe gösterilerek indirilemeyeceği açıktır. Hatalı ÜYTE uygulamasından doğan zararlar da bedensel zarar kapsamına gireceğinden artık burada TBK m. 52/2 hükmünün uygulanmasına imkân yoktur. Ayrıca son olarak unutulmamalıdır ki TBK m. 117 uyarınca haksız fiil gerçekleştiği anda fail temerrüde düşeceğinden, faiz de bu andan itibaren işletilecektir.

3. MANEVİ TAZMİNAT

3.1. Genel Olarak

Vücut bütünlüğünü ihlâl eden tıbbi müdahalelerin kişilik haklarını da ihlâl ettiği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Zira kişinin hayatı, sağlığı, üreme hakları, özel hayatının gizliliği gibi hususlar, onun kişilik haklarına dahildir. İşte kişilik hakları haksız veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle zedelenen kimse, bu saldırıdan kaynaklanan zararının TBK m. 56 ve TBK m. 58 hükümlerine göre tazmin edilmesini isteyebilir. Ayrıca TMK m. 25/3 hükmü uyarınca da zarar gören, kişilik haklarına saldırı dolayısıyla maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Manevi zarar, hatalı ve kusurlu bir tıbbi müdahale sebebiyle kişinin duyduğu acı, elem ve çektiği ızdırabı

³⁹⁹ Çelik, s. 251; Yağcı, s. 145; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 227-228; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 322; L. Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 64, Sayı. 3, (2015), s. 800; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, 1. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s.189. Zaten doktrinde bu kavramın teknik anlamda “kusuru” ifade etmediğini, burada hukuka aykırılığın olduğu ancak, zarar görenin sorumluluğu doğmadığı için kusurun da söz konusu olmayacağı hakkında bkz. Tennur Koyuncuoğlu, “Zarar Görenin Fiilinin Nitelenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt.3, Sayı.4, (1969), s. 217-218; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1996, s. 86.

ifade eder⁴⁰⁰. Bir diğerk deyişle manevi zarar, tıbbi müdahalenin kişinin bedeninde fiziken değil ve fakat ruhunda yarattığı tahribatı ifade eder. Manevi zarar ve dolayısıyla manevi tazminat, özellikle eşlerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlâl edildiğı ve bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşıldığı durumlarda daha sıklıkla görülecektir. Benzer şekilde çocuğun sakat doğması ihtimalinde de sakat bir çocuğa sahip olmanın vereceğı ızdırıp, manevi zarar kapsamında değerlendirilebilir. Yine heterolog döllenme sonucu gebe kalınması durumunda da, genetik olarak başkasının çocuğunu taşıyan kimsenin de manevi tazminat talep etme hakkı gayet tabii ki mevcuttur.

Nasıl ki maddi tazminat açısından, eğer bir kimse tıbbi müdahale sonucu öldüyse, ölenin yakınlarına destekten yoksun kalma tazminatı sağlanıyor ise; manevi tazminatta da benzer bir tür yansıma zarar öngörölmüşür. Buna göre eğer ağır bedensel zarar veya ölüm mevcutsa, zarar görenin ya da ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak bir para ödenmesine karar verilebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin uğradığı zararın ağır olması gerekir. Bu hükümle BK m. 47’de sadece ölüm durumunda yakınlar için tazmin edilebilecek yansıma zararlar; şimdi ağır bedensel zarara uğrayan kimselerin yakınları için de söz konusu olmuştur. Ancak ne zaman bedensel zararın “ağır” sayılacağı konusunda bir açıklama getirmemiştir. Dolayısıyla ağırlık, somut olayın şartlarına göre bir kimsenin ağır sakatlığa uğraması, felç kalması, bir daha çocuk sahibi olamayacak olması gibi durumlarda var kabul edilebilir.

⁴⁰⁰ Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 330; Tekinay ve Diğerleri, s. 656; Kılıçoğlu, s. 552; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 40; Eren, **Genel Hükümler**, s. 885 vd.; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 272; Şafak Arıkan, **Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 41. “Manevi tazminat, haksız bir eylemin yarattığı üzüntünün, duyulan elem ve acıların giderilmesini amaçlayan bir ödencedir. Manevi zarar, malvarlığına dokunmayan, yaşam, sağlık, namus, sır, aile mahremiyeti gibi mal varlığı harici varlıklarda meydana gelen azalma olup, bu zarar manevi tazminatla giderilmeye, azaltılmaya çalışılmıştır. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliğı yanında tarafların kusur oranını, ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir...” Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2017/2799, K. 2018/828, T. 27.02.2018. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2017/879, K. 2018/580, T. 14.02.2018; Yargıtay 15. HD. E. 2017/1454, K. 2017/3191, T. 28.09.2017. (Kazancı Hukuk İhtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.08.2020). Her ne kadar Yargıtay’ın içtihatları bu yönde olsa da, manevi zararın, kişinin varlığında meydana gelen objektif eksilme anlamına geldiğı ve kişilik değerlerine yapılan saldırıların etkisinin önemli olmadığı; zira acı ve elemnin ölçülmesinin imkânsız olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlâlinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 54 vd. Buna karşılık manevi zararın, mağdurun yaşadığı elem ve kederle beraber objektif nitelikte ruhsal durum ve huzurun bozulması yani ruh bütünlüğünün etkilenmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğı de belirtilmiştir. Bkz. O. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan** içinde (221-250), 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 230.

Türk Borçlar Kanunu m. 56 yanında, m. 58 de değerlendirilmelidir. Zira TBK m. 58, kişilik haklarının zedelenmesinden zarar görenin, uğradığı zarar karşılık bir miktar para ödenmesini isteyebileceği; ancak hakimin para yerine başka bir giderim yöntemini de uygulayabileceği hükmünü içermektedir. İşte bu durumda vücut bütünlüğünün de kişilik hakkı kapsamına girdiği ve bu durumda hangi maddenin uygulanacağı sorusu akla gelebilir. Ancak doktrinde TBK m. 56'nın bedensel zararlar için özel bir hüküm niteliğinde olduğu ve dolayısıyla TBK m. 58 hükmünün bedensel zararlar dışında gayri maddi kişilik unsurları üzerindeki haklarının ihlâlinde uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁰¹.

3.2. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Manevi tazminatın nasıl belirleneceğine dair TBK'da özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple manevi tazminatta da tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi, zarar verenin kusurunun ağırlığı, durumun koşulları, zarar görenin zarar verenle beraber kusuru, zarar verenin ekonomik durumu ve tazminat yoluyla mahvına sebep olunmaması gibi hususlar dikkate alınacaktır. Dolayısıyla burada maddi tazminatın belirlenmesi başlığında TBK m. 50-51 ve 52 hükümlerine dair açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁰². Ancak manevi tazminat özelinde, tazminatın nasıl belirleneceği konusunda doktrinde yaklaşımlar da ileri sürülmüştür. Bunlar da manevi tazminatların amacı ile yakından ilgilidir. Bu kapsamda ilk olarak manevi tazminatın telafi amacının olduğundan bahsedilmektedir. Bu telafi amacı, manevi tazminatı; hukuka aykırı fiil sonucunda kişilik değerlerinde yaşanan eksilmenin parasal bir edimle giderilmesi fonksiyonunu ifade eder⁴⁰³. Tatmin fonksiyonunda ise, manevi tazminat, kişinin fiil sebebiyle yaşadığı acı, elem ve ızdırabın giderilmesini sağlayan bir çare olarak görülmektedir⁴⁰⁴. Bir diğer deyişle bu fonksiyonu ile manevi tazminat, kişinin bozulan ruhsal dengesinin bir ölçüde düzeltilmesini amaçlayan bir yöntemdir. Ayrıca

⁴⁰¹ Kılıçoğlu, s. 559; Oğuzman ve Öz, *Cilt. II*, s. 264.

⁴⁰² Yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, 2.2.

⁴⁰³ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s. 33 vd.; Ferit H. Saymen, **Manevi Zarar ve Tazmin Sureti**, 1. Baskı, İstanbul, 1940, s. 14.

⁴⁰⁴ Antalya, **Manevi Zarar**, s. 235.

manevi tazminatın, cezalandırma ve önleme amaçlarının da olduğu ileri sürülmektedir. Ancak Türk-İsviçre doktrinde baskın görüş, manevi tazminatın denkleştirme amacını güttüğü, burada temel amacın zararın giderilmesi değil; elemin denkleştirilerek tatmin edilmesi olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁵. Bu görüşe göre manevi tazminat, kişinin yaşadığı ruhsal sarsıntıya karşılık, mutluluk duygusunun yaratılarak zararın denkleştirilmesi amacını yerine getirmektedir. İşte bu görüş kabul edilince manevi tazminatın belirlenmesinde de iki aşamalı bir yöntem izlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre öncelikle zarar gören ortalama bir kişinin ihlâl vereceği normal tepki dikkate alınacak; daha sonra da zarar görenin verdiği manevi tepki değerlendirilerek ruhsal bozulmanın karşılığında bir denkleştirme fonksiyonunu yerine getirecek şekilde tazminat belirlenecektir⁴⁰⁶.

4. KAZANCIN İADESİ

Türk Medeni Kanunu m. 25/3 uyarınca kişilik haklarının ihlâli yoluyla elde edilen kazançların gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hükümlerine göre iadesinin istenebileceğinden yukarıda bahsedilmişti⁴⁰⁷. İşte bu başlık altında söz konusu kazanç kavramının ne olduğu ve bu kazancın kapsamına nelerin girdiğinden bahsedilecektir.

Doktrinde kazanç kavramından anlaşılması gerekenin, kişilik hakkının ihlâlinden önce ihlâl edenin malvarlığı ile, ihlâlden sonra malvarlığının durumu arasındaki fark olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Bir diğer deyişle kişilik hakkının ihlâli sebebiyle işgörenin elde ettiği malvarlığı değerleri bu kapsama girer. Kazanç kavramı, sadece bir mal edinme değil, ekonomik değere sahip her menfaati kapsar⁴⁰⁹. Yani kazanç, kişilik hakkını ihlâl edenin malvarlığının aktifinde yaşanan artış ya da pasifinde yaşanan azalmayla beraber, malvarlığının pasifinin artışının veya aktifinin azalmasının

⁴⁰⁵ Saymen, s. 94-95; Tekinay ve Diğerleri, s. 655; Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 259-260.

⁴⁰⁶ Antalya, **Manevi Zarar**, s. 238 vd. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Hülya Atlan Kazan, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Lebha Yayıncılık, 2015, s. 62 vd.

⁴⁰⁷ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, 2.3.

⁴⁰⁸ Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 73.

⁴⁰⁹ Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 73; Gönen, s. 206; Arkan Akbıyık, s. 47; Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 192.

engellenmesi şeklinde de meydana gelebilir⁴¹⁰. Ancak elbette genellikle kazanç, kişilik hakkının ihlâli sebebiyle ihlâl edenin bir para kazanması şeklinde gerçekleşecektir. Buradaki “kazanç” kavramı, daha önce maddi zarar kalemlerinde bahsettiğimiz yoksun kalınan kârdan ya da kazanç kaybından farklıdır. Dikkat edilirse burada kişilik hakkı ihlâl edilenin değil, kişilik hakkını ihlâl edenin bir kazancından bahsedilmektedir. İşte bu sebeple doktrinde, TMK m. 25/3 anlamında kazancın, kişilik hakkı ihlâl edilenin elde etmek istemediği ya da elde edemeyeceği kazançlar olduğu ifade edilmektedir⁴¹¹. Fakat bizim de katıldığımız aksi görüş, kazancın iade edilmesine dair talepte kişilik hakkı ihlâl edilenin saikinin herhangi bir etkisinin olmadığını vurgulamaktadır. Zira eğer kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin elde edebileceği bir kazancı, TMK m. 25/3 kapsamında isteyemeyeceğini ifade edersek, buradaki kazanç ile yoksun kalınan kâr kavramını aynı seviyeye getirmiş oluruz ki, TMK m. 25/3 anlamında kazancın çok daha geniş olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır⁴¹².

Buradaki kazanç kavramının zarar, tazminat gibi kavramlardan farklı olduğu da akılda tutulmalıdır. Zira zarar kavramı, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin malvarlığında yaşanan eksilmeyi ya da onun ruhsal bütünlüğünün uğradığı sarsılmayı ifade eder. Dolayısıyla dikkat edilirse burada zarar görenin malvarlığında yaşanan değişme dikkate alınmaktadır. Onun malvarlığında ya da şahsı varlığında yaşanan bir eksilme göz önüne alınmaktadır. Ancak TMK m. 25/3 anlamında “kazanç” kavramı, kişilik hakkı ihlâl edilenin malvarlığından tamamen bağımsızdır. Buradan çıkan sonuç da, kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi, söz konusu kazancın kendisine verilmesini isteyebilmesidir. Dolayısıyla örneğin eşlerin üreme hücrelerini onların rızası olmaksızın satan merkezler, bu kazançlarını eşlere vermekle yükümlü tutulabileceklerdir.

Eşlere/ kişilik hakkı ihlâl edilen kimselere verilecek kazanç, elde edilen tüm kazanç değildir. Zira işsahibi, işgörenin masraflarını da ödemek ve onu giriştiği

⁴¹⁰ Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 74. Ancak başka bir görüş olarak ihlâl edenin masraftan kurtulmasının kazanç kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Baş Süzel, s. 85.

⁴¹¹ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 165; Gönen, s. 203; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 30.

⁴¹² Aynı yönde bkz. Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 78.

borçlardan kurtarmak zorundadır. Buna da doktrinde net kazanç adı verilmektedir⁴¹³. Bu da kazanç elde eden kimsenin elde ettiği brüt yani toplam kazanca, varsa faizin eklenmesi ve yapılan masrafların da bundan çıkartılması sonucunda elde edilen miktarı ifade eder. Elbette bu kazanç her zaman para olmayabilir. Dolayısıyla elde edilen kazanç örneğin bir taşınır mal ise, kazancın elde edilmesinden doğan masraflar kazanç elde edene ödenecek ve taşınır mal kişilik hakkı ihlâl edilene verilecektir. Burada ayrıca kazanç talebine faizin de yürütülebileceği ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin hukuka aykırılık unsuru içermesinden hareketle, haksız fiile dair hükümlerin uygulama alanı bulabileceği, böylece TBK m. 117/1 uyarınca kazancın malvarlığına girdiği günden itibaren faizin işletilebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁴.

5. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

5.1. Sorumsuzluk Anlaşmaları Kavramı ve Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanunu m. 114 uyarınca borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Türk Borçlar Kanunu m. 112 de dikkate alındığında borçlu, ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Fakat bu sistem emredici olmayıp, istisnası TBK m. 115 ile düzenlenmiş ve borçlunun belirli kusurlarından sorumlu olmayacağına, bu anlaşma kapsamında kalan kusurları ile işleyeceği fiillerden dolayı tazminata hükmedilemeyeceğine karar verilebilmesinin önü açılmıştır. İşte borçlunun borca aykırı davranışından doğan sorumluluğunu kısmen ya da tamamen kaldıran bu anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması adı verilir⁴¹⁵. Doktrinde yer alan bir başka tanıma göre sorumsuzluk anlaşmaları, sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanan zararın meydana gelmesinden önce, ileride doğacak muhtemel zararlardan dolayı borçlunun tazminatla yükümlü tutulmasını kısmen ya da tamamen engelleyen, bağımsız ya da ana sözleşmeye ek olarak düzenlenebilen anlaşmalardır⁴¹⁶. Sorumsuzluk anlaşmaları hem sözleşme

⁴¹³ Baş Süzel, s. 99; Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 163 vd.; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 193; Özdemir, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 116; Akdemir, s. 139; Arkan Akbıyık, s. 47.

⁴¹⁴ Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 174; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 109; Baş Süzel, s. 86; Arkan Akbıyık, s. 47.

⁴¹⁵ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s.146; Kılıçoğlu, s. 828; Tekinay ve Diğerleri, s. 878-879; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 433; Galip Sermet Akman, **Sorumluluk Anlaşması**, 1. Baskı, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 7 vd.; Nilgün Başalp, **Sorumluluk Anlaşmaları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 5 vd.; Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, 1. Baskı, Ankara: Olgaç Matbaası, 1977, s. 38.

⁴¹⁶ Eren, **Genel Hükümler**, s. 1217 vd.; Antalya, **Cilt. V/1,2**, s. 504; Yağcı, s. 152; Tekinay ve Diğerleri, s. 879; Ömer Oğuzhan Meral, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, Cilt. 19, (2017), s. 1144.

hürriyeti kapsamında içeriği serbetsçe belirlenebilen bir sözleşme, hem de bir tasarruf işlemidir⁴¹⁷. Zira sorumsuzluk anlaşması yoluyla alacaklı, ileride doğabilecek alacak hakkından vazgeçmektedir⁴¹⁸. Bu açıdan bakıldığında sorumsuzluk anlaşması aynı zamanda borçlu için de kazandırıcı işlem niteliğindedir⁴¹⁹. Sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi için tazminat alacaklısının tasarruf ehliyetine sahip olması ve fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Ayrıca TBK m. 12 kapsamında sorumsuzluk anlaşmaları herhangi bir şekle bağlı değildir ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Burada sorumsuzluk anlaşmalarının kurulması için açık bir irade beyanına gerek yoktur. Taraflar, örütlü irade beyanı yoluyla da sorumsuzluk anlaşması yapabilirler⁴²⁰.

Sorumsuzluk anlaşmaları, sadece tarafların belirli kusurlarından sorumlu olmayacağına dair, kusurlu olsa bile davranıştan kaynaklanan belirli zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak da düzenlenebilir⁴²¹. Ayrıca tazminat yükümlülüğünün kapsamı ve miktarı hakkında bir üst sınır belirlenmesi, borçlunun malvarlığının belirli kısmından sorumlu olacağına dair bir anlaşma yapılması da sorumsuzluk anlaşması kapsamında kabul edilmektedir⁴²². Buna ek olarak sorumluluğun doğması için belirli bir sürede ihbarda bulunulması ya da zamanaşımı süresinde değişiklik yapılması gibi anlaşmaların sorumsuzluk anlaşmaları için ön görülen emredici kurallara kıyasen tabi olduğuna dair bir görüş de mevcuttur⁴²³.

5.2. Sorumsuzluk Anlaşmalarının İçeriği ve Geçerliliği

⁴¹⁷ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 146; Serozan, **İfa**, s. 272; Tekinay ve Diğerleri, s. 879; Kocayusufpaşaoğlu ve Diğerleri, s. 279; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1218.

⁴¹⁸ Serozan, **İfa**, s. 272; Meral, s. 1148; Tekinay ve Diğerleri, s. 879.

⁴¹⁹ Meral, s. 1148.

⁴²⁰ Karahasan, s. 274; Serozan, **İfa**, s. 279; Tekinay ve Diğerleri, s. 880; Zevkliler ve Diğerleri, s. 319; İnan ve Yücel, s. 613; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 454; Meral, s. 1144; Gülerci ve Kılınç, s. 252; M. İlhan Alınak, "Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. 35, Sayı. 1-4, (1969), s. 339-340.

⁴²¹ Akman, s. 27 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 395. Ancak borçlunun sorumluluğunu miktar yönünden sınırlayan anlaşmaların bu kapsama girmediği, ancak zararın miktarı için getirilen limitin ön görülen zarara nazaran çok düşük düzeyde kalması durumunda sorumsuzluk anlaşmalarına dair hükümlerin uygulanabileceği hakkında bkz. Alınak, s. 324.

⁴²² Akman, s. 24 vd.

⁴²³ Başalp, s. 10; Akman, s. 20 vd.

Sorumsuzluk anlaşmasının hukuki niteliği belirtildikten sonra, içeriğinin daha detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle ifade etmeliyiz ki sorumluluk anlaşmaları, uygulamada genellikle genel işlem şartı şeklinde yapılmakta ve matbu sözleşmelerde yer almaktadır. Genel işlem şartlarının ne olduğu yukarıda tanımlanmıştı⁴²⁴. Tekrarlamak gerekirse genel işlem şartları, taraflardan birinin ileride kuracağı sözleşmelerde kullanmak üzere hazırladığı ve karşı tarafa müzakere imkânı tanımaksızın sözleşmeye eklediği sözleşme koşullarıdır. İşte sorumsuzluk anlaşması da genel işlem şartı şeklinde bir sözleşmeye eklenmiş ise, genel işlem şartlarının yargısal denetimine tabi olması gerekecektir.

Bu kapsamda öncelikle genel işlem şartı için yürürlük denetimi yapılacaktır. Yürürlük denetimi TBK m. 21 hükmünden kaynaklanmaktadır. Buna göre sorumsuzluk anlaşmasını sözleşmeye ekleyen taraf, genel işlem şartları hakkında, sözleşmenin yapılması esnasında karşı tarafa bilgi vermemiş ve bu sorumsuzluk anlaşmasının detaylarını öğrenme imkânını sağlamamışsa; sorumsuzluk anlaşması yazılmamış sayılacaktır (TBK m. 21). Bir diğer ifadeyle eğer genel işlem koşulunun içeriği hakkında karşı taraf net bir bilgi sahibi değilse, kendi aleyhine olan hususları kabul etmeme iradesinin var olduğu kabul edilecektir⁴²⁵. Bu tarz bir sorumsuzluk anlaşması yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşılaşmasa dahi, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşulları da hükümsüzdür (TBK m. 25). İşte sorumsuzluk anlaşması bu denetimleri geçemezse, artık TBK m. 115 hükmü değil ÜYTE merkezi açısından TBK m. 116 hükmü uygulanmaya devam edecektir.

Sorumsuzluk anlaşmasının genel işlem koşulu şeklinde düzenlenmesi bir yana, içeriğine ve geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme de TBK m. 115 hükmünde yer almaktadır. Buna göre borçlu ancak hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına dair anlaşma yapabilir. Onun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Ancak sorumluluğun, uzmanlık gerektiren ya da kanun veya bir yetkili makam tarafından verilen izin sonucu yapılan bir iş veya meslekten kaynaklanması durumunda, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar da

⁴²⁴ Yukarıda bkz. dn. 189.

⁴²⁵ Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 170.

kesin hükümsüzdür (TBK m. 115/3). Ancak aslında bu hüküm, ÜYTE merkezinin sorumluluğunun tespitinde uygulanmaz. Zira ÜYTE merkezi, zaten TBK m. 116 uyarınca kusursuz olarak sorumludur. Dolayısıyla yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta TBK m. 116'daki kural uygulanacaktır. Buna göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, önceden yapılacak bir anlaşmayla kısmen ya da tamamen kaldırılabilir. Dikkat edilirse bu hükümde TBK m. 115'ten farklı olarak borçlunun yardımcı kişilerin tüm fiillerinden sorumlu olmayacağına dair anlaşma yapılabilmesine imkân tanınmıştır⁴²⁶. Ancak bu durumda ÜYTE merkezi açısından da TBK m. 116/3 hükmü dikkate alınmak gerekir. Zira uzmanlık gerektiren bir meslek veya sanatın, kanun ya da yetkili makamların izniyle yürütülmesi durumunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağına dair anlaşmalar kesin hükümsüz sayılmıştır. Bu hükmün temelinde uzmanlık gerektiren bir faaliyette bulunan kimselerin, halkın özel güvenliğini kazandığı ve uzmanlıktan kaynaklanan özen yükümlülüğüne uyacaklarına dair beklentinin olduğu ifade edilmektedir⁴²⁷. Sonuç olarak merkezin, bünyesinde çalışan hekim ve diğer sağlık personellerinin fiillerinden kusurlu olmayacağına dair bir sözleşme yapması mümkün değildir.

Her ne kadar TBK m. 116/3'te kesin hükümsüzlükten bahsediliyorsa da sözleşmelerde bir şart olarak yer alan sorumsuzluk anlaşmalarının esas sözleşmenin, örneğin hastaneye kabul sözleşmesinin geçerliliğine olan etkisi de değerlendirilmelidir. Bu durumda TBK m. 27/2'de sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının geçersiz olması durumunda, diğerlerinin geçerli kalmaya devam edeceği; ancak tarafların geçersiz sayılan kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılırsa sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz olacağı ifadesi yer almaktadır. Sorumsuzluk anlaşmalarının bu hüküm karşısındaki durumu ise tartışmalıdır. Bu kapsamda doktrinde bir görüş, sorumsuzluk şartı açısından da bu hükmün uygulanacağını ifade ederken⁴²⁸; çoğunluk görüşüne göre, böyle bir iddia dürüstlük kuralına aykırı olacak ve sorumsuzluk anlaşması geçersiz olsa

⁴²⁶ Akman, s. 75; Ataay, s. 332; Serozan, *İfa*, s. 292; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 398; Zevkliler ve Diğerleri, s. 322; Velidedeoğlu ve Kaynar, s. 192; Oğuzman ve Öz, *Cilt. I*, s. 451; Hatemi ve Gökyayla, s. 291; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 367-368; Antalya, *Cilt. V/1,3*, s. 378; Kılıçoğlu, s. 840; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 366.

⁴²⁷ Alniak, s. 340; Şenocak, *İfa Yardımcıları*, s. 247; Başalp, s. 189; Yağcı, s. 170.

⁴²⁸ Alniak, s. 340.

dahi, sözleşme geçerli olmaya devam edecektir⁴²⁹. Kanaatimizce de bu çoğunluk görüşü haklıdır. Zira aksi görüş kabul edilirse, örneğin ÜYTE merkezinin hiçbir sorumluluk üstlenmeyeceğini peşinen kabul ettirmesi ve TBK m. 116/3 hükmünün uygulanmasının imkânsız hâle gelmesi söz konusu olacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında tartışılması gereken son konu ise haksız fiiller hakkında sorumsuzluk anlaşması yapılmasının geçerli olup olmadığıdır. Özellikle borçlunun sorumluluğu açısından sebeplerin yarışması durumunda, acaba borca aykırılık için yapılan sorumsuzluk anlaşması; haksız fiilden doğan sorumluluğu da kapsar mı? Bu konuda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, haksız fiil sorumluluğu açısından sorumsuzluk anlaşmaları tamamen geçersizdir⁴³⁰. Bir başka görüş ise bu sonucun aşırı olduğundan bahisle ikili bir ayrıma gitmiş ve şahıs varlığına ilişkin haksız fiillerde sorumsuzluk anlaşması yapılmasını TBK m. 27 ve TMK m. 23'e aykırı görmüş, fakat malvarlığını ilgilendiren haksız fiillerde sorumsuzluk anlaşmasına cevaz vermiştir⁴³¹. Son olarak bir başka görüşte ise haksız fiillere ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları, herhangi bir kısıtlama olmadan geçerlidir⁴³². Kanaatimizce de şahıs varlığına ilişkin haksız fiiller hakkında sorumsuzluk anlaşmaları geçerli olmamalıdır.

6. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ

6.1. Dava İkamesi ve Davanın Tarafları

Hatalı ÜYTE uygulamasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri uygulamada genellikle dava yoluyla ileri sürülmektedir. Burada davacı zarar gören eşler, davalı ise sözleşmesel sorumlulukta ÜYTE merkezi, haksız fiil sorumluluğunda ise ÜYTE merkezi ile beraber müdahaleyi gerçekleştiren hekim ve diğer sağlık personelleridir. Burada davacının kişiliği açısından sorun doğurabilecek bir nokta

⁴²⁹ Akman, s. 109; Karaca, s. 54; Karahasan, s. 270; Serozan, **İfa**, s. 283; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 256; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 456; Yağcı, s. 179; Başalp, s. 390 vd.; Meral, s. 1185; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 434; Tekinay ve Diğerleri, s. 885-886;

⁴³⁰ Alniak, s. 329-330.

⁴³¹ Akman, s. 112. Bu kapsamda yarışma halinde de sadece haksız fiilin malvarlığını ilgilendirmesi durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil için de geçerli olacağı, ancak şahıs varlığını ilgilendiren haksız fiillerde bu korumadan faydalanılamayacağı yönünde bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 538; Erten, s. 147.

⁴³² Akman, s. 113.

ceninin davacı olup olamayacağıdır. Bilindiği üzere cenin, sağ ve tam doğum şartıyla anne rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir⁴³³. Dava açabilmek için de taraf ehliyetine sahip olmak, yani Medeni Hukuk anlamında hak ehliyetine sahip olmak dava şartıdır⁴³⁴. Dolayısıyla cenin hak ehliyetine sahip olduğu andan itibaren bir davaya taraf olabilir. Ancak hak ehliyetine sahip olsa da ceninin dava ehliyeti yoktur. Zira cenin fiil ehliyetine sahip değildir. Bu sebeple onun taraf olacağı bir dava, ancak onun yasal temsilcileri olan anne-babası tarafından açılabilir. Aksi durumda açılacak dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir. Esasında cenin, hatalı ÜYTE uygulaması sonucunda bir zarara maruz kalmışsa elbette haksız fiilden kaynaklı olarak tazminat talep edebilir. Ancak bilindiği gibi cenin ile ÜYTE merkezi arasında bir sözleşme yoktur. İşte bu durumda da doktrinde ceninin, anne babanın taraf olduğu sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunun kabulünden hareketle sözleşmesel sorumluluğa dayanan bir dava açmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴³⁵.

Bu kişiler dışında hatalı ÜYTE uygulaması sonucu bir kişinin ölmesi durumunda, bu kişinin mirasçıları da davacı konumuna gelebilirler. Zira sorumluluğun haksız fiile dayanması durumunda TBK m. 56 ve TBK m. 54'te açıkça ölenin mirasçılarının (ve geniş anlamda onun destek olduğu kişilerin) maddi ve manevi tazminat davası açabilecekleri belirtilmiştir. Bunun dışında sorumluluğun sözleşmeye dayanması durumunda da sözleşmeye aykırı fiilin gerçekleşmesi ve zararın doğması ile eşlerin ÜYTE merkezinden bu zararın tazminini kapsayan bir alacak hakları olacaktır. Bu alacak hakkı ise mirasçılara geçer. Bu kapsamda maddi tazminat talep etme hakkının mirasçılara geçeceğinde bir şüphe yoktur. Ancak manevi tazminat talebinin mirasçılara geçişi, ancak mirasbırakanın bu tazminatı sağlığında talep etmesi ile mümkündür (TMK m. 25/4).

⁴³³ Hak ehliyetinin başlangıcı konusunda bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 13 vd.; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, **Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku)**, 2. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019, s. 222; Dural ve Öğüz, s. 20 vd.; Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Cenin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararının Tazmini", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.9, Sayı.1, (2018), s. 277.

⁴³⁴ Dava ehliyetinin dava şartı olduğu hakkında bkz. Abdürrahim Karlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayınları, 2014, s. 396; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul. 2000, s. 288 vd.; Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 585; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 148.

⁴³⁵ Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi**, s. 145.

Açılacak davada görevli mahkeme ise eğer sorumluluk sözleşme ilişkisine dayandırılıyorsa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca tüketici mahkemeleridir. Zira TKHK m. 3/1-j uyarınca tüketiciler ile mesleki veya ticari faaliyeti kapsamında mal ve hizmet sağlayan kimseler arasında yapılan sözleşmeler tüketici işlemi kapsamına girmektedir. Yine TKHK m. 73/1 uyarınca da tüketici mahkemeleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik her türlü uygulamalardan kaynaklanan davalara bakmakla görevlidir. Esasında bu düzenleme eleştirilebilir. Zira hükmün kapsamı o kadar genişlemiştir ki, genel mahkeme olan asliye ticaret mahkemelerinin yerini neredeyse tüketici mahkemesi almış; çoğu uyuşmazlık tüketici mahkemelerinin görevi kapsamına girer olmuştur⁴³⁶. Ayrıca unutulmamalıdır ki 7251 sayılı Kanun hükümlerine göre artık tüketici mahkemelerinde dava açılmasından önce dava şartı olan arabulucuya başvurma zorunluluğu da getirilmiştir. Davada yetkili mahkeme ise HMK hükümlerine göre belirlenir. Bu kapsamda genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi dışında HMK m. 10 uyarınca sözleşmenin ifa yeri mahkemesi de yetkili olacaktır. Ayrıca bir özel yetki kuralı olarak TKHK m. 73/5 uyarınca dava tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki mahkemede de açılabilir.

Ancak dikkat edilirse, tüketici mahkemelerinde dava açılabilmesi için ortada bir tüketici işlemi olması gerekmektedir. Tüketici işlemi yoksa, yani eşler haksız fiilden kaynaklı bir taleple mahkemeye başvuracaklarsa bu durumda artık tüketici mahkemeleri değil asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Yetkili mahkemenin tespitinde ise HMK hükümleri uygulanacak ve önce genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde, ayrıca HMK m. 16 uyarınca zarar görenin yerleşim yeri, zararın meydana geldiği ya da meydana gelme ihtimalinin bulunduğu veya haksız fiilin işlendiği yer mahkemelerinde de dava açılabilir.

6.2. Sebeplerin Yarışması

⁴³⁶ Bu kapsamda bir diğer eleştiri olarak tüketici işleminin tanımı gereği bir tarafın adeta ticaret erbabı gibi davranmak zorunda olduğu, ancak hekimliğin ticari iş olmadığı ve tüketici işlemi sayılmasının da hekimliğin niteliğine uygun düşmediği ifade edilmiştir. Bkz. Ahmet Nezih Kök, “Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı. 5, (2015), s. 605 vd.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ÜYTE merkezinin sorumluluğu, sözleşmeye veya haksız fiil ilişkisine dayanabilir. Bu durumda zarar gören eşlerin zararlarının tazmini için gösterebileceği birden fazla sebep vardır. İşte davacının birden fazla hukuki sebebe dayalı olarak dava açabilmesine sebeplerin yarışması denir ve bu husus TBK m. 60'ta düzenlenmiştir⁴³⁷. Buna göre bir kimsenin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilir, davacının bunlardan biri hakkında açıkça tercihte bulunmaması durumunda hakim, zarar görene en iyi gideirmi sağlayan sebebe göre karar verecektir.

Ancak yine de sözleşmesel ilişki ile haksız fiil ilişkisi arasındaki farklara da değinilmesi gerekmektedir. İlk olarak en önemli fark, TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğunda zarar verenin kusurlu davrandığını ispat yükümlülüğünün zarar görene ait olması, ancak bunun karşılığında TBK m. 112'de ifade edilen sözleşmeye dayanan sorumlulukta, borçlunun kusurlu sayılmasından ötürü kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olmasıdır. Bir diğer deyişle borçlu kusura dayanan sözleşmesel sorumlulukta ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulur (TBK m. 112).

Bunun dışında ikinci bir fark da borca aykırılıktan doğan sorumlulukta, borçlunun ifa ayrdımcısının sebep olduğu zararlardan da sorumlu olması ve bu konuda bir kurtuluş kanıtı getirememesidir. Haksız fiilde ise adam çalıştıranın sorumluluğunda, adam çalıştıran açışının verdiği zarardan sorumlu olmakla beraber kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 66). Adam çalıştıranın sorumluluğu ile ifa yardımcıının fiilinden sorumluluk arasındaki farka yukarıda değinildi⁴³⁸.

Ayrıca zamanaşımı açısından da fark bulunmaktadır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, kural olarak TBK m. 146'da belirtilen 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımının ne olduğu konusunda TBK m. 72 hükmü uygulanacaktır. Buna göre haksız fiilden kaynaklanan alacak, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 ve her hâlde fiilin

⁴³⁷ Hatemi ve Gökyayla, s.305; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 127 vd; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 435; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 293 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 379; Tekinay ve Diğerleri, s. 960 vd.; İnan ve Yücel, s. 445; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1475.

⁴³⁸ Yukarıda bkz. 2.2.2.3.

üzerinden 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda ceza kanunlarında cezayı gerektiren bir fiil olması durumunda, ceza zamanaşımı uygulanacaktır.

Son olarak haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta, ÜYTE açısından davalı ÜYTE merkezi olabileceği gibi, TBK m. 49 uyarınca hukuka aykırı fiili gerçekleştiren hekim ve sağlık personelinin sorumluluğuna da gidilebilir. Ancak eğer hatalı tıbbi müdahaleden dolayı, sözleşmesel sorumluluktan kaynaklanan bir tazminat talebi varsa sadece ÜYTE merkezine karşı dava açılabilmesi mümkündür. Zira hekim ve diğer sağlık personelleri ile eşler arasında herhangi bir borç ilişkisi mevcut değildir.^ü

Bu farklar açısından bakıldığında sözleşmesel sorumluluktan kaynaklanan tazminat talebi ileri sürmek, haksız fiile göre mağdurun/eşlerin daha lehinedir. Zira bu yöntemle hem eşler, karşı tarafın kusurunu ispatlamak zorunda kalmayacak, hem de karşı taraf (ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanan sorumlulukta) kurtuluş kanıtı getirme imkânına sahip olmayacaktır. Ayrıca bu kapsamda sözleşmesel sorumluluğa dayanan tazminat talebi için öngörülen zamanaşımının da TBK m. 72'ye nazaran daha uzun olması, sözleşmesel sorumluluğun eşlerin daha lehine olduğuna ayrı br dayanaktır. Tabii ki, hekime nazaran ekonomik anlamda daha güçlü olan ÜYTE merkezininsorumluluğuna gidilmesinin, tazminatın tahsili açısından, pratik anlamda da avantajı büyüktür.

Elbette konunun gerçek olmayan vekâletsiz işgörme açısından da değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda yukarıda da bahsettiğimiz gibi kişilik hakkının ihlâlinden kaynaklanan vekâletsiz işgörme, kusura dayalı bir sorumluluk değildir. Ayrıca burada kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin zarar görmesi de gerekmez. Dolayısıyla bu kazancın iadesi, haksız fiil ya da sözleşmesel sorumluluktan doğan maddi ya da manevi tazminat taleplerinden bağımsız olarak ileri sürülebilir. Her ne kadar maddi zarar kalemleri içinde yer alan fiili zarar ile TMK m. 25/3 anlamında kazancın birlikte ileri sürülemeyeceğini ifade eden görüşler mevcutsa da⁴³⁹ biz, bu taleplerin

⁴³⁹ Arkan Akbıyık, s. 63; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 25-26; Gönen, s. 204; Baş Süzel, s. 252.

yarışmayacağını ve aynı anda birlikte istenebileceğini kabul etmekteyiz⁴⁴⁰. Bu kabulümüz, yoksun kalınan kâr açısından da geçerlidir. Dolayısıyla burada da yarışma mevcut olmayıp, kişilik hakkı ihlâl edilen kimse kendi yoksun kalınan kârını talep edebileceği gibi, karşı tarafın kazancının da kendisine verilmesini isteyebilir.

7. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, borcu sona erdiren sebeplerden biri olmayıp; belirli bir zaman geçmesinden sonra alacaklının borçluyu ifaya zorlama imkânını ortadan kaldıran bir hukuki müessesedir. Bir diğer deyişle zamanaşımına uğramış bir alacak varlığını sürdürmekle ve alacaklı tarafından talep edilebilmekle beraber, borçlunun bu borcu ifadan kaçınmasına imkân tanınır⁴⁴¹. Türk Borçlar Hukuku'nda alacağın zamanaşımı konusunda genel kural TBK m. 146 ile getirilmiştir. Buna göre kanunlarda aksi belirtilmedikçe her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak hemen devamındaki maddede bu kuralın bazı istisnaları getirilmiş ve 5 yıllık zamanaşımına tabi olan alacaklar bildirilmiştir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden doğan hukuki sorumluluk açısından bizi ilgilendiren düzenleme ise TBK m. 147/1-b.5'tir. Buna göre vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmesinden doğan alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu kapsamda, teşhis ve tedavi edimini içeren ÜYTE merkezi ile eşler arasında kurulan sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği, zira burada ÜYTE merkezinin gerçekleştireceği tıbbi müdahalelerde özen yükümlülüğünü var olduğunu ve fakat merkezin borçtan sorumlu olmadığını ifade etmiştik. İşte bu görüşümüz kapsamında teşhis ve tedavi borcu ile yan borç niteliğindeki özen borcuna aykırı davranıştan doğacak alacaklar da 5 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Unutulmamalıdır ki culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluk kapsamında gördüğümüzden, bu süre culpa in contrahendoya dayanan sorumlulukta da uygulanır.

⁴⁴⁰ Aynı yönde Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 273 vd.; Arkan Akbıyık, s. 79.

⁴⁴¹ Kılıçoğlu, s. 1095; Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 618; Hatemi ve Gökyayla, s.344 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1433 vd.

Üremeye yardımcı tedavi merkezinin tazminat borcunda zamanaşımının ne zamandan başlayacağı ise tartışmalıdır. Kural olarak zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Bu kapsamda doktrinde, sözleşmenin ihlâlinden doğan tazminat talebinin, sözleşmeden doğan borçtan bağımsız olduğu ve dolayısıyla borca aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren başlaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴². Buna karşılık bir başka görüş, borca aykırılıktan doğan tazminat talebinin asli borcun yerini aldığı, dolayısıyla tazminat borcunun da asıl edime ilişkin ifa talebinin muaccel olduğu anda işlemeye başlayacağını ifade etmektedir⁴⁴³. Burada kanaatimizce tazminat yükümlülüğünün borcun ihlâlinden doğan yeni bir borç olduğunu kabul etmek daha uygundur.

Eğer ÜYTE merkezinin sorumluluğu haksız fiile dayanıyorsa, zamanaşımı açısından TBK m. 72 hükmü uygulanacak ve zamanaşımı, zarar gören eşlerin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendikleri andan itibaren başlayacaktır. Zararın öğrenilmesi ise tazminatın hesaplanmasına yarayacak tüm bilgilerin değil, dava açmaya yarayacak kadar bilginin öğrenilmiş olmasını ifade eder⁴⁴⁴. Ancak zararın devam ediyor durumda olması hâlinde ise zararın tamamı öğrenilmemiş olacağından, 2 yıllık zamanaşımı süresi zarar devam ettikçe ve arttıkça başlamayacaktır⁴⁴⁵. Ancak TBK m. 72/2’de ceza zamanaşımına ilişkin bir düzenleme de yapılmıştır. Buna göre haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, ceza kanunlarında öngörülen zamanaşımı uygulanacaktır. Örneğin ÜYTE merkezinde hekimin kasten kadının rahmine zarar vermesi durumunda bu husus kasten yaralama suçunu oluşturacağından (TCK m. 85) ve kasten yaralama için öngörülen ceza dava zamanaşımı hukuk davası açısından da uygulanacaktır.

ÜYTE merkezinin sorumluluğunun vekâletsiz iş görmeye dayanması durumunda da zamanaşımı, vekâletsiz iş görmenin gerçek olup olmamasına göre değerlendirilir.

⁴⁴² Oğuzman ve Öz, **Cilt. I**, s. 458; Zevkliler ve Diğerleri, s. 315; Yağcı, s. 151.

⁴⁴³ Tekinay ve Diğerleri, s. 904 vd.; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 395; Velidedeoğlu ve Kaynar, s. 214. Ancak Yargıtay bir kararında sözleşmeden kaynaklanan beş yıllık zamanaşımının başlangıcı konusunda haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun dayandığı zamanaşımı başlangıcını uygulamış ve bu süreyi zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenmesinden başlatmıştır. Bkz. Yargıaty 13. HD. E. 2015/26176, K. 2015/30143, T. 15.10.2015 (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.08.2020).

⁴⁴⁴ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 75; Tekinay ve Diğerleri, s. 718.

⁴⁴⁵ Oğuzman ve Öz, **Cilt. II**, s. 74. Bu durumda zararın her gün devam etmesi durumunda her günkü zarar için yeniden başlaması hakkında bkz. Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 357.

Eğer ortada gerçek bir vekâletsiz iş görme varsa zamanaşımı TBK m. 146 vd. hükümlerine göre belirlenir⁴⁴⁶. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede durum tartışmalıdır. Bu kapsamda bir görüş, kişilik hakkının ihlâlinden kaynaklanan taleplerde, eğer bu ihlâl vekâlet sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, TBK m. 147'deki 5 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴⁷. Bir başka görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin temelinde haksız fiil olduğunu ve dolayısıyla haksız fiile ilişkin TBK m. 72 hükmünün zamanaşımının tespitinde uygulanacağını ifade etmektedir⁴⁴⁸. Ayrıca haksız kazancın dikkate alınarak TBK m. 82'nin uygulanması gerektiğini ifade eden bir görüş de mevcuttur⁴⁴⁹. Son olarak TBK m. 146'daki zamanaşımının uygulanması gerektiğini belirten bir görüş de vardır⁴⁵⁰. Kanaatimizce, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin bağımsız bir borç ilişkisi olduğu göz önüne alındığı ve kanunda da aksi açıkça belirtilmedikçe zamanaşımının on yıl olduğu belirtildiğinden son görüşe katılmak daha doğrudur. Buna göre artık, kazancın kişilik hakkını ihlâl edenin malvarlığına girdiği tarihten itibaren on sene içinde talep edilmesi gerekecektir.

⁴⁴⁶ Yavuz, Acar ve Özen, s. 761.

⁴⁴⁷ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 496.

⁴⁴⁸ Yavuz, Acar ve Özen, s. 763-764; Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 207; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 683; Arkan Akbıyık, s. 59; Özdemir, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 118; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 79-80; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 166.

⁴⁴⁹ Bu görüş hakkında bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 79 dn. 110.

⁴⁵⁰ Baş Süzel, s. 133; Aydın, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 206.

SONUÇ

Son yıllarda uygulaması giderek artan üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, bünyesinde hem Medeni Hukuk hem Borçlar Hukuku anlamında sorunlar barındırmaktadır. Taraflar arasındaki ilişkinin son derece kompleks olduğu ve özellikle soybağı açısından önemli sorunların yaşanabildiği bir alan olan üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının sadece bir Yönetmelik ile düzenlenmiş olması da sorunların çözülmesine engel olur niteliktedir.

Üremeye yardımcı tedaviler, doktrinde genel olarak yapılan sıralamadan farklı olarak eşlerin üreme hücrelerinin ait olduğu kişilere göre homolog ve heterolog; hücrelerin döllenme yerine göre de taşıyıcı annelik, in vitro fertilizasyon ve in vivo fertilizasyon gibi türlere ayrılmalıdır. Homolog döllenme eşlerin üreme hücrelerinin kullanılması anlamına gelirken, evli olmayan kimselerin üreme hücrelerinin kullanılması yoluyla döllenmeye de heterolog döllenme denir. Heterolog döllenme hukukumuzda kesin olarak yasaklanmıştır. Zira heterolog döllenme, sperm bağıışı, yumurta bağıışı ve embriyo naklini kapsar şekilde bünyesinde soybağıına ve miras hukukuna ilişkin birçok sorun barındırabilecek niteliktedir. Ancak bu yasaklamanın ilgili yönetmelikle yapıldığı ve sağlık hakkını ilgilendiren böyle bir kısıtlamanın yönetmelik yoluyla getirilemeyeceği de ifade edilse de kanaatimizce bu yasak sadece yönetmelikten değil Anayasal ilkelerden ve TMK m. 23 ve TBK m. 27 gibi özel hükümlerden de kaynaklanmaktadır. Ancak yine gerçekten konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği de ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında bener kaygılarla taşıyıcı annelik de yasaklanmıştır. Ancak biz taşıyıcı anneliğin hukukumuzda yasalarla düzenlenerek eşler arasında gerçekleşecek şekilde serbest bırakılabilmesi gerektiği fikrindeyiz. Zira taşıyıcı annelik yoluyla aslında çocuk özlemi içerisinde olan birçok anne-baba adayının da özlemi giderilebilecektir. Ayrıca bu yöntemle çocuk sahibi olmak, heterolog döllenmeye kıyasen daha az sorun doğurabilecek niteliktedir. Fakat kabul etmeliyiz ki taşıyıcı anneliğin özellikle dini kurallar gereği yasaklanmış olması da önemli bir engeldir.

Üremeye yardımcı tedavilerin uygulanması, yetkilendirilmiş ÜYTE merkezleri aracılığı ile yapılmaktadır. Bu merkezler, özel hastaneler bünyesinde kurulacağı gibi müstakil olarak da kurulabilir. Dolayısıyla hekimler tek başlarına ÜYTE uygulayamazlar. İşte bu sebeple merkezlere başvuran hastalar ile merkez arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi gerekmektedir. Biz bu tür sözleşmeleri (ve hastaneye kabul sözleşmelerinin teşhis ve tedavi edimini içeren kısmını) vekâlet sözleşmesi kaspamında saymaktayız. Ancak preimplantasyon ve prenatal genetik tanı testlerinin sonuçtan sorumluluk sebebiyle eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde fayda vardır.

Vekâlet ilişkisi kapsamında da merkezin, teşhis ve tedavi borcu, özen borcu, sır saklama borcu gibi borçları mevcuttur. Önemle ifade etmek isteriz ki merkezin ve merkezlerde görev yapan hekimlerin sorumluluğuna temel teşkil eden esas borç özen borcudur. Dolayısıyla hatalı ÜYTE uygulaması sebebiyle doğan zararlar öncelikle sözleşme ilişkisinden dolayı tazmin edilebilir. Ancak merkezin sözleşmesel sorumluluğu elbette ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK m. 116 hükmüne tabidir. Zira merkez yukarıda bahsettiğimiz borçları bizzat ifa etmez. Bu da TBK m. 112'den farklı olarak kusursuz bir sorumluluktur. Bunun dışında merkez ve merkezle beraber sağlık personellerinin gerçekleştirdiği hatalı ÜYTE uygulamaları aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edecektir. Dolayısıyla merkez ve sağlık personelleri haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu tutulacaktır. Ancak burada sağlık personelleri ile merkezin sorumluluk esasları aynı değildir. Sağlık personelleri TBK m. 49 uyarınca kusurlu haksız fiil sorumluluğuna tabi iken, merkezler TBK m. 66 kapsamında adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz olarak sorumludur. Bahsi geçen bu sorumluluk kurtuluş kanıtı içermesi, zamanaşımının daha kısa olması gibi sebeplerle zarar gören eşler açısından TBK m. 116 uyarınca daha az elverişlidir. Bunlar dışında merkezin ÜYTE uygulaması vücut bütünlüğünü ve dolayısıyla kişilik hakkını ihlâl ettiği için, bu kişilik hakkından doğan kazancın, vekâletsiz işgörme hükümlerine göre iadesi de mümkündür. Bu kapsamda ileri sürülecek vekâletsiz işgörmeye dayanan talepler, haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluktan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanında ileri sürülebilecek ayrı talepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu talebin ileri sürülebilmesi için de eşlerin zarar görmesine gerek olmadığı gibi, merkezin kusurlu olmasına da gerek yoktur. Son olarak merkez, culpa in contrahendo sorumluluğunu da

taşımaktadır. Biz culpa in contrahendo sorumluluğunu, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri esnasında bir güven ilişkisi kurulduğundan, sözleşmesel sorumluluk esaslarına tabi tutmaktayız. Dolayısıyla zamanaşımı ve ifa yardımcılarının fiilinden sorumluluğa ilişkin TBK m. 116 hükmü, culpa in contrahendo kapsamında da aynen uygulanacaktır.

Sorumluluğun doğması ile beraber ortaya zararların tazmini meselesi çıkmaktadır. Burada hangi zararların nasıl tazmin edileceği TBK m. 51 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. Bu kapsamda zarar gören eşler hem maddi zararlarını hem de manevi zararlarını tazmin ettirmek isteyebilirler. Maddi zarar kalemleri, eşlerin tıbbi müdahale sonucu vücut bütünlüklerinin ihlâli veya ölmüş olmalarına göre değişecektir. Bu kapsamda merkezden tedavi giderleri, kazanç kayıpları, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, iş gücü kaybından doğan zararlar, cenaze masrafları ve destekten yoksun kalma tazminatları talep edilebilir. Bütün bunlar dışında ve tamamen bağımsız olacak şekilde eşler, TMK m. 25/3 uyarınca kişilik haklarının ihlâl edildiğinden bahisle, merkezin elde ettiği kazançların kendilerine verilmesini de isteyeceklerdir. Buradaki kazancın, kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin malvarlığından tamamen bağımsız olduğu ve hem manevi hem de maddi tazminatla beraber talep edilebileceğini hatırd tutmak gerekir. Ancak talep edilecek kazanç brüt kazanç değil, yapılan masraflar çıkarıldıktan sonra bulunacak net kazanç olacaktır. Bu talepler için de eşler ve elbette usul hukuku kurallarına uygun olmak kaydıyla cenin, görevli ve yetkili mahkemede dava açmaktadırlar. Görevli mahkeme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca tüketici mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Ancak elbette tazminat talebinin haksız fiile dayanması durumunda görevli mahkeme, ortada bir tüketici işlemi olmadığından asliye hukuk mahkemesi olacaktır ki bu da sorun doğur niteliktedir.

Bu kapsamda TBK m. 116 uyarınca merkezin sorumluluk anlaşması yapması mümkün değildir. Aynı şekilde sorumluluğun haksız fiile dayandırılması durumunda da, konumuz açısından haksız fiil şahıs varlığını ilgilendirdiğinden, sorumsuzluk anlaşması yapılamaması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşması yasağı da göz önüne alındığında eşler taleplerini haksız fiile, sözleşmeye ya da vekâletsiz iş

görmeye dayandırabileceklerdir. Burada da sebeplerin yarışması kurumu gündeme gelecektir ki bu husus açıkça TBK m. 60'ta anlatılmıştır. Bu kapsamda sözleşmesel sorumluluğun eşlerin daha lehine olduğu ve TMK m. 25/3'ten kaynaklanan taleplerin de yarışma kapsamına girmeyeceğini tekrar vurgulamak isteriz.

Zamanaşımı açısından ise haksız fiillerde TBK m. 72, sözleşmesel sorumlulukta TBK m. 147 (zira sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmiştik) hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Kişilik hakkının ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörmeye ise her ne kadar aksi yönde görüş olsa da hem gerçek hem de gerçek olmayan vekâletsiz işgörme açısından TBK m. 146 hükmünün uygulanması gerektiği ve zamanaşımının da gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kazancın kişilik hakkını ihlâl eden merkezin malvarlığına girdiği andan itibaren işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

(Yazar Belirtilmemiş), 107 Türk Kadını Bankadan Hamile, 2010, https://www.sabah.com.tr/gundem/2010/07/18/107_turk_kadin_sperm_bankasindan_an_ne_oldu (19.03.2020).

(Yazar Belirtilmemiş), *Gamete Intrafallopian Transfer: GIFT*, <https://www.centrumtupbebek.com/gamete-intrafallopian-transfer-gift> (05.04.2020).

(Yazar Belirtilmemiş), *Tüp Bebekte Kaç Embriyo Transfer Edilir*, 2018, <https://www.izmirtupbebekmerkezi.net/tup-bebekte-kac-embriyo-transfer>, (10.03.2020).

(Yazar Belirtilmemiş), *Zigot Intrafallopian Transfer (ZIFT)*, 2019, <https://www.dogufertil.com.tr/zigot-intrafallopian-transfer-zift/> (05.04.2020).

Abik, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.59, Sayı.3, (2010), ss. 345-448.

Acabey, M. Beşir, **Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, 1. Baskı: Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002.

Akcan, Recep, “Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.9, Sayı.3-4, (2001), ss.

Akdemir, Pınar, **Kişilik Haklarının İhlâlinden Doğan Kazancın İadesi Davası**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Akıncı, Şahin, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, 1. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2004.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Akipek Öcal, Şebnem, “Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları** içinde (284-299). Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Ed.), 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.

Akipek, Şebnem, **Alt Vekâlet**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Akkanat, Halil, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan** içinde (25-41). Hüseyin Hatemi (Ed.), 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2006.

Akman, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, 1. Baskı, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976

Aksoy, Hüseyin Can, “Vekâletsiz İş Görende İş Vekâletsiz Görme Bilinci Aranmalı mıdır?”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, (2017), ss. 93-121.

Akyol, Şener, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I. Fasikül**, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984.

Akyüz, Emine, **Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması**, 6. Baskı, Ankara: Pegem Akademi, 2018.

Alkanat, Murat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.5, (2002), s.178;

Alniak, M. İlhan, “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. 35, Sayı. 1-4, (1969), ss. 320-351.

Altay, Sabah, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan** içinde (175-189). 1. Baskı, İstanbul: Turhan Kitabevi, 2011.

Altun, Abdürrahim, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.1, (2018), ss. 37-52.

Altunkaya, Mehmet, “Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları , I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı** içinde. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2007, ss. 99-118.

Andrews, Lori B., “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, **Virginia Law Review**, Vol.81, Nu.8, (January 1995), ss. 2343-2375.

Antalya, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan** içinde (221-250). 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011. (Manevi Zarar)

Antalya, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Antalya, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Antalya, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Anwar, Shahnaz ve Ayesha Anwar, “Infertility: A Review on Causes, Treatment and Management”, **Women’s Health and Gynecology Review**, Vol. 2, Iss. 6, (2016), ss. 1-5.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Arıkan, Mustafa, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.17, Sayı.1, (2009), ss. 69-89.

Arıkan, Şafak, **Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Arif, Arif Ali, “Taşıyıcı Annelik veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış”, (Çev. Esra Rahat Özer), **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 17, (2011), ss. 389-414.

Arkan Akbıyık, Azra, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörme**, 1. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 1999.

Arpacı, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Bunlara İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.VI, Sayı.2 (Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı), (2009), ss. 5-14.

Arslan, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt.26, Sayı.1, (2020), ss. 400-422.

Aslanova, Kemale, **Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul: Aristo Yayınları, 2019

Aşçıoğlu, Çetin, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, 1993.

Ataay, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım**, 5. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 1995.

Atabek, Merih ve Reşat Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.28, Sayı.2, (1954), ss. 135-165.

Atabek, Reşat, “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. LXI, Sayı. 7-8-9, (1985), ss. 616-622.

Atak, İsmail, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, **Türk Ortopedi ve Travmatoloji Derneği Dergisi**, Sayı.19, (2020), ss. 19-26.

Atamer, Yeşim M. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, 8 Nisan 2012, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2012, ss. 9-73.

Atamer, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

Atamulu, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1, (2018), ss. 101- 147.

Ateş, Mustafa, “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt.20, Sayı.3, (1994), ss. 325-344.

Atlan Kazan, Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (Genel Hükümler)

Ayan, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991. (Tıbbi Müdahale)

Aybay, Aydın, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 15. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.

Aydın Özdemir, Elif, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017

Aydın Ünver, Tülay, **Cenin Hukuki Konumu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

Aydın, Erdem, “Taşıyıcı Annelik ile İlgili Etik Sorunlar”, **Turkish Journal of Obstetrics and Gynecology**, Vol. 3, No. 1, (2006), ss. 19-25.

Aydın, Erdem, **Tıp Etiği**, 1. Baskı, İstanbul: Güneş Kitabevi, 2006.

Aydın, Gülşah Sinem, **Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörme**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017. (Vekâletsiz İşgörme)

Aydın, Melike Belkıs, “Pre-İmplantasyon Genetik Tanı ve Biyoetik Tartışmalar”, **Hukuk Kuramı**, Cilt.2, Sayı.1, (Ocak-Şubat 2015), ss.14-19.

Aydın, Öztürk, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1.Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık. (Üremeye Yardımcı Tedavi)

Aydın, Turgut ve Burak Yücel, “Tek Gen Hastalıkları Nedeniyle Preimplantasyon Genetik Tanı Uygulanan Hastalarımızın Retrospektif Analizi”, **Bozok Tıp Dergisi**, Cilt.7, Sayı.4, (2017), ss. 42-45.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019. (Sözleşmeler Hukuku)

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019. (Ders Kitabı)

Aydoğdu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S. 2, (2011), ss. 1-50.

Aydoğdu, Murat, **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Aykın, Aykut Cemil ve Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Aytaç, İsmail, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Hukuk ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2002. (Üreme)

Aytaç, İsmail, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Adalet Bakanlığı Dergisi**, Sayı.11, ss.83-99.

Badur, Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Barış, Maide ve İlhan İlkılıç, “Prenatal Tarama ve Teşhis Prosedürlerinin Gebe Kadınlar, Engelliler ve Toplum Üzerindeki Olası Etkilerine Dair Normatif Bir Değerlendirme”, **Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi**, Cilt.23, Sayı.2, (2018), ss. 111-120.

Baş Süzel, Ece ve Candan Yasan, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt. 22, Sayı. 2, (2016), ss. 365-396.

Baş Süzel, Ece, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Başağaoğlu, İbrahim ve Adnan Ataç, “Hekimin Hastasına Sözleşmeden Doğan Borçları”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.4, (2004), ss. 253-258.

Başalp, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Başpınar, Veysel, “Hekimin Hasta Hakları Açısından Özen Borcu”, **IV. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi, 08-09 Haziran 2007.

Başpınar, Veysel, “Hekimin Özen Borcu”, **I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan: Erzincan Üniversitesi, 15-16 Mayıs 2006.

Batur, Aslan, “Sperm Bankası Karlı Yatırım Oldu Hedefi 7 Milyar Dolara Çıkardı”, *Hürriyet Gazetesi*, 06.05.2012, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/sperm-bankasi-k-rli-yatirim-oldu-hedefi-7-milyar-dolara-cikardi-20491210>, (19.03.2020).

Baygın, Cem, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. IV, Sayı. 1-2, (2000), ss. 345-377.

Baygın, Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. VI, Sayı.1-4, (2002), ss. 255-284. (Soybağı)

Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

Belgesay, M. Reşit, “Tıbbi Deontoloji”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt.12, Sayı.12, (1946), ss. 195-206.

Belgesay, Mustafa Reşit, *Tıbbi Mesuliyet*, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.

Bhatia, Kalsang, Elizabeth A. Martindale, Oybek Rustamov, Anthony M. Nysenbaum, “Surrogate Pregnancy: An Essential Guide for Clinicians”, *The Obstetrician and Gynaecologist Review*, Vol.11, Nu.1, (2009), ss. 49-54.

Bilge, Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1971.

Birtek, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt.81, Sayı.5, (2007), ss. 1997-2007.

Braude, Peter, Susan Pickering, Frances Filinter ve Caroline Mackie Oglivie, “Preimplantation Genetic Diagnosis”, *Nature Review*, Vol. 3, (2002), ss.941-953.

Brezina, Paul R. ve Yulian Zhao, “The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies”, *Obstetrics and Gynecology International*, (Ocak 2012), ss. 1-7.

Brüggeve, Claudia ve Petra Thorn, “How Germany’s New Sperm Donor Registry Act is Internationally Progressive”, 26 June 2017, https://www.bionews.org.uk/page_96069, (Erişim Tarihi: 09.04.2020).

Budak, Ali Cem, “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2, (2006), ss. 337-356.

Busardo, Francesco Paolo, Matteo Gulino, Simona Napoletano, Simona Zaami ve Paolo Frati, “The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members” ,*Biomed Research International*, Vol. 2014, <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/> (Erişim Tarihi: 07.04.2020), ss. 1-82.

Büyükcay, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 1-2, (2004), ss. 383-396. (Sır Saklama)

Büyükcay, Yusuf, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı** içinde. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, ss. 111-150. (Embriyon Nakli)

Büyüksağış, Erdem, **Yeni Sosyo Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

Cansel, Erol ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. I, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Caymaz, Mevlüt, “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir Araştırma”, **Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt.2, Sayı.4, (2015), ss. 1-14.

Cin, Onursal, “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı. 5, (2005), ss.31-37.

Courduriès, Jérôme, “At The Nations doorstep: the fate of children in Franceborn via surrogacy”, **Reproductive Biomedicine Society Online**, Vol.7, 20, (2018), ss. 47-54.

Craft, Ian, “In vitro Fertilization- A Fast Changing Technique: A Discussion Paper”, **Journal of the Royal Society of the Medicine**, Vol. 75, (1982), ss. 253-257.

Çağlayan Aksoy, Pınar, “Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme: TBK md. 27 ile TBK md. 81 Arasındaki İlişki”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt. 31, Sayı.4, (2015), ss. 131-178.

Çağrı Ülker, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, 2017.

Çakal, Ayça, **Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Çam, Gülçin, “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Çavdar, Pelin, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, 2010, ss. 735-764.

Çelik, Nazlı Hilal, **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017

Çilingiroğlu, Cüneyt, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Dayınlarlı, Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, 1. Baskı, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003.

Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.57, Sayı.3, (2008), ss. 225-252. (Hekimin Sorumluluğu)

Demir, Mehmet, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020. (Tıbbi Sorumluluk)

Demir, Remzi, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.133, (2017), ss. 269-298. (Üreme Hakkı)

Demir, Remzi, **Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2019. (İnsan Geni)

Demircan, Aydın, Erten Kervancıoğlu, Emre Yazıcıoğlu, Mark Curry, Hamish Barblett, Teksen Çamlıbel, Ovrang Djahanbakhch, Turgay Atasi, “Erkek İnfertilitesi Tedavisinde Yeni Bir Yöntem; (Zygote Introfallopian Transfer) ZIFT-Olgusu Takdimi”, **Anatolian Journal of Obstetrics and Gynecology**, Vol. 2, (1992), ss. 279-283.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)** 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.

Demirhan Erdemir, Ayşegül ve Diğerleri (Ed.), **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı** içinde (135-151), İstanbul: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği, 2005.

Deschenaux, Henri ve Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Salim Özdemir (Çev.), 1. Baskı, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.

Deyhoul, Narjes, Tina Mohamaddoost ve Meimanat Hosseini, “Infertility-Related Risk Factors: A Systematic Review”, **International Journal of Women’s Health and Reproduction Sciences**, Vol. 5, No. 1, (2017), ss. 24-29.

Doğan, Cahid, “Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.XI, Sayı.2, (2016), ss. 49-81.

Durak, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.25, Sayı.1, (2017), ss. 239-288.

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistematik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XXII, Sayı. 4, (2018), ss. 37-65.

Erdem, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Erdenk, Erdem, **İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.

Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin, **Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku)**, 2. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.

Eren, Fikret, “İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan** içinde (85-111). Derya Ateş ve Alper Bulur (Ed.), 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019. (Genel Hükümler)

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019. (Özel Hükümler)

Eren, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, 1. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.

Ergün, Ömer, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Ergüneş, Seda, “Yapay Döllenme”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 167-177.

Erkan, Mehmet Akif, “Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

Erlüle, Fulya, “Alt Vekâlet”, İsmail Esin (Ed.), **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan** içinde (259-269), İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1999.

Erlüle, Fulya, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlâlinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Erman, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Erol, Yasemin, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Ersöz, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt.5, Sayı.45, (2010), ss. 105-122.

Ertaş, Şeref, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1, No. 1-4, (1980), ss. 173-204.

Erten, Ali, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, 1. Baskı, Ankara: Olgaç Matbaası, 1977.

Erzurumluoğlu, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976. (Genel Hükümler)

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt. I, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980. (Özel Borç İlişkileri)

Fıçıcıoğlu, Cem “Çoğul Gebelik ve Riskleri”, *Milliyet*, 30 Mart 2020, <https://www.milliyet.com.tr/pembenar/prof-dr-cem-ficicioglu/cogul-gebelik-ve-riskleri-1837076>, (30 Mart 2020).

Fischer, Gerfried, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Çev. Efe Dörenisa), **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2. Türk Alman Tıp Hukuk Sempozyumu, Cilt.3, Sayı.2, (2006), ss. 3-16.

Gardner, David K. ve Carlos Simon, **In-Vitro Fertilizasyon El Kitabı**, G. Serdar Günalp (çev.), İstanbul: Güneş Tıp Kitabevleri, 2019.

Genç Arıdemir, Arzu, “Türk Medeni Hukukuna Göre Anne İle Çocuk Arasındaki Soy Bağına İlişkin Problemler”, **Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Afro-Avrasya Özel Sayısı, (2017), ss. 17-23.

Gesley, Jenny, “Germany: Federal Court of Justice Rules on Legal Motherhood of Surrogate”, <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-federal-court-of-justice-rules-on-legal-motherhood-of-surrogate/>, 2019, (07.04.2020).

Gökcan, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Gökyayla, K. Emre, **Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Gönen, Doruk, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Gönenç, Fulya İlçin, “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, Hakan Hakeri, Cahid Doğan (Ed.), **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu** içinde. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012, ss. 63-82.

Görgülü, Ülfet, “Taşıyıcı Annelik Fıkhi Bir Bakış”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı.15, (2010), ss. 197-208.

Gronowski, Ann M., “The Ethical Implications of Preimplantation Genetic Diagnosis”, **Clinical Chemistry Journal**, Vol. 60, Iss. 1, (2014), ss. 25-28.

Günel, İlhan, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Gülerci, Altan Fahri ve Ayşe Kılınç, **6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Gültekin, Fatih, “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 35, (2018), ss. 375-403.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2**, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. (Özel Hükümler)

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019. (Ders Kitabı)

Güney Tunalı, Işıl, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Gürakan, Berkan, “Çoğul Gebeliklerde Yenidoğan Sorunları”, **Başkent Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.3, 2005, ss. 161-163.

Gürsoy, Kemal Tahir, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 29, Sayı.1, (1972), ss.143-196.

Gürsoy, Kemal Tahir, **Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi**, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1959.

Gürtin, Zeynep B., “Patriarchal Pronatalism: Islam, Secularism and the Conjugal Confines of Turkey’s IVF Boom”, **Reproductive Biomedicine and Society Online**, Vol. 2, (2016), ss. 39-46.

Güven, Vesile, **Sağlık Hukukunda Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Saklanması ve Doğa Hukuki Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016

Hakeri, Hakan, “*Tıbbi Genetik ve Hukuk*”, <https://www.noroloji.org.tr/TNDDData/Uploads/files/TIBB%C4%B0%20GENET%C4%B0K%20VE%20HUKUK.doc>, (Erişim Tarihi: 29.06.2020)

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Hatemi, Hüseyin ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Hatemi, Hüseyin ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Hatemi, Hüseyin ve Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019

Hatemi, Hüseyin ve Rona Serozan, **Aile Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Hatemi, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Hatemi, Hüseyin. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 2. Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

Hatemi, Hüseyin. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, 1.Baskı, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976. (Hukuka Aykırılık)

Hatırnaz Erol, Gültezer. **Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Helvacı, Serap, **Gerçek Kişiler**, 8. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.

Hevia, Martin ve Carlos Herrera Vacafior, “The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention of Human Rights”, **Suffolk Transnational Law Review**, Vol. 36, No. 1, (2013), ss. 51-88.

Huang, Lina N., Justin Tan, Jason Hitkari ve Michael H. Dahan, “Should IVF be Used As First-Line Treatment or As A Last Resort? A Debate Presented at the 2013 Canadian Fertility and Andrology Society Meeting”, **Reproductive Biomedicine Online**, Vol. 30, Iss. 2, (2015), ss. 128-136.

Hull, M.G.R., “The Causes of Infertility and Relative Effectiveness of Treatment”, Allan A. Templeton ve James O. Drife (Ed.), **Infertility** içinde (33-62). London: Springer, 1992, ss. 33-62.

Işık Özcan, Funda, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Işık Yılmaz, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.98, (2012), ss. 389-410.

İmamoğlu, S. Hülya, “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 68, Sayı. 1, (2019), ss. 241-260.

İmre, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

İnan, Ali Naim ve Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Kaba, Gizem, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Kahraman, Semra, Çağrı Beyazyürek, Hüseyin Avni Taç ve Caroline Pirkevi, “Recent Advances in Preimplantation Genetic Diagnosis”, **Advances in Genotics and Genetics Journal**, Vol. 5, (2015), ss. 189-203.

Kahraman, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.7, Sayı.1, (2016)

Kalaycı Ölçüm, Merve Buse, **Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, **Güven Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, **Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Kamacı, Mahmut “Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları” **Sağlık Hukuku Kurultayı II** içinde. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, ss. 93-111.

Kamacı, Mahmut, “Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt.36, Sayı.1-2, (2010), ss. 25-63. (Embriyo Transferi)

Karaca, Mehmet, “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt. 5, Sayı. 49, (2010), ss. 47-62.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk-Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk)**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.

Karasu, Sinem, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

Karslı, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayınları, 2014.

Kaya, Mine, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü İle Kişilik Hakkı İlişkisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.8, (2012), ss. 45-82. (Kişilik Hakkı)

Kaya, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.100, (2012), ss. 45-82. (Aydınlatma)

Kaya, Mine, “Türk Ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Cilt.1, Sayı.1, (2012).

Kayaer, Nebahat, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Kayalı, Zeka, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994.

Keane, Noel P., “Legal Problems of Surrogate Motherhood”, **Southern Illinois University Law Journal**, Vol.5, No.2, (1980), ss. 147-169.

Kıcalıoğlu, Mustafa, “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.1, Sayı.4, (2006), ss. 16-29.

Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru, **Haksız Kazancın İadesi**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Cilt. I, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

Kırkbeşoğlu, Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Kocayusufoğlu, Necip ve Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Kök, Ahmet Nezih, “Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı. 5, (2015), ss. 605-616.

Köprülü, Ömer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.LVIII, Sayı. 10-11, (1984), ss. 589-610.

Kurşat, Zekeriya, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, **İÜHFM**, Cilt.LXVII, Sayı.1-2, (2009), ss. 143-166.

Kurt, Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 64, Sayı. 3, (2015), ss. 775-814.

Kurtulan, Gökçe, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt.23, Sayı.1, (2017), ss. 465-503.

Lansac, Jacques, “French Law Concerning Medically Assisted-Reproduction”, **European Society for Human Reproduction and Embryology**, Vol.11, Nu.9, (1996), ss. 1843-1847.

Lettmaier, Saskia, **Adoption and Assisted Reproduction in Germany, Legal Framework and Current Issues**, Leiden: Brill, 2019.

Lippman, Abby, “Prenatal Genetic Testing and Screening: Constructing Needs and Reinforcing Inequities”, **American Journal of Law and Medicine**, Vol. XVII, No. 1-2, (1991), ss. 15-50.

Marvelos, D. ve E. Saridoğan, “Treatment of Endometriosis in Women Desiring Fertility”, **Journal of Obstetrics and Gynecology of India**, Vol. 65, No. 1, (2015), ss. 11-16.

Masoumi Seyede, Zahra, Parisa Parsa, Nooshin Darvish, Sahar Mokhtari, Mahnaz Yavangi ve Ghodratollah Roshanei, “An Epidemiologic Survey on the Causes of Infertility in Patients Referred to Infertility Center in Fatemieh Hospital in Hamedan”, **Iran Journal of Reproductive Medicine** Vol. 13, Iss. 8, (2015), ss. 513-516.

Mastroyannis, Christos, “Gamete Introfallopian Transfer: Ethical Considerations, Historical Deveopment of the Procedure and Comparison with other Advanced Reproductive Technologies”, **Fertility and Sterility**, vol. 60, No. 3, (1993), ss. 389-402.

McAuley, James, *France Debates Allowing Single Women and Lesbian Couples Access to IVF*, 05 Ekim 2019, https://www.washingtonpost.com/world/europe/france-debates-allowing-single-women-and-gay-couples-access-to-ivf/2019/10/05/fddae728-e456-11e9-b0a6-3d03721b85ef_story.html, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

McDermott, Hannah, “Surrogacy Policy in the United States and Germany: Comparing the Historical, Economic and Social Context of Two Opposing Policies”, **Senior Capstone Projects**, 2012, ss. 1-72.

Meral, Ömer Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı**, Cilt. 19, (2017), ss. 1139-1206.

Metin, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleri İle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 7-55. (Taşıyıcı Annelik)

Metin, Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 2. Baskı, İstanbul: Betim Kitaplığı, 2019. (Biyotıp Etiği)

Möller, K.H., “Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin in Deutschland”, K. Dietrich, M. Ludwig, G. Griesinger (Ed.), **Reproduktionsmedizin** içinde. Wiesbaden: Springer, 2013, ss. 593-666.

Müge Demir, “Aydınlatılmış Onam”, http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_15_guz/aset_15_guz_slayt/aydinlatilmis_onam_demir.pdf, (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

Nomer, Haluk Nami, “Sun’i Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı (Ed.), **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan** içinde. İstanbul: Beta Yayınları, 2000, ss. 545-594.

Nomer, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017. (Genel Hükümler)

Nomer, Haluk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1996.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, 17. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 25. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. II**, 10. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Oğuzman, M. Kemal, “Adam Kullananların BK m. 55 Gereği Sorumlu Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. XXIII, Sayı.1-2, (1958), ss. 182-197. (Adam Kullanan)

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

Oktay Özdemir, Saibe ve Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan** içinde. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, ss. 909-931.

Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHFM**, Cilt.LV, (1996), ss. 263-296.

Oral, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.2, (2011), ss. 186-209.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.52, Sayı.3, (2003), ss. 55-77.

Öğüz, Tufan, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından Zarar İle Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Bulunması Sorunu”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı. 8, (2006), ss. 154-157.

Öz, Turgut, “BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S.1-2-3, (1985), ss. 105-138.

Öz, Turgut, **Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Özalp Yüreğir, Özge, Selim Büyükkurt, Filiz Koç ve Ayfer Pazarbaşı, “Prenatal (Doğum Öncesi Tanı)”, **Arşiv Tarama Kaynak Dergisi**, Cilt.21, Sayı.1, (2012), ss. 80-84.

Özbilen, Arif Barış, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Özcan Büyüktanır, Burcu Gülseren, “Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlâlinde Maddi Zararının Tazmini”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.9, Sayı.1, (2018), ss. 275-302.

Özcan, Handan ve Nezihe Kızılkaya Beji, “İnfertilitede Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Uygulamaları”, **Okmeydanı Tıp Dergisi**, Cilt.32, Sayı.1, (2016), ss. 36-44.

Özcan, Müesser, Ayla Berkiten Ergin ve Zeynep Acar, “Türkiye’de Cinsel ve Üreme Hakları: Genel Bir Bakış”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı.26, (2013), ss.122-136

Özdemir, Gökçe, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”, **TBBD**, S. 105, (2013), ss. 263-290.

Özdemir, Hayrunnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, (2010), ss. 125-164. (Sır Saklama)

Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.1, (2016), ss. 33-81. (Hukuki Sorumluluk)

Özdemir, Hayrunnisa, “Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı.130, (Şubat 2013), ss. 1-39. (Yapay Döllenme)

Özdemir, Hayrunnisa, **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017. (Teşhis ve Tedavi)

Özekici, Ümit, (Zigot Intrafallopian Transfer), 2019, <https://umitozekici.com.tr/tr/uzmanlik-alani/tup-bebek/zift-zigot-i%CC%87ntrafallopian-transfer> (Erişim Tarihi: 05.04.2020).

Özel, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.50, Sayı. 4, (2001), ss. 81-106.

Özgenç, İzzet “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk”, Ömer Teoman (Ed.), **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan** içinde. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, ss. 2175-2213.

Özgönül, Mustafa Levent, Berna Arda ve Necati Dedeoğlu, “Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Tarihi-Hukuku Dergisi**, Cilt.27, Sayı.1, (2019), ss. 48-56.

Özgül, Mehmet Emin, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Özpınar, Berna, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı II** içinde. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, ss. 33-56. (Yapay Döllenme)

Özpınar, Berna, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007. (Kötü Uygulama)

Özsunay, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk Ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara: Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 12-13 Mart 1982, ss. 31-60. (Aydınlatma)

Özsunay, Ergun, “Taşiyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Ağustos 2007, ss.28-29. (Taşiyıcı Annelik)

Özsunay, Ergun, “Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar”, **İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2-8 Kasım 2008, ss. 57-82.

Özsunay, Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982. (Gerçek Kişiler)

Öztürkler, Cemal, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Paksoy, Gülnihal, “Soybağının Reddi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.97, (2011), ss. 353-376.

Palihawadana, T.S., P.S. Wijesinghe ve H.R. Seneviratne, “Aetiology of Infertility Among Females Seeking Treatment at a Tertiary Care Hospital in Sri Lanka”, **Ceylon Medical Journal**, Vol. 57, No. 2, (2012), ss. 79-83.

Park, Nam Cheol, “Sperm Bank: “From Laboratory to Patient”, *The World Journal of Men’s Health*, Cilt.36, Sayı.2, 2018, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5924960/> (Erişim Tarihi: 18.03.2020).

Parlak, Şafak ve Levent Börü, “Alt Vekâlet”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.96, (2011), ss. 17-48.

Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Polat, Selçuk, “Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerlik İlkesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014. (Genel Hükümler)

Reisoğlu, Seza, **Hizmet Akdi**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1968.

Remzi, Mehmet ve Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Robertson, John A., “Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: The Ethical Debate”, **Human Reproduction Journal**, Vol. 18, No. 3, (2003), ss. 465-471.

Saraç, Senem, **Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71)**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Sarıal, M. Enis, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuki İlişkiler**, 1. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.

Sarıtaş, Hatice, **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2006.

Savaş, Halide, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Saymen, Ferit H., **Manevi Zarar ve Tazmin Sureti**, 1. Baskı, İstanbul, 1940.

Schlegel, Thomas, **Die künstliche Befruchtung mit spendersamen im Lichte des Kindschaftsreformgesetzes- Rechtsvergleich zwischen US-amerikanischen und deutschen Recht**, Göttingen, 2000.

Schreiber, Hans Ludwig, “The Legal Situation Regarding Assisted Reproduction in Germany”, **Reproductive BioMedicine Online Magazine**, Vol.6, Nu.1, (2002), ss. 8-12.

Seçer, Öz, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı.1, (2013), ss. 107-148.

Seliçi, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.

Selinger, Christian P., “The Right To Consent: Is it Absolute?”, **British Journal Of Medical Practitioners**, Vol.2, Nu.2, (2009), ss. 50-54.

Serhat Tay, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Sermon, Karen, André van Steirteghem ve Ingé Liebaers, “Preimplantation Genetic Diagnosis”, **The Lancet Review**, Vol. 363, (2004), ss. 1633-1641.

Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016 (İfa).

Serozan, Rona, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (Çocuk Hukuku)

Serozan, Rona, Kerem Cem Sanlı ve Başak Baysal, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2018. (Kişiler Hukuku)

Sert, Gürkan, “Türkiye’de Hastaya Gerçeğin Söylenmesi: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından”, **Kocaeli Medical Journal**, Vol. 9, No.1, (2020), ss. 111-119.

Sert, Gürkan, İrem Narman, Oktay Erkan, Özge Emre, Ebru Özden, Naz Tursun ve Yunus Başar, “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesinin 22 No’lu Yorumu 2016”, **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Cilt.6, Sayı.2, (2019), ss. 65-81.

Sert, Gürkan, Serkan Duran ve Şefik Görkey, “Rahim Tahliyesi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Alınması İle İlgili Formların Tıp Etiği ve Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Türkiye Klinikleri Dergisi**, Cilt.3, Sayı.3, (2017), ss. 139-144.

Sert, Gürkan, **Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019. (Hasta Hakları)

Sert, Gürkan, **Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme**, 1. Basım, İstanbul: İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, 2013.

Sezen, Onur, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 1, Sayı. 1, (2015), ss. 82-107.

Somer, Pervin, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 24-25 Ekim 2008.

Somer, Pervin, “Tıbbi Kayıtlar”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu, 07-08 Kasım 2010, s. 510-555.

Söğüt, İpek Sevdâ, “Tıbbi Kayıtlar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, (2013), ss. 63-86.

Subaşı, İlhan, **Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Sütlaş, Mustafa, **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, 1. Baskı, İstanbul: Çivi Yazıları Yayınevi, 2000.

Şahin Candaş, Gökçe, **Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Şahin, Mehmet Yaşar, **Vücut Bütünlüğünün İhlali Durumunda Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Şahin, Nurten Zeliha, “Yahudi ve İslam Hukuku Açısından Yardımcı Üreme Tekniklerinde Donör Kullanımı, Nesillerin Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı.28, (2016), s.137-158.

Şengül, Ragıp, **Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020

Şenocak, Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995. (İfa Yardımcıları)

Şenocak, Zarife, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk ve Tazminat**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009. (Tazminat)

Şenocak, Zarife, “Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu, 07-08 Kasım 2010, ss. 600-644. (Tıbbi Kayıtlar)

Şensöz Malkoç, Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt. 35, Sayı. 2, (2015), ss. 13-49.

Şıpka, Şükran, “Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, 2007, https://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm, (Erişim Tarihi: 09.04.2020).

Şıpka, Şükran, “Taşıyıcı Annelik Yasallaşsın”, 21 Nisan 2017, <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/prof-dr-sukran-sipka-tasiyici-annelik-yasallassin-725278>, (07.04.2020).

Şimşek, Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, (2015), ss. 3535-3556.

Tacir, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Tandoğan, Hâluk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırtdilmesi”, **İmran Öktem’e Armağan** içinde (311-332). 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970. (İstisna Akdi)

Tandoğan, Hâluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt. I/1**, 6. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. (Özel Borç İlişkileri, Cilt. I/1)

Tandoğan, Hâluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt. II**, 5. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. (Özel Borç İlişkileri, Cilt. II)

Tandoğan, Hâluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1981. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

Tandoğan, Hâluk, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1957. (Vekâletsiz İş Görme)

Tandoğan, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku, Akdi ve Akit Dışı Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961. (Mes’uliyet Hukuku)

Taş Korkmaz, Hülya, **Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Taşatan, Caner, “Tıbbi Kayıtlar”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Taştekin, Sinem “Vekilin Vekâlet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.6, Sayı.2, (2019), ss. 83-105.

Tek, Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 103-130.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Tennur Koyuncuoğlu, “Zarar Görenin Fiilinin Nitelenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt.3, Sayı.4, (1969), ss. 215-221.

Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Tok, Ahemt ve Sabiha Gün Tok, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. 90, Sayı.5, (2016), ss. 15-45.

Topuz, Murat, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Törenli Çakıroğlu, Maral “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, (2010), ss. 159-181.

Trappe, Heike, “Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation”, Michaela Kreyenfeld, Dirk Konietzka (Ed.), **Childlessness in Europe: Contexts, Causes and Consequences** içinde. Rostock: Springer Open, 2016, ss. 269-288.

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976.

Turgut, Cemile, “Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.5, Sayı.2, (2017), ss. 181-190.

Turgut, Cemile, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. (Yapay Döllenme).

Tümer, Ali Rıza, **Cerrahi Branşlar Açısından “Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, 1. Baskı, İstanbul: Helikon Yayınları, 2013.

Türkmen, Ahmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. LXX, Sayı. 2, (2012), ss. 257-284. (Organizasyon)

Türkmen, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Tüzün Arpacıoğlu, Işıl “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt.5, Sayı. 1, (2013), ss. 11-20.

Ugan Çalışkan, Hazal, “Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 1, (2016), ss. 489-510.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer “Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu” **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı 17-18, (Ocak- Şubat 2006), ss. 7-64.

Uygur, Atiye, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Uysal, Pınar, “İn-Vitro Fertilizasyon-Embriyo Transferi (IVF-ET) ve Etik”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.1, (2003), ss. 41-44.

Uzun Şenol, Pınar, “Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sayı. 3, (2014), ss. 293-309.

Ünver, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sayı.8, (2015), ss. 291-341. (Taşıyıcı Annelik)

Ünver, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (2006), ss. 227-288. (Rıza)

Ünver, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Açısından Sun’i Döllenme”, **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 08 Ekim 2008, ss. 21-78. (Sun’i Döllenme)

Ürem, Müge, “Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II** içinde. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 79-102.

Üreme Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, http://www.icc.org.tr/uploads/documents/uremehaklari/ureme-haklari_ICC.pdf (Erişim Tarihi: 01.01.2020).

Üstün, Çağatay, ve Gülsün Ayhan Güngörmez Uğurlubay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açıdan Değerlendirilmesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt.6, Sayı. 53, (2014), ss. 29-37.

Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul. 2000.

Van der Veyver, Ignatia B., “Recent Advances in Prenatal Genetic Screening and Testing”, *F1000 Research*, 2016, Vol. 5, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5089140/#>, (10.03.2020).

van Zyl, Liezl ve Anton van Niekerk, “Interpretations, Perspectives and Intentions in Surrogate Motherhood”, **Journal of Medical Ethics**, No.26, (2000), ss. 404-409.

Veatch, Robert M., **Bioetiğin Temelleri**, Tolga Güven (Çev.), İstanbul: Hasta Ve Hasta Yakını Derneği Yayınları, 1. Baskı, 2010.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Reşat Kaynar, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1957.

von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt: 1-2**, Cevat Edege (Çev.), Ankara: Olgaç Matbaası, 1983

Wang, J.X., M. Davies ve N. Norman, “Body Mass and Probability of Pregnancy During Assisted Reproduction Treatment: Retrospective Study”, **British Medical Journal**, Vol. 321, (2000), ss. 1320-1321.

Yağcı, Mine, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116)**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yavuz İpekyüz, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.20, Sayı.33, (2015), ss. 19-61. (Tazminat Sorumluluğu)

Yavuz İpekyüz, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006. (Hekimlik)

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.

Yavuz, Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Yenerer Çakmut, Özlem **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağının Değiştirilmesi Suçu**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010. (Soybağının Belirlenmesi)

Yenerer Çakmut, Özlem, “Hekimler Tarafından Tutuklu ve Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. VI, Sayı. 2, (2009), ss. 231-250.

Yenerer Çakmut, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Kitabevi, 2003. (Rıza)

Yeniocak, Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **TBBD**, S. 107, (2013), ss. 75-96.

Yeprem, M. Saim, “Current Assisted Reproduction Treatment Practices from an Islamic Perspective”, **reproductiv Biomedicine Online Journal**, Vol. 14, Supplement 1, (2007), ss. 44-47.

Yeşiller, Fatma Begüm, “Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Yıldırım Günel, Hülya “Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

Yıldırım, Hülya Deniz, “Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücresi Alınması Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar”, **Adli Tıp Dergisi**, Cilt.31, Sayı.3, (Aralık 2017), ss.143-154. (Üreme Hücresi)

Yıldırım, Mahmut Şerif, Aysun Balseven Odabaşı, Çetin Köse, Aykut Lale ve Ali Rıza Tümer, “ Tıbbi Uygulama Hatası İddialarının Değerlendirilmesinde Örnek Bir Sistem Hatası Olgusu”, **Adli Tıp Bülteni**, Cilt.23, Sayı.1, (2018), ss. 65-68.

Yıldırım, Turan, “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”, **Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, İstanbul, 2011. (Yönetmelik)

Yıldız, Canset, Büşra Kartal ve Beyza Tiryaki, “Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu”, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/325.pdf>, (Erişim Tarihi 08.03.2020), ss.555-573.

Yılmaz, Battal, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010. (Hukuki Sorumluluk)

Yılmaz, İsmail Sinan, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim “Surrogate Motherhood”**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınları, 2002.

Yılmaz, Nafiye ve Özlem Moraloğlu Tekin, “COVID-19 (Sars CoV-2) Pandemisinde Üremeye Yardımcı Tedavi Yaklaşımları”, **Jinekolojik-Obstetrik ve Neonatoloji Tıp Dergisi**, Cilt.17, Sayı.2, (2020), ss. 376-377.

Yılmaz, Süleyman ve Abdülkerim Yıldırım, **Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Yurtcan, Erdener, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 39, S. 1-4, (1974), ss. 451-465.

Yücel, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Özge Yücel, Gürkan Sert (Ed.), **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları** içinde. 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 23-46

Yücel, Özge, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, Özge Yücel, Gürkan Sert (Ed.), **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları** içinde. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 193-251.

Yüksel, Hilâl **Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yünlü, Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Zengin, Mehmet Ali, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Zevkliler, Aydın “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkında Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı.1, (1983), ss. 1-37.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Zevkliler, Aydın, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2000.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Murat Aydoğdu ve Emre Cumalıoğlu, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, 1. Baskı, İzmir: Fakülteler Kitabevi, 2013.

Zeytin, Zafer “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Hâller”, Ayşegül Demirhan Erdemir ve Diğerleri (Ed.), **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı** içinde (135-151). 1. Baskı, İstanbul: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği, 2005.

Zeytin, Zafer, “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Cilt.8, (2015), ss. 211-233.