

# BİYOTIP SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN İÇ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELERE ETKİSİ\*

(THE EFFECT OF THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND BIOMEDICINE (OVIEDO CONVENTION) ON DOMESTIC LAW REGULATIONS)

**Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer İpek Sevda SÖĞÜT\*\***

## ÖZ

Ortak bir biyoetiğin oluşumunda insan hakları çerçevesinde ve özellikle insan onuruyla bağlantılı bir hat oluşturan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyoetik meselelerini insan hakları çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı insan hakları belgesidir. Bu çalışmada; Biyotıp Sözleşmesinin iç hukuktaki düzenlemelere etkisi ele alınırken, Sözleşmenin 6. maddesi (Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması) bağlamında, genel önleyici aşı zorunluluğuna dair yasal düzenleme bulunmaması sorunu; Sözleşmenin 9. maddesi (Önceden Açıklanmış İstek) bağlamında, hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabileceği hukuki vasıtalarla ilişkin yasal düzenleme bulunmaması sorunu; Sözleşmenin 18. maddesi (Tüpte (*in vitro*) Embriyonlar Üzerinde Araştırma) bağlamında embriyonik kök hücre çalışmalarındaki yasal belirsizlik sorunu ve son olarak, Sözleşmenin 21. maddesi (Ticari Kazanç Yasağı) bağlamında hekim-hasta ilişkisinin tüketici hukuku kurallarına tabi tutulması sorunu üzerinde genel bir değerlendirme yapılmıştır.

---

\* Bu makale 21.7.2018 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 24.07.2018 tarihinde birinci hakem; 24.08.2018 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu makale, 14 Mart 2018 tarihinde, Kadir Has Üniversitesi ve İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi işbirliğinde gerçekleştirilen, IV. Ulusal Sağlık Hukuku “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” Sempozyumu’nda bildiri olarak sunulmuştur.

\*\* Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ipekss@khas.edu.tr (ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3501-6593.).

**Anahtar Kelimeler:** Biyotıp Sözleşmesi, zorunlu aşı, embriyonik kök hücre, hastanın tıbbi yaşam iradesi, tüketici hukuku bakımından hasta, insan zararları

### **ABSTRACT**

*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, which forms a line in the framework of human rights and in particular in connection with human dignity in the formation of a common bioethics, is the first binding human rights document to place bioethical issues in the context of human rights. In this study; the question of the lack of legislation on general preventive vaccination requirement related to Article 6 of the Convention (Protection of persons not able to consent); the question of the absence of a legal instruments on patients' medical living will, related to Article 9 of the Convention (Previously expressed wishes); a general assessment of the issue of legal uncertainty in embryonic stem cell studies in the context of Article 18 of the Convention (Research on embryos in vitro) and, finally, the question of subjecting physician-patient relations to consumer law rules in the context of Article 21 (Prohibition of financial gain) were generally evaluated within the context of effect of The Biomedicine Convention on domestic law regulations.*

**Keywords:** *Biomedicine Contract, compulsory vaccination, embryonic stem cell, patients' medical living will, patient in terms of consumer law, human damages*

\*\*\*

### **Giriş**

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda, Avrupa Konseyi'nin Biyoetik Yürütme Kurulu (*Steering Committee on Bioethics*) tarafından hazırlanan ve 4.4.1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde kabul edilmiş bulunan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi:

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi<sup>1</sup> (kısa adıyla Oviedo veya Biyotıp Sözleşmesi)”; Türkiye tarafından, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla<sup>2</sup> kabul edilmiş ve Bakanlar Kurulunun 16.3.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı kararıyla<sup>3</sup> bazı çekinceler koyularak onaylanmıştır.

Sözleşme’nin “Konu ve Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “*Bu Sözleşme’nin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaktır.*” denilmektedir. Ortak bir biyoetiğin oluşumunda insan hakları çerçevesinde ve özellikle insan onuruyla bağlantılı bir hat oluşturan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyoetik meselelerini insan hakları çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı insan hakları belgesidir. Bu metin bir bildiri (deklarasyon) değil, sözleşmedir (konvansiyon) ve bu nedenle kendisine taraf olan devletleri bağlamakta, onlara çeşitli yükümler getirmektedir. Sözleşme’nin başlangıç kısmına ve Sözleşme’nin amaç ve konusunu düzenleyen 1.maddesine bakıldığında sözleşmenin amacının, biyoteknolojik gelişmeler neticesinde insan onuruna aykırı sonuçlar doğması riskine karşı insan hakları açısından biyoteknoloji alanına bir yön çizmektir. Bir başka deyişle sözleşmenin amacı biyoteknolojiyi yasaklamak değil, olası insan hakları ihlallerine karşı tedbir almaktır<sup>4</sup>.

Sözleşme’nin, taraf devletler bakımından bağlayıcılığının derecesi konusunda 23 ve 25. maddelerde, taraf devletlerin Sözleşme’de öngörülen hak ve ilkelerin hukuka aykırı biçimde ihlal edilmesini önlemek amacıyla uygun yargısal korumayı sağlamaları ve Sözleşme hükümlerine uyulmasını teminat altına almak üzere, hukuk düzenlerinde uygun yaptırımlar öngörmeleri gerektiği hükme bağlanmaktadır. Öte yandan 30. madde gereği, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’nin talebi üzerine, taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin etkin biçimde uygulanması ba-

<sup>1</sup> Biyotıp Sözleşmesi’nin Türkçe çevirisi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C.1, İstanbul 2011, s. 513-536.

<sup>2</sup> RG: 9.12.2003, Sayı: 25311.

<sup>3</sup> RG: 20.4.2004; Sayı: 25439.

<sup>4</sup> GÜRBÜZ, Nagehan: Biyo-tıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramı Tartışmaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012, s. 26.

kımından benimsedikleri hukuksal vasıtalara ilişkin gerekli bilgileri ve-  
recektir<sup>5</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi Anayasa'nın 90. maddesinde ifade edilen temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalardan biridir. Bu sebeple Biyotıp Sözleşmesi ile kanunlar arasında bir çelişki çıkarsa, uyumsuzluk Biyotıp Sözleşmesi'ne üstünlük tanınarak çözümlenecektir. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme'nin 20. maddesinin, (muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan) iki numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 5 inci maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, bu hükme çekince koymuştur<sup>6</sup>.

Sözleşme'nin temel hükümleri şu şekilde özetlenebilir:

- Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin ikinci bölümünde yer verilen ilk temel düzenleme sağlık alanındaki tıbbi müdahalelere rıza konusundadır. Söz konusu Sözleşme'nin 5.6.7.8. 9, 10 ve 22. maddeleri hastanın aydınlatılmış rızasına yaşımsal önem verilen hükümlerdir.

<sup>5</sup> KATOĞLU, Tuğrul: Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AUHFD, C. 55, S. 1, (2006), s. 165.

<sup>6</sup> <https://www.medikalakademi.com.tr/biyotip-sozlesmesi-ic-hukukun-bir-parcasi-mi/>, (erişim tarihi: 13.07.2018). Bu çerçevede, aralarında Türkiye Cumhuriyeti'nin de bulunduğu taraf devletlerin, kanun çıkarmak suretiyle dahi Sözleşme'nin özü niteliğindeki bu haklar ve düzenlemeleri sınırlandırması mümkün değildir. Öte yandan, Türkiye'de yasa koyucunun böyle bir kanunu çıkarması durumunda dahi bu sefer Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereği uygulayıcının, Sözleşme hükümlerine üstünlük tanınması zorunludur. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" cümlesi ile bir insan hakları sözleşmesi olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin önceliği de teminat altına alınmış olmaktadır. KATOĞLU, s. 166. Biyoetikçiler uluslararası biyoetik bildireleri değişik kültürlerin algılama farklarına karşın, iç hukuk aracılığıyla yapılacak düzeltmeler ve uygun kavramlarla iç hukuka yansıtılmasını önemli bulmaktadır. Bu biyoetik bildirelerin, biyotıp alanındaki uygulamalarda insanlık onurunu korumak açısından, evrensel standartlarda etik ilkelerin etkili biçimde uygulanmasını güvenceye alan etik standartları içerdiği hakkında uzlaşmaktadır. Bizim ülkemizde de Anayasa'nın 90. maddesiyle iç hukukla çatışma durumunda uluslararası biyoetik metinlerin uygulamaya yansıtılacağı açıklanmaktadır. ÇOBANOĞLU, Nesrin: Kısıtlılarda ve Özel Gruplarda Klinik Araştırma Etiği, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2009, s. 105-111.

- Sözleşme'nin 5. maddesinde, bu konudaki genel kural düzenlenmiş, 6. maddede rıza yeteneğine sahip olmayanların durumu düzenlenmiş, 7. maddede ise, akıl hastalığı olanların korunması hükme bağlanmıştır.

- Sözleşme'nin 9. maddesinde ise, tıbbi müdahale sırasında rıza gösterilmesinin mümkün bulunmadığı durumlarda, önceden verilen rızanın dikkate alınmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır.: “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır*” denilmektedir.

- Bu düzenlemenin Avrupa ortak biyoetiğinin oluşumu bakımından önemli olduğu dile getirilmiş, bu hükümlerle ifade olunarak güvence altına alınan özerklik ilkesinin Sözleşme'nin temeli olduğu savunulmuştur.

- Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesinde bilgilendirilme hakkı güvence altına alınmış, 22. maddede ise, insan vücudundan parça alınması bakımından hastanın aydınlatılmış rızası koşulunun yerine getirilmesi öngörülmüştür<sup>7</sup>.

Sözleşme'nin birçok hükmü tıp ve hukukçular arasında görüş ayrılığına yol açmayacak nitelikte olup, bu kapsamdaki tıbbi araştırma ve müdahalelere izin veren normların oluşturulması gerekmektedir. Buna karşılık, ilgili kimsenin rızasının alınması gerekliliği koşulunun varlığını kabul için nelerin yapılması gerektiği, rıza ehliyeti bulunmayanlarla, somut olayda rıza açıklama yeteneği bulunmayanların rızalarının nasıl oluşturulacağı hususu tartışmalı olup, Sözleşme'de bazı müdahaleler için özel ve diğerlerine nazaran daha ayrıntılı koşullar getirilmiştir<sup>8</sup>.

Çalışmanın kapsamını sınırlandırmak bakımından; Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukuktaki düzenlemelere etkisi ele alınırken, Sözleşme'nin 6. maddesi (Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması) bağlamında, genel önleyici aşı zorunluluğuna dair yasal düzenleme bulunmaması sorunu; Sözleşme'nin 9. maddesi (Önceden Açıklanmış İstek) bağlamında, hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabileceği hukuki vasıtalara ilişkin yasal düzenleme bulunmaması sorunu; Sözleşme'nin 18. maddesi (Tüpte (*in vitro*) Embriyonlar Üzerinde Araş-

<sup>7</sup> EREN, Özgür Can/LUTZ VATANOĞLU, Emine Elif: Turkey and the Council of Europe's Oviedo Convention at Its 20th Anniversary, Anadolu Kliniği, Tıp Bilimleri Dergisi, Mayıs 2017, C. 22, S.2, s.73-74.

<sup>8</sup> ÜNVER, Yener: Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHUKA, Kasım 2005, s. 182-198.

tırma) bağlamında embriyonik kök hücre çalışmalarındaki yasal belirsizlik sorunu ve son olarak, Sözleşme'nin 21.maddesi (Ticari Kazanç Yaşığı) bağlamında hekim-hasta ilişkisinin tüketici hukuku kurallarına tabi tutulması sorunu üzerinde genel bir değerlendirme yapılmıştır.

### **I. Genel Önleyici Aşı Zorunluluğuna Dair Yasal Düzenleme Bulunmaması Sorunu (Biyotıp Sözleşmesi Md.6: Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması)**

Türkiye'nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin, "Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması" başlıklı 6. maddesinde; *"Tıbbi müdahalenin ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimse üzerinde ise, tıbbi müdahalenin sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceğine değinildikten sonra, muvafakat verme yeteneği olmayan küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izniyle müdahalede bulunulabileceği, bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliğiyle sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur"* denilmektedir.

Yargıtay'ın 2.HD. 04.05.2015 tarih ve 22611/9162 sayılı kararına konu olan olayda, Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü, çocuğun ailesinin Sağlık Bakanlığı'nın genişletilmiş bağışıklık programı çerçevesinde yaptırılması gereken aşuları yaptırmaması nedeni ile, çocuk hakkında sağlık tedbiri talebi ile mahkemeye başvurulmuş, ancak yerel mahkeme talebi reddetmiştir. Kurumun kararı temyizi üzerine Yargıtay; her ne kadar tıbbi müdahalede rıza esas ise de, çocuğun üstün yararının da gözetilmesi gerektiği, aşının çocuk ve toplum açısından yararlı olması nedeni ile, ailenin hiçbir gerekçe göstermeksizin, aşıyı reddetmesinin çocuğun menfaatine olmadığına karar vermiştir.

İlgili Yargıtay Kararında, aşının çocuk ve toplum için yararı esas alınarak, rıza bakımından değerlendirme yapılmaksızın karar verilmiştir. Bir başka yargı kararında<sup>9</sup> ise, aşuların zorunlu olmadığı, koruyucu nite-

<sup>9</sup> Manyas Asliye Hukuk Mahkemesi, 05.04.2013 tarih ve 2013/11 Değişik iş sayılı kararı. HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13.Baskı, Ankara 2018, s. 378, dn. 663.

likte olduğuna işaret edilerek, söz konusu aşuların rıza olmaksızın zorla yaptırılacağına ilişkin mevzuatta bir hüküm olmadığı da vurgulanarak, çocuklar açısından acil bir tehlike ve hastalık da bulunmadığı ve bu nedenle talep edilen tedbirin reddine karar verilmiştir. Kararda sadece salgın hastalık halinde rıza aranmayabileceğine işaret edilmekle birlikte, esasen bu hallerde de yasal bir dayanağa ihtiyaç vardır. Aşı, çocuk ve toplum açısından yararlı olduğu için, kanun koyucu tarafından bu konuda bir düzenleme yapılması gereklidir.

Nitekim, AYM'ye yapılan bireysel başvuru üzerine verilen kararda da<sup>10</sup> zorunlu aşı uygulamasına imkan veren yasal bir dayanak olmadığından, uygulamanın Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilmiştir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> AYM, Bireysel Başvuru, 11.11.2015, 2013/1789.

<sup>11</sup> Anılan AYM Kararındaki karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "... Anayasa'nın belirtilen hükümleri ve gerekçeleri ile 1593 sayılı yasanın işaret edilen düzenlemelerin açıklığı karşısında, Devletin sağlıklı bir kuşak yetiştirme ve toplum sağlığını koruma görevinin bir parçası olarak, genel ve zorunlu aşı programı uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Konunun, 5395 sayılı ÇKK çerçevesinde değerlendirilmesinde ise 18 yaşını doldurmuş, bedensel, zihinsel, ahlâki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen çocukların (bu kapsamda bebeklik çağındakilerin) "korunma ihtiyacı olan çocuk" olarak değerlendirildiği, bu kesime girenlerin üstün yararları gözetilerek, yasada birtakım "koruyucu ve destekleyici tedbirler" öngörüldüğü, bu bağlamda "sağlık tedbiri"nin de sayıldığı, bu tedbirlerin alınması için yetkili mahkemelere (Çocuk Hâkimi, Aile Mahkemesi) başvuru usulü ve şartlarının ve başvuruya yetkili kişilerin yasada ayrıntılı düzenlendiği, yetkili kurum olarak görevlendirilen Aile Sosyal ve Politikalar Bakanlığı İl Müdürlükleri'nin "genişletilmiş bağışıklama programı"nda yer alan zorunlu aşı uygulanması esnasında ana babalarca buna izin verilmemesi halinde, aşı uygulanacak çocuğu (bebeğin) "korunmaya muhtaç çocuk" olarak nitelendirilerek, mahkemelere başvurulduğu ve "sağlık tedbiri" isteminde bulunulduğu görülmektedir. Başvurunun somutunda da, bu yoldaki sağlık tedbiri istemi yerel mahkemece kabul edilmiş; bu karara karşı yapılan itiraz, İtiraz Mahkemesince reddedilmiştir. Uygulamada derece mahkemelerinin, ana babanın rızasının koşul olduğuna ilişkin verdiği kimi kararlar olduğu gibi; bu başvuruda olduğu gibi, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında bu rızanın gerekmediği yolunda verilen kararların da bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 2. HD'si de bir kararında "Anababının çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun çıkarına aykırı bu tavra hukuksal sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz." demektedir. 5395 sayılı yasanın 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında bebeklik dönemi

AYM kararını, bireyin bedeni üzerinde devlet gücü kullanarak zorla bir uygulama yapılabilmesi için, bu konuda özel bir yasal düzenleme yapılması gerekliliği ile gerekçelendirilmiştir ve ihlal kararının, yukarıda anılan, Yargıtay 2. HD'sinin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Medeni Kanunu'na dayanarak, “Çocuğun üstün yararı” gerekçesiyle, “Devlet, geçerli bir kanıt gösterilmedikçe, ana baba rızası aramaksızın çocuğa zorunlu aşı yaptırabilir.” şeklindeki zorunlu aşuya vize veren içtihadı ile çelişmediği belirtilmiştir<sup>12</sup>.

AYM tarafından verilen karar dikkatlice incelendiğinde, verilen karara dayanak teşkil eden ana noktanın, Anayasa'nın 17. maddesinde “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı” belirtilmesi, bu nedenle “bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için de müdahalenin kanunî bir dayanağının bulunması zarurî” olması, ancak “başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı” hususudur. Kararda ayrıca, aşı uygulaması ile

---

koruyucu aşularının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvuru "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını bu yönü itibarıyla de sağladığı açıktır. Ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaşta çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında, ana babaların küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, dolayısıyla başvuru çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülülük ve orantılı olduğu, Anayasa'nın işaret edilen maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2 nci maddesine ve AİHM'nin içtihatlarına uygun düştüğü (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1988, § 67) anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, başvuru yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edilmediği...". <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3153eea8-45d4-405d-904e-278df6360d37?wordsOnly=False>, (erişim tarihi: 17.07.2018).

<sup>12</sup> Zorunlu Aşı, “Çocuğun Üstün Yararı”, Anayasa Mahkemesi Kararı; TTB Önerileri, [http://www.ttb.org.tr/kollar/\\_asi/haber\\_goster.php?Guid=62383242-423d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/kollar/_asi/haber_goster.php?Guid=62383242-423d-11e8-b46f-14b550714509), (erişim tarihi: 17.07.2018).



ilgili olarak “1593 sayılı Kanun’un 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiş” olduğu, somut olayda ise böyle bir hastalık olmadığı noktasıdır. AYM kısaca yukarıda belirtilen sebeplerle zorunlu aşı uygulamasının, bedene müdahale olduğunu, ancak Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan tıbbi zorunluluk ve kanuni dayanağı olmadığı değerlendirilen bu uygulamanın zorla yapılmasının “*maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının*” ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir<sup>13</sup>.

Aşı bir tıbbi müdahaledir ve tıbbi müdahalenin genel şartlarından aydınlatma ve rıza şartına da tabidir. Aşının önleyici nitelikte olması tıbbi müdahale olmadığı anlamına gelmemektedir<sup>14</sup>. Aşının Bakanlığın bir programı çerçevesinde rutin olarak yapılması, aydınlatma ve rıza zorunluluğunu kaldırmamaktadır. Aydınlatma ve rıza zorunluluğu, ancak açık bir kanun hükmü ile kaldırılabilir<sup>15</sup>. Mevzuatımızda ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu (UHK)’nda açık bir şekilde zorunlu olduğu belirtilenler dışında, hiçbir aşı zorunlu değildir. Bu kanun dışındaki bütün aşilar bakımından aydınlatma ve rıza zorunluluğu vardır. UHK’nın 72. maddesinde belirtilen aşilar, “*genel aşı zorunluluğu*” getirmemektedir. Zira bu hükme göre; Sağlık Bakanlığı, öncelikle salgını belirler ve ondan sonra aşı zorunlu olabilir. Dolayısı ile bu hükmü, genel aşı zorunluluğunun hukuki dayanağı yapmak mümkün değildir.

Ebeveynin aşıya rıza göstermemek sureti ile, rıza yetkisini kötüye kullandıkları da iddia edilemeyeceği ileri sürülmekle birlikte<sup>16</sup>, AYM kararının karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere; “*Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki*

<sup>13</sup> AKTAŞ, Ekin Özgür: Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı ve Halk Sağlığı, İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017, s. 9-10.

<sup>14</sup> HAKERİ, s. 372.

<sup>15</sup> HAKERİ, s. 375.

<sup>16</sup> HAKERİ, s. 382.

sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz” hususunu dikkate almak gerekmektedir. Sadece aşılama açısından değil, diğer birçok tıbbi girişim açısından da önem taşıyan bu hususta açık, net ve çocukların üstün yararını koruyan bir düzenleme yapılması gerektiği de açıktır<sup>17</sup>. Ayrıca ilgili Yargıtay kararında da haklı olarak işaret edildiği üzere, ailenin tıbbi müdahaleye rıza göstermemelerinin gerekçelerini açıklamaları gerekir. Aşı uygulamasının amacı; bireysel bağışıklığın yanı sıra, toplumun bağışıklanması yoluyla duyarlı gruplarda hastalığın azaltılması, hastalıkların kontrolü, eliminasyonu ve en son olarak da eradikasyonudur. Her ne kadar aşının koruyucu niteliği uzun vadeli olup, çocuğun sağlığı bakımından acil bir tehlike söz konusu değilse de ve çocuğun sağlığı bakımından acil bir zorunluluk içermesi durumunda ebevyın rıza göstermese dahi aşının zorla yapılması mümkün olsa da; hastalıkların önlenmesi, aşıyla korunabilen hastalıkların komplikasyonları ve buna bağlı mortalite yüksekliğinin önemli bir hastalık türü oluşturması, hastalığın şiddetini azaltması, enfeksiyonun önlenmesi, aşıli bireylerin enfeksiyonun yayılma hızını durdurmasının aşısız bireyler açısından da koruma sağlaması, ilişkili hastalıkların ve kanserlerin önlenmesi ve sağlık harcamalarındaki kazanım gibi, aşı uygulamasının toplumsal yararı ve halk sağlığı için önemi dikkate alındığında, kanun koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması gerekmektedir<sup>18</sup>.

Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK), koruyucu ve destekleyici tedbirleri öngören 5. maddesi genel düzenleyici nitelikte bir kanun hükmüdür. Oysa, AİHS’i ve Biyotıp Sözleşmesi bağlamında bu konuda yapılması gereken kanuni düzenleme, UHK’da zorla tıbbi müdahaleyi öngören hükümler gibi, açık nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, kanun gerekliliği dolanılarak, idari bir kararla zorla tıbbi müdahale yapılmış olmaktadır ve bu durum hem Biyotıp Sözleşmesi’ne hem de Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.

Türk Tabipleri Birliği’nin (TTB) giderek artan aşı reddine karşı sağlık çalışanlarına ve halka çocukluk dönemi aşılarının önemini hatırlatmak ve zorunlu aşı yasasının bir an önce çıkarılması için Sağlık Bakanlığı’nı harekete geçirmek amacıyla 5 Nisan’da başlattığı “Aşı Can-

<sup>17</sup> AKTAŞ, s. 10-11.

<sup>18</sup> ERGÖR, Gül: Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı ve Halk Sağlığı, İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017, s. 12-19.

dır” kampanyası kapsamında hazırladığı yasa değişikliği önerisi TBMM’ye sunulmuştur. 24.04.1930 tarihli 1593 sayılı UHK’da değişiklik yapılmasına dair kanun teklifine göre, ilgili kanunun 89. maddesinin şu şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir: “Sağlık Bakanlığı Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki aşular [kızamık, polio (çocuk felci), kabakulak, kızamıkçık, difteri, boğmaca, tetanos, suçiçeği, hepatit A, hepatit B, verem, pnömokok, hemafilus influenza aşuları] ile toplumun ve/veya belirli bir topluluğun sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıklarda, Bakanlık bünyesinde ilgili hekimlerden oluşturulan bilim kurulunun önerisi üzerine, Bakanlıkça belirlenen aşuları yaptırmak zorunludur. Bu aşuların yapılmasında kişinin kendisinin, çocuklar ya da kısıtlılar yönünden velisinin ya da vasisinin rızası aranmaz.

*Erişkin kişiler bizzat, kısıtlıların vasileri, çocuğun anne ve babası ayrı ayrı aşı zorunluluğunun yerine getirilmesinden sorumludur. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden kişi veya kurum müdürleri sorumludur.*

*Bu aşular Sağlık Bakanlığı tarafından ücretsiz olarak sağlanır ve aşı uygulamaları sebebiyle kişilere herhangi bir mali külfet yüklenemez.”<sup>19</sup>*

TTB’nin UHK’da değişiklik yapılmasına dair ilgili kanun teklifi, genel aşı zorunluluğuna hukuki bir dayanak sağlayacak olması bakımından önemlidir.

## **II. Hastanın Tıbbi Yaşam İradesini Ortaya Koyabileceği Hukuki Vasitalara İlişkin Yasal Düzenleme Bulunmaması Sorunu (Biyotıp Sözleşmesi Md.9: Önceden Açıklanmış İstek)**

Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesinde, tıbbi müdahale sırasında rıza gösterilmesinin mümkün bulunmadığı durumlarda, önceden verilen rızanın dikkate alınmasına ilişkin olarak “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Kişi, karar verme yetisini kaybettiği zaman, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, kendisiyle kimin, nasıl ve hangi sınırlar çerçevesinde ilgileneceğini belirlemek, kendisine göre tedbir almak isteyebi-

<sup>19</sup> [http://www.ttb.org.tr/haber\\_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509), (erişim tarihi: 17.07.2018).

lır. Kişinin iradesi doğrultusunda tedavi alması, onurlu bir yaşam ve ölüm hakkına sahip olması temeli üzerine kurulmuş, hastanın tıbbi yaşam iradesine ilişkin hukuki vasıtalarla<sup>20</sup> (Türk Hukuk doktrininde; yönlendirilmiş direktif, tıbbi vasiyet, hasta vasiyeti, yaşayan vasiyetname, yaşam vasiyeti, yaşayan/yaşatılan istek/irade, geleceği belirleyen onam terimleri ile karşılık bulmaktadır), kişi önceden tedbirini alarak devletin yükünü hafifletir.

Kişi hayatının sonraki döneminde hastalık veya kaza sonucu ya da ileri yaşta ortaya çıkabilecek bunama vb. sebeplerle ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, vesayet altında bir bakım veya yaşlılar yurdunda değil, önceden belirlediği güvенеbileceği bir insanı menfaatlerini korumakla görevlendirerek, kendi tercih ettiği bir düzende yaşamak isteyebilir. Ona bu imkânı vermek gerekir.

Bu durum, aynı zamanda kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının gereğidir ve insan haysiyetine uygundur. Ancak Türk hukukunda, hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabileceği hukuki vasıtalarla<sup>21</sup> ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar Hasta Hakları Yönetmeliği'nin, hastanın rızası ve iznini düzenleyen 24.maddesi, "*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır*" şeklinde bir hükme yer verse de, hastanın önceden açıklamış olduğu isteklerini hangi hukuki geçerlilik şartlarına bağlı olarak ortaya koyabileceği belirtilmemiştir ve tıbbi iradesini ortaya koyabileceği hukuki vasıtaları belirlemek bakımından yetersizdir.

<sup>20</sup> KÖK, Ahmet Nezh: Yaşamın Sonuna İlişkin Bir Tercih: Resütime Etmeyiniz Talimatı, Türkiye Klinikleri, Med Ethics, 2011, S.19/2, s. 126-131; ALBERS, Marion: Hastanın Tıbbi Vasiyetnamesi, (çev. BAŞOĞLU, Figen), IV. Tıp Türk Alman Sempozyumu, KTÜ& Augsburg Üniversitesi 2007, s. 80-84; ERER, Sezer/CİVANER, Murat: Tıbbi Vasiyet: Özerkliğe Saygı Açısından Bir Gereklilik (Living Will: A Necessity of Autonomy), 2. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi- Bildiri Kitabı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s. 553-558.

<sup>21</sup> Hastanın önceden açıklamış olduğu istekleri, tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabileceği hukuki vasıtalar başlı başına ayrı bir çalışma konusudur. Bu makalede, Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin iç hukuktaki düzenlemelere etkisini göstermek bakımından ilgili konu örnek olarak seçilmiş ve ana hatları ile genel olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SÖĞÜT, İpek Sevda/TUNA, Ekin: Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar, TıpHD, C.6, S.12, 2017, s.288.

Hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyduğu açıklamaları, özerkliğine ve bu kapsamda tedaviyi reddetme hakkına da dayandığından, hekimin yükünü hafifleterek, hasta yakınlarını da, bu gibi zor durumlarda, başkası adına karar vermenin sorumluluğunu yüklenmekten kurtaracaktır. Kişinin önceden açıkladığı isteklerinin göz önüne alınması yönünde, hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabilmesine dair bir hükmü içeren Biyotıp Sözleşmesi, yukarıda ifade edildiği üzere Türkiye tarafından onaylanarak, iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Ancak bu konuda gerekli kanuni düzenlemeler yapılmadığından, Türk hukukunda hastanın tıbbi yaşam iradesini, örneğin hasta talimatı<sup>22</sup> gibi, belgede ortaya koymasının hukuken bağlayıcılığı yoktur<sup>23</sup>.

Bununla birlikte, böyle bir belgenin, Biyotıp Sözleşmesi çerçevesinde, acil durumlarda veya kanuni temsilci tarafından, temsil yetkisinin kullanılması esnasında, kişinin farazi iradesinin belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür<sup>24</sup>. Diğer taraftan, böyle bir belgede, ayırt etme gücünün kaybedilmesi halinde, tıbbi tedbirlerde karar yetkisine sahip olacak bir kişi de gösterilmiş olabilir. Böyle bir durumda da, gösterilen kişinin, kanunda öngörülen diğer şartların da bulunması halinde, ayırt etme gücünü kaybeden hasta için, vasi veya kayyım olarak atanması mümkündür (TMK mad. 415)<sup>25</sup>.

Türk hukukuna göre bir kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, acil durumlar dışında, tıbbi müdahale için kanunî temsilcinin rızasına ihtiyaç vardır. Kanunî temsilcinin atanması ise, resmi makamların müdahalesini ve belirli bir zamanı gerektiren bir süreçtir. Türk Hukukunda kanuni temsilcinin olmadığı veya hazır bulunmadığı ya da hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, tıbbi müdahalede rıza şartının aranmayacağı yönünde bir düzenleme mevcuttur<sup>26</sup>. Dolayısıyla kanuni temsilcinin bulunmadığı bir halde, aile fertlerinin temsile yetkili kılması, pratik bir çözüm teşkil eder ve özellikle sağlık personelinin müda-

<sup>22</sup> Hasta talimatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener/KAYA, Suzan: Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

<sup>23</sup> SÖĞÜT/TUNA, s. 289.

<sup>24</sup> Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz, (çev. ÜLMAN, Yeşim Işıl), Avrupa Konseyi, Şubat 2015, s. 20.

<sup>25</sup> SÖĞÜT/TUNA, s. 289.

<sup>26</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, (RG: 01.08.1998T., S. 23420), Madde 24- (Değişik:RG-08.05.2014T.,S.28994).

halesi açısından da, hukuki güvenliğinin sağlanmasına hizmet eder. Ayrıca belirtmelidir ki, bu süreçte ayırt etme gücü bulunmayan hastanın menfaatleri tehlikeye düştüğü veya artık korunmadığı takdirde, yetkili makam müdahale edebilir<sup>27</sup>.

Hastanın önceden hazırlamış olduğu bir talimat çerçevesinde, tıbbi yaşam iradesini ortaya koyarken, tabi olmak istediği tıbbi müdahaleler ve reddettiği tıbbi müdahaleler söz konusu olacaktır.

Bu değerlendirmeyi sağlıklı bir şekilde yapabilmesi ve gerçek iradesini hukuka uygun bir şekilde ortaya koyabilmesi, hekimin bu müdahaleler konusunda kendisini aydınlatması ile mümkün olabilecektir. Hastanın tıbbi yaşam iradesini, ileride ayırt etme gücünü kaybedip, ortaya koymadığı durumlarda geçerli olmak üzere bir hukuki vasıta ile dış dünyaya yansıtırken, mevcut hukuk kurallarına uygun içerikle de bağlıdır. Bu belgelerin geçerliliği için, bu uygulamanın gerçekten çok sıkı şekli koşullara bağlı olması ve iyi bir sağlık bilgi sistemi aracılığıyla sağlanması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyduğu bu hukuki vasıtalarla ilişkin kuralların, hastanın aydınlatılması, bağlayıcılık, geçerlilik, güncelleme, geri alma gibi sorunlara cevap verecek şekilde, Avrupa'da gelişen yetişkinlerin korunması hukuku çerçevesinde, ülkemizde de yasal bir düzenleme ile hukuki zemine oturtulması gerekmektedir.

### **III. Embriyonik Kök Hücre Çalışmalarındaki Yasal Belirsizlik Sorunu (Biyotıp Sözleşmesi Md.18: Tüpte (*in vitro*) Embriyonlar Üzerinde Araştırma)**

Biyotıp Sözleşmesi'nin "Tüpte Embriyonlar Üzerinde Araştırma" başlıklı 18. maddesi, hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacağını ve sadece araştırma amacıyla insan embriyonları yaratılmasının yasak olduğu düzenlemektedir.

Embriyonun hukuki statüsünün; embriyonik kök hücre araştırmaları ve diğer pek çok biyotıp uygulaması açısından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Günümüz hukuk sistemlerine göre, embriyonun

<sup>27</sup> SÖĞÜT/TUNA, s. 289-290.

<sup>28</sup> SÖĞÜT/TUNA, s. 290.

hukuken kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi ikileminde kalındığı görülmektedir<sup>29</sup>.

Embriyonun kişi olarak kabul edilmemesi, insan olma potansiyeline sahip bir canlı olarak, üstünde her türlü hukuki tasarrufta bulunulabilecek bir eşya olarak kabul edilmesine yönelik görüşleri de beraberinde getirmektedir. Bu yöndeki görüşler ise, embriyonun ahlaki statüsü konusundaki tartışmalar da dikkate alındığında, temel etik değerler ve insan onuru temelli insan hakları yaklaşımı ile karşı karşıya gelecektir<sup>30</sup>. Diğer taraftan, embriyonun, doğmuş kişilerle hukuken eşit bir statüye kavuşturulması da embriyo üzerindeki tüm araştırmaların yasaklanmasına ve gerçekte özerkliği bulunmayan embriyonun, özerkliğinin kabulüne sebep olacaktır. Böyle bir ikilem içinde yapılması gereken, biyotıp alanındaki güncel gelişmelere uygun, embriyonik kök hücre çalışmaları gibi, hastalıkların tedavisinde umut kaynağı olabilecek uygulamalara cevaz verecek şekilde, yeni bir hukuki nitelendirme yapılmasıdır<sup>31</sup>. Özellikle ülkemiz açısından bazı yabancı ülkelerde olduğu gibi özel bir embriyonun korunması kanununun olmadığı da dikkate alındığında, kanun bazında yapılacak düzenlemelerde çok açık, sınırları belirli ve gerek sağlık/tıp gerek hukuk ve gerekse karma özellikle bilim dallarında aynı anlama gelen terimler kullanılmalı ve ayrıca korumanın niteliği, istisnaları ve zaman açısından getirilen sınırlamalar yoruma meydan vermeyecek kesinlikte olmalıdır<sup>32</sup>.

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin kuralların, mutlak surette “kanun” düzeyinde normatif bir çalışma ile belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum, hem taraf olduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve hukuken bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin de öngördüğü bir gerekliliktir; hem de hukuka aykırı uygulamalar karşısında cezai yaptırım uygulayabilmenin yoludur.

<sup>29</sup> ÖZBİLEN, Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.35-37.

<sup>30</sup> HAKERİ, s. 539-540; ÜNVER, s. 184.

<sup>31</sup> Embriyonik kök hücre çalışmaları başlı başına ayrı bir çalışma konusudur. Bu makalede, Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin iç hukuktaki düzenlemelere etkisini göstermek bakımından ilgili konu örnek olarak seçilmiş ve ana hatları ile genel olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.SÖĞÜT, İpek Sevda: Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları, TBBD, Ocak-Şubat 2018, Y.30, S.134, s. 65-67.

<sup>32</sup> ÜNVER, s. 184.

Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin gerekliliklerini iç hukuka yansıtacak normatif düzenlemelerde, bu hukuksal metinlerin uygulanması açısından, insan yaşamının başladığı anın ya genel hüküm veya ilgili müdahalenin türüne göre (örneğin embriyoya müdahale veya hamileliğin durdurulması veya genoma cinsiyet tayini amaçlı müdahale de olduğu gibi) ilgili hükümde özel olarak belirtilmesi gerekmektedir.

Hazırlanacak bu kanunun temel amacı, embriyonik kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının anayasa hukukunun ilkelerini kabul etmek sureti ile bir yandan insanın yaşam hakkına ve onuruna saygı göstermek, bunları korumak; diğer yandan bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almak olmalıdır.

Hazırlanacak kanunda; ÜYTE ile elde edilen artık embriyolar ile isteme bağlı gebelik sonlandırılmasından elde edilecek embriyonun hukuki statüsü, bu embriyoların kök hücre çalışmalarına kaynaklık edip edemeyeceği (kanaatimce artık embriyoların, hangi aşamada, hangi kurallar çerçevesinde artık embriyo olarak nitelendirilebileceği belirlenerek, kök hücre kaynağı olarak kullanılmasında hukuki ve etik bir engel bulunmamaktadır) açıkça ortaya konulmalıdır.

#### **IV. Hekim-Hasta İlişisinin Tüketici Hukuku Kurallarına Tabi Tutulması Sorunu (Biyotıp Sözleşmesi Md.21: Ticari Kazanç Yasağı)**

Biyotıp Sözleşmesi'nin 21.maddesinde (Ek Protokolde de (m. 21) yer almaktadır) insan vücudu ve onun parçalarından ticari kazanç ya da benzeri menfaatler elde etmek yasaklanmıştır. Sözleşme'nin bu hükmü, "insan onurunun korunması ilkesi" ile beraber değerlendirilmelidir. Ancak, bu Sözleşme'ye göre, tıbbi müdahale sonucunda uygun olmayan bir zarara uğrayan kimse kendisine, 24. maddede karşılığını bulan "uygun olmayan zararın tazmini" ilkesi (*compensation for undue damage*) adil bir tazminat verilmesini isteyebilir. Ek Protokole göre insan vücudu ve onun parçalarının kazanç konusu olması veya benzeri yararlar sağlaması yasaklanmış ise de, yaşayan bir organ vericinin yoksun kaldığı kazancın, organ alınması ve bununla ilgili tıbbi muayenelerin için yapılan masrafların ödenmesi bu yasağın dışında tutulmuştur. Aynı şekilde, organ veya doku nakliyle ilgili tıbbi veya teknik servisler için haklı bir ücretin



ödenmesi; organ ya da doku alınmasının yaşayan bir vericiye verdiği olağan dışı zararların tazmini de yasağın dışındadır<sup>33</sup>.

Her ne kadar bu hüküm salt organ ve doku nakillerine ilişkin olarak düşünülse de; hasta ile hekim arasındaki ilişkiye Tüketici Hukuku kurallarının uygulanması ve hastanın “tüketici”, esasen hastasını tedavi etmesi ve bu yönelik tıbbi müdahalelerini konu alan hasta ile hekim arasındaki ilişkinin ise, bir “tüketici işlemi” olarak kabul edilmesinin; hasta-hekim ilişkisini ticarileştirmesi ve hastanın ticari bir meta haline gelmesinin, ticari kazanç yasağına ilişkin Biyotıp Sözleşmesi hükmünün ruhuna ne kadar uygun düştüğü ve bu Sözleşme ile sağlanması hedeflenen temel ilkeler ile uyumlu olup olmadığı yönünde kısa bir değerlendirme yapmak uygun olacaktır.

6502 sayılı yeni TKHK, açıkça vekalet ve eser sözleşmelerini bu kanunun kapsamına aldığından, hekimlerle hasta arasındaki ilişkiye uygulanan sözleşmeler vekalet veya eser sözleşmesi olduğundan artık TKHK hükümleri uygulanacaktır<sup>34</sup>. Elbette, bu düzenlemenin kamuda

<sup>33</sup> ÖZSUNAY, Ergün: Oviedo Sözleşmesi ve Ek Protokol Uyarınca İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakilleri-Oviedo Sözleşmesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirme, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi, 21-28 Eylül 2017, Antalya, s.7. <http://tiphukukukongresi2017.com/wp-content/uploads/2017/03/ORGAN-NAKL%C4%B0-ANTALYA-2017-Erg%C3%BCn-%C3%96ZSUNAY.pdf>, (erişim tarihi: 20.07.2018).

<sup>34</sup> “Mersin’de özel bir hastanede meydana gelen bir tıbbi uygulama hatası nedeni ile bir hasta ve hasta yakınları tarafından tıbbi müdahaleyi yapan hekim ve tıbbi müdahalenin yapıldığı özel hastane aleyhine Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası ile ilgili olarak, yerel mahkeme verdiği 27/02/2015 tarihli görevsizlik kararında; 4077 sayılı Tüketici Yasasını yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği, 6502 sayılı Kanun’un Tüketici işlemi 3-1-1 maddesinde tanımladığını, Buna göre; Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemin tüketici işlemi olduğunu hükme bağladığını, 4077 sayılı Yasanın ise sadece mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasındaki her türlü işlemi tüketici işlemi olarak kabul ettiğini, bu durumda yeni Tüketici Yasası uyarınca sözleşmenin bir tarafını tüketicinin oluşturduğu vekalet sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğunu, mahkemeye açılan somut uyuşmazlıkta davacılar ve davalılar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu, bu nedenle mahkemelerinin (Asliye hukuk mahkemesi) görevsizliğine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 20/1 maddesi uyarınca

çalışan hekimlerle kamu hastaneleri bakımından geçerli olmayıp, özel hastaneler ve bağımsız muayenehanesinde çalışan hekimler açısından geçerli olduğunu belirtmek gerekir<sup>35</sup>.

dava dosyasının görevli olan Mersin Nöbetçi Tüketici Mahkemesine gönderilmesine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.

Hemen hemen aynı dava konusu ile ilgili Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin aynı somut olayla ilgili yedi ay içinde verilmiş iki farklı kararı bulunmaktadır: “Aynı olayla ilgili 28/09/2012 tarih E:2012/21184, K:2012/20509 sayılı ilk kararında Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; somut olay değerlendirildiğinde taraflar arasındaki uyuşmazlık teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanmakta olup davacıların Yasada tanımlanan şekilde tüketici (tedavi hizmeti alıcısı) ve davalının (hizmet sunucusu) olduğunun anlaşıldığı, hal böyle olunca davaya bakmaya genel mahkeme değil Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu, görevle ilgili düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetildiği, görevle ilgili hususlarda kazanılmış hakkın söz konusu olmadığı, o nedenle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken davanın esasına girilerek hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olup bozma nedeni olduğu gerekçesi ile temyiz edilen kararın bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir.

Bu karardan yaklaşık yedi ay sonra aynı somut olay için Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 15/04/2013 tarih E:2013/1177, K:2013/9534 sayılı kararında; somut olayda, davacı ve davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisinin mevcut olduğunu, davadaki taleplerin vekillerin vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunduğunu, uyuşmazlığa vekalet hükümlerinin uygulanması ve doğal olarak uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini, yukarıda açıklandığı üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, Tüketici Yasası ile güdülen amacın tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerektiğini, davaya bakmak genel mahkemelerin görevi içinde kalacağından bu hususun gözden kaçırılarak sehven bozulduğunun yeniden yapılan inceleme sonucundan anlaşılacakla Dairenin 28/09/2012 gün, 2012/21184 esas, 2012/20509 karar sayılı Bozma kararının kaldırıldığını belirtmektedir.

Yargıtay 13.HD.nin aynı olaya ilişkin vermiş olduğu iki karar aslında tanı ve tedavi amacı taşıyan ve vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen, hekim hasta arasındaki uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin Tüketici mahkemeleri olamayacağını, genel mahkemeler (asliye hukuk) olması gerektiği ifade edilmektedir. KÖK, Ahmet Nezh: Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?, (Tüketici), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, s. 611-612.

<sup>35</sup> HAKERİ, s. 738. Yine belirtilmelidir ki, tıbbî müdahaleler sözleşmeye dayanabileceği gibi, haksız fiil veya vekâletsiz iş görme şeklinde de ortaya çıkabilir. Haksız fiil veya vekâletsiz iş görmeye dayanan tıbbî müdahalelerde bir tüketici işleminden söz edilebilmesi mümkün olmadığından, TKHK’un uygulanabilmesi ve tüketici mahke-

Ancak burada hangi işlemlerin tüketici işlemi olduğunun belirlenmesi önem kazanmaktadır. TKHK md. 3/1'e göre, tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir.

Kanun koyucunun açıkça sayma yöntemi ile ifade ettiği tüketici işlemlerinin hangi unsurları taşıması gerektiğine bakıldığında ise, taraflardan birinin mutlaka Kanunda açıkça belirtilen tüketici sıfatını taşıması gerektiği; tüketicinin karşı tarafının ise, TKHK anlamında satıcı, sağlayıcı, kredi veren gibi ticari veya mesleki amaçla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişi olması gerektiği ve son olarak bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için TKHK ile belirlenen mal ve hizmet kapsamında bir konuyu içermesi gerektiği görülmektedir<sup>36</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar TKHK ile tüketici işlemi tanımı yapılmış olsa da, öncelikle bu tanımda sayılan hukuki işlemlerin sınırlayıcı olarak sayılmadığı, ikinci olarak da sayılan işlemler bakımından bile yukarıdaki üçlü değerlendirmenin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısı ile tanımda açıkça vurgulansa bile her vekalet sözleşmesi tüketici işlemi sayılmayacak, taraflardan biri tüketici diğeri TKHK anlamında bir sağlayıcı ise ancak tüketici işlemi olarak nitelendirilecektir<sup>37</sup>.

6502 sayılı TKHK'daki tüketici ve tüketici işlemi kavramlarına bakıldığında, hastanın ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket etmesi durumunda tüketici olarak nitelendirilmesi gerektiği, kanunun tanımladığı şekilde hasta bir gerçek kişi olduğu için her hastanın bir tü-

---

melerinin görevli olabilmesi de mümkün değildir. PETEK, Hasan: Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Uygulanması, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 971-972.

<sup>36</sup> OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, AÜHFD, C.50, S.1, 2001, s. 70.

<sup>37</sup> ÖCAL AKİPEK, Şebnem: Hasta Tüketici midir?, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, (ed. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 257.

ketici olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>38</sup>. Doktrinde bu görüşe karşı; bir servis veya ürünü satın alan kişi için kullanılan tüketici veya müşteri kavramlarının ticari anlamlar içerdiği, sağlık mensupları ile kişi arasındaki otorite, konu ve bilgi eşitsizliğini gidermesi düşüncesi ile hasta yerine alternatif ticari terimlerin kullanılmasının, tıbbın ticarileşmesi riskini beraberinde getirmesi bakımından uygun gözükmediği ifade edilmektedir<sup>39</sup>.

Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici hukuku anlayışı ile çözümlenmesine getirilen eleştirilere örnek olarak; 6502 sayılı Kanun'un tanımlar başlığını düzenleyen 3md./h bendinde "mal"ın tanımı yapıldığı görülmektedir: Acaba tıbbi uygulamalar kaynaklı uyuşmazlıkların tüketici hukuku kuralları ile çözümlenmeye çalışılması, ilerleyen zamanda insan kökenli biyolojik maddelerin de "mal" olarak kabul edilmesini sonuçlayacak mıdır?

Örneğin; yapılan bir kan nakli sonucunda bir bulaşıcı hastalık etkeninin alıcıya geçmesi halinde kan bir mal olarak kabul edilerek, ayıp bir mal olarak görülüp, tüketici olarak tanımlanan hasta, seçimlik tüketici-

<sup>38</sup> ÖCAL AKİPEK, s. 259. Aynı yönde görüş olarak, "Tıbbî müdahalelerde tüketici, hasta olarak adlandırılmalıdır. Hasta

Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin b bendine göre, "sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse" hasta olarak tanımlanmıştır. Fakat bu tanımın, yönetmelikteki haklardan yararlanacak kişiler olarak hasta yakınlarını da kapsamaması sebebiyle çok geniş olduğu ifade edilmelidir. Sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan, hastalanmış, rahatsız kişiler (dar anlamda) hasta olarak tanımlandığına; sağlık da, kişinin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlandığına göre, bu durum içerisinde bulunmayan (tam bir sağlık ve iyilik hâlinde olmayan) kişileri hasta olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan, bedensel ve ruhsal olarak iyilik hâlinde bulunmadığı için sağlık hizmetine gereksinimi olan kişi, hasta (tüketici) olarak kabul edilmelidir. Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişilere hasta denildiği gibi, sağlık bakımından bir sorunu olmadığı hâlde, örneğin estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dinî düşüncelerle ya da tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen kırtaj gibi sebeplerle hekime başvuran kişiler de hasta olarak değerlendirilmektedir; çünkü bu sebeplerle de olsa hekime başvuran kişi sonuçta sağlık hizmeti talebinde bulunmaktadır. Hasta haklarına ilişkin 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde de, "sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmeti kullananlar" hasta kabul edilmektedir. Bu sebeple, hangi nedenle olursa olsun sağlık hizmeti talebinde bulunan kişinin hasta (tüketici) olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.", PETEK, s. 977.

<sup>39</sup> TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011, s. 84; OKTAR, Nezih: Hasta-Hekim ve Müşteri-Tüccar, Journal of Neurological Science, Vol. 22, No:4, 2005, s. 357-358.

ci hakkını, TKHK md.11/1-ç hükmü gereği, imkan varsa satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme şeklinde, kendisine nakledilen miktarda kan alınıp, yerine o miktarda kan talebinde mi bulunacaktır<sup>40</sup>?

İnsan kanı ve insan vücudundan ayrılan diğer organ ve dokuların, ayıplı ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, söz konusu maddelerin, üreticinin sorumluluğu alanında, ürün kapsamı içinde değerlendirilmesi ihtiyacının bulunduğu yönünde doktrinde görüşler mevcuttur<sup>41</sup>. Ancak insan kökenli biyolojik maddeleri ayıplı mal statüsünde kabul edip, insan zararlarını tüketici hukukunun seçimlik hakları gibi kurallarına tabi kılmak, bu hakların kullanımının, doğa yasalarına aykırılığından, olanaksızlığını da beraberinde getirecektir<sup>42</sup>. Zira hizmetin yeniden görülmesi veya ücretsiz onarım, bedelden indirim ya da sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklar ölüyü diriltmeyecek, eksilen organı geri getirmeyecektir<sup>43</sup> ve amacı insanların haysiyetini ve kimliğini korumak

<sup>40</sup> KÖK, Tüketici, s. 613-614. “Vücuttan ayrılmış olan insan kanının hukuki statüsünün tartışıldığı bir Fransız mahkeme kararında; Fransa’da üretilen kan ürünleri ile tedavi görmüş hemofili hastalarının bağışıklık sistemlerinde görülen anomali üzerine yapılan araştırmada, ilgili kan ürünlerinin hastalık taşıdığı tespit edilmiştir. Dava sırasında başvurulmuş olan bilirkişi raporlarında, gerekli önlemleri almayan kan merkezlerinin zarardan sorumlu oldukları sonucuna varılmıştır. Aleyhlerine açılan davada savunma haklarını kullanan kan merkezleri, kanın eşya ya da ürün statüsünde olmadığı gerekçesine dayanmışlar ve sorumlu tutulabilmeleri için haklarında üreticinin sorumluluğu hükümlerinin de uygulanamayacağı savında bulunmuşlardır. Mahkeme, kan bankasının belli bir miktar para karşılığında hastane işletmelerine ya da hastalara devrettiği kanın, ancak “eşya” statüsünde değerlendirileceğine hükmetmiştir”. ÖZBİLEN, s. 20, dn.40. Mahkeme kararı için bkz. TGI Toulouse référé, 16 juillet 1992, JCP 1992, II, no: 21965.

<sup>41</sup> Bkz. KARAMAN AKÇURA, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeni ile Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008; HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

<sup>42</sup> Doktrinde tıbbi uygulama hataları nedeni ile açılacak davaların TKHK kapsamına dahil edilmesinin hastalara sağladığı avantajlar olarak; kusurlu sağlık hizmetinin yeniden görülmesini istemek, eser söz konusu ise, tüketicinin ayıplı eserin ücretsiz onarımını veya ayıp karşılığında bedelinden indirim yapılmasını istemek, ayıp nedeni ile sözleşmeden dönme hakkını kullanmak olarak sayılmıştır. Ayrıca hastanın bu seçimlik haklarıyla birlikte, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği ve Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin elverişli hükümlerinden de yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. HAKERİ, s. 738-739.

<sup>43</sup> ÇELİK, Ahmet Çelik: Can Zararları Tüketici Yasası’nın Konusu Değildir, s. 1. [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381\\_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf). (erişim tarihi: 20.07.2018).

ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak olan Biyotıp Sözleşmesi'nin özüne ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir.

Tıp etkinlik alanı bağdaşmayan ve TKHK'nun amacına aykırı olan kan örneğine benzer birçok örnek verilebilir. Tıp etkinlik alanı içerisinde, tanı ve tedavi amacı taşıyan tıbbi uygulamalarda ilişkinin, bir tüketici hukuku mantığı ile çözülemeyeceği bir gerçektir.

04.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan ve 11.02.2015'te Adalet Komisyonunda görüşülerek kabul edilen, "İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi" ve ilgili Adalet Komisyonu raporunda atf yapılan kanun teklifi gerekçesinde belirtildiği üzere; *"..İnsan zararı<sup>44</sup>, ikame bir "insan hakkı"dır. Destekten yoksun kalma zararı, insan yaşasa idi olağan ömür boyunca elde edeceği ve destek görenlere aktaracağı değerleri ifade eder. İş göremezlik zararı, yitirilen organın, o yitirmese idi, yaşam boyu elde edilecek artık değeri anlatır. Bu zararlar, neviyet ve mahiyetleri itibarıyla bir "eşya zararı" veya "mahrum kalınan kâr"la mukayese edilemezler. Bu zararlar, ekonomik değere dönüşmüş nev'ema birer insan hakkıdır.. "İkame insan hakkı" unsuru, bu zararların farklı bir hukuki rejime tabi tutulmasını zorunlu kılar. "İnsan zararı", sorumluluğa yol açan olaydan bağımsız olarak kendi içinde, tutarlı ayrı bir tür ve grup oluşturur. Gemi kazasında (çatmada) yitirilen "göz" ile iş kazasında yitirilen "göz" arasında bir fark olabilir mi? Trafik kazasında yitirilen "can/insan" ile patlamada ölen "can/insan" arasında bir fark olabilir mi? Ölüm ve cismani zararlar, kendilerini doğuran olayların hukuki niteliklerine göre değil, bizatihi zararların mahiyetlerine göre ayrı bir grup oluştururlar. Bunun anlamı, aynı hukuka tabi olmaları gereğidir..".* İlgili kanun teklifi gerekçesinde de belirtildiği üzere, insan zararları, sorumluluğa yol açan

<sup>44</sup> "İnsan zararı, bizatihi insanın varlığını(I) veya vücudunu(II) yitirmesinden doğan zarardır. Birincisi; ölüme, ikincisi; sakatlanmaya işaret eder. Kezâ birincisi yaşama hakkının, ikincisi sağlık hakkının ihlali olarak ortaya çıkar. Ölüm, destekten yoksun kalma (maddi) tazminatını, öbürü, iş görmezlik tazminatını, ayrıca her ikisi manevi tazminatı doğurur". Ankara Milletvekili Ahmet İyimaya'nın; İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/2203), Sıra Sayısı:702, s.12, dn.1 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss702.pdf>, (erişim tarihi: 21.07.2018).

hukuki ilişkinin niteliğine göre değil, ilgili zararın insan üzerinde doğması sebebi ile ayrı bir hukuki rejime tabi olmayı gerektirmektedir. Hele ki, tıbbi uygulama hataları nedeni ile ortaya çıkan insan zararlarının, TKHK'nun konusu olması, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin ticarileştirilmesine, hastanın, maddi ve manevi varlığında meydana gelen zararların âdeta bir eşya zararı olarak addedilerek metalaştırılmasına; yaklaşık iki bin beş yüzyıllık etik ilkeler çerçevesinde yapılan bir sağlık hizmeti sunum alanı olan tıp etkinlik alanını ve hekimlik meslek faaliyetini bir "tüketici işlemi" ne indirgeyerek, ayıplı bir buzdolabı satın alan müşteriye tanınan hukuki imkânlarla, insan zararına çözüm bulmaya çalışmak; tıp deontolojisi ve tıp etiğini ilgilendiren normları<sup>45</sup> tamamen geçersiz kıldığı gibi, Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından imza altına alınmış 4 Nisan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesinde belirtilen «insan vücudu ve parçaları bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanç sağlanmasına konu olamayacaktır» hükmüne de aykırılık teşkil edecektir.

## Sonuç

Amacı insanların haysiyetini ve kimliğini korumak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak olan Biyotıp Sözleşmesi'nin, taraf devletler bakımından bağlayıcılığının derecesi konusunda çeşitli görüşler dile getirilmektedir. Sözleşme'nin 23 ve 25. maddelerinde, taraf devletlerin Sözleşme'de öngörülen hak ve ilkelerin hukuka aykırı biçimde ihlal edilmesini önlemek amacıyla uy-

<sup>45</sup> \*1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü)'nin 8.maddesi; "Tabiplik ve diş tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemez". \*Türk Tabipleri Birliği'nin 10-11 Ekim 1998 tarihinde yapılan 47.Büyük Kongresinde kabul edilerek 6023 sayılı yasanın 59/g maddesine dayanılarak hazırlanan ve 01/02/1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 11.maddesi; "Hekim mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez". \* 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 59 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmış ve 28/04/2004 tarih 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 4/c maddesine göre; "Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak" para cezasını gerektiren bir disiplin suçudur. KÖK, Tüketici, s. 614.

gun yargısal korumayı sağlamaları ve Sözleşme hükümlerini teminat altına almak üzere, hukuk düzenlerinde yaptırımlar öngörmeleri gerektiği hükme bağlanmaktadır. Esasen, 25. maddesinde, Sözleşme’de yer alan hükümlerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak uygun yaptırımı sağlamayı taraf devletlere bırakmakla; kural ya da hüküm kısmının Sözleşme’de yaptırımın ise taraf devletlerin iç hukuklarında, kanunlarda, bulunmasının öngörülmesi ile, bir eksik norm oluşturma yoluna gidilmektedir.

Ancak Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” cümlesi ile, bir insan hakları sözleşmesi olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin önceliği de teminat altına alınmıştır. Bugün Yargıtay’ın vermiş olduğu pek çok kararda, Biyotıp Sözleşmesi’nin ilgili hükümlerine atıflar yapılmaktadır ve unutulmaması gerekir; Sözleşme’nin herşeyden önce, biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ilişkin temel ve doğrudan uygulanma özelliğine sahip bir uluslararası hukuk belgesidir ve Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca Türk hukuk düzeninin bir parçası haline gelmiştir.

Bu bağlamda, çalışmanın kapsamında ele alınan, genel önleyici aşı zorunluluğuna dair; hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyabilmesini sağlayacak hukuki vasıtalara dair; embriyonik kök hücre çalışmalarına dair yasal belirsizliğin bir an önce ortadan kaldırılması ve hekim-hasta ilişkisinin tüketici hukuku kurallarına tabi kılınmasına dair sorunun halli, taraf devlet olarak hem yükümlülüğümüzün yerine getirilmesi işlevi görecek, hem de Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine aykırılık oluşturan bu durumların, yaptırıma bağlanmasını sağlayarak gelecekteki ihlalleri de önleyecektir.

## KAYNAKÇA

AKTAŞ, Ekin Özgür: Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı ve Halk Sağlığı, İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017, s. 7-12.



ALBERS, Marion: Hastanın Tıbbi Vasiyetnamesi, (çev. BAŞOĞLU, Figen), IV. Tıp Türk Alman Sempozyumu, KTÜ& Augsburg Üniversitesi 2007, s. 80-84.

ÇELİK, Ahmet Çelik: Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir, s. 1. [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381\\_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf). (erişim tarihi: 20.07.2018).

ÇOBANOĞLU, Nesrin: Kısıtlılarda ve Özel Gruplarda Klinik Araştırma Etiği, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2009, s. 105-111.

EREN, Özgür Can/LUTZ VATANOĞLU, Emine Elif: Turkey and the Council of Europe's Oviedo Convention at Its 20th Anniversary, Anadolu Kliniği, Tıp Bilimleri Dergisi, Mayıs 2017, C. 22, S.2, s.73-74.

ERER, Sezer/CİVANER, Murat: Tıbbi Vasiyet: Özerkliğe Saygı Açısından Bir Gereklilik (Living Will: A Necessity of Autonomy), 2. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi- Bildiri Kitabı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s. 553-558.

ERGÖR, Gül: Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı ve Halk Sağlığı, İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017, s. 12-19.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C.1, İstanbul 2011.

GÜRBÜZ, Nagehan: Biyo-tıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramı Tartışmaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13.Baskı, Ankara 2018.

HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

KARAMAN AKÇURA, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeni ile Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.

KATOĞLU, Tuğrul: Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AUHFD, C. 55, S. 1, (2006), s. 157-193.

KÖK, Ahmet Nezh: Yaşamın Sonuna İlişkin Bir Tercih: Resütime Etmeyiniz Talimatı, Türkiye Klinikleri, Med Ethics, 2011, S.19/2, s. 126-131.

KÖK, Ahmet Nezh: Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?, (Tüketici), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, s. 605-616.

OKTAR, Nezh: Hasta-Hekim ve Müşteri-Tüccar, Journal of Neurological Science, Vol. 22, No:4, 2005, s. 357-358.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, AÜHFD, C.50, S.1, 2001, s. 55-90.

ÖZBİLEN, Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

ÖCAL AKİPEK, Şebnem: Hasta Tüketici midir?, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, (ed. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 251-261.

ÖZSUNAY, Ergün: Oviedo Sözleşmesi ve Ek Protokol Uyarınca İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakilleri-Oviedo Sözleşmesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirme, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi, 21-28 Eylül 2017, Antalya, s.7. <http://tiphukukukongresi2017.com/wp-content/uploads/2017/03/ORGAN-NAKL%C4%B0-ANTALYA-2017-Erg%C3%BCn-%C3%96ZSUNAY.pdf>, (erişim tarihi:20.07.2018)

PETEK, Hasan: Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Uygulanması, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 969-1017.

SÖĞÜT, İpek Sevda: Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları, TBBD, Ocak-Şubat 2018, Y.30, S.134, s. 37-71.

SÖĞÜT, İpek Sevda/TUNA, Ekin: Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar, TıpHD, C.6, S.12, 2017, s.255-296.

TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011.

ÜNVER, Yener: Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHUKA, Kasım 2005, s. 182-198.

## **YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR**

Ankara Milletvekili Ahmet İyimaya'nın; İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/2203), Sıra Sayısı:702, s.12, dn.1 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss702.pdf>, (erişim tarihi: 21.07.2018).

Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz, (çev. ÜLMAN, Yeşim Işıl), Avrupa Konseyi, Şubat 2015.

[http://www.ttb.org.tr/haber\\_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509), (erişim tarihi: 17.07.2018).

<https://www.medikalakademi.com.tr/biyotip-sozlesmesi-ic-hukukun-bir-parcasi-mi/>,(erişim tarihi: 13.07.2018).

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3153eea8-45d4-405d-904e-278df6360d37?wordsOnly=False>, (erişim tarihi: 17.07.2018).

Zorunlu Aşı, “Çocuğun Üstün Yararı”, Anayasa Mahkemesi Kararı; TTB Önerileri, [http://www.ttb.org.tr/kollar/\\_asi/haber\\_goster.php?Guid=62383242-423d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/kollar/_asi/haber_goster.php?Guid=62383242-423d-11e8-b46f-14b550714509), (erişim tarihi: 17.07.2018)

