

#



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

**Sterilizasyon İşlemi Uygulanmasına Rağmen İstenmeden
Doğan Sağlıklı Çocuk Nedeniyle Hekimin Sözleşmesel
Sorumluluğu**

Yüksek Lisans Tezi

Kazım Ziya Batuhan

Mayıs 2023

#



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

**Sterilizasyon İşlemi Uygulanmasına Rağmen İstenmeden
Doğan Sağlıklı Çocuk Nedeniyle Hekimin Sözleşmesel
Sorumluluğu**

Yüksek Lisans Tezi

Kazım Ziya Batuhan

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş

Mayıs 2023

TEZ JÜRİSİ ONAYI

Kazım Ziya Batuhan tarafından hazırlanan "Sterilizasyon İşlemi Uygulanmasına Rağmen İstenmeden Doğan Sağlıklı Çocuk Nedeniyle Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğu" başlıklı bu Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı'nda hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Dr. Öğr. Üyesi Caner Taşatan
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Burcu Akbaba
Uludağ Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 20/ 06/ 2023

BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığımda yazılan bu tezin APA yazım ve kaynak gösterme kılavuzunda belirtilen kurallara uygun olarak yapılandırıldığı ve bu kılavuzun APA kaynak gösterme standartlarının bu tezde tutarlı olarak uygulandığı tarafımdan incelenerek teyit edilmiştir.

İmza

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş

Etik İlkelere Sadakat Beyanı

Hazırladığım bu tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

İmza

Kazım Ziya Batuhan

ÖZET

Sterilizasyon İşlemi Uygulanmasına Rağmen İstenmeden Doğan Sağlıklı Çocuk Nedeniyle Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğu

Batuhan, Kazım Ziya

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş

Mayıs 2023

Çalışmamızda, aile planlaması yöntemlerinden sterilizasyon işlemi uygulandığı halde istenmeden gebe kalınması sonucunda sağlıklı doğan çocuk nedeniyle hekimin sözleşmesel sorumluluğu araştırılmıştır. Sterilizasyon işlemi nedeniyle hekim ve hasta arasında yapılan sözleşme, hekimlik sözleşmesi kapsamında hukuki nitelendirmeye tabi tutulmuş ve sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin vekalet sözleşmesi görünümünde olduğu kanısına varılmıştır. İstenmeden doğan sağlıklı çocuk 'zarar' olarak görülebilir mi? 'Zarar' olan anne babanın aile planlaması hakkının (takdir yetkisi) ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan gebelik dönemi ve sonrası yapılan masraflar mıdır? Çocuğun yetiştirilmesi ve bakım masrafları da tazminata konu olabilir mi? Güncel pratikte sağlık sebepleri veya isteğe bağlı yapılan sterilizasyon işlemi uygulanması sonucunda başarı oranı oldukça yüksektir. Bununla birlikte sterilizasyon işlemi tıp biliminin doğası gereği her zaman mutlak başarı ile sonuçlanmamakta ve istatistiki olarak çok düşük de olsa işleme rağmen gebelik ile karşılaşılabilir. Sterilizasyon işlemi yapılmasına rağmen sonrasında meydana gelen gebelik neticesi sağlıklı çocuk doğumu olayında hekimin kusurlu olduğu hemen söylenemez. Böyle bir durumda sağlıklı çocuğun doğumu; hekimin tıbbi müdahale hatasından, karar aydınlatması veya koruma aydınlatması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle fertlerin ek koruma yöntemi kullanmamalarından ileri gelebileceği gibi hekim tüm özeni göstermiş olsa dahi sterilizasyon işlemi nedeniyle meydana gelen bir komplikasyondan da kaynaklanabilmektedir. Hukukun gerekleri ve kendi usulleri göstermektedir ki; uluslararası sözleşmeler, karşılaştırmalı hukuk ve ulusal mevzuatta konuyla ilgili tazminat taleplerini haklı çıkaracak argümanlar vardır ve uyuşmazlıklarda tazminat talepleri karşılık bulabilmektedir. Çalışma, nüfus planlaması, aile planlaması, kadında ve erkekte sterilizasyon işlemleri ve istenmeden doğan sağlıklı çocuk ile ilgili genel bilgiler verilerek tarihsel süreçle birlikte ilgili literatürün ve mahkeme kararlarının incelenmesi ile başlamaktadır. İkinci bölümde, sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmeleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliği; vekalet, eser, iş görme ve kendine özgü sözleşmeler yönünden değerlendirilmiş, tarafların borçlanma ilişkisi; hastaneye

kabul sözleşmesi başlığı altında, hasta, hekim ve hastane arasındaki sözleşmesel ilişkilere değinilerek taraflara ait sözleşmeden kaynaklanan borçlanma ilişkisi ele alınmaktadır. Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan hekimlik sözleşmesi, vekalet sözleşmesi yönünden ele alınarak, literatürde ve hukuk sistemimizde değerlendirilmiş, karar aydınlatması ve koruma aydınlatmasının sterilizasyon işlemindeki önemi vurgulanmıştır. Üçüncü bölümde, hekimin vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluğunun unsurları değerlendirilmiş, sterilizasyon işlemi kapsamında; sözleşmenin ihlali, komplikasyon, hekimin kusuru, zarar, illiyet bağı ve tazminat talepleriyle ilgili tartışma konuları literatür ışığında ortaya konmaya çalışılmaktadır. Yapılan çalışmanın amacı, yaşamın içinde olan ve güncel pratikte sıkça uygulanan kadın ve erkekte sterilizasyon işlemi uygulanması sonucunda başarısızlık durumunda 'istenmeden doğan sağlıklı çocuğun' bakım, eğitim ve yetiştirme masraflarının hekim tarafından karşılanması gerektiği ile ilgili tartışmaların göbeğinde olabilecek konunun tarafların tıp hukuku yönünden farkındalığını artırmaktır. Çalışma ile sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu, sözleşme konusunun; fertlerin ekonomik sebeplerle çocuk sahibi olmak istememesi nedeniyle sterilizasyon işlemi yaptırmaları halinde ve hekimin kusuru nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanması neticesi istenmeden doğan sağlıklı çocuğun bakım masrafları nedeniyle tazminat talep edebilecekleri sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aile Planlaması, Sterilizasyon, İstenmeden Doğan Sağlıklı Çocuk, Vekalet Sözleşmesi, Hekimlik Sözleşmesi, Hekimin Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu, Zarar Olarak Çocuk, Tazminat.

ABSTRACT

Contractual Liability of the Physician Due to a Healthy Child Born Despite the Implementation of the Sterilization Procedure

Batuhan, Kazım Ziya

Master's Thesis, Department of Medical Law

Supervisor: Asistant Professor, Nihan Koyuncu Aktaş

May 2023

In our study, the contractual liability of the physician due to a healthy child born as a result of wrongful pregnancy despite the sterilization process, which is one of the family planning methods, was investigated. The contract made between the physician and the patient due to the sterilization process has been subject to legal qualification within the scope of the medical agreement. It has concluded that the contract made due to the sterilization process appears like an advocacy contract. Can an unintentionally born healthy child be seen as 'harm'? Are the expenses incurred during and after pregnancy due to violating the family planning right (discretionary power) of parents who have suffered 'harm'? Can the costs of raising and caring for the child be subject to compensation? In current practice, the success rate is relatively high due to health reasons or the optional sterilization process.

However, the sterilization process does not always result in absolute success due to the nature of medical science. Pregnancy can be encountered despite the procedure, although it is statistically deficient. Despite the sterilization process, it cannot say immediately that the physician is at fault in the case of healthy childbirth due to pregnancy. In such a case, the birth of a healthy child; It can be caused by the physician's medical error, not using additional protection methods due to the failure to fulfill the obligation of decision clarification or protection clarification, or it can also cause by a complication that occurs due to the sterilization process even if the doctor has shown all his care. The requirements of the law and its procedures show that; there are arguments to justify claims for compensation in international conventions, comparative law, and national legislation, and they can claim the expenditure in disputes. The study begins by examining the relevant literature and court decisions, along with the historical process, by giving general information about population planning, family planning, sterilization procedures in women and men, and the healthy child born unwanted. In the second part, the legal nature of the medical contracts, which are the subject of the contracts made due to the sterilization process; the debt relationship of the parties, evaluated in terms of the advocacy contracts, contracts for construction, services contracts, and sui generis contracts; under the title of hospital admission contract, by referring to the

contractual relations between the patient, the physician, and the hospital, the debt relationship arising from the agreement of the parties discussed. The medical contract made due to the sterilization process has been evaluated in terms of the power of advocacy contract, evaluated in the literature and our legal system. We emphasized the importance of decision clarification and protection clarification in the sterilization process. In the third part, we evaluated the elements of the liability of the physician arising from the power of advocacy contract within the scope of the sterilization process; discussion issues related to breach of contract, complication, physician's fault, damage, causal link, and compensation claims tried to be put forward in the light of the literature. The study aims to increase the awareness of the parties in terms of medical law, which may be at the heart of the discussions about the need to cover the care, education, and raising costs of the 'unintentionally born healthy child' in case of failure as a result of sterilization process in women and men, who are in life and frequently applied in current practice. In our study, the contract made due to the sterilization process is an advocacy contract, the subject of the contract; we concluded that if individuals undergo sterilization because they do not want to have a child due to economic reasons and they fail due to the physician's fault, they can claim compensation for the care costs of a healthy child born unintentionally.

Keywords: Family Planning, Sterilization, Wrongful Conception, Advocacy Agreements, Medical Contracts, Physician's Liability Arising from the Advocacy Agreement, Child as Harm, Compensation.

ÖNSÖZ

Aile planlaması yöntemlerinin başarısızlığı sonucu çocuk sağlıklı doğarsa fertler bu durumdan hekimi sorumlu tutabilmektedir. Amerikan ve Avrupa hukukunda; doktrinde ve mahkeme kararlarında “zarar olarak çocuk” üst başlığında konunun tartışıldığını görmekteyiz. Çalışmamızda konu aile planlaması yöntemlerinden sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonucu istenmeden doğan sağlıklı çocuk yönünden ele alınmıştır. Türk hukuk sistemi içinde üst yargıya yansıyan az sayıda dava, çalışmamız içinde yeri geldikçe incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne konu olan tek davada, vasktomisi sonrası gebe kalan ve sağlıklı bir çocuk doğuran kadın eşiyile beraber işlemi yapan hekimden davacı olmaktadır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda davacı anne babayı haklı bularak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle ilgili hususların alt derece mahkemesi tarafından yeterince araştırılmayarak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini ifade etmektedir. Çalışmamızla bir hekimlik sözleşmesi olan sterilizasyon nedeniyle yapılan sözleşmede hekimin sözleşmesel sorumluluğu vekalet sözleşmesi yönünden ele alınmış geçmişten bugüne literatür ve mahkeme kararları ışığında değerlendirilmiştir.

2016 yılında başlayan ve büyük bir heyecanla devam eden tıp hukuku çalışmalarım önce tıp hukuku tezsiz yüksek lisans ve Adalet Meslek Yüksek Okulu eğitim süreciyle geçti. Son aşamada tez yazarak bilgilerimi pekiştirmek istedim ve bu çalışma ortaya çıktı. Bu süreçte çok değerli öğretim üyeleri ile tanışma ve çalışma fırsatı buldum. Çok değerli öğrenci arkadaşlarım oldu. Bu süreci beraber paylaştığım tüm hocalarıma ve arkadaşlarıma sonsuz teşekkürler.

Çalışmamızın hayata geçmesinde desteğini esirgemeyen ve sabır göstererek bana ışık tutan tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş’a (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi) teşekkürü bir borç bilirim.

Son olarak desteğini esirgemeyen sevgili eşim Serap, kızım Ece Sezi ve oğlum Alp Deniz’e bu süreçte gösterdikleri anlayış ve destekleri için teşekkür ederim.

KAZIM ZİYA BATUHAN

İstanbul, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i#
İÇİNDEKİLER	ii#
KISALTMALAR	vi#
GİRİŞ	1#
BÖLÜM I : GENEL KAVRAMLAR VE TARİHSEL GELİŞME	5#
1. GENEL KAVRAMLAR	5#
1.1. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK	5#
1.2. NÜFUS PLANLAMASI	8#
1.3. AİLE PLANLAMASI	11#
1.3.1. Kavram	11#
1.3.2. Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukukta Yeri	14#
1.3.3. Türkiye’de Aile Planlaması Kontrol Hizmetleri	17#
1.4. STERİLİZASYON YÖNTEMLERİ	18#
1.4.1. Erkek Sterilizasyonu	19#
1.4.2. Kadın Sterilizasyonu	22#
2. TARİHSEL GELİŞME	26#
2.1. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK NEDENİYLE HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	26#
2.1.1. Amerika Birleşik Devletleri	26#
2.1.1.1. Christensen v. Thornby davası (Ret yönünde)	27#
2.1.1.2. Custodio v. Bauer davası (Kabul yönünde)	28#
2.1.1.3. Terrel-Garcia davası (Ret yönünde)	28#
2.1.1.4. Sherlock v. Stillwater Clinic davası (Kabul yönünde)	29#
2.1.1.5. Kingsbury v. Smith davası (Kabul yönünde)	30#
2.1.1.6. Provencio v. Wenrich davası (Ret yönünde)	32#
2.1.2. İngiltere, Avustralya	32#
2.1.3. Almanya	34#
2.1.3.1. LG. Itzehoe davası	36#
2.1.3.2. 1974 tarihli Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı (Olg Düsseldorf, NJV 1975)	36#
2.1.3.3. 18 Mart 1980 tarihli Federal Mahkemesi kararı (BGHZ 76, 249)	37#
2.1.3.4. 28 Mayıs 1993 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi II. Senatosu kararı (BverfG NJW 1993, 1751, 1764.)	38#

2.1.3.5. 12 Kasım 1997 tarihli Federal Almanya Anayasa Mahkemesi I. Senatosu kararı, (BverfG, NJV 1998, 519.)	38#
2.1.4. Avusturya.....	38#
2.1.5. İsviçre	39#
2.1.6. Fransa.....	40#
2.2. TÜRKİYEDE DURUM.....	40#
2.2.1. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29 Nisan 2013 tarihli kararı, E.2012/25069 K. 2013/10527.....	40#
2.2.2. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 9 Mayıs 2013 tarihli kararı, E.2013/1813 K.2013/11915.....	42#
2.2.3. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25 Ocak 2016 tarihli kararı, E.2014/47020 K.2016/1395.....	44#
2.2.4. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26.05.2021 tarihli kararı, E.2020/5711 K. 2021/5536.....	44#
2.2.5. Danıştay 15. Dairesi 11 Şubat 2016 tarihli kararı, E. 2015/3761 K. 2016/804	47#
2.2.6. Anayasa Mahkemesi 16 Eylül 2020 tarihli bireysel başvuru kararı (<i>Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş</i> , B. No: 2017/18196.....	49#
HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİNİN VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR.....	52#
1. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİ VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER.....	52#
1.1. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	52#
1.2. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ	53#
1.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	53#
1.2.2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	54#
1.2.3. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	55#
1.3. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE YAPILAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ	56#
1.4. SERBEST ÇALIŞAN HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	58#
1.4.1. Genel Olarak Hekimlik Sözleşmesi	59#
1.4.2. Hekimle Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	61#
1.4.2.1.1. Vekalet Sözleşmesi.....	61#
1.4.2.1.2. Eser Sözleşmesi	62#
1.4.2.1.3. Hizmet Sözleşmesi	62#
1.4.2.2. Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü Sözleşme Olduğu Görüşü	63#

1.4.3. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Hekimlik Sözleşmesine İlişkin Genel Bilgiler	63#
1.4.3.1. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmeye Taraf Olan Yetkili Hekimler	65#
1.4.3.2. Sterilizasyon İşleminde Hekimlik Sözleşmesine Taraf Olabilecek Çift veya Fertler	65#
1.5. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE HASTAYLA SERBEST ÇALIŞAN HEKİM ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDA GÖRÜŞÜMÜZ.....	66#
2. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE YAPILAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN TARAFLARIN BORÇLARI	71#
2.1. Genel Bilgiler.....	71#
2.2. Hekimin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması.....	73#
2.3. Sterilizasyon İşleminde Hekimin Hastaya Karşı Borçları	74#
2.3.1. Sterilizasyon İçin Teşhis, En Uygun Yöntemi Seçme ve Uygulama Borcu.....	75#
2.3.2. Sterilizasyon İşlemi Yapılacak Kişiye Hekimin Aydınlatma Borcu.....	76#
2.3.2.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı	79#
2.3.2.2. Hastanın Kendi Geleceği Hakkında Karar Vermesine Yönelen Aydınlatma: Karar Aydınlatması	81#
2.3.3. Hekimin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu	84#
2.3.4. Hekimin Kayda Geçirme ve Sır Saklama Borcu.....	85#
2.4. Hastanın Hekime Karşı Borçları.....	87#
BÖLÜM 3: HEKİMİN STERİLİZASYON İŞLEMİNDEN DOĞAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI.....	89#
3.1. SÖZLEŞMENİN VARLIĞI.....	89#
3.1.1. Genel Olarak.....	89#
3.1.2. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmenin Hukuka Uygunluğu	90#
3.2. SÖZLEŞMENİN İHLALİ.....	92#
3.2.1. Genel Olarak.....	92#
3.2.2. Gereği Gibi İfa Etmeme.....	94#
3.2.2.1. Kötü İfa (Malpraktis).....	94#
3.3. KUSUR	96#
3.3.1. Genel Olarak Kusur Kavramı	96#
3.3.2. Kusurun Çeşitleri	97#
3.3.2.1. Kast ve İhmal	97#
3.4.1. Maddi Zarar	100#
3.4.1.1. Çocuğun Bakım Masraflarını Zarar Olarak Kabul Eden Görüş	102#

3.4.1.2. Çocuğun Bakım Masraflarının Tazmin Edilebilirliği.....	103#
3.4.1.3. Çocuğun Bakım Masraflarını Zarar Olarak Kabul Etmeyen Görüşler	103#
3.4.1.4. Bakım Masraflarının Sözleşmenin Koruma Kapsamında Olmasının Zararın Kabul Edilmesi Üzerindeki Etkisi	106#
3.4.1.5. Zararı Azaltma Külfeti, Sterilizasyon Başarısızlığında Karşılaşılan ve Zararı Arttırdığı İddia Edilen Olaylar	106#
3.4.1.5.1. Anne Babanın Yasal Süresinde Gebeliği Sonlandırmamasının Zararı Azaltma Külfeti Kapsamında Değerlendirilmesi	108#
3.4.1.5.2. Çocuğun Evlatlık Verilmemesinin Zararı Azaltma Külfeti Kapsamında Değerlendirilmesi	110#
3.4.2. Manevi Zarar	111#
3.4.3. Değerlendirmemiz	112#
3.5. İLLİYET BAĞI.....	115#
3.5.1. Genel Olarak.....	115#
3.5.2. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmenin İlliyet Bağı Kavramı Çerçevesinde Ele Alınması	118#
3.5.3. Cinsel İlişkinin İlliyet Bağını Kestiği Yönündeki Görüşler.....	120#
SONUÇ	122#
KAYNAKÇA.....	126#

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletler

AFM: Alman Federal Mahkemesi

AFAM: Alman Federal Anayasa Mahkemesi

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

AP: Aile Planlaması

ATK: Adli Tıp Kurumu

Bkz: Bakınız

BGHZ: Bundesgerichtshof

BM: Birleşmiş Milletler

DKY: Doğum Kontrol Yöntemi

Dn: Dipnot

GÖY: Gebeliği Önleyici Yöntem

İDSÇ: İstenmeden Doğan Sağlıklı Çocuk

Md: Madde

NPHK: 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

NPHY: Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik

NP: Nüfus Planlaması

RG: Resmî Gazete

RIA: Rahim İçi Araç

RTSHYDİT: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

TMK: Türk Medeni Kanun

TŞSTİDK: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

WHO: Dünya Sağlık Teşkilatı

GİRİŞ

Aile planlaması ve yöntemleri özellikle gelişmekte olan ülkelerde yakın zamana kadar tabu olarak kabul edilmekte iken istenmeden gebe kalınması hali hayatın olağan akışı içinde kabul edilmekteydi. Bugün ise gebe kalmanın giderek zorlaştığı ve yardımla üremenin büyük ve karlı bir sektör haline geldiği aynı zamanda aşırı nüfusla karşı karşıya olan ve gebeliği önleyici yöntemlerin aşırı nüfusun yaratacağı sorunlardan kaçınma ve yoksulluğu azaltmada rol oynadığı bir zamanda yaşamaktayız. Tıp ve teknoloji alanında meydana gelen gelişmelerle birlikte üremeye bakış açısının değiştiği görülmektedir. Bilimsel gelişmeler sayesinde, günümüzde üreme konusunda her zamankinden daha fazla seçenek mevcuttur. Örneğin, gebeliği önleyici yöntemlerin geliştirilmesi, üremenin fertler için ekonomik olarak katlanılmaz olacağı durumlarda, üremeden kaçınma imkanı sağlamaktadır.

Aynı zamanda kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının en önemli parçalarından birinin üreme olduğu kabul edilmekte, kişinin ne zaman ve kaç çocuk sahibi olacağını kendisinin belirlemesinin anayasalarda yer alan kişilik hakkının bir parçası olarak ele alınması kabul görmektedir. Tıbbın tanıdığı imkanlarla bireylerin ulusal mevzuatta yer alan kurallara uygun olarak gebe kalmaları engellenebilmekte ya da mevcut olan bir gebelik sona erdirilebilmektedir. Çiftin, gebeliği istememesine rağmen hatalı bir tıbbi müdahale ya da yanlış yapılan tıbbi bir danışmanlık sonucunda ve hekimin sterilizasyon işlemini gereği gibi ifa etmemesi durumunda gebe kalınarak ve istenmeyen bu gebeliğe rağmen çocuğun dünyaya gelmesi mümkün olmaktadır (Şenocak, 2009, s. 116).

Çiftin çocuk sahibi olmayı istediği durumda hekimin gebelik takiplerinde özensiz davranması nedeniyle sağlıklı olduğu anlaşılamayan çocuğun, anne babanın gebeliği sonlandırma imkanından yararlanamaması sonucunda istenmeden dünyaya gelmesi durumu olan ‘istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk’ konusu çalışmamız kapsamı dışındadır. Konumuz kapsamında olan aile planlaması uygulanmasına rağmen istenmeden doğan çocuk olaylarında da gebelik takiplerinde çocuğun sağlıklı doğması mümkündür. Sağlıklı çocuğun gebelik takiplerinde tespitinin mümkün olduğu hallerde gebeliğin sonlandırılma imkanı nedeniyle bu durumu ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ kapsamı içerisinde kabul ederek çalışma kapsamı dışında tutmaktayız. Zira hekimin kusuru nedeniyle anne babanın aile planlamasına yönelik hakkının ihlali neticesi çocuğun sağlıklı doğması halinde oluşacak zarar veya önceden istendiği halde çocuğun sağlıklı olduğunun tespit edilememesi sonucunda anne babanın gebeliği sonlandırma imkanının elinden alınması neticesi

istenmeden sağlıklısz çocuk sahibi olmaları durumunda ortaya çıkan zarar arasında benzerlik bulunmakta ve aynı kapsamda değerlendirebilme imkanı vermektedir.

İnsanoğlunun üreme fonksiyonunu kontrol etme bilgisinden ve yeteneğinden yoksun olduğu zamanlarda, yasaların ortaya çıkan sonuçları değerlendirmek için yeterli olmadığı görölmektedir. Zaman içinde gebeliği önlemek için karar alan ve gebeliği önleyici yöntem uygulayan bir kişinin başarısızlık sonucu uğradığı hayal kırıklığına neden olan sağlık çalışanını sorumlu tutup tutamayacağı sorusunun ortaya çıktığı görölmektedir. Bilimin önünü açtığı üreme ile ilgili seçim yapma hakkı, sağlık hizmeti verenlerin sorumluluklarını daha görünür kılmış ve yeni yasal düzenlemeler ile birlikte bugün uygulamada olan mevzuat, üremenin düzenlenmesinde çok daha büyük bir önem kazanmıřtır¹. Fertlerin üreme ile ilgili karar verme hakkının anayasal bir hak olduğu görüşü de benimsenmektedir² (Center For Reproductive Rights, 2022). (evrimii) (03 Mart 2023).

Kamu hastanelerine başvuran hasta ile kamu kurumu arasında özel hukuk anlamında sözleşmeye dayalı ilişki olmayacağından dolayı konumuz kapsamı dışında olduğunu belirtmek isteriz. Sağlık hizmeti sunucularının hastalarına karşı olan yükümlölüklerini ihlal ettikleri durumlarda oluşan zararlardan sorumlu oldukları ve hastalarının uğradıkları maddi manevi kayıpları tazmin etmeleri gerektiği hukuken kabul edilmektedir. Diğer taraftan makul ihtiyatlı bir insan gibi davranmanın yükünün sadece sağlık çalışanının omuzlarına yüklenmemesi, aynı zamanda hastalara da düşen sorumluluklar olduğu vurgulanmaktadır. Bir# ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ davasının mahkemede kabul görmesi için ispatlanması gereken birçok gerçek ve yerine getirilmesi gereken şartlar bulunmaktadır. Hekim, sterilizasyon işleminde herhangi bir tedavi hatası yapar veya hastasını yeterince aydınlatmazsa, bu nedenle hastada ortaya çıkacak maddi ve manevi zararı tazmin etmek zorunda kalabilmektedir (Temel, 2010, s. 62-64).

Hekimin sterilizasyon işlemini gereği gibi ifa etmemesi durumunda ortaya çıkan zararların olağan tıbbi faaliyetler sonucunda ortaya çıkan hekimin sorumluluğundan bahsedildiği kadar kolay kabullenilmediği ve tepkilerin olduğu görölmekte mahkemelerinde tazminat taleplerine kabul yönünde karar vermede zorlandıkları anlaşılmaktadır (Büyükkay, 2006, s.

¹ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (RG 27.05.1983, 18059).

² Gebelik ve doğumun insan yaşamı üzerindeki derin ve kalıcı etkileri nedeniyle fertlerin üreme ile ilgili özerk davranabilmesi hakkının olduğu, bu hakkın temelini ise Amerikan Anayasasının 14. maddesinde yer alan bireylerin, yaşam, özgürlük ve eşit olması haklarından mahrum kalamayacağını ihtiva eden hükmünden aldığı ifade edilmektedir.

2). Bu çalışmamızda, anne babanın sterilizasyon işlemi sonrasında hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle sağlıklı doğan çocukları için hekimden zararlarını talep edip edemeyecekleri incelenmekte, doğumla ilgili ve çocuğun eğitim, yetiştirme ve bakım masraflarının kendilerinden istenip istenemeyeceği sorusuna cevap aranmaktadır. Sterilizasyon işleminin yapılış amacı sözleşmenin ihlali sonucu ortaya çıkacak zarar nedeniyle tazminat hakkını belirlemektedir. İstenmeyen çocuğun yaratacağı ekonomik yük nedeniyle aile planlamasına yönelik hakkın kullanımı amacıyla yapılan sözleşmenin ihlali tazminat hakkı doğurmaktayken, gebeliğin yaratacağı riske bağlı sağlık nedeniyle yapılan sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşme sonucu ortaya çıkacak zarar ise amacı ekonomik yükten kurtulmak olmadığından tazmin edilememektedir. Çalışmamız daha önce görülen davalarda hekimin nasıl ve hangi ön koşullarda sorumlu olacağı ve mevcut yasalara göre ne tür bir zararın telafi edilebileceği sorusuna cevap vermeye çalışmaktadır. #Türk, Alman ve ABD hukuk literatürünün ve içtihat hukukunun analizi yoluyla, tazmin edilebilir zararlar ilgili yasal sorunlar aynı zamanda zararların tazmini için hukuk sistemlerinde sözleşmeye dayalı yasal çerçeveler incelenmektedir. Konuyla ilgili davalarda tazminatın sınırlandırılması olasılığı için çeşitli gerekçelerin karar vermede etkisi analiz edilmektedir.

Fertlerin tazminat hakkı olup olmadığı sorusuna cevap verebilmek için üç ana araştırma yöntemi kullanılmıştır. İlk olarak, ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ nedeniyle bakım masraflarının zarar olarak kabul edilmesi yönündeki görüşlerin nasıl geliştiğini ve mahkeme kararlarının yıllar içinde nasıl değiştiğini analiz etmek için tarihsel yöntem kullanılmaktadır. İkinci olarak, medeni hukuk sistemlerinde tazminine izin verilen zararların ortaya konması için karşılaştırmalı bir yöntem kullanılmıştır. Üçüncü olarak, farklı dava durumlarına ilişkin ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ nedeniyle ortaya çıkan farklı yaklaşımları belirlemek için sistematik bir analiz yapılmaktadır.

Mahkemeler, tazminat talebi nedeniyle açılan birçok dava sonucunda ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ dolayısıyla doğabilecek sorumluluğu göz önünde bulundurma fırsatını bulmuş, mevcut mevzuatla değerlendirerek emsal kararlar almışlardır. ‘İstenmeden doğan sağlıklı çocuk’ nedeniyle sorumluluğun tanınmasıyla ilgili farklı görüşler, hukukun genel uygulama ilkeleri ışığında mahkemeler tarafından verilen ilgili kararların göze çarpan noktaları ve verilen kararların altında yatan mantık ortaya konmaktadır (Coetzee, 2017, s. 394). Hekimin sterilizasyon işlemini gerçekleştirirken borca aykırı, özensiz davranışları nedeniyle istenmeden sağlıklı çocuğun doğumu durumunda zararlarının ortaya çıktığını ve

bakım masraflarının giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 335).

BÖLÜM I : GENEL KAVRAMLAR VE TARİHSEL GELİŞME

1. GENEL KAVRAMLAR

1.1. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK

Türk Hukuku'nda gebeliği önleyici aile planlaması yönteminin başarısızlıkla sonuçlanması sonucu istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuklarla ilgili olarak kullanılan bir terminoloji bulunmamakta iken literatüre kavram olarak kullanılabilecek terminolojiyi belirlemek amacıyla, özellikle ABD ve Alman Hukuklarındaki literatür ve dava metinlerinde karşılaştığımız kavramların dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır (Büyükcay, 2006, s. 5).

Artan aile planlaması yöntemlerinin kullanımıyla birlikte tıbbi ihmalden kaynaklanan istenmeden gebe kalma ve sağlıklı çocuğun doğumuyla sonuçlanan ve hekimin sorumlu tutulmasına yol açan yeni bir tıbbi uygulama hatası ortaya çıkmıştır. Çok tartışılan konulardan biri başarısız geçen sterilizasyon işleminden sonra istenmeden doğan sağlıklı çocuğun yol açtığı masraflarla ilgili olarak hekime yönelik tazminat talepleridir (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 881). Tipik olarak, istenmeden doğan sağlıklı çocuk olayına neden olan tıbbi uygulama hatası, bir anne babanın³ bir sterilizasyon⁴ işlemi; kadında tüp ligasyonu veya erkekte vasktomisi talep ettiğinde ortaya çıkmaktadır: Çiftin gelecekte çocukları olmayacak şekilde planlanan işlem, gerçekleştirilir ancak kadın daha sonra gebe kalır, sağlıklı bir çocuk doğar ve çift daha sonra hekime, hastaneye ve diğer sağlık çalışanlarına veya tümüne birden

³ Hukukumuzda reşit kişinin isteği üzerine yapılan ve tıbbi sakınca olmayan kısırlaştırma ameliyeleri serbesttir. (NPK Md. 4/2). Ayrıca, evli kişiler bakımından eşin rızası aramaktadır. (NPK md .6/2), Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (RG 27.05.1983, 18059)

⁴ ‘*Hadımlaştırma, sterilizasyon işleminden farklı olarak, cinsel salgı bezlerinin (erkeklerde testislerin, kadınlarda yumurtalıkların) tamamıyla kasten alınması veya erkeğin veya kadının alınmamış salgı bezlerinin fonksiyon görme yeteneğinin daimî olarak kasten kaldırılmasıdır. Sterilizasyona göre daha radikal bir işlem olup cinsel işlev sürekli fonksiyon dışı kalmakta hatta cinsiyete ilişkin belirtiler de yok olmaktadır.*’ (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 1095), ‘*Hadım cerrahi bir uygulamadır ve bir erkeğin cinsel faaliyetlerini ortadan kaldırmak için faydacıl, öjenik ve cezai bir amaç taşımaktadır. Cerrahi kastrasyon ya da orşiektomi olarak da adlandırılan bu yöntem, testislerin ameliyat ile alınması işlemidir. Testosteron üreten en önemli kaynak vücuttan uzaklaştırılmaktadır. Testislerin testesteron üretimi ameliyat yapılmaksızın da durdurulabilir. Medikal kastrasyon olarak da adlandırılan kimyasal hadım, testislerin testesteron üretimini durdurmakta cerrahi kastrasyon kadar etkilidir.*’ (Akbaba, Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I, 2009, s. 7,9.)

dava açar (Burke, 1988, s. 313). Davacıların bu ihmali mahkemede kanıtlaması halinde, mahkemenin hangi türde zararların kabul edileceğine karar vermesi gerekecektir. Bu tür zararlar, haksız fiil ve sözleşme hukukunun kabul edilmiş standartlarına göre belirlenmektedir⁵.

Çalışmamızla ilgili olarak, “wrongful conception” kavramı, sağlıklı bir çocuğun anne babasının, kusurlu davranışları ile aile planlaması yönteminin başarısızlığı sonucu gebeliğe sebebiyet veren hekime ya da bir üçüncü kişiye (sağlık çalışanı, eczacı, ilaç üreticisi) karşı taleplerinin ifade edildiği olay için kullanılmaktadır. Bizim konumuzda, anne baba, daha fazla çocuk sahibi olmamak için sterilizasyon işlemini yaptırmıştır ancak hekimin başarısız müdahalesi sonucunda, anne gebe kalmış ve çocuk sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmiştir. Sterilizasyon işlemi haricindeki durumları ifade etmek için “Wrongful pregnancy” kavramı da kullanılmaktadır (Büyükcay, 2006, s. 10).

“Wrongful Conception”⁶, Türkçede ifade edildiğinde, karşılığını “istenmeden gebe kalınması sonucu sağlıklı bir çocuğun doğumu ile sonuçlanan gebelik” olarak bulmaktadır. İstenmeden doğan sağlıklı çocuğun, Merriam-Webster⁷ online sözlük tanımı, sağlıklı ancak istenmeyen bir çocuğun anne babası tarafından, bir sterilizasyon veya kürtaj işlemini uygulamadaki ihmali nedeniyle bir hekime veya sağlık hizmeti sağlayıcısına ve bazen de bir eczacı veya doğum kontrol hapı üreticisine karşı yanlış uygulama yapmaları sonucu ortaya çıkan zarara yol açtıkları iddiasıyla tazminat talebinde bulunma durumudur (<https://www.merriam-webster.com/>, 2023).(Çevrimiçi) (03 Ocak 2023).

ABD’de Iowa Temyiz Mahkeme’sinin, kabul edilen iddia ile ilgili benimsenen yaklaşımında olayları tanımladığı görülmektedir: (1) "istenmeyen doğum", "istenmeyen gebelik" veya "istemeden gebe kalma", sterilizasyon veya kürtaj işlemi yapan bir hekimin tıbbi müdahale hatası ile sağlıklı ancak planlanmamış bir çocuğun doğmasına neden olması; (2) "istenmeyen engelli çocuk" gebelik öncesi veya sırasında gerekli tetkikleri yapmaması veya gerekli bilgilendirmenin yapılmaması sonucu doğumsal kusurlu bir çocuğun doğması ve (3)

⁵ “İstenmeden doğan sağlıklı çocuk’ başka bir tanımda; istenmeden gebe kalma, sterilizasyon işlemi veya kürtaj yapan bir hekimin ihmaliyle veya sağlık çalışanının fiiliyle ortaya çıkan sağlıklı ancak plansız bir çocuğun, anne ve babası tarafından zarar görülerek tazminat talebine konu edilmesidir.”, (Burke, 1988, s. 319)

⁶ “wrongful conception” terimi gebelik gerçekleşmeden önce sterilizasyon gibi aile planlaması yöntemi uygulanmasına rağmen oluşan gebeliklerle ilgilidir. Sağlıklı olduğu gibi sağlıksız bir gebeliğin oluşma ihtimali de söz konusudur. Bundan dolayı Türkçede kullanıldığında ‘istenmeden doğan çocuk’ terimini karşıladığını düşünmekteyiz.

⁷ Kendi web sayfasında, Amerika’nın en güvenilir çevrimiçi İngilizce dil sözlüğü olarak ifade edilmektedir.

bu tür doğum kusurlarından mustarip çocuğun ileri sürdüğü bir iddia olarak "istenmeyen yaşam"⁸.

Öncelikle "istenmeden doğan sağlıklı çocuk" terimi, "istenmeyen engelli çocuk" ve "istenmeyen yaşam" kavramlarından ayırt edilmelidir. 'İstenmeden doğan sağlıklı çocuk', sağlıklı bir çocuğu olan anne babanın, istenmeyen bir çocuğun doğumu sonucu uğradıkları maddi ve manevi zararlar için kendi adlarına talepte bulunmaları durumudur. 'İstenmeyen engelli çocuk' terimi, anne babanın doğması arzu edilen çocukları için doğum kusurları ve sağlıksız olacağına yönelik riskler hakkında doğru bir şekilde kendilerine bilgi verilmiş olsaydı, gebe kalmaktan kaçınacaklarını veya mevcut gebeliği sonlandıracaklarını ifade etmesiyle gündeme getirilmektedir. Anne baba, doğuştan engelli bir çocuğun bakım ve eğitim masrafları ile kendi acıları ve ıstırapları için tazminat istemektedirler. İstenmeyen yaşam terimi, engelli çocuğun gündeme getirdiği davalar içindir. Çocuk, sağlık hizmeti sunucusunun ihmalinin neden olduğu tıbbi müdahale hatası olmasa, doğmayacağını iddia etmektedir. Çocuğun iddiasının özü, sanıkların, çocuğun doğumunu engelleyebilecek bilgilerden anne babayı haksız yere yoksun bırakmalarıdır. Çocuğun tazminat talebi, sağlıksız olarak doğmuş olması nedeni ile ızdırap veren varlığına dayanmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 299).

Alman Hukuku'nda ise, doğması istenmeyen engelli ya da sağlıklı çocukların bakım, eğitim ve tedavi giderleri için, üst kavram olarak "zarar olarak çocuk"⁹ kavramının kullanıldığı görülmektedir. Hatalı sterilizasyon ya da başarısız kürtaj gibi durumlarda söz konusu olan talepler "Unerwünsschte Leben-istenmeyen yaşam" kavramı içinde değerlendirilmekte "Wrongful Pregnancy" kavramına karşılık olarak da "Unerwünsschte Empfängnis-istenmeyen ebeveynlik" kavramı kullanılmaktadır (Büyükay, 2006, s. 7).

İngiltere, İskoçya, Galler, Avustralya ve Kuzey İrlanda'da "Wrongful Birth" kavramı ile istenmeden doğan engelli çocuk ve başarısız sterilizasyon işlemi sonucu doğan sağlıklı çocuk anlaşılmaktadır (Hassan, Chitty, & Reardon, 2014, s. 312).

⁸ ABD Iowa Temyiz Mahkemesi, hekimin isteğe bağlı gebelik tahliyesi nedeniyle uyguladığı tıbbi müdahale sonrası başarısızlık nedeniyle gebeliği devam eden hastanın istemeden sağlıklı çocuk doğurması neticesi tazminat talep ettiği bir dava nedeniyle tanımlama yapmıştır. (Unwanted pregnancy-istenmeyen doğum), (Wrongful pregnancy-istenmeyen gebelik), (Wrongful Conception-istemeden gebe kalma), (Wrongful birth-istenmeyen engelli çocuk) ve (Wrongful life-istenmeyen yaşam). (Nanke v.Napier, 1984)

⁹ "zarar olarak çocuk" (Almanca'da orijinal olarak şu şekilde tabir edilir: 'Kind als Schaden')

Türkiye açısından ise kavram ihtiyacı halen mevcuttur. Üst kavram olarak “zarar olarak çocuk” kavramı teklif edilmiştir. Ancak, alt sınıflandırmayı, iki başlık halinde yapmak, birinci ihtimal için, “istenmeden dünyaya gelen engelli çocuk”, ikinci ihtimal için ise “istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk” kavramlarını kullanmak yerinde olacaktır. Büyükkay’ın adı geçen eserinde önerdiği terminolojinin Türk Hukuk sisteminde kullanılabileceği görüşüne katılmaktayız¹⁰ (Büyükkay, 2006, s. 7).

1.2. NÜFUS PLANLAMASI

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun madde 2 ile nüfus planlaması tanımlanmaktadır. Buna göre, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları nüfus planlaması demektir. ‘Nüfus planlaması’ ve ‘aile planlaması’ kavramları birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir. ‘Nüfus planlaması’, insanlara üremede daha fazla kontrol sağlayarak yaşamlarını iyileştiren önlemleri almaları ve geleceklerini planlamayı kolaylaştırmayı da içermektedir. Bu önlemleri kapsayıcı niteliği nedeniyle ‘aile planlaması’ kavramı ile açıklamak kanaatimizce kavram olarak daha doğru gözükmektedir. Konumuzu ilgilendiren sterilizasyon işleminden bahsedilirken ilgili kanun ve yönetmeliklerde yine ‘nüfus planlaması’ kavramının kullanıldığını görmekteyiz¹¹.

Nüfus planlamasının ekonomik yönü ise istenmeden doğan sağlıklı çocuk için talep edilen tazminat miktarlarının tespiti için bir dayanak olmaktadır. #2009 yılında ABD’de Tarım Bakanlığı’nın yıllık raporuna göre yapılan resmi bir tahmine göre, orta gelirli bir aile, 2008’de doğan bir çocuğu yetişkin hale getirmek için enflasyon dahil 291.570 dolar harcamayla karşı karşıyadır (Abott, 2009). (Çevrimiçi) (21 Ocak 2023). Harcama 18 yaşına kadar olan bir çocuğun yiyecek, barınma ve diğer ihtiyaçlarını kapsamakta, doğum veya eğitim masraflarını içermemektedir. ‘Çocuk yetiştirme maliyeti hesaplayıcısı’ gibi uygulamalar ile aileler, planlama yaparken çocuk sahibi olmak ve hayatlarını idame etmek için ihtiyaç duydukları meblağları önceden bilebilmektedirler (Cost of Raising a Child Calculator, 2018).(Çevrimiçi) (21 Şubat 2023). Tazminata konu olabilecek unsurlar, dava örnekleri incelenirken karşımıza çıkacağı için nüfus planlanmasının bu yönü vurgulanmak

¹⁰ ‘İstenmeden doğan engelli çocuk’ yerine ‘sağlıksız çocuk’ kavramı da kullanılmıştır. “Ebeveynlerinin arzusu hıfına dünyaya gelen sağlıksız çocuğun bakım masraflarının...” (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 285)

¹¹ RG 27.05.1983, 18059, 2827 No.lu Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, RG 06.10.1983, 18183, Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği, RG 10.09.1983, 18161, Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik.

istenmiştir. Ancak, çalışmamızda tazminat miktarının nasıl hesaplanacağı konusu ele alınmayacaktır.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, TBMM’de kabulü sırasındaki meclis tutanaklarına baktığımızda; Türkiye nüfus araştırmalarından alınan sonuçlara göre, araştırma sırasında gebe olan kadınların yarısı bu gebeliklerini istemediklerini belirtmişlerdir. Gebeliğin istenmeme oranı, kadınların sahip olduğu çocuk sayısı arttıkça yükselmektedir, örnek olarak; bir çocuklu gebelerin, %20’si bu gebeliği istemediğini belirtmişken, 4 ve daha fazla çocukluların ise %70-80’inin bu gebelikleri istemediklerini belirttikleri görülmektedir (Genel Kurul Tutanakları/TBMM, 1982, s. 2-3).

Toplam doğurganlık hızı, bir kadının doğurgan olduğu dönem olan 15-49 yaş grubunda doğurabileceği ortalama çocuk sayısını ifade etmektedir. Ülkemizde toplam doğurganlık hızı, 2001 yılında 2,38 çocuk iken 2020 yılında 1,76 çocuk olarak gerçekleşmiştir¹². Doğurganlık hızının azalması için aile planlanması kapsamında gebeliği önleyici yöntemler daha çok kullanılmakta, tıbbi uygulamalar neticesi başarısızlık sayıları da aile planlaması hizmetleri için öngörülen başarısızlık oranlarına göre artacağı için sağlık hizmet sunucuları ile hastalar uyumsuzluk nedeniyle daha fazla karşı karşıya gelebilecektir. Nüfus planlamasının hangi araçlarla yapılacağı ve bunları belirleyecek komisyonun niteliği ve aile planlanması hizmetlerini yapacak sağlık personelinin kimler olduğu bir yönetmelik çerçevesinde düzenlenmiştir¹³.

Nüfus Planlaması Danışma Kurulu aracılığıyla hem merkezde hem de taşrada nüfus planlaması konusunda diğer kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyon sağlanır. Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği; nüfus planlaması uygulama yerlerini,

¹² Dünya Nüfus Günü nedeniyle TÜİK’in yayınladığı rapor doğurganlık hızı ile ilgili detaylı bilgi içermektedir. (Dünya Nüfus Günü/Tuik,<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dunya-Nufus-Gunu-2021-37250>, 2021). (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

¹³ “...nüfus planlamasında kullanılacak ilaç ve araçların niteliği, aralarında tıp fakülteleri öğretim üyelerinin de bulunduğu bir komisyonun yazılı görüşü alınmak suretiyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca saptanır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu şekilde saptanmamış ilaç ve araçlar üniversitelerin tıp fakülteleri de dahil olmak üzere hiçbir birim, kurum ve kuruluşça insanlar üzerinde kullanılamaz. Komisyonun kuruluş ve işleyişi, gebeliğin önlenmesine ilişkin yöntemler ve uygulama açısından hekim, hemşire ve ebelerin eğitim ve görevlendirilme esas ve usulleri ile uygulamada yetkilerini belirleyen hususlar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir. Hekim, hemşire ve ebeler özel kanunlardaki şartlara bağlı olmaksızın bu yönetmelikle belirtilen şartlara uygun olarak gebeliği önleyici yöntemleri uygulayabilirler.” Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, md.3.

yataklı tedavi kurumları için nüfus planlaması kliniği, aile planlaması- ana ve çocuk sağlığı dispanserleri, sağlık ocakları, sağlık evleri ve muayenehaneler olarak belirlemiştir¹⁴.

18161 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 507 sayılı ‘Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik ile personelin eğitimi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır¹⁵.

Kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının, üroloji uzmanlarının, genel cerrahi uzmanlarının, kurs görmüş ve bakanlıkça yeterlik belgesi verilmiş pratisyen hekimlerin görev, yetki ve sorumlulukları ile yardımcı sağlık personelinin görev, yetki ve sorumlulukları ve görevleri tanımlanmıştır¹⁶. Aynı yönetmelik madde 18 ile kurs görmüş ve bakanlıkça yeterlik belgesi verilmiş pratisyen hekimlerin görev, yetki ve sorumlulukları, madde 19 ile yardımcı sağlık personelinin görev, yetki ve sorumlulukları tanımlanmıştır. Yönetmeliğe göre pratisyen hekimler vasetomi işlemlerini ilgili uzmanların kontrol ve denetiminde yapabilmektedirler.

¹⁴ Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği, madde. 14-17.

¹⁵ “Personel Eğitimi: madde 11- Gebeliği önleyici ve sonlandırıcı yöntemler ile sterilizasyon konularında uzman hekim, pratisyen hekim ve hekim dışı sağlık personeline hizmet öncesi ve hizmet içi teorik ve uygulamalı eğitim, Bakanlıkça açılacak veya gösterilecek eğitim merkezlerinde verilir. 1) Eğitimden geçirilen personelin almış olduğu eğitimin konusu ve süresi personelin siciline işlenir. 2) Aldıkları Nüfus Planlaması eğitim konusuna göre başarılı olan personele Bakanlıkça "Yeterlik Belgesi" verilir. 3) Uzman ve pratisyen hekimlerin yeterlik belgesi kendilerine verilir. Yardımcı sağlık personelinin yeterlik belgeleri çalıştıkları sağlık kurumundaki dosyalarında saklanır. 4) Uzman hekimler asistanlıkları sırasında Nüfus Planlaması konularıyla ilgili bilgi ve beceri kazandıklarını belgeledikleri takdirde kendilerine yeterlik belgesi verilir.” Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik.

¹⁶ “Madde 17- Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanları A- Gebeliği önleyici hapları, yeni uygulanacaklar için başlatmak ve buna uygun vakaları seçmek ve kullananları izlemek, B- Rahim içi araç, diyafram uygulamak ve bunları izlemek, C- On haftaya kadar ve tıbbi zorunluluğa bağlı olan on haftadan sonraki rahim tahliyelerini yapmak, D- Kadınlarda sterilizasyon ameliyatını yapmak, E- Erkeklerde sterilizasyon ameliyatı yapmak,... 2) Üroloji Uzmanları A- Erkeklerde sterilizasyon ameliyatını yapmak, B- Yürüttükleri hizmetlerle ilgili geleceğe yönelik planlar yapmak, C- Bu hizmeti yürüten ve yeterlik belgesi almış pratisyen hekimleri desteklemek, D- Bu hizmeti yürüten ve yeterlik belgesi almış pratisyen hekim tarafından gönderilen vakaları tedavi etmek. 3) Genel Cerrahi Uzmanları Kadında ve erkeklerde sterilizasyon ameliyatlarını yapmak.”, “Madde 19- Bakanlıkça eğitilen ve yeterlik belgesi verilen hemşire, ebe-hemşire ve ebeler gebeliği önleyici yöntem uygulama çalışmalarını yetkili hekimin denetim ve gözetimi altında resmi kurum ve kuruluşlarda yürütürler...” “Madde-18, Pratisyen hekimlerin, görev, yetki ve sorumlulukları.....9) On haftaya kadar olan gebeliklerde rahim tahliyesini Menstrüel Regülasyon yöntemi ile kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının kontrol ve denetiminde yapmak, 10) Üroloji uzmanlarının denetiminde erkeklerde sterilizasyon ameliyatını yapmak,..” Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik.

1.3. AİLE PLANLAMASI

1.3.1. Kavram

‘‘Aile planlaması, bütün çiftlerin ve fertlerin istedikleri sayıda ve zamanda, sağlıklı aralıklarla, bakabilecekleri kadar çocuk sahibi olma, sorumlucu karar vermeleri ve bu amaçla bilgi, eğitim ve araçlara sahip olmalarıdır’’ (Daymaz, Güner, & Özvarış, 2015). (Çevrimiçi) (04 Mart 2023). Aile planlaması gebeliği önleyici yöntemlerin kullanılması ve istem dışı çocuk sahibi olamamanın tedavisi ile gerçekleştirilir ve bu yönüyle tıbbi bir işlemler bütünüdür. Aile planlaması, fertlerin sahip olmak istediği çocuk sayısı, çocuk sahibi olmama seçimi ve çocuk sahibi olmak istediği yaş da dahil olmak üzere bazı faktörlerin dikkate alınmasını gerektirdiği gibi medeni durum, kariyer düşünceleri, finansal durum, çocuk sahibi olma ve çocuk yetiştirme yeteneklerini etkileyebilecek herhangi bir engel gibi dış faktörleri de kapsamaktadır. Diğer bir tanımda; aile planlaması, bütün anne babaların, ailelerin ve bireylerin istedikleri sayıda, istedikleri zamanda ve sağlıklı olarak kabul edilen aralıklarla, bakabilecekleri kadar çocuk sahibi olmaları, sorumlulukları dahilinde karar vermeleri ve bu amaçla bilgi, eğitim ve araçlara sahip olmalarıdır (Daymaz, Güner, & Özvarış, 2015). (Çevrimiçi) (04 Mart 2023).

Doğum kontrol hapları ve sterilizasyon ‘önleyici’ aile planlaması, gebeliğin sonlandırılması ‘ortadan kaldırıcı’ aile planlaması, dölleme öncesi genetik danışmanlık, yapay dölleme ve embriyo transferi ‘yapıcı’ aile planlaması yöntemi olarak üç grupta sınıflanmaktadır. (Şenocak, 2009, s. 108)

Eğitimi sayesinde sosyal statü kazanan kadının çocuk bakımı için harcadığı zamanın fazlalığı sosyal aktiviteleri için zaman ayırmasına engel olarak görülebilmektedir. Dolayısıyla kadın çocuk bakımı yapmak yerine sosyal hayatın daha fazla içinde yer almayı ve daha az sayıda çocuk dünyaya getirmeyi tercih edebilmektedir. Başka bir açıdan bakıldığında eğitim, bireylerin aile planlaması yöntemleri hakkında farkındalığının artmasına sebep olmaktadır. Aile planlaması yöntemlerinin bilinçli bir şekilde kullanım oranlarının artması, bireylerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmalarını sağlamaktadır. Eğitim düzeyleri yüksek olan toplumlarda doğurganlık hızlarının düşük, eğitim düzeyleri düşük olan toplumlarda doğurganlık hızlarının yüksek olduğu görülmektedir (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 13).

Aile planlaması kapsamında gebeliği önleyici yöntem kullanımı, fertlerin sahip olmak istedikleri çocuk sayısı, gebeliği sonlandırma kararı alınması, doğum aralıklarının tercih edilmesi, gebeliğin istenmesi veya istenmemesi gibi doğurganlık davranışları aile planlamasına ilişkin tutumlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili görülmektedir. Kırsal kesimde erken yaşta çocuk sahibi olma arzusu fertleri gebeliği önleyici yöntemleri kullanmaktan uzaklaştırırken kentsel yaşamda; fertlerin, kariyer planları ya da ekonomik sebeplerle çocuk sahibi olmayı ileri yaşlara erteledikleri ve gebeliği önleyici yöntemleri daha sık kullandıkları görülmektedir (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 21).

Sahip olunan çocuk sayısı ile bu çocukların hayat kalitesi arasındaki negatif ilişki, çocukların eğitim, sağlık gibi masraflarının karşılama zorunluluğu ve artan eğitim masrafları ile çocuğa layık bir gelecek sağlamanın maliyeti kişileri daha az çocuk sahibi olmaya yöneltmektedir.

Aile planlaması, tıbbi ve ilgili sosyal hizmetlerin sadece istenmeyen gebeliklerin önlenmesini değil, aynı zamanda istem dışı kısırlaştırmanın ve çocuk sahibi olamama problemlerinin ortadan kaldırılmasını da amaçlamıştır (Karosaite, 2017, s. 11).

Aile planlaması hakkında yüksek oranda bilgi sahibi olmak, her zaman olumlu doğurganlık davranışı sergilenmesinde yeterli olmamaktadır. Gebeliği önleyici yöntemleri etkili ve doğru kullanmada başarısızlık istenmeden gebelik oluşumunu arttırır. Aile planlaması danışmanlık hizmetleri kapsamında kadınlara acil gebeliği önleyici yöntem¹⁷ kullanabilecekleri konusunda bilgi verilmeli ve kolay ulaşımına olanak sağlanmalıdır.

Gebeliği önleyici yöntem danışmanlığındaki eksiklik işlem başarısızlığının sebeplerindendir. Sağlık profesyonellerinin, kaliteli aile planlaması danışmanlık hizmeti sunmaları büyük önem taşımaktadır. Aile planlaması hizmetlerinde; hekimler, ebeler, hemşireler, sosyologlar, psikolog ve sosyal hizmet uzmanları birlikte görev almaktadırlar. Ülkemizde bu hizmetler genel olarak hekimler, ağırlıklı olarak da ebe ve hemşireler tarafından yürütülmektedir. Sağlık personelinin hizmet verirken bireyleri doğru ve yeterli bilgilendirmesi, bireylerin doğru karar vermeleri açısından çok önemlidir (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 77).

Aile planlaması kapsamında yapılan danışmanlığın amacı, başvuru yapan bireyin bilinçli ve gönüllü bir şekilde seçim yapmasını sağlamaktır (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 78).

¹⁷ “Kadınlar, istemli fakat korunmasız cinsel ilişki ya da cinsel saldırı sonrası gebeliğin önlenmesi için başvurur. Doğru kullanıldığında bu kadınlarda istenmeyen gebelik oranlarını azaltan hormon içeren hap ve bakırlı rahim içi araç gibi ürünler vardır.” (Hoffman, ve diğerleri, 2020, s. 131)

Danışmanlık ilkelerine bakıldığında; kişi, seçilen yönteme ait olası yan etkiler ve başa çıkma yolları konusunda bilgilendirilmelidir. Bireyin yöntemin kullanımı, riskleri, faydaları, uygun yöntem kullanımı ve takibi hakkında verilen bilgileri anladığından emin olunması gerekmektedir. Aile planlaması danışmanlık sürecinde kişinin gebeliği önleyici yöntem seçimine yardımcı olmak için dünyada ve ülkemizde kullanılan çeşitli danışmanlık türleri vardır. Hizmet alacak kişiye kadın ve erkek üreme sisteminin anatomi ve fizyolojisi hakkında kısaca bilgi verilir. Tüm aile planlaması yöntemleri hakkında görsel malzemeler kullanılarak tek tek kısa açıklamalar yapılır. Kişi belirli bir aile planlaması yöntemini kullanmaya karar verdiğinde yönteme özel danışmanlık verilir. Danışman, bu aşamada seçilen yöntemin etki mekanizması, etkililiği, olumlu ve olumsuz yanlarını kişiye anlatır; kişinin fikirlerini paylaşmasına yardımcı olur. Hizmete başvuran kişinin yöntemi kullanma konusundaki motivasyonunu pekiştiren ve yöntemin sürekli kullanımını destekleyen süreç izlem danışmanlığıdır (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 40). Genellikle genel danışmanlık için 20 dakika, yönteme özel danışmanlık için 10 dakika ve izlem danışmanlığı için 5 dakika süre önerilmektedir (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 83).

Fertlerin aile planlamasına yönelik kararlarını verebilmek amacı ile başvurdıkları modern tıp araçları, bu kararlara üçüncü kişilerin dahil olması sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir ifade ile gelişen teknolojiye fertlerin aile planlamasına yönelik vereceği karar, kendileri dışındaki üçüncü kişilerin davranışları ile başarısızlığa uğrama ihtimali altındadır. Hastanın vücut ve ruh bütünlüğü gibi kişilik haklarına saygı duymakla yükümlü olan hekim, hastanın özel yaşam sahası içerisinde kabul edilen aile planlamasına yönelik hak ve özgürlüğüne de saygı duymakla yükümlüdür (Şenocak, 2009, s. 108-115).

Çiftlerin ve fertlerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmaya yönelik hakkı, hayat kaliteleri için özel bir öneme sahiptir. Çocuk sayısını ve zamanlamasını planlamak, sağlıklı gebelik ve doğum için fiziksel, ekonomik ve zihinsel olarak hazır olma, doğum öncesi, doğum ve doğum sonrası sürecin daha sağlıklı geçirilmesini sağlamaktadır (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 55). Ülkeler fertlerin üremeye yönelik haklarına saygı duyulması, haklarının korunması ve yerine getirilmesini sağlamak için yasalarında bazı düzenlemeler yapmıştır. Bilimin önünü açtığı seçim yapma fırsatları beraberinde sorumlulukları da getirmiş, aile planlamasının düzenlenmesinde hukuk çok daha büyük önem kazanmıştır (Coetzee, 2017, s. 394).

1.3.2. Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukukta Yeri

Kalkınmayı gerçekleştirecek tüm toplumu ilgilendiren bir program olarak başlatılan nüfus planlaması çalışmaları bir süre sonra yerini fertlerin özerkliğini vurgulayan aile planlaması programlarına bırakmıştır. Günümüzde ise üreme ve cinsel sağlık alanını insan haklarının temel kavramlarıyla tanımlayan bir yaklaşım benimsenmektedir (Sert, 2013, s. 5).

1960’lardan itibaren devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından çiftlerin çocuk sahibi olma, çocuk sayısına ve aralıklarına özgür olarak karar verebilme ve konuyla ilgili yeterli eğitim alma haklarının bulunduğu gündeme getirilmiştir (Sert, 2013, s. 19). Bu haklardan, 1968’de yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansı’nda (Tahran) insan haklarının bir alt kümesi olarak söz edilmiş ve bu Konferans’ta *“ebeveynlerin dünyaya getirecekleri çocuk sayısı ve aralığı hakkında özgür ve sorumlu karar verme hakkı ve bu çerçevede yeterli bilgi ve eğitim alma hakları vardır”* ifadesi ile yer verilmiştir (Sert, 2013, s. 19).

Birleşmiş Milletler (BM) Toplumsal ve Kalkınma Bildirgesi’nde (1969), toplumsal sağlık hizmetlerinin planlanmasında, ulusal nüfus politikaları çerçevesinde; aile planlamasıyla ilgili sağlık çalışanlarının eğitimi ve yetiştirilmesi, ailelerin çocuk sayısı ve aralığına özgürce karar vermeleri ve konu ile ilgili bilgi almaları ve ne gibi olanaklar sunulabileceği ele alınmıştır. Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili kanunları, politikaları ve uygulamaları yapma, gözden geçirme ve düzenleme yükümlülüğünün devlete ait olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmet sunumunun hukuka ve nüfus politikalarına uygun, şeffaf ve kaliteli olması gerekmektedir (Aktan). (Çevrimiçi) (15 Ocak 2023).

1979 yılında Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW¹⁸), aile planlamasının ailelerin sağlık ve refahını sağlama konusunda kilit öneme sahip olduğunun özel olarak belirtildiği bir küresel insan hakları anlaşmasıdır (Kanem, 2018).(Çevrimiçi) (08 Mart 2023).

Kahire’de 1994 yılında, Birleşmiş Milletlerin koordine ettiği Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı’nda Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu için konu tartışılmış ve tüm çiftler gibi tüm fertlerin, çocuklarının sayısına ve hangi aralıkta olacağına kendi kararlarını verme konusunda temel bir hakka sahip olma, çocuk sahibi olma hakkında gerekli bilgileri edinme

¹⁸ CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi).

ve verilen bilgilere dayanarak makul kararlar alma hakkını sağlayan bir belgenin kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır (UNFPA, World Population Plan of Action, 1974, s. 10). (Çevrimiçi) (04 Mart 2023).

Devletlerin fertlerin aile planlamasına ilişkin kararları özgürce ve vicdani kanaatlerine göre almasını sağlamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda gebeliği önleyici tedbirlerin dayanağı yukarda bahsedildiği gibi 2827 sayılı NPHK ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan 18/12/1983 tarihli ve 18255 No.lu Resmi Gazete' de yayımlanan#RTSHYDİT ile düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 2. maddesine göre, devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır, ifadesi yer almaktadır. Gebeliği önleyici yöntemler ile ilgili bilgileri ve hizmetleri almak, tüm bireylerin sağlığı ve insan hakları için esastır (Contraception,WHO). (Çevrimiçi) (15 Şubat 2023).

Fertlerin üremeyle ilgili karar alma hakları, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde düzenlenen aile yaşamı ve özel yaşam kapsamında değerlendirilmektedir. Sözleşmede tanımı yapılmayan aile yaşamı ve özel yaşam çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Günümüzde toplumsal ve teknolojik gelişmelerin bu alanı daha da genişletmesi sonucu çiftlerin ve fertlerin üremeyle ilgili hakları, belki de AİHM yorumunu en çok gerektiren yeni insan hakları alanı olma özelliği kazanacaktır (Üreme Hakları, Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakları Platformu). (Çevrimiçi) (09 Şubat 2023).

Anayasa, mad. 17/1'e göre, *'herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir'*. Anayasa ile teminat altına alınmış kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını etkileyen bir karar olması nedeni ile devlete aile planlamasının uygulanması yönünde gerekli önlemleri alma ödevi yüklenmiştir. Aile planlamasıyla ilgili karar verme hakkının Anayasa'da yer alan bireylerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının önemli bir parçası olduğu görülmektedir¹⁹. Bu nedenle sterilizasyon işleminin, kişilik hakkına aykırılık teşkil eden bir müdahale olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Büyükkay, 2006, s. 17).

¹⁹ *"Başvurucular ameliyattan sonra kontrole çağırılmadıklarını, ameliyattan sonra sperm testi yapılması konusunda bilgi verilmediğini ileri sürmüşlerdir. Bilirkişi raporunda vasetomiden sonra sperm tahlili yapılması gerektiği, vasetomi sonrası gebelik oluşmaması amacıyla tıbbi kontrollerin yapılması ve kişinin doğum kontrolü yönünden aydınlatılmasının gerekli olduğu vurgulanmasına rağmen mahkemece bu konuda araştırma yapılmamıştır. Dolayısıyla mahkeme kararının konu ile ilgili ve yeterli bir gerekçe içermemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır."* (Birtane, 2021, s. 160)

Günümüzde hekim ve hastaneler çiftlerin ve fertlerin aile planlamasıyla ilgili karar verme hakkına ilişkin olaylara müdahil olmakta ve kimi kez kusurlu davranışlarıyla aile planlamasının başarısız olmasına neden olmaktadır. Gebeliği önleyici yöntemin hekimin kusurlu davranışıyla başarısızlıkla sonuçlanması halinde fertlerin kişilik hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır. Türk hukukunda aile planlamasına yönelik karar verme hakkının, üreme hakkının²⁰, fertlerin tüm kişilik sahasını derinden etkileyen bir hak olduğu ve bunun bireyin özel sahasına dahil olup aile yaşamını şekillendirme ve kişiliğin özgür bir biçimde geliştirilmesine olanak sağladığı, mesleki, ekonomik, sosyal ve duygusal sebeplerle çocuk sahibi olup olmama hususuna karar verme hak ve özgürlüğüne sahip olduğu görüşleri vardır²¹.

İsteğe bağlı sterilizasyon işleminin insan onurunu ihlal edip etmediği noktasında tartışmalar mevcuttur. Bozkurt'un sterilizasyon işleminin insan onuruna aykırı olduğu yönündeki anlatımına göre, insan onurunun ihlal edilmesi diğer gebeliği önleyici yöntemlerin kullanılması ile önlenilebilecektir²² (Bozkurt, 2010,7 Mayıs, s. 9).

İstenmeden doğan sağlıklı çocuk davalarının artmasıyla, bir kadının hayatının doğmamış bir çocuğun hayatının önüne geçip geçemeyeceği ve hatta çiftlerin ve fertlerin ailelerini planlama hakkının var olup olmadığı veya çocuğun bir zarar olarak görülüp görülemeyeceği ve mahkemedan bu zarar nedeniyle tazminat talep edilemeyeceği gibi tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Çiftler yeni doğacak bir çocuğa bakmak için yeterli mali kaynağa sahip

²⁰ Yeni bir hak türü olarak Büyükay'ın eserinde “dölünü sürdürme hakkı”, “üreme hakkı” terimleri yer bulmuştur. Yazar, üreme hakkının Anayasal güvence altında olan kişiliği özgürce geliştirme hakkının bir görünümü olduğunu ifade etmektedir (Büyükay, 2006, s. 17). Üreme hakkı terimini Sert'in de eserinde kullandığını görmekteyiz. “Üreme hakları, bir yarıyla, yaşama hakkı, özel yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi bireyin bedensel varlığına ve fikir alanına ilişkin “bireysel hak ve özgürlükler” ile bağlantılı iken diğer yarı ile eğitim, sağlık, örgütlenme hakkı gibi “sosyal haklar” ile bağlantılıdır.” (Sert, 2013, s. 17)

²¹ “İnsanların çocuk sahibi olma ya da olmama hakkını ilgilendiren üreme hakkı kavramı, insan olma kimliği, insan onuru, insanın yaşama hakkı, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ve bedensel bütünlüğünün ihlal edilemezliği gibi temel ilkelerle bağlantılıdır. Kişinin üreme hakkını kullanıp kullanmamasıyla ilgili çeşitli üreme işlevleri vardır. Bu fonksiyonların ihlalinin bedensel bütünlüğü ihlal ettiği durumlarda kişi, TBK. m. 56 hükmüne göre manevi tazminat davası açabilecektir.” (Demir, 2020, s. 41), Aynı yönde: “Medeni Kanun 24.maddesine göre aile planlaması hakkı kişilik değeri olarak ele alınmalıdır.” (Şenocak, 2009, s. 167), Akbaba, makalesinde ‘üreme özgürlüğü hakkı’ başlığını ve devamında ‘üreme hakkı’ terimini kullanmıştır. (... Mahkeme üreme hakkının, bir erkeğin en temel haklarından biri olduğunu belirtmiştir...) (Akbaba, Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II, 2009, s. 7)

²² “Ben kendi görüşümü söyleyeceğim; nüfus planlaması yönünden Polonya’da yapılan bir sempozyumun kayıtlarını okudum. Bu kayıtlarda tespitim, Polonya hukukunda insan onurunu zedelediği yönünde, Anayasa Mahkemesine başvurular var ve Anayasa Mahkemesinin de değerlendirmeleri başka yöntemlerin kullanılması mümkün iken bu yöntemin kullanılmasından kaçınılması gerektiği yönünde değinmeleri tespit ediliyor.”

olmadıklarını bildikleri ve çocuk sahibi olmamaya karar verdiğinde, hekimin hatalı tıbbi müdahalesi neticesinde kaçınmaya çalıştıkları bir duruma düşmektedir. Aile planlamasıyla ilgili verdikleri kararın istedikleri gibi sonuçlanmaması nedeniyle mağdur duruma düşen fertler, bir zarar olarak ortaya çıkan istenmeyen sağlıklı çocuk için istenmeyen bakım masraflarını dava nedeni olarak ileri sürerek, tazminat davası açmaktadır (Karosaite, 2017, s. 13).#

Çiftler, sterilizasyon işlemini güvenli olması ve gebeliği etkili bir şekilde önlemesi umuduyla tercih etmektedir. Müdahaleye rağmen gebe kalabileceğine yönelik aydınlatmadaki eksiklik, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali niteliğindedir. Anne babanın, komplikasyon neticesi başarısızlık olacağını bilselerdi, sterilizasyon işleminden vazgeçeceği farz edilebilecektir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. s. 302 ve dn. 109'da belirtilen yazarlar).

İstenmeden doğan sağlıklı çocuğun sorumluluğunu hukuken bir hekime yükleme olanağı, sterilizasyon işlemi gibi kalıcı olarak yapılan gebeliği önleyici yöntem uygulamalarında çok daha fazladır. Burada amaç açıkça bir gebeliğin ortaya çıkmasını önlemektir. Sterilizasyon işlem hizmetini veren kişi kolayca tanımlanabilmekte ve başarıyı sağlamak için makul özeni gösterme ve makul beceriyi uygulama sorumluluğu açıkça herkes tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu tür hizmetleri sunan bir hekimin, zorunlu olarak ve dolaylı olarak, işlemin başarısını garanti ettiği sonucuna varılamaz. Nitekim vekalet sözleşmesi kapsamında hekim yaptığı işin özenle yerine getirilmesinden sorumlu olup sonucun başarılı olmamasından şartları sağlanmadıkça sorumlu tutulamaz.

1.3.3. Türkiye’de Aile Planlaması Kontrol Hizmetleri

Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü ile Hacettepe Üniversitesi’nin ortak yürüttüğü Nüfus ve Sağlık Araştırması sonucuna göre, ülkemizde 1993-1998 yılları arasında doğan çocukların, %20,4’ü istenmemiştir. Araştırmaya göre evli kadınlardan, %98,6’sı gebeliği önleyici modern bir yöntem bilmektedir. Evli kişilerin gebeliği önleyici yöntemleri uygulamadaki kişisel hataları mı, yöntemlerin yetersizliği mi ya da bu konuda tıbbi hizmetlerine başvuru alan sağlık personelinin tıbbi hatalarının mı neden olduğu konusunda veri yoktur (Zeytin, 2002, s. 33).

Ülkemizde aile planlaması kontrol hizmetleri hem kamu hem de özel sağlık kuruluşlarında verilmektedir. Ülkemizde yeterlik belgesine sahip uzman hekimler; gebeliği önleyici haplara

uygun olan bireyleri seçmek, ilk uygulanacaklar için başlatmak ve takip etmek, 10 haftaya kadar ve 10 haftadan sonra tıbbi zorunluluğu olan gebelik tahliyelerini yapmak, erkek ve kadın için sterilizasyon işlemlerini yapmak, sorumlu olduğu bölgenin nüfus planlaması kapsamındaki hizmetlerini organize etmek, denetlemek ve değerlendirmek, yürütülen hizmetlerin geliştirilmesi için geleceğe yönelik planlar yapmak, yöntem kullanımına bağlı ve yapılan müdahaleler sonucu ortaya çıkabilecek komplikasyonları tedavi etmek ile sevkle gelen hastaları tedavi etmek ve hizmetler için gerekli araç-gereç ile ilaç ve tıbbi malzemeyi hazır bulundurmaktan sorumludur (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 90-91).

1.4. STERİLİZASYON YÖNTEMLERİ

Günümüzde, doğurganlığı düzenleyen ve geniş bir çeşitlilik gösteren, etkili gebeliği önleyici yöntemler vardır. ABD’de gebe kalanların yarısının istemeden gebe kaldığı ve bunların da yarısının korunma yöntemi uyguladıkları görülmektedir (Hoffman, ve diğerleri, 2020, s. 105). Bu istatistikler planlanmamış gebelikleri önlemek için aile planlaması danışmanlığının tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini göstermektedir. Gebeliği önleyici yöntemler geçici ya da kalıcı olabileceği gibi erkeğe veya kadına ait olarak da ayrılabilir. Gebeliği önleyici yöntemler günümüzde etkinliğine göre gruplandırılır. En iyi veya ilk sırada olanlar en etkili ve en kolay kullanımı olanlardır. Bu yöntemler kullanıcının daha az dikkatini gerektiren ve ilk yıl kullanımda beklenmedik gebelik görülme oranı, %2’den az olan yöntemlerdir (Hoffman, ve diğerleri, 2020, s. 105). En iyi yöntemler RİA (gebeliği önleme amacıyla rahim içine yerleştirilen, spiral biçimindeki plastik araç, spiral), implantlar (deri altına veya içine yerleştirilen, tablet şeklindeki hormon preparatı, hormon implantı) ve çeşitli erkek ve kadın sterilizasyon işlemleridir. İkincil yöntemler, ağızdan alınan tabletler, kas içine yapılan enjeksiyonlar, deri yoluyla uygulanan ajanlar, vajina yoluyla uygulanan halkalar gibi sistemik hormon içerikli yöntemlerdir. İkincil yöntemlerin kullanımlarının ilk yılı sırasında başarısızlık oranı, %3 ile 9’dur (Hoffman, ve diğerleri, 2020, s. 105). Üçüncü düzey yöntemler içinde erkek ve kadınlar için bariyerler ve adet döngüsü tespihleri gibi doğurganlık farkındalığına dayanan yöntemler yer almaktadır. Bu yöntemler için ilk yıl kullanımda başarısızlık oranları, %10 ile 20 arasında olsa da tutarlı ve doğru kullanımla etkinlikleri artmaktadır. Dördüncü sıradaki gebeliği önleyici yöntemler içinde spermisid (spermi öldüren kimyasal madde) içeren preparatlar vardır ve ilk yıl kullanımda başarısızlık oranı, %21 ile 30 arasında değişebilmektedir.

Gebeliği önleyici yöntem kullanımının ilk yılında, yöntem tipine göre istenmeyen bir gebelik yaşanması, Dünya Sağlık Teşkilatı 2013 verilerine göre: Kadında tüp ligasyonu (bağlama) için başarısızlık oranı, %0,5, vasktomı %0.15, enjeksiyon %0,3, RİA (rahim içi araç-spiral) %0,8, hap %5, erkek kondomu %14, vajinal bariyer yöntemler %20, takvim yöntemi %25 ve geri çekme yöntemi için %19 olarak verilmektedir. Tüm gebeliği önleyici yöntemlerin kullanıldığı ve 712.586 kişinin katıldığı çalışmada, %4,7 başarısızlık görülmüş 33.469 kadın gebe kalmıştır (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 40).

Son yirmi yılda, herhangi bir nedenle çocuk doğurmaktan kaçınmak isteyen fertler, isteğe bağlı sterilizasyon işlemini giderek daha fazla tercih etmektedir. Doğum kontrol hapının popüleritesinin azalmasıyla birlikte, isteğe bağlı sterilizasyon işleminin en yaygın kullanılan yöntem haline geldiği görülmektedir. Gebeliği önleyici yöntemler, aile büyüklüğünü tamamlamış ve kalıcı olarak artık çocuk sahibi olmayı istemeyen çiftler arasında daha da yaygındır. Hem kadın hem de erkeği eşit düzeyde kapsayan yasal düzenlemelerin yapılması, yöntemi sunacak sağlık personelinin sağlanması ve kaliteli bir hizmet sunumu için eğitilmesi ve toplumun her kesiminde hizmete eşit olarak erişimin sağlanması ile isteğe bağlı sterilizasyon işlemine olan talep artmaktadır (Dönmez & Akdolun Balkaya, 2021, s. 312).

1.4.1. Erkek Sterilizasyonu

Vasktomı, kalıcı erkek kontrasepsiyonunun (gebelikten koruma) en etkili ve en yaygın olarak kullanılan yöntemdir. 2004 yılında dünya ölçeğinde yaklaşık 43 milyon erkek vasktomı işlemi yaptırmıştır (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 1-2).

İşlem öncesi prosedür ile ilgili danışmanlık hizmeti verilmelidir. İlk görüşmede işlem ve alternatif gebeliği önleyici yöntemler hakkında erkeğe ve kadına bilgi sağlanmalı ve fertlerin beklentileri ele alınmalıdır. Hasta ve eşine, semen analizi ile sperm bulunmadığını (azoospermi) doğrulayana kadar alternatif bir gebeliği önleyici yöntemi kullanmaları hatırlatılmalıdır. Çünkü sperm tüm vas deferens (sperm kanalı) boyunca ve seminal vezikülde (beze) depolandığından sperm kanallarının kesilmesi hemen sterillliğe yol açmaz ve spermin tümünü boşaltmak için ardışık ejakülasyon gerekmektedir (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 8).

Amerikan Üroloji Derneği'nin vasktomı işlemi öncesi önerileri ise şöyledir: Hastanın kullanılan gebeliği önleyici yöntemleri ve diğer alternatif yöntemleri ve vasktomı işleminin kalıcı sterillikle (çocuk sahibi olma yeteneği bulunmayan; döl vermeyen, kısır)

sonuçlandığını anlaması sağlanmalıdır. Sosyal ve ailesel durumu, istikrarlı bir ilişki içinde olup olmadığı, varsa çocukların sayısı ve yaşları, eş tarafından işlemin kabulü, gelecekteki aile kurma planları gözden geçirilmelidir. En az üç ay süreyle geçici gebeliği önleyici yöntem ihtiyacının hasta tarafından anlaşılması ve steril varsayılmadan önce sperm analizi yapılması gerektiği söylenmelidir. Sperm kanalının kapalı olduğu doğrulandıktan sonra bile vasktominin gebeliği önlemede yüzde 100 güvenilir olmadığı, vasktomi sonrası gebelik riskinin yaklaşık 2000'de 1 olduğu konusunda bilgilendirilmelidir²³.

Kalıcı olarak steril olduğu negatif semen muayeneleri ile teyit edilmiş olan vasktomi sonrası altı babalık (DNA örneği ile kanıtlanmış) vakasının tanımlandığı bir çalışmada, kocalarının sürekli olarak negatif sperm örneği verdiği halde kadınların gebe kaldığı bildirilmiştir (Smith, ve diğerleri, 1994, s. 1). Aynı çalışmada tüm vasktomi hastalarına ve eşlerine geç başarısızlık olasılığının düşük olduğu konusunda danışmanlık yapılması ve başarısızlık uyarısının yapıldığının kayıt altına alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca hastanın işleme rağmen gebe kalma olasılığı da dahil olmak üzere riskler ve sterilliği doğrulama yöntemi hakkında uygun şekilde bilgilendirildiğinden emin olunması gerekmektedir (Coetzee, 2017, s. 395-396).

İşlem, her iki taraf vas deferens'in (sperm kanalı) iki uçtan kesilmesi ve bağlanması veya koagülasyon (yakılarak) tıkanmasını içerir ve tipik olarak lokal anestezi altında ayakta tedavi ortamında gerçekleştirilir (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 5). Vasktomi ile sperm kanalı hasara uğratıldığı için önceye dönülmesi pek mümkün değildir. Dezavantajı ise, kısırlığın hemen gerçekleşmemesidir. Ardışık iki kez sperm sayısı sıfır olana kadar aylık semen analizi yapılması önerilmektedir (Scott, Disaia, Hemmond, & Spellacy, 1995, s. 637). Benzer bir öneriye göre, işlemi takip eden ilk 2-4 ay içinde (20 sperm örneği kadar), işlem sonrası kanalda sperm hücresi kalabildiği için kişinin kendini kısır kabul etmeyerek ilave gebeliği önleyici yöntemlere başvurması gerekmektedir (Günalp, Yüce, Boynukalın, Güren, & Esenler, 2014, s. 538). İşlemden sonraki 6-8 hafta içinde hekim tarafından, kanallarda sperm hücresinin bulunup bulunmadığının mikroskopik yöntemle (sperm analizi) kontrol edilmesinin nedeni üreme sisteminde depolanmış spermin atılmasının yaklaşık 3 ay sürebilmesidir. Vasktomi sonrası bildirilen başarı oranları yüzde 98'i aşmaktadır. Ancak veriler uzun süreli takip eksikliği nedeniyle sınırlıdır. Çoğu çalışma, işlemin yalnızca iki yıl içindeki sonuçlarını bildirmekte ve sonraki yeniden kanal oluşması nedeniyle oluşan

²³ American Urological Association (AUA). Vasectomy Guideline, 2015, (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 2)

başarısızlıkları hesaba katmayabilmektedir (PJ & Guess, 2000, s. 923). %0,3-%0,4 oranında başarısızlık işlem sonrası yapılan sperm analizi kontrolleri ile neredeyse tamamen tespit edilebilmektedir (Gabbe, ve diğerleri, 2012, s. 528).

Başka bir çalışma, en iyi uygulamada dahi gebeliği önlemede, %0,1-0,15 başarısızlık bildirmektedir (DJ, Costello , Trussell, & Hillis, 2004, s. 848). Vasektomi işlemine rağmen gebe kalma oranı Pearl Endeksine göre, %0,1-0,3' dür (Hoffman, ve diğerleri, 2020, s. 118). Vasektominin başarısızlık oranının yüzde 1'den az olduğunu gösterildiği başka bir çalışmada ise, verilen başarısızlık oranına; işlemden hemen sonraki korunmasız ilişki, vas deferensin kapanmasındaki yetersizlik ve rekanalizasyon da dahildir (Michielsen, 2010, s. 136).

Amerikan Üroloji Derneği sterilliliğin doğrulanması için işlemden üç ay sonra semen analizi yapılmasını önermektedir²⁴. Vasektomi işleminden sonra en az 20 ejakülat yapılmış olması gerektiği bir çalışmada vurgulanmıştır (Barone, ve diğerleri, 2003, s. 892). 56 çalışmayı içeren sistematik bir inceleme, azoospermi (menide sperm bulunmayışı, sperm yokluğu) ulaşma süresinin değişken olduğunu bildirmiştir²⁵. Semen analizinde sperm yokluğu sterilliliğin kesin kanıtıdır.

Sperm kanallarının ayrılması ve kapatılması ile ilgili değişik yöntemler vardır ve konu tartışmalıdır (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 7). Kombine tekniğin uygulandığı işlemde sperm kanal uçları yakılmış ve kanal uçları karşı karşıya gelmeyecek şekilde pozisyon aldırılmıştır. Bu işlemde başarısızlık yapılan geniş serili bir çalışmada bildirilmemiştir (Schmidt, 1995, s. 373).

Sperm kanal uçlarının tek başına bağlanması ve kesilmesi işleminden ise kaçınılmalıdır. Bu yöntemi değerlendiren altı çalışmanın yer aldığı bir makalede, %1 ile 6 arasında başarısızlık oranları bildirilmiştir. Yöntemin sperm kanal uçlarındaki işlem sonrası kendiliğinden yeni kanal oluşma potansiyelini artıracak sonuçlara neden olabileceği düşünülmektedir (Denniston, 1985, s. 35).

Vasektomide sperm kanal uçlarını yakmak, bağlamak veya kullanılan çeşitli teknikler, farklı başarısızlık oranlarıyla ilişkilidir. Teknik hatalardan kaynaklanan başarısızlık oranları

²⁴ American Urological Association (AUA). Vasectomy Guideline, 2015, (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 10)

²⁵ Erkeklerin yüzde 80'inden fazlasının üç ay içinde ve 20 ejakülasyondan sonra azospermi (hiç sperm olmaması) olduğu, azospermi ulaşma süresinin, vasektomiyi takiben artan ejakülasyon sayısı ile azaldığı ve hasta yaşı ile arttığı bildirilmiştir. Haftada üç kez en az bir koital frekans yaştan bağımsız olarak daha hızlı temizlenme ile ilişkili görünmektedir. (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 9)

şöyledir: Her iki ucun yakılması ve kesilmesi: %1,2 veya daha az, tek taraflı ucun yakılması ve diğer uca clips koyarak kesme: %0,2-2,4, iki taraflı koterizasyon ve aradaki dokunun çıkarılması: %4,8 ve daha az, her iki ucun bağlama ve kesilmesi: %16,7 ve daha az, her iki ucun bağlanması ve parçanın çıkarılması: %1,5-29 (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 13). Rekanalizasyon nadirdir ve %0,2'nin altında görülmektedir (NS, Krishnan , & Boustead, 2005, s. 436).#Rekanalizasyon önceden bir veya daha fazla azospermik numune uygun şekilde toplanıp belgelendikten sonra herhangi bir sperm hücresinin varlığının tespiti ile tanımlanır. Vasektomi sonrası herhangi bir zamanda ortaya çıkabilmektedir (Alderman, 1988, s. 3142).

Üç aylık kontrollerde semen analizinde hareketli spermeler varsa, bir ila iki ay yeni bir takip süreci başlatılır. Hareketli spermeler doğrulanırsa, yeterli sayıda ejakülasyon (20'den fazla) ve işlemin üzerinden 3 aydan fazla süre geçmişse vasektomi işlemi başarısız olarak kabul edilir. Hastaya alternatif gebeliği önleyici yöntem kullanması ve yeni bir işlem önerilmelidir (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 10).

İngiliz Androloji Derneği kılavuzları, sperm sayısının düşük olması (<10.000/ml), tüm spermelerin hareketsiz olması, en az 24 ejakülasyon olması koşulu ve vasektomiden yedi ay geçmiş olması koşuluyla, uygun danışmanlığın ardından hastalara diğer gebeliği önleyici yöntemleri bırakmaları için "özel izin" verilmesini önermektedir (P & McLaughlin , 2002, s. 812). Amerikan Üroloji Dernek kılavuzları, sperm analizinde azospermi veya yalnızca nadir hareketsiz sperm (santrifüjlenmiş örnekte, en az 50 büyütme mikroskopik incelemeye göre ≤ 100.000 hareketsiz sperm/ml) varlığında, diğer gebeliği önleyici yöntemlerin kullanımının bırakılabileceğini belirtmektedir²⁶.

Vasektomi başarısızlığı; teknik hatalardan, rekanalizasyondan veya azospermi (menide sperm bulunmayışı, sperm yokluğu) belgelenmeden önce korunmasız ilişkiden kaynaklanabilir.

1.4.2. Kadın Sterilizasyonu

Kadın için kısırlaştırma yöntemi tüp bağlanması ya da tüp ligasyonu olarak adlandırılır. Kadının cinsel arzularını ve cinsel faaliyetlerde bulunma yeteneğini etkilemeden kadının yumurta kanallarının yakılması, kapatılması veya kesilmesi ile sağlanan bir işlemdir.

²⁶ American Urological Association (AUA). Vasectomy Guideline, 2015, (Viera, O'Leary, & Chen, 2022, s. 10)

Yumurta kanalı yakılarak veya bağlanarak, sperm hücresinin yumurta hücresiyle birleşmesi engellenmektedir. İşlem kadın doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanları tarafından gerçekleştirilmektedir²⁷. Bu yöntemle hiç çocuk sahibi olmak istemeyen ya da yeteri kadar çocuk sahibi olan çiftler başvurmaktadır. Kadının kısırlaştırılması kapalı ameliyat (laparoskopik), açık ameliyat ve sezaryen sırasında ek işlem olarak yapılabilir. Tüplerin bağlanması ameliyatından sonra tekrar üreme yeteneğine kavuşmak, ameliyatta kullanılan yöntemle bağlı olmakla birlikte oldukça düşük bir olasılıktır. Bu yüzden tüp ligasyonu işleminden önce aile planlaması konusunda iyi düşünülmüş olması gerekmektedir.

Sterilizasyon işlemi ABD’de 2011-2013 yılları arasında, üreme çağındaki kadınlarda en çok bildirilen gebeliği önleyici yöntemdir. 2012 verilerine göre ABD’de çiftlerin, %27’sinin tercih ettiği görülmektedir (Braaten & Dutton, 2021, s. 1). 1990 yıllarında Almanya’da yapılan sterilizasyon işlemlerinin $\frac{3}{4}$ ’ü tüp ligasyonudur. Araştırmaya göre kadınların, %30’u sterilizasyon işleminden sonra yeniden çocuk sahibi olmak istemiştir (Temel, 2010, s. 64).

Yöntemin en az yarısı sezaryen veya vajinal doğumdan sonra yapılmaktadır. Laparoskopik olarak elektrokoagülasyon (yakma), segmental (kısmen) olarak çıkarma veya bağlama ve kalıcı halka veya klips takma olmak üzere 3 yöntem vardır. En iyi uygulamada dahi gebeliği önlemede, %0,5 başarısızlık vardır. Başka bir kaynaktan; yakma işlemi dışında klips, halka ve bant ile işlem yapılırsa başarısızlık oranı, %0,1-%0,6, yakma işlemi ile %0,1 ve tüm laparoskopik kısırlaştırma işlemlerinde, %0,1-%0,2 verilmektedir (Scott, Disaia, Hemmond, & Spellacy, 1995, s. 28). Laparoskopik kalıcı gebeliği önleyici yöntem işlemi hemen etkilidir. Bu nedenle diğer gebeliği önleyici yöntemlere son verilebilir.

En güvenilir gebeliği önleyici yöntem olarak kabul edilen tüp bağlamada Pearl Endeksine göre başarısızlık oranı, %0,2- 0,3 arasında değişmektedir. Buna göre bu ameliyatı geçiren 1000 kadından 2-3’ü bir yıl içinde tekrar gebe kalabilmektedir (Temel, 2010, s. 64).

CREST (James, ve diğerleri, 2011, s. 1327) çalışmasında bir seride 10685 tubal kısırlaştırma (tüplerin bağlanması) sonrası, %0,13 başarısızlık oranı bildirilmiştir. 12 yıllık takiplerde en çok kullanılan bipolar koagülasyonda (yakma işlemi) dahi binde 25’e yakın başarısızlık oranı bildirilmiştir (Peterson, ve diğerleri, 1996, s. 1168-1170). Soderstrom, sterilizasyon işlem başarısızlıklarının çoğunun önlenemeyeceğini bildirmektedir (Soderstrom, 1985, s. 401-402).

²⁷ RG 10.09.1983, 18161, Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik.

Tüplerin cerrahi olarak kapatılması veya rezeksiyonu (tüpün bir kısmının kesilerek çıkartılması) sonrasında istenmeyen gebelikle sonuçlanan başarısızlık durumları için varsayılan mekanizmalar ve bunlardan kaçınmak için öneriler mevcuttur. Kalıcı sterilizasyon işleminin zamanlaması önceden var olan gebelik riskini ortadan kaldıracak şekilde planlanmalıdır. İşlem yapılmadan önceki adet döneminde oluşmuş bir gebelik varsa yöntemin usulünce uygulanmasına rağmen işleme bağlı bir başarısızlık nedeniyle gebelik oluştuğunu düşündürecektir. Yanlış yapıya cerrahi müdahale yapılması veya çıkarılması, mini laparotomi (batının kesi ile açılması) insizyonu yoluyla sınırlı görüntüleme, konjenital rahim anomalileri veya önceden var olan diğer jinekolojik patolojiler, cerrahın tüpü tanımlama veya ona erişme becerisini tehlikeye atabilmektedir. Bazı uzmanlar, tüpün fimbrial (tüpün uç kısmı) ucunun rutin olarak tanımlanması ve cerrahi işlem sonrası çıkartılan parçaların histopatolojik incelemesi ile bu problemten kaçınılmasını tavsiye etmektedir (T Linde, Rock, & Howard , 2008, s. 609).

Hekimin tüp dokusunu fark etmede yanılığa düşmesi sonucu yanlış yapıyı yakması, yanlış yapıya halka takması veya tüpün yetersiz yakılması veya bantlanması, hekim ihmalinin sonucu ortaya çıkabilecek ihtimallerdir. Başarısızlık nedeni ya rekanalizasyon ya da fistül oluşumu denen bir süreç ile birlikte sperm ve yumurtanın birleşmesini sağlayan bir kanal oluşmasıdır. Yeni kanalın işlevsellik kazanması yapılan işlemin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açar ve gebelik oluşur. Yapılan bir çalışmada, ortalama olarak, tüm teknikler için %0,4 ile %0,8 arasında tıp biliminin doğasından kaynaklanan bir başarısızlık oranı tespit edilmiştir (Burke, 1988, s. 313).

Kadının sterilizasyonu için tüp ligasyonu, Hindistan'da en çok kabul edilen gebeliği önleyici yöntemdir. Tüm kısırlaştırmaların, %98'ine ve tüm yöntem kullanımlarının yaklaşık %62'sine katkıda bulunan yılda yaklaşık 5-6 milyon sterilizasyon işlemi gerçekleştirilmektedir. Hindistan'da kadın sterilizasyonunda kullanılan en popüler yöntem laparoskopik tubal kapamadır. Bu gebeliği önleyici yöntemi benimseyen tüm kişilerin, %85,3'ünden fazlası bu hizmetten devlet tesislerinde yararlanmıştır. Sterilizasyon işlem başarısızlığının etiyolojik faktörlerinin değerlendirmeye alındığı ve özellikle Hindistan gibi yöntem başarısızlığının gerçek bir tıbbi sorun olduğu gelişmekte olan ülkelerde sterilizasyon başarısızlığı sonucu istenmeyen gebelikleri önleyici tedbirleri araştıran bir çalışma yapılmıştır. Hindistan'da yapılan bu çalışmada, başarısızlık nedeniyle oluşan gebeliklerden 25 olguda, %17.86 spontan rekanalizasyon, 27 olguda, %19.29 uygun olmayan cerrahi

işlem, geri kalan 54 olguda ise %38.57 tuboperitoneal fistül (tüple batin boşluğu arasında tünel oluşması) nedeniyle olduğu gösterilmiştir²⁸.

Sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlandığı ve kanıta dayalı sonuçların değerlendirildiği bir çalışmada, kusurlu tıbbi ekipmandan kaynaklanan sebeplerle tüpün yetersiz kapatılması, tıbbi aletlerin yanlış konumlandırılması veya yetersiz yakma işlemi nedeniyle başarısızlıkların ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Tubal kısırlaştırma sonrası sonraki birinci yılda, tahmini başarısızlık oranı, %0.1-0.8'dir (Varma & Gupta, 2004, s. 1322-1323).

Tek bir port yerine en az iki laparoskopik port, tek port tekniğine kıyasla klips veya bant yerleştirmeden önce fallop tüpünün daha iyi görüntülenmesine ve traksiyonuna izin vermektedir (T Linde, Rock, & Howard , 2008, s. 609). Tuboperitoneal fistül oluşumu ve tubal lümenin spontan rekanalizasyonu, kalıcı sterilizasyon başarısızlığını takiben patolojik inceleme ile belgelense de bu olayların nasıl cereyan ettiği bilinmemektedir. Monopolar elektro cerrahi sonrası kalıcı kısırlaştırma başarısızlıklarında fistül oluşumu belgelenmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, bipolar elektro cerrahinin yanlış kullanımı, tüpün fonksiyonlarının devam etmesi ile sonuçlanabilmektedir. Hastanın doğru danışmanlığı şarttır. Gelecekteki istenmeyen sonuçları önlemek için kısırlaştırma prosedürünün standartlarına bağlı kalınması gerekmektedir. Kadının sterilizasyonu işlemi, kalıcı bir gebeliği önleyici yöntem olarak görülse de, işlemden 20 yıl sonra bile yeniden kanalizasyon bildirilmiştir (Soderstrom, 1985, s. 402-403).

²⁸ Bu bilgi özellikle işlem başarısızlığının nedenlerini ortaya koyması yönünden vaka sayısının örnekleme için yeterli bilgi vermesi nedeniyle metin içinde verilmiştir. (Date, Rokade, Mule, & Dandapannavar, 2014, s. 82-83),

2. TARİHSEL GELİŞME

2.1. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK NEDENİYLE HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1.1. Amerika Birleşik Devletleri

İstenmeden doğan sağlıklı çocukla ilgili ilk davalar Amerika Birleşik Devletleri'nde açılmıştır. İlk davalarda, mahkemelerin, istenmeden doğan sağlıklı çocuğu dava nedeni olarak kabul etmeyi ve davacıların ihmal sonucu zarara uğranılması nedeniyle tazminat taleplerini reddetme eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu tür kararlar, bir çocuğun doğumunun asla tazmin edilebilir bir zarar olarak değerlendirilemeyeceğine dair bir kamu politikası beyanına dayandırılmaktadır (Karosaite, 2017, s. 6). Amerikan mahkemelerinde, aile planlaması yöntemi uygulanmasındaki ihmalin, gebeliğe ve sağlıklı doğan çocuğa neden olduğu durumlarda, haksız fiil nedeni olarak tanınması hukuka ve uygulanmakta olan kamu politikasına aykırı görülmekteydi²⁹. Bununla birlikte, Amerikan toplumu zaman içinde, tarım toplumundan kentsel topluma ve kırsaldan şehirli bir yaşam tarzına dönüşmüş, aile planlaması ve nüfus kontrolü kavramları üzerinde durulmaya başlanmıştır. Kadınların evle ilgili işler dışındaki işlerde çalışan rolü artmıştır. Bu değişikliklerle birlikte, tıbbi ihmal nedeniyle plansız ve istenmeyen çocuk sayısının artması, birçok kişi tarafından tazminat ödenmesi gereken bir mağduriyet, haksızlığa uğrama, zarar olarak görülmeye başlamıştır. Zaman içinde mahkemeler, haksız fiil hükümlerini kullanarak istenmeden doğan sağlıklı çocuğu bir dava nedeni olarak kabul ederek tutum değiştirmiş ve gebeliği önleyici yöntemleri uygulayarak çocuk sahibi olmaktan kaçınmaya çalışan anne babaların, tıbbi ihmal nedeniyle sorumlu tuttıkları hekimlere karşı açtıkları davaları kabul etmiştir (Burke, 1988, s. 313).

²⁹ 1967 yılından önce mahkemelerin 'istenmeden doğan sağlıklı çocuk', normal doğum yoluyla sağlıklı bir çocuğun doğumunun anneye sağlığı yönünden kalıcı bir zarar vermemesi ayrıca aileye herhangi bir zararı söz konusu olmaması nedeniyle hekimin tıbbi işlem nedeniyle sorumluluğunu değerlendirmeksizin tek tip bir kuralı uyguladığı görülmektedir. Mahkemeler, sağlıklı bir çocuğun doğumunun anne babaya bir zarar olarak kabul edilemeyeceği ve bu tür davalarda tazminat verilmesinin kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle istenmeden doğan sağlıklı çocuk davasını kabul etmeyi reddetmiştir. Bu kuralın geçerliliği 1978 yılında sorgulanmaya başlanmıştır. (Keplinger & Cramer, 1988, s. 497)

2.1.1.1. Christensen v. Thornby davası (Ret yönünde)

İstenmeden doğan sağlıklı çocuk için tıbbi uygulama hatasına dayanan yeni bir tür dava konusunun kökleri Minnesota Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan 1934 tarihli bir davaya dayanmaktadır. Christensen v. Thornby davasında, vasktomi yapılan erkek hasta, bir süre sonra eşinin gebe kalmasından dolayı hekime dava açmıştır. Davacı kişi eşinin, kendi hekimi tarafından, çocuk doğurmasının sağlığı açısından tehlikeli olacağı konusunda uyarıldığını, vasktomi işlemi yaptırmaya karar verdiğini, davalı hekimin vasktomi işlemi uyguladığını, davalı hekimin önerdiği gibi gebeliği önleyici ek yöntem kullanmadan hayatlarına devam ettiklerini ancak eşinin gebe kaldığını ifade etmektedir. Davacı bu davada hekime karşı vasktomi işlemi nedeniyle ihmal iddiasında bulunmamakta, ancak kendisine güvenerek, sterilizasyon işleminin sonucunda tekrar gebe kalmayacağı taahhüdünü yerine getirmemesini iddiasına konu ederek tazminat istemektedir. Davacı daha önceki doğumda yaşadıklarından dolayı eşinin büyük bir endişeye kapıldığını ve eşinin yaşadığı üzüntü ve yapılan masraflar nedeniyle 5000 dolar tazminat talebinde bulunmaktadır. Davalı hekim, annenin sağlığı için vasktomi işleminin yapıldığını, ancak işlemin sonucu için bir taahhütte bulunmadığını ve annenin istenmeden doğan sağlıklı çocuk nedeniyle herhangi bir zarar yaşamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, tıbbi gereklilik nedeniyle yapılan sterilizasyon işleminin yasal olduğunu sterilizasyon işleminin amacının annenin sağlığı yönünden zarar görmesini önlemek olduğunu, çocuğun doğumu ile ortaya çıkacak doğum masrafını önlemek için yapılmadığını belirterek mahkemelerin 1970'lerde ve 1980'lerde bu konuda karar verirken üzerinde derin etkisi olacak bir teoriye dayanarak “..davacının eşi hayatta kaldı, eşini kaybetmek yerine bir çocuğun babası oldu, bir çocuk ebeveynler için bir nimettir, bir zarar değildir.” demiştir. Mahkeme gerekçesini şu şekilde tamamlamıştır: “Sağlık sebepleri ile yapılmayan sterilizasyon işlemi sonrasında başarısızlık nedeniyle davacının iddia ettiği gibi gebelik masrafları ve yaşanan üzüntü ve keder için istenen tazminat talepleri yanında davacı, çocuğu reşit oluncaya kadar yetiştirme ve eğitim masraflarını davalıya yükleyebilir” (Christensen v. Thornby, 1934). Bu ifadeler zaman içinde açılan yeni davalarda mahkemelerin en çok zorluk çektiği konu haline gelmiştir (Hampton, 1986, s. 49-50). Sağlık sebepleri ile yapılan sterilizasyon işleminin başarısızlık ile sonuçlanması nedeniyle tazminat taleplerinin reddi yönünde bir karar vermiştir. Ancak, isteğe bağlı yapılan sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda ise tazminat taleplerinin kabul edilmesi yönünde görüş ifade edilmiştir.

2.1.1.2. Custodio v. Bauer davası (Kabul yönünde)

İstenmeden doğan sağlıklı çocuk nedeniyle anne babanın tıbbi ihmal nedeniyle tazminat talepleri ilk olarak Custodio v. Bauer davasında sorgulanmıştır. Davacıların yeteri kadar çok çocuk sahibi olduğu, mesane ve böbrek hastalığı nedeniyle annenin çocuk sahibi olmasının sağlığı açısından risk yaratabileceği, tüplerin bağlanması yoluyla sterilizasyon işleminin yapılmasının davalı doktorlar tarafından önerildiği, işlemin yapıldığı ancak bir süre sonra gebelik olduğu görülmektedir. Bu durumda, davacı anne baba, davalı hekimlerin ihmali ile başarısızlıkla sonuçlanan bir sterilizasyon işlemi nedeniyle ve işlemin sonuçları ile ilgili bilgilendirme yapmadıkları, başarısızlık ihtimali olduğunu bilselerdi ve bunun için ek yöntem kendilerine önerilseydi gebelikten korunabilecekleri oysa ki davalı hekimlerin kendilerine ek yöntem kullanmalarına gerek olmadığı söylendiği gerekçesiyle ortaya çıkan zararları tazmin etmeye çalışmaktadır. Davacılar, ameliyat gibi tıbbi giderleri (doğum öncesi bakım, doğum süreci, doğum sonrası bakım ve hastane masrafları) için 1500 dolar, yaşadığı fiziksel ızdırabı, gebeliğin yarattığı ruhsal ıstırabı, mevcut hastalıkları nedeniyle yaşayabileceği riskler ve bundan duyduğu endişe için 250.000 dolar ve istenmeyen çocuğun neden olduğu ekonomik kaybın giderilmesi için fazlası saklı kalmak üzere 50.000 dolar tazminat istemiştir. Davalı hekimler savunmalarında sağlıklı doğan bir çocuğun eğitim ve yetiştirme masraflarının ölçülebilir olmadığını ve sterilizasyon işlemi neticesinde mutlak başarı garantisi verilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Kaliforniya mahkemesi önceki benzer nitelikteki dava kararlarını gözden geçirerek davalı hekimlerin savunmalarını reddetmiş ve tazmin edilebilir zararlar olduğuna karar vererek şunları ifade etmiştir “*Annenin zarar görmeden hayatta kalması bir miktar kayıpların olmayacağı anlamına gelmez. Anne, aileye yeni katılan birey nedeniyle sosyal, refah, bakım, koruma ve destek gibi sorumluluk alanlarını daha büyük bir aile için genişletmek zorunda kalacaktır. Aile statüsündeki bu değişim ekonomik olarak ölçülebiliyorsa, kayıplar telafi edilebilir olmalıdır.*” (Custodio v. Bauer, 1967) Custodio v. Bauer davası, sağlık nedeniyle yapılan sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlanması nedeniyle tazminat talebinin kabul edildiği bir davadır.

2.1.1.3. Terrel-Garcia davası (Ret yönünde)

Terrel-Garcia davasına konu olan olayda, üçüncü çocuğunu doğuracak olan anne tüp bağlama işlemi ile steril olmak istemiş ve doğum sonrası sterilizasyon işlemi için başvurduğu hastanede kadın doğum uzmanı hekim tarafından kendisine mini laparotomi ile

tüp bağlama işlemi yapılmıştır. Ancak kadın gebe kalmış ve sağlıklı bir çocuk doğurmuştur. Eşinden ayrılmış olan anne üç çocuğun eğitim, yetiştirme ve bakım masraflarını karşılayamayacağı gerekçesiyle sterilizasyon işlemi yaptırdığını iddia etmekte ve tüm masrafları ihmali ile zarara neden olan hekimden talep etmektedir. Mahkeme; 1967 öncesine kadar hekimin sorumluluğu kapsamında ve ihmali ile başarısız olan sterilizasyon işleminde; annenin zarar görmediği gerekçesiyle çocuğun sağlıklı doğumunun zarar olarak görülemeyeceğini kayıtlara geçirmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde, sağlıklı ve normal çocuk yetiştirmenin anne babaya sağladığı faydaların çocuğun yetiştirme ve eğitim masrafları gibi kayıplardan daha ağır bastığını, kamuoyu görüşünün de bu yönde olduğunu gerekçe göstererek tazminat taleplerini reddetmiştir³⁰. İsteğe bağlı sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlandığı bu davada mahkeme tazminat talebini reddetmiştir.

2.1.1.4. Sherlock v. Stillwater Clinic davası (Kabul yönünde)

Yedinci çocuklarının doğumundan sonra anne baba artık çocuk sahibi olmak istemediklerine karar vermiş ve bir kliniğe başvurarak gebeliği önleyici yöntemler hakkında danışmanlık hizmeti almışlardır. Vasektomi işlemine karar verilmiş ve kendilerine işlem sonrası sperm analizinde sperm tespit edilmeyinceye kadar ek yöntem kullanması gerektiği anlatılmıştır. Hastanın ifadesine göre, işlemden 1,5 ay sonra sperm analizi yapılmış ve hastaya spermin negatif olduğu söylenmiş, ek bir yöntem uygulanması gereği ile ilgili bir uyarı da yapılmamıştır. Hekim ise böyle bir konuşmayı hatırlamadığını, ancak meslek pratiği gereği ikinci bir numune vermesi için çağırmış olması gerektiğini ifade etmiştir. Aslında yapılan sperm analizinde halen canlı spermeler vardır, hasta steril değildir ve 2-3 hafta sonra tekrar kontrole çağrılmalıdır. Anne baba işlemin başarılı olduğunu düşünmüş, ek korunma yöntemi kullanmamış, bir süre sonra gebelik öğrenildiğinde sperm analizi tekrar edilmiş ve vasektominin başarısız olduğu teyit edilmiş, nihayet sağlıklı bir çocuk doğmuştur. Hekimin ihmali ve kusuru nedeniyle başarısız işlem nedeniyle hekimden tüm tıbbi masraflar, hastane

³⁰ Aynı davada karşı oy görüşünde şu düşünceler ifade edilmiştir. Çiftler ve fertler istedikleri kadar çocuk sahibi olma hakkına sahiptir, bu anayasal bir haktır ve bu nedenle sterilizasyon işlemi için başvuruda bulunmuştur. Hekimin gösterdiği ihmal nedeniyle anne babayı bu haktan yoksun bırakmasına izin vermemek gerekir. Hekimlere sorumluluk yüklemekten aile planlaması hizmetlerinin yürütülmesine izin vermek sağlıklı bir kamu politikası oluşturmaz ve aile kavramına duyulan saygıyı da artırmaz. İşlem başarısızlığı nedeniyle hekime kusur yüklemekten aile planlaması hizmetlerine de zarar verecektir. Çocuğun anne babaya sağlayacağı faydanın ölçülmesi zor olsa da eğitim ve bakım giderlerinin hesaplanması mümkün olabilir. Sorumlu olan hekimden ihmali nedeniyle ortaya çıkabilecek sonuçları öngörebileceği beklendiğinden zarardan muaf tutulmamalıdır. <https://casetext.com/case/terrell-v-garcia>. (Terrell v. Garcia, 1973). Çevrimiçi (12 Nisan 2023).

giderleri, iş gücü kayıpları ile çocuğun yetiştirme ve eğitim masrafları istenmiştir. Sherlock v. Stillwater Clinic davasında, istenmeden doğan sağlıklı çocuğun dava sebebi olarak tanınmasına yönelik olarak başka bir gerekçe gösterilmiş; üreme hakkının anayasanın koruması altında olduğu vurgulanmıştır³¹. Bu davada Minnesota Yüksek Mahkemesi, anayasal güvencenin, istenmeden doğan sağlıklı çocuğun dava sebebi olarak tanınmasını doğrudan desteklediğine ve anne ve babaya çocuktan elde edecekleri fayda tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınarak, çocuğun yetiştirme masraflarının karşılanması gerektiğine karar vermiştir (Sherlock v. Stillwater Clinic davası, 1977). İsteğe bağlı sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlandığı bu davada mahkeme tazminat talebini kabul etmiştir.

2.1.1.5. Kingsbury v. Smith davası (Kabul yönünde)

Davacı anne baba üçüncü çocuklarının doğumundan sonra tekrar çocuk sahibi olmak istemediklerini doğumu üstlenen hekime bildirmiş, hekim de başka bir hekimden doğum sonrası tüp ligasyonu yoluyla sterilizasyon işlemi yapılmasını planlamıştır. İşlem yapılmış ancak bir süre sonra kadın gebe kalmış ve yaklaşık 1,5 sene sonra yeniden sezaryen ile dördüncü çocuğunu doğurmuş ve sezaryen sırasında yeniden tüp bağlama işlemi (yine daha önceki doğumu yaptıran hekim tarafından) yapılmıştır. Mahkeme istenmeden doğan sağlıklı çocuk nedeniyle verilen kararları incelemiş ve tazminat talepleri ile ilgili 4 eğilim olduğunu vurgulamıştır. Çocuğun doğumu nedeniyle zararların kabul edilmemesi görüşü, zararların tamamen karşılanması görüşü, çocuğun anne babaya yararlarını gözeterek, denge kurarak faydaları mahsup eden ve makul öngörülebilir yetiştirme maliyetlerinin davalılar tarafından karşılanmasını kabul eden görüş, çocuğun yetiştirme masraflarını hariç tutan ancak gebelikle ilgili hastane masrafları ve tıbbi giderleri, sterilizasyon işlem masraflarını, gebelikle bağlantılı annenin yaşadığı stres ve üzüntüyü bu süre zarfında annenin iş gücü kaybının karşılanması gerektiğini kabul eden görüş.

Kingsbury v. Smith davasında, New Hampshire Yüksek Mahkemesi kararında şu görüşlere yer vermiştir. İstenmeden doğan sağlıklı çocuk için herhangi bir dava nedeninin tanınmaması tıbbi uygulama hatasının giderilmesi alanında bir boşluk bırakmakta ve

³¹ Karşı görüş: Kansas Temyiz Mahkemesi verdiği kararında, üreme hakkının anayasal olarak korunduğunu, bu davaların var olmasının ailelerin daha fazla çocuk yapmamayı seçmesine izin verildiğini gösterdiğini, ailelerin sterilizasyon hakkından mahrum kalmadığını sadece işlemin başarısız olduğunu ve anayasal bir sorun olmadığını ifade etmiştir. (Keplinger & Cramer, 1988, s. 499)

anayasal koruma kapsamında olan aile planlaması alanındaki profesyonel davranış ve uzmanlık standardını bozmaktadır. Mahkeme kararında istenmeyen ve doğuştan engelli bir çocuğun dünyaya gelmesine neden olan hekimin ihmalinin dava sebebi olduğunu tartışmasız kabul edildiğini hekim sterilizasyon işlemini gerçekleştirir ve sonuç başarısız olursa çocuğun engelli mi sağlıklı mı doğacağını elbette öngörülemediğini bu nedenle sağlıklı bir çocuğun doğumunun dava nedeni olarak tanınmasının geleneksel haksız fiil ilkelerine göre makul bir sağlık hizmeti sağlayıcısının hastasına göstermesi gereken özen ve dikkati artırmasını gerektirmeyeceğini, diğer tıbbi hatalı işlemlerden farklı olarak sonuçta yeni bir insanın dünyaya gelmesinin söz konusu olduğunu ve sınırsız bir şekilde tüm masrafların geri ödenmesi görüşüne katılmadığını ifade etmektedir. Mahkeme kararında devamlı denkleştirme görüşüne de katılmadığını, işlemin başarısızlığından dolayı anne babanın çocuktan sağlayacağı faydanın denklik konusu olamayacağını fayda görüşünün anne babayı gebeliğin sonlandırılması veya evlatlık verilmesi gibi seçeneklerle karşı karşıya bırakabileceğini ifade etmektedir. Mahkemenin katıldığı görüşe göre sınırlı olarak annenin gebelik nedeniyle ve işlem nedeniyle karşılamak zorunda olduğu hastane ve tüm tıbbi masraflar ile yaşadığı stres ve ızdırabından ve iş gücü kaybından kaynaklanan zararların karşılanması yönünde olup ihmali nedeniyle zarara yol açan hekime aşırı mali yük getirmeden anne babaya da haksız kazanç sağlamadan insancıl ve sağduyulu olan sınırlı tazminat ödenmesi gerekmektedir (Kingsbury v. Smith, 1982). İsteğe bağlı sterilizasyon işleminin başarısızlıkla sonuçlandığı bu davada mahkeme tazminat talebini istenmeyen çocuğun bakım masrafları yönünden değil sınırlı olarak yukarıda bahsedilen yönlerden kabul etmiştir.

1990 yılına gelindiğinde, ABD’de hekimin ihmali nedeniyle başarısız sterilizasyon işleminden sonra doğan sağlıklı fakat istenmeyen bir çocuk için anne babaya tıbbi maliyetler, yaşanan üzüntü ve ızdırıp, gebelik ve doğumdan kaynaklanan iş gücü kayıpları için tazminat verildiği görülmektedir (Keplinger & Cramer, 1988, s. 501).

New Mexico'nun azınlık kararı dışında, çocuğun bakımıyla ilgili masraflar için tazminat ödenmemektedir. Azınlık kararı, Provencio v. Wenrich davasında başarısız bir kısırlaştırma işleminin sonucu doğan sağlıklı bir çocuğun yetişkin yaşına kadar yetiştirilmesi masraflarının hangi durumda hekim tarafından karşılanabileceği detaylı bir şekilde tartışılmıştır (Scurria, Asmundo, & Gualnier, 2019, s. 48).

2.1.1.6. Provencio v. Wenrich davası (Ret yönünde)

Provencio v. Wenrich davasına konu olan olayda, dördüncü çocuğuna gebe olan anne, sezaryen doğum ile beraber tüp ligasyonu yoluyla sterilizasyon işlemi yaptırmak nedeniyle de hekimle anlaşmıştır. Sterilizasyon işlemi uygulanmış ve çıkartılan doku (tüpün bir kısmı) patolojiye gönderilmiştir. Patolojik değerlendirmede dokunun tüp olmadığı, rahmi destekleyen komşu bağ olduğu anlaşılmış, anneye yapılan ilk kontrolde steril olmadığı ve kesin teşhisin rahim filmi ile anlaşılabilceği anlatılarak bilgilendirilmiştir. Ancak anne 1 yıl sonra rahim filmi tetkikini yaptırmış, tüpün yerinde olduğunu ve kendisinin steril olmadığını öğrenmiştir. 5 ay sonra ise gebe kalarak neticede sağlıklı bir çocuk doğurmuştur. Anne baba işlemi yapan hekimden ihmali olduğu gerekçesiyle çocuğun yetiştirme masraflarını talep etmektedir. İlk derece mahkemesi, hekimin sorumluluğu gereği anneyi bilgilendirmediğini, sözleşmenin esas unsurlarından birinin ihlal edilmesi nedeniyle anne babayı haklı bularak yetiştirme masraflarının davalı hekim tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Bölge mahkemesi, hekimin hastayı başarısız işlem sonucu ile ilgili zamanında bilgilendirdiğini, gebe kalmadan önce annenin steril olmadığını bildiğini ve illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir. Anne baba temyiz mahkemesinden başarısız işlemde bilgileri olmasına rağmen hekimin ihmali nedeniyle bu sonucun doğduğunu ve çocuğun yetiştirme masraflarının hekim tarafından karşılanması ile ilgili taleplerinin kabulünü istemiştir. Tartışmalı olan konu başarısız bir sterilizasyon işlemi ile ilgili olarak hekimin anne babaya zamanında ve yeterli bir bilgilendirme yapıp yapmadığıdır. Ancak annenin steril olmadığının anne baba tarafından bilinmekte olması ve çocuğun yetiştirme masraflarının hekime yüklenmesinin orantısız olduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararı temyiz mahkemesinde bozulmuştur (Provencio v. Wenrich, 2011).

2.1.2. İngiltere, Avustralya

İstenmeden doğan sağlıklı çocukla ilgili olarak İngiltere’de iki dava öne çıkmaktadır (Scurria, Asmundo, & Gualnier, 2019, s. 41-42). MacFarlane and Another v Tayside Health Board [1999] 2 AC 59 (HL) davasında, baba McFarlane, dört çocukları olduğunu, daha fazla çocuk sahibi olmak istemediklerini, eşinin de onayı ile vasetomi işlemi yapıldığını, işlem sonrası için herhangi bir gebeliği önleyici yöntem kullanmalarına gerek olmadığını ve uygulanan yönteme güvenmelerinin kendilerine söylendiğini ancak eşinin gebe kaldığını

ifade etmektedir. Baba, hekimin ihmali olmasaydı eşin gebe kalmayacağını, sterilizasyon işleminde esas amaçlarının çocuk sahibi olmamak olduğunu iddia ederek maddi manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi tüm talepleri reddetmiş; ihmal sonucu gebelik oluşmuş olsa bile bunun fiziksel bir yaralanma olarak değerlendirilemeyeceğini, çocuğun zarar olarak görülemeyeceğini, çocuğun varlığı nedeniyle bir kayıptan bahsedilemeyeceğini ve anne baba olmanın değerinin ölçülemeyecek olduğunu karara gerekçe göstermiştir. Temyiz mahkemesi, planlanmamış gebelik ile ailenin aile planlamasına yönelik hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Davalı hekimin işlem sonucu ortaya çıkabilecek sonuçları öngörmekle yükümlü olduğu, hekimin ihmali nedeniyle istenmeyen çocuğun doğumunda sorumluluğu bulunduğu; kürtaj ve evlatlık verme seçeneklerinin kullanılmamasının illiyet bağına kesmeyeceğini, çocuğun kendisinin zarar olmadığını, ihmal nedeniyle ortaya çıkan gebelik süreci ve doğum masrafları ile annenin iş görememekten kaynaklanan masraflarının ihmali nedeniyle zarara yol açan hekim tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Lordlar Kamarasında karar İngiltere ve diğer ülkelerde, konuya ilişkin olarak detaylı olarak geçmişten o ana kadar tüm süreçleriyle tartışılmıştır: Mahkemelerin tıbbi ihmal nedeniyle ortaya çıkan organ kaybı, işlev kaybı ya da can kaybı gibi durumlarda zararı hesaplamak gibi bir işlevleri olduğunu, bunun kolay olmadığını ancak sağlıklı doğan bir çocuğun bakım ve yetiştirme masrafları için bir hesaplama yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, çocuk yetiştirmenin masraflarını azaltacak, çocuğun anne babaya varlığı ile sağladığı faydalar ile çocuğun toplam hayat ederi için bir hesap yapmak olanaksız değildir, ancak güvenilir bir sonuca ulaşmanın zorlukları bu yaklaşımın kabul edilmesini engellemeye yeterlidir. Bu davada Lordlar Kamarası, anne babanın, çocuklarının yetiştirilme masraflarını ve iddia ettikleri tüm maddi zararlarını vasktomiyi yapan hekimden geri alamayacağına, gebelik ve doğumun yarattığı sıkıntılar ve üzüntü için manevi tazminat verilebileceğine karar vermiştir (Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland), 1999).

Macfarlane and Another v. Tayside kararı eleştirilere de konu olmuş ve Lordlar Kamarası, 2003 yılında Rees v Darlington davasında konuyu yeniden gözden geçirmiştir.

Bu davada, iki yaşından beri bir gözü kör olan ve diğerinde sadece sınırlı görüşe sahip olan, retinitis pigmentosa (retinanın hasar görmesi) sonucu görme yeteneği çok zayıf olan, anne, görme problemlerinin yeniden gebe kalma ve doğum sonucu kendisini zorlayacağı endişesiyle sterilizasyon işlemine başvurmuştur. Ancak tüplerin bağlanması işlemi yapılmasına rağmen gebe kalmış ve sağlıklı bir çocuk doğurmuştur. Yedi yargıçtan

oluşan mahkeme 3/4'lük bir çoğunlukla, McFarlane davasındaki kararın arkasında durmuş ve sağlıklı bir çocuk yetiştirmenin maliyeti gibi zararlara izin vermemeye karar vermiştir. Gerekçe; insan hayatının eşsiz bir değere sahip olması ve sağlıklı bir çocuğun varlığıyla ilişkili faydaların hesaplanmasının imkansızlığı olarak ifade edilmiştir (Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust (appeal from Eng. & Wales)), 2003).

Rees v Darlington davasında, istenmeden doğan sağlıklı çocuklara ilişkin mahkeme tarafından benimsenen görüş, bir anneye gebelik ve doğumun kendi başına yaşattığı acı, kayıp ve sıkıntı için tazminat verilmesi gerektiği yönündedir. Aynı zamanda annenin çocuğu olup olmayacağını veya kaç çocuğu olacağını belirleme hakkından yoksun bırakılmasının da tazminat sebebi olduğunu (15.000 pound olarak belirlenmiştir) kabul etmiştir. Rees davasının heyetinin, ciddi derecede görme engelli bir anneden doğan istenmeyen sağlıklı bir çocuğu kapsamı ve çocuğunu yetiştirmek için (sağlıklı bir anneye kıyasla) kaçınılmaz olarak daha yüksek maliyetlere katlanmak zorunda kalmasına karşın anne için daha fazla tazminata karar vermemesi için aldığı katı tutum dikkate değerdir (Hassan, Chitty, & Reardon, 2014, s. 312).

Avustralya’da, Cattanach v Melchior [2003] HCA 38 (16 July 2003) davasında, hekimin, ihmali nedeniyle plansız ve istenmeyen sağlıklı bir çocuğu büyütmenin maliyetlerinden sorumlu olduğuna karar verilmiştir. 2003 tarihli Sorumluluk Yasası’nda (Civil Liability Act 2003)³² yapılan değişiklikler yoluyla, başarısız sterilizasyon ve aile planlaması uygulamaları ve ilgili danışmanlık neticesi istenmeyen gebelik oluşan durumlar yasal reform konusu yapılarak, her üç durumda da normalde bir çocuğu büyütme veya bakımını yapmakla ilişkili masraflardan kaynaklanan ekonomik kayıplar için tazminata hükmedilemeyeceği şartı konmuştur (Hassan, Chitty, & Reardon, 2014, s. 313).

2.1.3. Almanya

Konu, Almanya’da 1968 yılından bugüne tartışılmaktadır (Büyükay, 2006, s. 10). Doktrin ve uygulamada konuyla ilgili baskın görüşün ortaya çıkması Alman Federal Mahkeme’sinin

³² Yasanın 5. bölümünde, sterilizasyon işlemi ve gebeliği önleyici yöntem uygulaması sonrası veya danışmanlık sonrası ekonomik kayıplar için tazminat başlığında, 49A, 1.fıkra başarısız tüp ligasyonu ve vasetomi için fertlere uygulanan sterilizasyon işleminin hekimin ihmali nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanması sonucu çocuğun doğumu durumu tanımlanmıştır. 2.fikra ise şöyledir: “Mahkeme, bir çocuğun yetiştirilmesi veya bakımıyla ilgili masraflardan kaynaklanan ekonomik kayıplar için tazminata hükmedemez.” (Queensland, 2020, s. 52)

1980 ve 1990'lı yıllarda verdiği ilke kararlarıyla netleşmiştir (Şenocak, 2009, s. 10, dn. 1). İstenmeden doğan sağlıklı çocuk ile ilgili olarak Alman hukukunda, tazminat hukuku yanında anayasa hukuku ile ilgili normlar da değerlendirilmiştir. Çoğunlukla kabul edilen görüş ise bakım masraflarının maddi zarar olarak tazmininin kabul edilmesidir (Zeytin, 2002, s. 34). Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof-BGH), kararlarında, tıbbi hatadan kaynaklanan zarardan dolayı hem sözleşmeye dayalı bir temeli hem de haksız fiile dayanan bir temeli tazminat için kabul etmektedir. İstenmeyen gebelik sadece aile planlaması hakkını ihlal etmekle kalmamakta, aynı zamanda kadının istemeden gebe kalmasıyla bedensel olarak zarar görmesine, vücut bütünlüğünün ihlaline neden olmaktadır. İnsan onurunun temel bir hak olduğu göz önüne alındığında, çocuğun bir zarar olarak kabul edilemez olduğunu dolayısıyla insan hayatının parasal bir değere dönüştürülemeyeceğini, sadece sağlıklı bir çocuğun doğumu ve bakımı ile ilgili maliyetlerin tazmin edilebileceğini ifade etmektedir (Scurria, Asmundo, & Gualnier, 2019, s. 44).

Bir çocuğun doğumunun maddi zarar olarak görüp tazminat talep edilmesi uzun süre hararetle tartışılmıştır. Görüşü destekleyenler, sterilizasyon işlemindeki ihmalleri ile sağlıklı çocuğun doğumuna neden olan kişilerin tazminat ödemesinin çiftlerin bakım yükümlülüklerini kolaylaştıracağını, çocuğun durumunu iyileştireceğini ve aile tarafından kabulünün daha kolay olacağını ileri sürmektedir (Zeytin, 2002, s. 38). Bu görüşe göre, sağlıklı doğan çocuğun kendisi zarar değildir ve sağlıklı çocuğun doğumu nedeniyle ortaya çıkan bakım masrafları ayrı değerlendirilmelidir. Sağlıklı doğan çocuk çiftlerin ve fertlerin sorumluluğunu gerektirmektedir. Çocuk ile ailesinin arasındaki ilişkinin iyi ya da kötü olmasının önemi yoktur. Gebeliğin öğrenildiğinde, tıbbi tahliye yolu ile gebeliğin sonlandırılmasının ya da evlatlık verebilme seçeneklerinin bakım giderlerinin zarar olarak kabul edilmesinde rolü olmamalıdır (Zeytin, 2002, s. 39, dn. 20, 21, 22).

Bu görüşün karşıtları, aile hukukunun aileye yüklemiş olduğu çocuğun bakım yükümlülüğü ile ekonomik sorumlulukların tek başına aynı şekilde ele alınamayacağını, çocuk ve aile ilişkisinin bir bütün olduğunu, bakım yükümlülüğü ile çocuk sahibi olmanın manevi faydasının bir arada olduğunu; istenmese de sonradan çocuğun kabul görüp sevildiğini ve bunun bir zarar olamayacağını belirtmişlerdir. Tazminat sorumluluğu kabul edilirse çocuğun kabul edilmediği teyit edilmiş olacak ve çocuğun ruh hali bundan etkilenebilecektir (Zeytin, 2002, s. 39, dn. 23, 24).

2.1.3.1. LG. Itzehoe davası

Sterilizasyon işlemi sonucu olmasa da Almanya’da istenmeden doğan sağlıklı çocuk için ilk açılan dava olması nedeniyle LG. Itzehoe davasından bahsetmek gerekir. Beş çocuklu bir aile, sağlık ve ekonomik gerekçeler nedeniyle daha fazla çocuk sahibi olmak istemedikleri için anne gebeliği önleyici yöntem olarak hap tercih etmiş, muayene sonrası hekime reçete ettirmiş, eczacı yanlış ilaç vermiştir. Yaklaşık dokuz ay sonra anne altıncı çocuğuna gebe kalmış baba da, eczanenin işletmecesine karşı, altıncı çocuğun bakım giderlerinin karşılanması amacıyla tazminat davası açmıştır. Eczacının satış sözleşmesine dayalı sorumluluğunu ihlal ettiğini, gebelik ve sağlıklı doğan bir çocuğa neden olduğunu ve bunun malvarlığı değerlerinde azalmaya yol açtığını gerekçe göstermiştir (Büyükcay, 2006, s. 11).

Itzehoe eyalet mahkemesi annenin ortak kusurunu da (1/2) dikkate almış davalı eczacıyı kusurlu davranışı nedeniyle yetiştirme masraflarını tazmin etmesine karar vermiştir. Eczacının itirazı üzerine üst mahkemede taraflar, davalı eczacının 5000 Alman Markı ödemesi doğrultusunda sulh olmuşlardır. *“İstenmeden doğan sağlıklı çocuğun bakım masraflarının çocuğun doğumundan sorumlu üçüncü kişilerce zarar olarak tazmini, çocuğun durumunu iyileştirecek ve ailece daha kolay kabul edilecektir.”* (Zeytin, 2002, s. 38) Bu karardan sonra doktrinde anne baba çocuk ilişkisinin bütünlüğünden bahsedilerek çocuğun bakım masraflarının zarar olamayacağı ve üçüncü kişilere yüklenemeyeceği görüşü gündeme gelmiştir (Şenocak, 2009, s. 11).

2.1.3.2. 1974 tarihli Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı (Olg Düsseldorf, NJV 1975)

Karara konu olayda hekim vasktomisi işlemi yapmış ancak işlem sonucu yapılan kontrollere rağmen eş gebe kalmış ve sağlıklı bir çocuk dünyaya gelmiştir. Çocuğun bakım masraflarının hekim tarafından karşılanmasına karar veren mahkemenin gerekçeleri, davacı anne babanın sterilizasyon işleminden amaçlarının çocuk nedeniyle oluşabilecek maddi yüklerin önüne geçmek olduğu, hekimin neden olduğu başarısızlık sonucu mal varlığı zararının ortaya çıktığı, anne babanın çocuktan sağlayabileceği yararların (mirasçılık, nafaka ve mal varlığından yararlanma) fiilen gerçekleşmeden zararların karşılanmasının önüne geçemeyeceği şeklinde ortaya konmuştur (Şenocak, 2009, s. 11-12).

2.1.3.3. 18 Mart 1980 tarihli Federal Mahkemesi kararı (BGHZ 76, 249)

Üç çocuk sahibi olan anne, rahim sarkması nedeniyle yapılacak ameliyatta kocasının ekonomik durumunun iyi olmaması ve kendisinin sinir hastası olması, yatarak tedaviye ihtiyaç duyması gibi sağlık sorunları nedenleriyle sterilizasyon işleminin yapılmasına karar vermiştir. Tüp bağlama yöntemi planlanmış ancak asistan doktorun hatası nedeniyle tekrar gebe kalarak ikiz çocuklarını doğurmuştur. Anne baba davacı olmuş ikiz çocuklarının bakım masraflarını hekimden ve ilgili hastaneden istemişlerdir. İlk derece mahkemesi davacı aile lehine karar vererek bakım masraflarının hekimden tazminini kabul etmiştir (Zeytin, 2002, s. 41). Ancak istinaf mahkemesi kararı çocuğun zarar olarak görülemeyeceği, anne baba çocuk bütünlüğü görüşüne göre bakım masraflarının zarar olamayacağı ve üçüncü kişilere yüklenemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur (Şenocak, 2009, s. 12).

Alman Federal Mahkemesi ise kararında şu görüşlere yer vermiştir. Hekimle hasta arasında hukuka uygun bir sterilizasyon sözleşmesi vardır. Hekim bu sözleşmeyle üstlendiği sorumluluğa aykırı olarak borcunu gereği gibi ifa etmemiştir. Kusuruyla başarısızlığa yol açmıştır. Sonuçta çocuğun doğumuyla yol açtığı zararı karşılaması gerekmektedir. Sözleşmenin aile planlaması kapsamında olması gerektiği, sağlık problemleri nedeniyle işlem yapılırsa hekimin başarısızlıkta kusurunun olmasının tazminat talepleri için yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Anne babanın işlem sonrası ek koruma yöntemi uygulamaması işlemin aile planlaması kapsamında yapıldığını göstermesi açısından yeterlidir (Şenocak, 2009, s. 13). *“Çocuğun zarar olarak görülmesi insani ve dini değerlere aykırı olsa da giderilmesi istenen zarar çocuğun kendisi değil bakım masraflarıdır. İkisini birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Cinsel ilişkinin kişiselliği öne sürülerek sorumluluğun ailede olduğu hukuken söylenemez. Üçüncü kişinin kusurlu davranışı sonucu istenmeden doğan sağlıklı çocuğun ekonomik yükünün bu kişiye yüklenmesi aile hukukuna ait ilkeleri zedelemeyecektir. Tazminat hukuku yönünden sebep sonuç ilişkisi mevcuttur. Tıbbi sorumluluğu üstüne alan kişinin beklenen özeni ve dikkati göstermediği durumda hukuken sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Tıbbi hizmeti veren hekimin çocuğun ileride istenmediğini ve bakım masraflarının başka bir kişi tarafından ödeniyor olmasını öğrenmesi sonucu ruhsal bozukluk yaşayacağını öne sürerek sorumluluktan kurtulması kabul edilemez. Aksine bakım yükünün karşılanıyor olması çocuk ile aile arasındaki ilişkinin iyi yönde gelişimine katkıda bulunacaktır. Gebeliğin sonlandırılma şansı varken annenin bunu kabul etmemesi çocuğun istendiği anlamına gelmemektedir. Gelişmeye başlamış var olan bir ceninin yok edilmesi gebeliği önleyici bir yöntem olarak ileri sürülemez. Bu kişisel bir karar*

olup saygıyı gerektirmektedir. Çocuğun evlatlık olarak verilmemesi anne baba tarafından istendiği anlamına gelmeyeceği gibi tazminat reddini haklı kılmamaktadır.’³³ (Zeytin, 2002, s. 41)

2.1.3.4. 28 Mayıs 1993 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi II. Senatosu kararı (BverfG NJW 1993, 1751, 1764.)

Federal Anayasa Mahkemesi II. Senatosunun zararı kabul etmeyen kararına göre, annenin çocuğun bakım masraflarını talep edemeyeceğini, talep etmesi durumunda çocuğu zarar olarak göstermiş olacağını bu durumun ise çocuğu küçümseme anlamına geleceğini, suni bir ayırımla bakım masrafları ile çocuk büyütmenin ayrı değerlendirmenin tazminat elde etmek için uydurulduğunu, istenmeyen gebeliğin sağlık nedenleri dışında kürtaj yoluyla engellenmesinin Anayasa’ya göre insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi kapsamında hukuka uygun olmadığı vurgulanmıştır. Mahkeme bir çocuğun varlığının hukuksal olarak zarar kaynağı şeklinde değerlendirmenin anayasa ile bağdaşmayacağına karar vermiştir. Devletin tüm organlarıyla insanı korumakla sorumlu olması bir çocuğun zarar olarak tanınmasını yasaklamıştır (Temel, 2010, s. 81, dn. 102, 103).

2.1.3.5. 12 Kasım 1997 tarihli Federal Almanya Anayasa Mahkemesi I. Senatosu kararı, (BverfG, NJV 1998, 519.)

Kararda, başarısızlıkla sonuçlan sterilizasyon olaylarında hekimin sorumluluğuna gidilmesinin anayasaya aykırı olmadığı, zarar olanın çocuk değil, çocuğun doğumuyla ortaya çıkan bakım masrafları olduğu görüşü benimsenerek; istenmeden dünyaya gelen çocuk bakım masraflarının tazminata konu edilmesi Federal Mahkeme içtihadına uygun olarak kabul edilmiş ve görüş birliği sağlanmıştır (Şenocak, 2009, s. 22, dn. 53).

2.1.4. Avusturya

Avusturya’da ulusal hukuk uyarınca, anne babanın çocuk sahibi olmak istememesi nedeniyle sterilizasyon gibi gebeliği önleyici yöntemle başvurduğu ve hekimin ihmali sonucu işlemin başarısız olduğu olaylarda sağlıklı bir çocuğun doğumu nedeniyle açılan tazminat davalarını

³³ Aynı yönde karar: Federal Yüksek Mahkeme, BGH, NJV 1994, 788.

reddetmektedir (Şenocak, 2009, s. 29). Avusturya Yüksek Mahkemesinde 2006 yılında görülen bir davada³⁴, (OGH 14 Eylül 2006, 6 OB 101/06f) verdiği bir kararda, sağlıklı olarak dünyaya gelen ve anne babaya sadece ebeveynlik sevinci yaşatacak olan bir çocuğun bakım masraflarını karşılanmasına izin verilmesi, her ne kadar hekim hastasına karşı sorumluluğunu ihmal etmiş olsa da mutluluk kaynağı olan sağlıklı bir çocuğun doğumu için tazminat ödemek uygunsuz ve mantıksız olacaktır demiştir. Mahkeme, istenmese de sağlıklı doğan çocuğun telafi edilebilir bir zarar teşkil etmediği gerekçesiyle hekimin bu konuda herhangi bir sorumluluğu olmadığını belirterek istenmeden doğan sağlıklı çocuğun bakımı için anne babanın yaptığı masrafların tazmin edilmesi talebini reddetmiştir³⁵ (Şenocak, 2009, s. 29).

2.1.5. İsviçre

İsviçre hukukunda Arbon Bölge Mahkemesi verdiği bir karar ile konuyu tartışmıştır. Anne hekimin ihmali sonucunda başarısızlıkla sonuçlanan sterilizasyon işleminden sonra gebe kalmış ve sezaryen ile sağlıklı bir çocuk doğurmuştur. Çocuk için bakım masraflarını, gebelik ve doğumla ilgili yaşadıkları nedeniyle manevi tazminat ve iş gücü kaybı nedeniyle maddi tazminat talep etmektedir. Mahkeme bakım masrafları dışında kalan kısımlar için tazminat talebini kabul etmiştir. Bakım masraflarının kabul edilmemesinin gerekçesi olarak, çocuğun zarar olarak görülemeyeceğini, çocuğun yaşamının bir bütün teşkil ettiğini, bakım masrafları gibi ekonomik bir sonucu öne çıkartıp sorumluluğun esas unsurlarından biri olan zararın konusu haline getirilemeyeceğini göstermiştir (Şenocak, 2009, s. 34'de belirtilen yazar).

İsviçre Federal Mahkemesi 2005 yılında başka bir davada aldığı kararla tüm tazminat taleplerini kabul etmiştir. Davaya konu olan olayda, ikinci çocuğuna gebe olan kadın eşi ile beraber ekonomik sebeplerle yeniden gebe kalmak istememektedir. Hastaneyle yapılan görüşmeler sonucunda devam eden gebelik sezaryen ile olacağından ameliyat sırasında tüpleri de bağlanacaktır. Ancak sterilizasyon işlemi unutulur, yapılan işleme

³⁴ Üç çocuk sahibi olan davacı uzman hekime vasktomi yaptırmış, işlem sonrası kontrollere gittiği halde 1 yıl sonra eşi gebe kalmış ve sağlıklı bir çocuk doğurmuştur. Baba, işlem sonrası kendisine sperm kanallarının yeniden birleşebileceği ve işlemin kesin başarısının 1 yıl sonra anlaşılabileceği söylenmiş olsaydı gebeliği önleyici ek tedbir alabileceklerini, bu konularda yeteri kadar aydınlatılmadığını ifade ederek doğan çocuğun bakım masrafları için tazminat talebinde bulunmaktadır. (Şenocak, 2009, s. 32)

³⁵ Avusturya Anayasa Mahkemesinin 2009 tarihli aynı yönde kararı mevcuttur. (Scurria, Asmundo, & Gualnier, 2019, s. 45)

güvendiklerinden gebeliği önleyici yöntem kullanmadıkları için anne yeniden gebe kalır ve zor geçen bir gebelik sonrası üçüncü çocuğunu doğurmak zorunda kalır. Anne, gebelik ve doğum süreci, iş gücü kayıpları ve çocuğun bakım masrafları için maddi manevi tazminat talebinde bulunur ve tüm talepleri kabul edilir. Mahkemeye göre, planlamaya aykırı şekilde doğan çocuğun bakım masrafları için tazminat yükü doğmuştur. Zarar olan çocuğun kendisi değil anne babanın karşılamakla yükümlü oldukları bakım masraflarıdır (Şenocak, 2009, s. 35, 36).

2.1.6. Fransa

Fransız hukukunda, sterilizasyon işleminin ihmal nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanarak istenmeyen sağlıklı çocuğun doğumuna neden olan olaylarda çocuğun bakım masraflarının tazmin davaları çocuğun zarar olarak kabul edilemeyeceği nedeniyle kural olarak reddedilmektedir (Şenocak, 2009, s. 26, dn. 67 ve 68'de belirtilen yazar).

2.2. TÜRKİYEDE DURUM

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'nin 16.09.2020 tarihli kararında vasetomi (erkeğin kısırlaştırılması) ameliyatına rağmen on dokuz ay sonra hamile kalan kadının ve kadının eşinin, istenmeyen bu gebelik sonucunda çocuğun sağlıklı bir şekilde doğmasına rağmen 1982 tarihli Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişiliğin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna varması da konunun güncelliğini koruduğunu göstermektedir³⁶.

2.2.1. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29 Nisan 2013 tarihli kararı, E.2012/25069 K. 2013/10527

Anne baba, anksiyete bozukluğu rahatsızlığı nedeniyle üçüncü bir çocuk sahibi olmak istemediklerini, davalı hastanede davalı hekim tarafından meni kanallarının bağlanması olan vasetomi operasyonu yapıldığını, buna rağmen eşinin gebe kaldığını, bunun sebebinin

³⁶ Anayasa Mahkemesi, 16.09.2020, 2017/18196, (Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş başvurusu), (Resmi Gazete, 22/10/2020-31282), s.10.

hekimin hatalı müdahalesi olduğunu ileri sürerek maddi tazminat ile her bir davacı için manevi tazminat talep etmişlerdir. Mahkemece, davacının maddi tazminat talebinin reddine davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne ve davalının manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir. Hukuksal açıdan nitelendirme, davanın temelinin vekalet sözleşmesine göre kurulması ve özen borcuna aykırılığa dayandırılmasıdır. (Borçlar Kanunu; md. 386-390), (Türk Borçlar Kanunu; md. 502-506)³⁷. Hekim, vekalet görevine konu vasktomisi işlemini yaparken yöneldiği sonuç erkeğin steril hale getirilmesidir. Sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Hekim özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (Borçlar Kanunu; md. 321/1), (Türk Borçlar Kanunu; madde. 400/1) “*Hekim, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir*”³⁸ Gereken özeni göstermeyen hekim, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır (Borçlar Kanunu; 391/1), (Türk Borçlar Kanunu; 510/1). Tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davrandıkları halde istenen sonuç elde edilmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.

Biyotıp sözleşmesinin 4. Maddesine göre tıbbi müdahalenin ilgili mesleki sorumluluk ve standarda uygun olup olmadığı tartışılmalı ve değerlendirme her somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılmalıdır.³⁹

³⁷ RG 04.02.2011, 27836.

³⁸ Yargıtay 13. Hukuk Mahkemesi 29 Nisan 2013 tarihli kararı (İçtihat Metni), E.2012/25069 K. 2013/10527, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (11 Ocak 2023).

³⁹ RG, 09.12.2003, 25311

Mahkemece Karadeniz Teknik Üniversitesinden alınan bilirkişi raporunda meni kanallarının tam kapatılmaması nedeni ile davacı eşin gebe kaldığı ifade edilmiştir.⁴⁰ Hatalı tıbbi müdahale tespit edilmesine göre davacıların maddi tazminat taleplerinin reddi yönünde verilen yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Davacı eşin manevi tazminat talebinin kısmen kabulü yönünde verilen karar ile davalının manevi tazminat talebi yönünde verilen kararın ise incelenmesine yer olmadığına oy birliği ile karar verilmiştir.

2.2.2. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 9 Mayıs 2013 tarihli kararı, E.2013/1813 K.2013/11915

Dava konusu istenmeden doğan sağlıklı çocuk olmasa da sterilizasyon işlemi ile ilgili olması, gebeliğin ortaya çıkışı ve kürtaj ile sonlandırılması nedeniyle mahkemece yapılan hukuki nitelendirmenin benzerliği açısından çalışmada yer almıştır. Önemli derecede kalp rahatsızlığının olduğunu yeniden gebe kalmasının ise hayati risk taşıdığını sonradan öğrendiğini ifade eden hasta, hekimin önerisi üzerine tüplerini sezaryen ameliyatından sonra bağlattığını, tekrar gebe kalmayacağını kendisine ve eşine söylendiğini, ancak tüpleri bağlı olmasına rağmen 2 yıl sonra gebe kaldığını, kalp hastalığı nedeniyle kürtaj olmak zorunda kaldığını, kalp kapakçığının değiştiğini, hayati tehlike geçirdiğini, maddi manevi zarara uğradığını ileri sürerek hekimden eşiyile beraber tazminat talep etmektedir. Davalı Hastane, işlemin başarıyla gerçekleştiğini, işlem hakkında anne babaya bilgi verildiğini, Bakanlıkça zorunlu tutulan "sterilizasyon izin belgesi" denilen ve yapılacak işlemin öncesi ve sonrası hakkında bilgi veren ve işlemi yaptıracak kişi tarafından tüp bağlanması işlemine izin verildiğini gösteren belgenin anne baba tarafından imzalandığını, sadece tüplerin

⁴⁰ Kararın ilgili kısmı şöyledir: "(...) Operasyon sonucunda sperm varlığının kesin tespiti için yeni bir operasyona ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Mevcut raporun hüküm kurmaya yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Kanallarda sperm kalmasının davalı kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu açığa kavuşturulmamıştır. Davalı doktor sözleşme gereği tüm tereddütleri izale etmek zorundadır. Kaldı ki davacının aydınlatılıp aydınlatılmadığı değerlendirilmemiştir. Bu durumda verilen raporun hüküm kurmaya yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Öyle olunca, mahkemece, bu doğrultuda değerlendirme yapılmalı, üniversitelerin ilgili bölümünde görevli aralarında Üroloji uzmanlarından oluşacak akademik kariyere sahip heyetten az yukarıda açıklanan hususlarda rapor alınarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir. (...)'' Yargıtay 13. Hukuk Mahkemesi 29 Nisan 2013 tarihli kararı (İçtihat Metni), E.2012/25069 K. 2013/10527, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (11 Ocak 2023).

bağlatılması değil hiçbir gebeliği önleyici yönteminin %100 gebeliği önleyemeyeceğini, nitekim tüplerin bağlatılması yönteminde de ortalama 150-200 kadından birinin gebe kalabileceğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu esas alınarak davanın reddine karar verilmiş ve hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkeme hukuki nitelendirmesini yukarda açıkladığımız Yargıtay 13. Hukuk Mahkemesi 29 Nisan 2013 tarihli kararında⁴¹ olduğu gibi yapmış; ilave olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi ile 'rıza' konusu ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁴² 26. Maddesi ile aydınlatılmış onam konusuna yer vermiştir⁴³. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek yeterli değildir. Rızanın komplikasyonların da izah edildiği aydınlatılmış rıza olması gerekmektedir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda (Adli Tıp Kurumu raporu), tüp ligasyonuna rağmen nadir de olsa gebelik meydana gelebileceğinin tıbben bilindiği ifade edilmiş davalı hastaneye kusur bulunmamıştır. Mahkeme davacılar tarafından imzalanan sterilizasyon izin belgesinde işlemin tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları anlatılsa da önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmadığını, aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim yada hastanede olduğunun gözetilerek ve davalının sorumlu olduğu kabul edilerek ortaya çıkan sonuca uygun bir karar verilmesi gerektiğine kararın davacılar yararına bozulmasına (yerel mahkemenin tazminat taleplerine ilişkin ret kararı) oybirliğiyle karar vermiştir.

⁴¹ Bkz. s.39-40.

⁴² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf. (TTB, 2012) (Çevrimiçi) (10 Eylül 2022).

⁴³ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “(...) ‘‘Biyotıp sözleşmesi md.5 ile... alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvaffakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.’’ Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve ‘‘Hekim hastasını, hastanın ... durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır.’’ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 9 Mayıs 2013 tarihli kararı, E.2013/1813 K.2013/11915, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

2.2.3. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25 Ocak 2016 tarihli kararı, E.2014/47020 K.2016/1395

Davacılar, davacı eşin anksiyete bozukluğu rahatsızlığı nedeniyle üçüncü bir çocuk sahibi olmak istemediklerinden, davalı hastanede davalı doktor tarafından meni kanallarının bağlanması olan vasktomı operasyonu yapıldığını, buna rağmen davacı diğer eşin gebe kaldığını, bunun sebebinin hatalı sterilizasyon işlemi olduğunu ileri sürerek maddi manevi tazminatın her bir eş için tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davacıların maddi tazminat talepleri reddedilmiş, manevi tazminat talepleri kısmen kabul edilmiştir.

Mahkemece alınan bilirkişi raporunda özetle; yapılan vasktomı işleminde hekimin ve hastanenin ihmali olduğu ve sterilizasyon işleminin yetersiz olduğu kanaati ifade edilmekle birlikte işlem sonrası takip ve aydınlatma ile ilgili bir eksiklik olduğu hususunda kanaat oluşturulmadığı ifade edilmektedir⁴⁴. Davacıların maddi tazminat talebinin reddi yönünde verilen yerel mahkeme kararı onanmış ve davacının manevi tazminat talebinin makul miktarda kısmen kabulüne karar verilmiştir.

2.2.4. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26.05.2021 tarihli kararı, E.2020/5711 K. 2021/5536.

Anne baba, çocukları ile ilgili gebelik ve doğum sürecinin kadın doğum uzmanı olan davalı hekim tarafından gerçekleştirildiğini, 4. çocuğa bakacak durumları olmadığından gebeliği önleyici işlem yapılması için davalı ile anlaştıklarını, doğum sırasında davalı tarafından tüp bağlama işlemi yapıldığını, ancak iki yıldan fazla süre geçtikten sonra 4. çocuklarına gebe olduğunu öğrendiklerini, davalının gerekli özeni göstermediğini ve çocuğun doğumuyla

⁴⁴ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “(...)hastanın spermiyogram tetkik sonucundan mevcut olan canlı ve hareketli sperm sayılarının kendiliğinden gebelik için yeterli olduğu, vasktomı sonrası üç kez yapılan kontrol spermiyogramlarında devam eden sperm varlığının nedenini değerlendirmek ve kesin kanaat bildirebilmek için cerrahi eksplorasyon ve aynı seansta görüntüleme yöntemlerini de (vazografi) içeren ek işlemlere ihtiyaç bulunduğu, gerçekleştirilen ameliyatın olağan neticesi olarak dünya genelinde olguların % 0.04’ünde 1 yıl içinde kendiliğinden canlı sperm çıkabildiği, yine aynı oranda eşlerde gebelik görülebildiği, sperm çıkışının her olguda mutlak kesileceği garanti olmadığı için bilgilendirme ve takibinin yapılması gerektiği, yapılan tedavide hekim ve hastanenin ihmalinin olduğu ve ameliyatın yetersiz olduğu kanısına varıldığı, hastanın bilgilendirme konusu ve takiplerinin eksiklikler hakkında kesin kaniya varılamadığı” belirtilmiş, dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle vasktomı operasyonu sonrasına dair 3 aylık dönemde korunma yöntemi kullanıp kullanmadığı ve davacı ...’in ameliyat edildiği tıp merkezine başvurarak kontrol spermiyogram tetkiki ile vasktomı ameliyatının başarısı teyit edilmemiştir.(...)” Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 25 Ocak 2016 tarihli kararı (İçtihat Metni) E.2014/47020 K.2016/1395, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

birlikte masraflarının olacağını ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakların saklı kalması kaydıyla, maddi manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. Davalı; kusurunun bulunmadığını yapılan işlemin koruyuculuk oranının yüzde yüz olmadığını, davacılara işlem öncesi risklerin olduğuna dair formun imzalandığını, yasal süre içerisinde sonlandırılabilceği belirtilmesine rağmen davacıların gebeliğe devam kararı aldıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme, davacıların davalı hekim tarafından uygulanan tüp ligasyon işleminden önce düşük de olsa başarısızlık olasılığının bulunduğu hususlarında yeterince aydınlatılmadıkları, rıza formunda tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında yeterli açıklama bulunmadığı, davalı hekimin kusurlu olduğu gerekçesiyle; davanın kısmen kabulüne, davacı anne baba için ayrı ayrı olmak üzere maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar vermiştir. Davalı kararı temyiz etmiştir. Bölge adliye mahkemesince; manevi tazminata yönelik istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı, onam formunda işlem başarılı olsa dahi ileride çok düşük ihtimalde olsa gebeliğin gerçekleşebileceğine dair açıklama bulunması gerekirken, böyle bir açıklamanın bulunmadığının anlaşıldığı; davalı doktorun yeterli aydınlatıcı bilgi vermediği, ancak davacıların sağlık bilgisi içeren internet sitelerinden çok basit bir araştırma ile tüp ligasyon operasyonu sonrasında tüplerin yeniden aktif hale gelebileceği ve gebeliğin mümkün olduğunu öğrenebilecek durumda oldukları, ayrıca gebeliği öğrendikleri tarih itibarıyla yasal olarak gebeliği sona erdirme olanakları varken bebeği dünyaya getirmeyi tercih ettikleri, bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmemesi nedeni ile maddi tazminatının tamamından davalının sorumlu tutulması da hakkaniyete uygun düşmeyeceği, maddi tazminat miktarından ½ oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği gerekçesiyle davalının istinaf başvurusunun bu yönden kabulüne yeniden hesaplanan tazminat miktarının davalıdan tahsiline oy çokluğu ile karar verilmiş; karar, taraflarca temyiz edilmiştir.

Yargıtay, davacıların hakkaniyet indirimine yönelik temyiz itirazı ile ilgili hukuki nitelendirmeyi şöyle yapmıştır: Dava, davalı doktorun vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (TBK madde. 502)⁴⁵ Hekim sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören hekim özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (TBK

⁴⁵ RG 4 Şubat 2011, 27836, Türk Borçlar Kanunu.

madde. 400/1). Hekim ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hasta mesleki bir iş gören hekimden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen hekim, TBK'nın 510/2 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Yukarıda diğer Yargıtay kararlarında⁴⁶ olduğu gibi: Biyotıp Sözleşmesi'nin 1. ve 4. maddeleri ile 5.maddesi hukuki nitelendirmede ifade edilerek her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak hastanın aydınlatılmış ve rızası ile olması gerektiği benimsenmiştir. Hekimin Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesindeki düzenleme ile aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Somut olayda; davalı hekim tarafından davacının gebeliğinin önlenmesine yönelik işlem yapıldığı, işlem öncesi düzenlenen rıza formunda ise; *“yapılacak işlem başarılı olduğunda artık çocuğumun olmayacağını bilmekteyim, yapılan işlemin etkisi sürekli dir”* açıklaması bulunmasına rağmen, daha sonra, az da olsa gebelik ihtimalinin bulunduğu dair açıklama yapılmadığı, yeterli aydınlatıcı bilgi vermediği anlaşılmaktadır. Bölge adliye mahkemesince; bu yönde davalı hekimin sorumlu olduğuna yönelik karar verilmekle birlikte; işlemde bir hatanın da tespit edilememesine göre, davacıların gebeliğin gerçekleşebileceğine ilişkin internet sitelerinden araştırma yapmadığı ve yasal süre içerisinde gebeliği sonlandırmadıkları gerekçesiyle hakkaniyet indirimine gidildiği anlaşılmaktadır. Davalı tarafın temyiz itirazı reddedilmiş, davacılar lehine istinaf mahkemesinin kararı bozulmuştur⁴⁷.“ (...)6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51/1 maddesinde, hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği açıklanmıştır. Buna göre; davalı doktor tarafından, davacıların uygulanan işleme ilişkin, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında yeterince aydınlatılmadığı, asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran duruma yönelik bu tereddüdü ortadan kaldıracak nitelikte özen yükümlülüğüne uygun davranmadığı belirlendiğinden; davacıların internet sitelerinden araştırma yapma yükümlülüğü yüklenemeyeceği, ayrıca yasal süre içerisinde gebeliğin sonlandırılmasının sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılamayacakları anlaşılmakla, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan tazminat miktarlarından bölge adliye mahkemesince hakkaniyet indirimi yapılması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.(...)”

⁴⁶ Bkz: s.37-39

⁴⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26.05.2021 tarihli kararı (İçtihat Metni) E.2020/5711 K. 2021/5536, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (10 Ocak 2023).

2.2.5. Danıştay 15. Dairesi 11 Şubat 2016 tarihli kararı, E. 2015/3761 K. 2016/804

Dava dilekçesinde anne baba yaşlarının ileri olması ve ekonomik durumlarının yetersiz olması nedeniyle gebelik istemedikleri için vasktomu ameliyatına karar verdiklerini ancak hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucu vasktominin başarılı olmadığını, istemedikleri gebeliğin meydana geldiğini, başka sağlık sorunları da bulunduğundan gebeliğin ve doğumun çok zor geçtiğini, tedavi sürecinde yaşadıkları zorluklar nedeniyle psikolojilerinin bozulduğunu, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılayacak güçlerinin bulunmadığını belirterek maddi ve manevi zararlarının tazminini talep etmişlerdir. Başvurucular 8/10/2012 tarihli savunmaya cevap dilekçelerinde ‘taburcu sonrası bilgi formunu’ sunarak belgenin ‘*dikkat etmesi gereken noktalar*’ kısmında ‘4 ay korunacak’ ibaresi dışında başka bir şeyin yazılı olmadığını kontrole gelmesi ve test yaptırması konusunda kendilerine hiçbir çağrı veya uyarı yapılmadığını, ameliyat sonrası test yapılması durumunda ameliyatın başarılı olmadığını anlaşılabileceğini ve hekimin gerekli aydınlatmayı yapma konusunda kusurlu olduğunu bildirmişlerdir. Başvurucular doktorun vasktomu sonucunda geri dönülemez şekilde kısırlık olacağını kendilerine söylediğini, buna güvenerek ameliyata karar verdiklerini oysa başarısız bir ameliyat yapıldığını, ameliyat sonrası gerekli testlerin ve bu konuyla ilgili uyarıların yapılmadığını ve doktorun kusuru açık olmasına rağmen durumun komplikasyon olarak geçiştirilmesinin büyük haksızlık olduğunu vurgulamışlardır.

Dava, davacıya yapılan hatalı kısırlaştırma ameliyatı (bilateral vasktomu) ve işlem sonrasındaki süreç konusunda bilgilendirme yapılmaması nedeniyle eşin gebe kalmasına davalı idarenin hizmet kusurunun sebebiyet verdiği ileri sürülerek maddi ve manevi zararlarının tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Yargılama sürecinde Adli Tıp Kurumu tarafından rapor hazırlanmıştır⁴⁸. Adli tıp raporunda, yapılan vasktomu işlemi

⁴⁸ Rapor şöyledir: *Vasktomu, gebelik oluşmaması amacıyla erkeklerde her iki sperm kanalının bağlanması işlemi olarak tanımlanmış; vasktomu sonrası spermatik kanalların tam kapanmaması durumunun her türlü özene rağmen görülebilecek, tıbbi ihmal ya da kusura bağlı olmayan komplikasyon olarak değerlendirildiği, uygulanan tıbbi işlem yönünden ilgili doktora atfı kabil kusur bulunmadığı bildirilmiştir. Bunun yanı sıra raporda; vasktomu sonrası gebelik oluşmaması amacıyla tıbbi kontrollerin yapılmasının ve kişinin doğum kontrolü yönünden aydınlatılmasının gerekli olduğu, dolayısıyla işlem sonrası yapılması gereken rutin kontrollere kişinin çağrılıp çağrılmadığı, çağrıldı ise hastanın kontrollere gelip gelmediği ve işlem sonrası gelişebilecek durumlarla ilgili süreç aydınlatılmasının usule uygun yapıp yapılmadığı hususunun ortaya konulmasının mahkemenin takdirinde olduğu belirtilmiştir. ATK raporunun "Tıbbi Belgeler" kısmında başvurucuların ve ameliyatı gerçekleştiren doktorun imzalarının bulunduğu 17/6/2010 tarihli Genel Onam Formunun yer aldığı, Taburcu Sonrası Bilgi Formunda hastanın 4 ay korunacağı ve 28/6/2010 tarihinde kontrole gelmesi gerektiğinin yazılı olduğu gösterilmiştir. ATK raporunun "Savunmalar" kısmında, ameliyatı gerçekleştiren doktorun ifadesinde 4 ay sonra kontrole gelmesi gerektiğini söylediği hâlde hastanın kontrole gelmediği belirtilmiştir.*” Danıştay

nedeniyle hekime kusur yüklenemeyeceğini ancak işlem sonrası hastanın kontrole çağırılması ve süreç aydınlatması yönünden dosyada eksikler olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Eğitim ve Araştırma Hastanesi Üroloji Bölümünde görevli üç doktordan oluşan bilirkişi heyetinden alınan raporda, muayene, teşhis ve tedavinin tıbbi bilimlere uygun yapıldığı, başarısızlık nedeninin komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak işlem sonrası kontrollerle ilgili belgenin dosyada eksik olduğu belirtilmiştir⁴⁹.

İdare Mahkemesi bilirkişi raporlarını hükme esas alarak davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde bilirkişi raporunun yerinde olduğu, rapora itirazların haklı nedenlerinin olmadığı vurgulandıktan sonra zarara sebebiyet verildiğini kanıtlayacak nitelikte hukuken geçerli bir bilgi ve belgenin mevcut olmadığı, söz konusu zarar ile davalı idare arasında tazmin sorumluluğu doğuracak nitelikte bir illiyet bağının bulunmadığı sonucuna ulaşılarak tazminat isteminin reddi yolunda karar verilmiştir⁵⁰. Davacılar, karara karşı temyiz kanun yoluna başvurmuştur: Bilirkişi raporunun yeterli olmadığını, rapora itirazlarının değerlendirilmediğini, ayrıca ameliyat öncesinde olası riskler konusunda bilgilendirilmediklerini ve Onam Formu imzalamadıklarını vurgulamışlardır. Danıştay 15. Dairesi, usul ve hukuka uygun olması nedeniyle kararın onanmasına karar vermiştir. Başvurucuların karar düzeltme talebi aynı dairenin kararıyla reddedilmiştir.

15. Dairesi 11 Şubat 2016 tarihli kararı, E. 2015/3761 K. 2016/804, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

⁴⁹ Rapor şöyledir: “Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Üroloji Birliğinin 2014 yılında yayınlamış olduğu kılavuza göre etkili ameliyat tekniği kullanıldığında vasktomiden sonra rekanalizasyon (sperm kanallarının kendiliğinden tekrar uç uca birleşmesi) riskinin <%1 olarak belirtilmiştir. Bu nedenle nadir oluşabilecek bu durum hakkında hasta önceden bilgilendirilmelidir. Yine aynı kılavuzda vasktomiden sonraki 3. ayda sperm tahlili yapılması gerektiği ve hiçbir hareketli sperm izlenmemesi gerektiği bildirilmiştir. Kalıcı hareketli sperm varlığı vasktominin yetmezliğini ve yapılan cerrahi işlemin tekrar edilmesi gerekeceğini gösterdiği bildirilmiştir. Bu bilgilere dayanarak vasktomi ameliyatından sonra gebelik oluşması nadir de olsa gerçekleşebilecek bir durum olup tıbbi ihmal veya kusura bağlı olmayan komplikasyon olarak değerlendirilmiştir. Üroloji uzman doktoru [A.G.nin] yapılan muayene, teşhis ve tedavinin tıp bilimlerine uygun yapıldığı ancak hastanın ameliyat sonrası kontrollere gidip gitmediği ile ilgili belge bulunmadığı görüldü.” Danıştay 15. Dairesi 11 Şubat 2016 tarihli kararı, E. 2015/3761 K. 2016/804, karararama.yargitay.gov.tr. (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

⁵⁰ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “(...)davacıya uygulanan operasyon sonrası spermatik kanalların tam kapanmaması durumunun her türlü özene rağmen görülebilecek, tıbbi ihmal ya da kusura bağlı olmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, uygulanan tıbbi işlem tekniği açısından ilgili hekime atfı kabil kusur bulunmadığı (...)” Danıştay 15. Dairesi., E. 2015/3761 K. 2016/804 T. 11.2.2016, karararama.yargitay.gov.tr, (Çevrimiçi) (12 Ocak 2023).

2.2.6. Anayasa Mahkemesi 16 Eylül 2020 tarihli bireysel başvuru kararı (Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196)

Başvurucular, tıbbi ihmal sonucu zarara uğradıkları nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Danıştay süreci ile sonlanan ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması ile devam eden dava yukarda incelenmiştir⁵¹. Bu kısımda ise Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yönünden konumuzla ilgili kısımları ele alınmıştır.

Başvurucu anne baba, sterilizasyon işleminin sonuçları hakkında kendilerine bilgi verilmediğini, onam formu imzalatılmadığını, hekimin söylemesine göre eşin kesin olarak kısırlaşacağını düşündüklerini, hekimin sadece dikişlerin alınması için çağırdığını, işlemten sonra tekrar kontrole çağırmadığını, işlemten sonra sperm testi yapılmadığını, bu konuda bilgi verilmediğini belirtmişlerdir. Başvurucular ayrıca derece mahkemesinin eksik inceleme ile karar verdiğini, maddi ve manevi olarak zarara uğradıklarını vurgulayarak tazminat talep etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi esas yönünden yaptığı değerlendirmede: hasta hakları, tıbbi işlemlerden önce kişilerin bu işlemler ve sonuçları hakkında aydınlatılması yükümlülüğü ile Sağlık Bakanlığının tıbbi hizmetler sunan kurumlar üzerindeki denetim görevi konusunda oldukça ayrıntılı ve yeterli düzenlemelerin mevcut olduğunu belirtmektedir.⁵²

Başvurucuların olaya ilişkin şikayetleri, vasktomide işleminden sonra sperm testi yapılması gerektiği halde bu konuda kendilerine bilgilendirme yapılmadığı, işlemten sonra kontrole çağırılmadıkları ve işlemle ilgili testlerin yapılmadığı bu nedenle ameliyatı gerçekleştiren doktorun kusurlu olduğuna ilişkindir.

Yargılama sürecinde, Adli Tıp Kurumu ile Bursa Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesi Üroloji Bölümünde görevli üç doktordan oluşan bilirkişi heyetinden alınan raporlarda, vasktomiden sonraki 3. ayda sperm tahlili yapılması, vasktomide sonrası gebelik oluşmaması amacıyla tıbbi kontrollerin yapılması ve kişinin gebeliğin önlenmesi yönünden aydınlatılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Adli Tıp Kurumu raporunda vasktomide işlemi sonrası kişinin yapılması gereken rutin kontrollere çağrılıp çağırılmadığı, çağrıldı ise

⁵¹ Bkz: s.42

⁵² Anayasa Mahkemesi 16 Eylül 2020 tarihli bireysel başvuru kararı (Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196, (45-48), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/18196>, (Çevrimiçi) (12 Ocak.2023).

hastanın kontrollere gelip gelmediği ve işlem sonrası gelişebilecek durumlarla ilgili süreç aydınlatmasının usule uygun yapıp yapılmadığı konusunun ortaya konulmasının mahkemenin takdirinde olduğu ifade edilmektedir.

Tıbbi belgelere bakıldığında, taburcu sonrası bilgi formunda hastanın 4 ay korunması gerektiği ve ameliyattan yaklaşık on gün sonra kontrole çağrıldığı görülmektedir. Ameliyat olan baba söylenen tarihte kontrole gittiğini, dikişlerinin alındığını bu tarihten sonra bir daha kontrole gelmesi konusunda kendisine hiçbir çağrı veya uyarı yapılmadığını söylemektedir. Anne babaya işlemden önce imzalatılan onam formunda babaya işlemden sonra sperm testi yaptırması gerektiği yönünde hiçbir bilgi, açıklama ve uyarı olmadığı görülmektedir. Yargılama dosyasında babanın işlemden 3 veya 4 ay sonra kontrole çağrıldığı ve sperm testi yapılacağı hususunda hiçbir belge olmadığı görülmektedir. Her iki bilirkişi raporunda da babanın işlem sonrası kontrollere çağrılıp çağrılmadığı konusunda belge olmadığı bildirilmektedir. Buna göre bilirkişi raporlarına göre babanın vasktomisi işlemi sonrasında sperm testi için kontrole çağrılmasının tıbbi bir gereklilik ve önceden öngörülebilir olduğu, babanın bu test için kontrole çağrıldığına yönelik bir belgenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Anne baba, dikişlerin alınması haricinde kontrole çağrılmadıklarını, işlem sonrasında sperm testi yapılmadığını, hekimin bu konuda kendilerine bilgi vermediğini yargılama sürecinde söylemektedir.

Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda da işlem sonrası babanın yapılması gereken rutin kontrollere çağrılıp çağrılmadığı, çağrıldı ise babanın kontrollere gelip gelmediği ve işlem sonrası gelişebilecek durumlarla ilgili süreç aydınlatmasının usule uygun yapıp yapılmadığı konusunun derece mahkemesi tarafından araştırılması gerektiği ifade edilmiş olmasına rağmen derece mahkemesi tarafından bu konuda hiçbir gerekçe ve açıklamaya yer vermeden olayda idarenin kusurunun bulunmadığı yönünde görüş bildiren Adli Tıp Kurumu raporuna dayanarak davanın reddine karar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin davayla ilgili kanaati şöyledir: *‘Başvurucuların söz konusu iddialarını temyiz dilekçesinde de ileri sürdükleri ancak temyiz merciinin kararında da bu konuyla ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediği gözetildiğinde anılan iddianın yargılama makamları tarafından karşılanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yapılması gereken rutin kontrollere birinci başvurunun çağrılıp çağrılmadığı, çağrıldı ise kontrollere gelip gelmediği ve ameliyat sonrası gelişebilecek durumlarla ilgili süreç aydınlatmasının usule uygun yapıp yapılmadığı konusunda yargılama sürecinde bir araştırma yapılmamış ve bu*

konu açıklığa kavuşturulamamıştır. Sonuç olarak başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından tıp kurallarına göre öngörülebilir nitelikte komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası yönünden mahkeme kararların da konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Üstelik başvurucunun belirtilen iddia ve şikâyetleri, yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyettedir. Dolayısıyla yargısal makamlarca bu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır.”

Anayasa Mahkemesi, yukarda açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵³. Karar ile, Adli Tıp Kurumu raporunda belirtildiği gibi işlem sonrası sperm kontrolü için hastanın çağrılıp çağrılmadığı derece mahkemesi tarafından araştırılmadığı bu nedenle kişinin maddi manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁵³ Anayasa Mahkemesi 16 Eylül 2020 tarihli bireysel başvuru kararı (Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196, s.55, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/18196>. (Çevrimiçi) (12.01.2023).

HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİNİN VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

1. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİ VE HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

1.1. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu hastanelerine başvuran hasta ile kamu kurumu arasında özel hukuk anlamında sözleşmeye dayalı ilişki olmayacağından dolayı konumuz kapsamı dışındadır. Hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşme ilişkisi hasta ve özel hastane arasında kurulmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi, tıbbi tedavi, tıbbi bakım, barınma, yedirip içirme ve hastane bakımı ile ilgili diğer edimleri içermektedir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kira ve satım sözleşmelerini bünyesinde barındıran karma bir sözleşmedir (Ayan, 1991, s. 140). Hastaneye kabul sözleşmesi bir şekle uyulma zorunluluğu olmadan şekil serbestisine göre kurulabilen bir sözleşme olarak nitelenmektedir (Doğan, 2014, s. 177).

Hukukumuzda bir görüşe göre, hastane çeşitli tipteki edimleri içeren borcu yüklenmekte hasta ise ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bu sözleşme tipinde belirli bir edim ön plana çıkmamaktadır (Ayan, 1991, s. 142). Başka bir görüşte ise hastanın hastaneye geliş şekline göre tedavi veya otelcilik gibi edimleri ön plana çıkaran sözleşme söz konusu olmaktadır. Hasta muayenehane hekimi vasıtasıyla hastaneye geliyorsa; hastane, hasta ile yapacağı sözleşmeyle hekimle hasta arasında planlanan; tıbbi faaliyeti, tıbbi müdahaleyi yapma haricindeki edimlerinden dolayı sorumlu olmaktadır (Ayan, 1991, s. 142, dn. 89).

Hastaneyle hasta arasında hastaneye tam kabul sözleşmesinin kurulmasının asıl amacı, asıl edim, tıbbi faaliyetin, müdahalenin, işleminin yapılmasıyken diğer sözleşme konuları ikincil yükümlülüklerdir. Aynı zamanda ikincil yükümlülükler tıbbi müdahaleyi yapma borcu varken anlam kazanmaktadırlar. Hastayla hastane arasındaki tıbbi müdahale nedeniyle yapılan sözleşmenin vekalet sözleşmesi unsurlarını bünyesinde barındıran karma sözleşme

olarak nitelendirmek mümkündür (Ayan, 1991, s. 142). Diğer taraftan taraflar arasında tıbbi müdahale nedeniyle yaşanan anlaşmazlık durumunda sorunun çözümünde kolaylık sağlaması ve güven ilişkisinin taşıdığı önemle beraber uygun koşullarda hastaya ve hastaneye diledikleri zaman sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkanı vermesi nedeniyle de vekalet sözleşmesi hükümlerine uygunluk taşımaktadır (Ayan, 1991, s. 143).

Bazı durumlarda hastaneye kabul sözleşmesi işlemi gerçekleştirecek hekim tarafından hastaneye yapılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu md. 40 (eski BK md.32) *“Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar.”* demektedir. Bu durumda hekimi hastanın temsilcisi kabul etmek gerekmektedir (Akkanat, 2006, s. 39). Bu durumda tıbbi müdahale nedeniyle hekim hastaneler içinden birini hastanın seçmesini ister. Seçim yapıldıktan sonra hekim hastaneye hastaneye kabul sözleşmesini imzalar. Hastanenin ücreti yine hasta tarafından ödenir. Hastane, hastaya karşı tıbbi bakım hizmetlerini vermekten yine muhatap sorumlu olmaktadır. Sözleşme hekim tarafından yapılmış olsa da doğrudan temsil hükümlerine göre tıbbi bakım hizmetleri yönünden sözleşmenin tarafı hasta olmaktadır (Akkanat, 2006, s. 40).

1.2. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

1.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan tipik bir sözleşme olmayıp hasta ile özel hastane işleticisi arasındaki ilişki kural olarak sözleşme ilişkisi niteliğindedir (Ayan, 1991, s. 46). Hastaneye kabul sözleşmesi adı altında birden fazla edimi içeren karma yapıda ve nitelikte bir sözleşmedir. Hastane işleticisinin hastaya karşı, hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin edimi başta olmak üzere, hasta bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asıl edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 598). Güven ilişkisi, edimin insan hayatı ve sağlığı gibi temel kişilik değerlerine yönelmiş olması nedeniyle çok daha önemli, hekimden ve hastane işleticisinden beklenen özen diğer iş görme borçlarına göre daha fazladır (Ayan, 1991, s. 131). Tıbbi müdahale nedeniyle yapılan tam hastaneye kabul sözleşmesi, yapılacak müdahalenin türü ve hastanın da iradesiyle hastanenin başhekimini tarafından veya hastane dışından bir hekimin üstlenmesi durumunda hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır (Ayan, 1991, s.

134). Hastanın bir hekimi belirleyip seçmediği ve özel hastaneye başvurduğu ve hastaneyle yaptığı tam hastaneye kabul sözleşmesine taraf olduğu durumlar hariç diğer durumlarda hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 353).

Hastayla hastane arasında kurulan tıbbi müdahaleye yönelik bu sözleşme tipinde, ilgili departmana yönlendirilen hasta hekimini seçmemekte, hastanenin belirlediği bir hekim tarafından tıbbi müdahale yapılmakta, tıbbi hizmet, otel hizmetleri ve bakım hizmetleri ile ilgili tüm yükümlülükler hastane tarafından üstlenilmektedir. Tıbbi müdahaleyi yapan hekim ile hasta arasında sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Hasta doğrudan hekim ile değil hastane ile sözleşme yapmaktadır. Hekim Türk Borçlar Kanunu 116. madde hükmü uyarınca ifa yardımcısıdır⁵⁴. Bu kapsamda, tıbbi müdahale nedeniyle hekimin hastaya verdiği zararı gidermekle yükümlü olan hastane olmaktadır. Hekimin işlemi yaparken kusurunun olmaması ve hastanenin tıbbi müdahaleyi yapan hekimi seçerken gösterdiği özen de hastaneyi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Tıbbi müdahale sonucunda zarar gören hasta haksız fiil sorumluluğunun şartları varsa Türk Borçlar Kanunu 49. madde hükümlerine göre hastane işleticisiyle beraber hekimden de davacı olabilmektedir (Şenocak, 2009, s. 45). Tıbbi müdahaleyi yapan hekim sözleşmeden doğan herhangi bir talep ileri sürerek hastadan ücret isteyemeyecektir (Ayan, 1991, s. 136). Uygulamada, hastanın hem hastane işletmecisine hem de hekime karşı dava açtığı, Yargıtay kararlarında da hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 19, dn. 55).

1.2.2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme tipinde, tıbbi müdahaleyi yapacak hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi varken hastaneyle de tam kabul sözleşmesi vardır. Hastane işleticisi, tıbbi bakım ve barınma hizmetlerinden sorumlu olduğu gibi tıbbi müdahalenin hastanın menfaatine uygun olarak yapılmasından hastanenin görevlendirdiği ve ücret alma yetkisine sahip hekimle (başhekim veya ilgili departman bölüm başkanı) birlikte bölünmeyen tıbbi müdahale edimini de üstlenmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 20). Hastanenin üstlendiği edim nedeniyle sorumluluğunun kaynağı tam hastaneye kabul sözleşmesi iken başhekimin veya hastanenin görevlendirdiği hekimin üstlendiği edim nedeniyle hekimin sorumluluğunun hukuki temeli ise hekimlik sözleşmesine dayanmaktadır (Ayan, 1991, s. 137). Türk Borçlar Kanunu md. 511/2. fıkrası ile, vekaleti birlikte üstlenenlerin, vekaletin ifasından müteselsil olarak

⁵⁴ RG 04. 02. 2011, 27836.

sorumlu olduklarını hükme bağlamıştır. Hastane işleticisi ve yetkili hekim bu durumda hastanın vekaletini beraber üstlenmiş tıbbi müdahalenin ifasından beraberce sorumlu olmaktadır⁵⁵. Hekimle hasta arasında hekimlik sözleşmesi olsa da hekimlik sözleşmesine göre borcunu ifa ederken diğer taraftan hastanenin ifa yardımcısı olarak da davranmaktadır. Bu nedenle hekimin hastaya karşı sorumluluğu TBK 116. madde hükümlerine göre devam etmektedir. Yine hasta hastaneye karşı TBK 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan zararların karşılanması için somut olayın özelliklerine göre dava açabilmektedir (Ayan, 1991, s. 137).

1.2.3. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hasta, bu sözleşme tipinde hekim ile tıbbi müdahaleyi kapsayan hekimlik sözleşmesi, hastane işletmecisi ile tıbbi bakım ve barınma hizmetlerini kapsayan hastaneye kabul sözleşmesinin tarafıdır. Hekim ifa yardımcısı değildir. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan zarar nedeniyle hasta hekimden zararın giderilmesi için tazminat talebinde bulunabilmektedir. Hastanenin ise tıbbi müdahale yönünden üstlendiği bir sorumluluk bulunmamaktadır (Ayan, 1991, s. 138). Bu sözleşme ile yükümlülükler bölünmüştür. Hekim mesleğini icra ederken hastanenin ifa yardımcısı olarak değil hastayla yaptığı sözleşmeden doğan borcunu ifa etmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 350).

Hastanın iki ayrı sözleşme yaptığıının bilinci içinde olması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmelerden hekimle hasta arasında vekalet sözleşmesi, hastaneyle hekim arasında kurulan sözleşme ise karma sözleşme kapsamındadır (Ayan, 1991, s. 140). Hastane işletmecisinin yükümlülüğü tıbbi müdahale nedeniyle gerekli olan ortamı sağlamak, işlem sırasında gerekli yardımcı personeli hazır bulundurmak, diğer bakım hizmetlerini verirken hastane organizasyonunu uygun koşullarda hazırlamak ve tutmaktır (Akkanat, 2006, s. 38). Hekimin hastaya karşı sorumluluğu ise planlanan tıbbi müdahaleyi yapmaktır. Hastanın yükümlülüğü ise hekime hekimlik ücreti ve hastaneye bakım hizmetleri karşılığı ücret ödemektir. Bu sözleşme tipine şöyle bir örnek verilebilir. Muayenehanesine tıbbi müdahale nedeniyle başvuran hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi yapılmış, işlemin hastanede yapılacak olması nedeniyle hekimin hastaneyle yaptığı bir sözleşmeye dayanarak tıbbi müdahale işlemi nedeniyle hastaneye yatırılmaktadır. Bu durumda Özel Hastaneler

⁵⁵ Aynı yönde, “Kanaatimce, bu çözüm tarzı hukukumuz bakımından da uygundur.” (Ayan, 1991, s. 137)

Yönetmeliği Ek madde 5/1/1 hükmüne göre serbest meslek icrasında bulunan ilgili hekimler, muayenehanelerine tıbbi müdahale nedeniyle başvuran hastalar için özel hastanelerde bu işlemi yapabilmekte ancak ek madde 5/1/1 hükmüne göre tıbbi müdahaleden kaynaklanan zarar için müştereken sorumlu olmaktadırlar⁵⁶. Ancak hastayla hastane arasında tıbbi müdahaleye ilişkin bir sözleşme olmadığından dolayı bu düzenleme tartışmalıdır. Hastanenin haksız fiil hükümlerine göre TBK 66. maddesine göre çalıştırdığı yardımcı personel nedeniyle adam çalıştıran sıfatından kaynaklı sorumluluğundan bahsedilebilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 352 ve dn. 21, 22'de yer alan açıklamalar).

1.3. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE YAPILAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Hastayla hastane arasında sterilizasyon işlemi nedeniyle sözleşme kurulmasının asıl amacı, asıl edim, sterilizasyon işleminin yapılmasıdır. Hasta sterilizasyon işlemi için hastaneye başvurmaktadır. Barınma hizmetleri gibi diğer sözleşme konuları ikincil yükümlülüklerdir. İkincil yükümlülükler sterilizasyon işlemini yapma borcu varken anlam kazanmaktadır. Hastayla hastane arasındaki sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi vekalet sözleşmesi unsurlarını bünyesinde barındıran karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği diğer taraftan taraflar arasında tıbbi müdahale nedeniyle yaşanan anlaşmazlık durumunda sorunun çözümünde kolaylık sağlaması ve güven ilişkisinin taşıdığı önemle beraber hastaya her zaman sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkanı vermesi nedeniyle de vekalet sözleşmesi hükümlerine uygunluk taşımaktadır. Sözleşmenin hastane tarafından da uygun koşullar sağlandığında sonlandırılması mümkündür.

Bazı durumlarda hastaneye kabul sözleşmesi hasta tarafından değil sterilizasyon işlemini gerçekleştirecek hekim tarafından yapılmaktadır. Bu durumda hekimi hastanın temsilcisi kabul etmek gerekmektedir. Bu durumda sterilizasyon işlemi için hekim hastaneler içinden birini hastanın seçmesini isteyerek, hastanın seçiminden sonra hekim hastaneye hastaneye kabul sözleşmesini yapmaktadır. Hastanenin ücreti yine hasta tarafından ödenmektedir.

⁵⁶ RG 27.03.2002, 24708, (07.03.2023, 32066 sayılı resmi gazetede son değişiklik yayınlanmıştır: “(“...“i) Muayenhanesi bulunan hekimler, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, muayenhanesine müracaat eden hastalarının tedavisini yıllık sözleşme yapmak suretiyle ilgili branşta ruhsatı bulunan özel hastanelerde yapabilir.....Hastaya sunulan teşhis ve tedavi hizmetlerinden muayenehane hekimi ve özel hastane müştereken sorumludur...)”

Hastane, hastaya karşı tıbbi bakım hizmetlerini vermekten yine muhatap sorumlu olmaktadır. Sözleşme hekim tarafından yapılmış olsa da doğrudan temsil hükümlerine göre sözleşmenin tarafı tıbbi bakım hizmetleri yönünden hasta olmaktadır.

Konumuz kapsamında, hastanın doğrudan hastaneyle yaptığı sterilizasyon işlemine yönelik tam hastaneye kabul sözleşmesinde aile planlaması departmanına yönlendirilen hasta hekimini seçmemekte, hastanenin belirlediği bir hekim tarafından sterilizasyon işlemi yapılmakta, tıbbi hizmet, otel hizmetleri ve bakım hizmetleri ile ilgili tüm yükümlülükler hastane tarafından üstlenilmektedir. Sterilizasyon işlemi yapan hekim ile hasta arasında sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Hasta doğrudan hekim ile değil hastane ile sözleşme yapmaktadır. Hekim Türk Borçlar Kanunu 116. madde hükmü uyarınca ifa yardımcısı olmaktadır. Bu kapsamda sterilizasyon işlemi nedeniyle hekimin hastaya verdiği zararı gidermekle yükümlü olan tam hastaneye kabul sözleşmesi ile sözleşmeye taraf olan hastane olmaktadır.

Sterilizasyon işlemi sonucunda zarar gören hasta haksız fiil sorumluluğunun şartları varsa Türk Borçlar Kanunu 49. madde hükümlerine göre hastaneden değil hekimden de davacı olabilmektedir. Sterilizasyon işlemi yapan hekim, tam hastaneye kabul sözleşmesi nedeniyle sözleşme kapsamında yer almadığından bir talep ileri sürerek hastadan ücret isteyememektedir.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde, sterilizasyon işlemi yapacak hekim ile hasta arasında bir hekimlik sözleşmesi varken hastaneyle de tam kabul sözleşmesi bulunmaktadır. Hastane; tıbbi müdahale, tıbbi bakım ve barınma hizmetlerinden sorumlu iken sterilizasyon işleminin tıbbi faaliyet olarak hastanın menfaatine uygun olarak yapılmasından hastanenin görevlendirdiği ve ücret alma yetkisine sahip hekim (başhekim veya ilgili departman bölüm başkanı) sorumlu olmaktadır. Hastane ve yetkili hekim, Türk Borçlar Kanunu md. 511/2. fıkrası gereği, hastanın vekaletini beraber üstlenerek sterilizasyon işleminin ifasından beraberce sorumlu olmaktadır.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde; hasta, hekim ile sterilizasyon işlemi kapsayan hekimlik sözleşmesi, hastane ile tıbbi bakım ve barınma hizmetlerini kapsayan hastaneye kabul sözleşmesinin tarafıdır. Hekim ifa yardımcısı değildir. Sterilizasyon işleminden kaynaklanan ve işlemin başarısızlıkla sonuçlanması sonucu istenmeden sağlıklı çocuğun doğumunun meydana getirdiği zarar nedeniyle hasta hekimden zararın giderilmesi için talepte bulunabilmektedir. Bu sözleşme ile yükümlülükler bölünmektedir. Örneğin,

muayenehanesine vasktomu veya tüp ligasyonu işlemi için başvuran hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulurken işlemin hastanede yapılacak olması nedeniyle hekimin hastaneyle yaptığı bir sözleşmeye istinaden hasta aynı zamanda hastaneyle kabul sözleşmesi yapmaktadır.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hekimle hasta arasında vekalet sözleşmesi, hastaneyle hekim arasında kurulan sözleşme ise karma sözleşme kapsamındadır. Hastane işletmecisinin yükümlülüğü sterilizasyon işlemi için gerekli ortamı sağlamak, işlem sırasında gerekli yardımcı personeli hazırlamak, diğer bakım hizmetlerini verirken hastane organizasyonunu hazırlamaktır. Hekimin sorumluluğu ise sterilizasyon işlemini yapmaktır. Hastanın yükümlülüğü ise sterilizasyon işlemi nedeniyle hekime hekimlik  creti ve hastaneye tıbbi bakım hizmetleri ve barınma hizmetleri karşılığı ücret  demektir.

Sterilizasyon işlemi, özel hastanede gerçekleştiğinde hasta ile hastane işleticisi arasında hastaneye tam kabul sözleşmesi ve ilave sözleşmeli hastaneye tam kabul sözleşmesi hükümlerine göre sterilizasyon işlemine ait edimler kapsam dahilinde olduğundan ve hasta ile hekim arasında sözleşmenin olmadığı tam hastaneye kabul sözleşmesi, hasta ile hekim arasında ilave sözleşmenin olduğu ilave sözleşmeli tam hastaneye kabul sözleşmesi hükümlerine göre, hasta hekimin kusurlu ifası nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle hukuka aykırı işlem yapıldığı iddiasıyla, TBK 49. madde düzenlemesi uyarınca haksız fiil hükümlerine göre dava açabilmektedir (şenocak, 2009, s. 44). Çalışmamız kapsamında haksız fiilden kaynaklanan hasta ile hekim veya hasta ile özel hastane arasındaki sorumluluk yer almamaktadır. Ancak yeri geldikçe genel bilgiler kapsamında konunun daha iyi anlaşılması için haksız fiil sorumluluğuna yer verilmektedir.

1.4. SERBEST  ALIşAN HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HEKİMLİK SöZLEşMESİNİN HUKUKİ NİTELİğİ

Hekimin hasta ile ilişkisi kamu hukuku veya özel hukuk yönünden idare hukuku ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri esaslarına göre değerlendirilerek sorumluluk hukuku ele alınmaktadır. Tıbbi müdahale nedeniyle kamu hastanesine başvuran hasta için Anayasa'nın ilgili h k mleri⁵⁷ ile Devlet Memurları Kanunu md.13/1h k mlerine göre kusurlu kamu çalışanına rücu hakkı saklı kalmak şartıyla devletin sorumluluğu mevcut bulunmaktadır⁵⁸.

⁵⁷ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 129/5 ve 40/3.

⁵⁸ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md.129/5, 40/3.

Çalışmamızın kapsamında kamu hastanesinde çalışan hekimle hasta arasındaki ve kamu hastanesi ile hasta arasındaki tıbbi müdahale nedeniyle doğan hukuksal ilişki yer almamaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki hukuksal ilişki sözleşme, haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve culpa in contrahendo (sözleşme öncesi sorumluluk) esasına göre sorumluluk yaratabilmektedir. Konumuz kapsamında tıbbi müdahale nedeniyle hasta ve hekim arasındaki sözleşmeye dayalı sorumluluk incelenmektedir.

1.4.1. Genel Olarak Hekimlik Sözleşmesi

Hasta ile hekim arasındaki ilişki tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 594). Hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun göstergesi, hekimin başladığı işi geçerli bir sebep göstermeden bırakamaması, yarıda kesememesi, tıbbi müdahale sonrasında ücrete hak kazanmasıdır (İpekyüz, 2006, s. 15). Yargıtay da hekimle hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunu kararlarında ortaya koymaktadır⁵⁹.

Hekimlik sözleşmesi, konusu ve amacı itibarıyla özellik arz eden, yapısal olarak diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olmayan sözleşmelerdir (Ayan, 1991, s. 50). Kişilik hakkı içinde yer alan temel değerlerden vücut bütünlüğü ve sağlık ile ilgili müdahaleler içermesi nedeniyle hekimin diğer iş görme tiplerine göre daha özenli davranması beklenmektedir. Hekimin borca aykırı hareketi malvarlığı zararları yanında kimi zaman telafisi güç şahıs varlığı zararlarına da yol açabilmektedir. Hekimlik sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları eşit durumda değildir. Bu durum hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin önemini artırmaktadır. Güven ilişkisi, hasta ve hekimin karşılıklı birbirini seçme ve objektif kabul edilebilecek bir neden ileri sürmeden tarafların güven duygusunu yitirmesinden dolayı sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü getirmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 356). Hekimin hukuki sorumlulukları yanında mesleki sorumlulukları da bulunmaktadır. Kanunda özel bir düzenleme yer almadığından hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ve hasta hekim arasındaki sözleşmesel ilişkiye hangi hükümlerin uygulanacağı farklı görüşlere tabidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 50).

⁵⁹ Yarg. 13 HD. T. 29.04.2013 E. 2012 /25069 K. 2013/10527, karararama.gov.tr. (Çevrimiçi) (11 Ocak 2023).

Hekimlik sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve kendine özgü sözleşme şeklinde nitelenebilmektedir. Çoğunlukla öğretinin kabul ettiği hekimlik sözleşmesi ile hekim iş görme edimini yerine getirmektedir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş iş görme sözleşme tipleri içinden hekimlik sözleşmesine uyan görünüm vekalet sözleşmesidir (Ayan, 1991, s. 54). Hakeri'ye göre, hekimle yapılan sözleşme iş görme sözleşmesidir ve dolayısıyla vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 593). Hizmet sözleşmesine göre vekalet sözleşmesinde hekim daha geniş bir hareket alanına sahiptir. Hekim vekalet ilişkisinde hastaya karşı borçlarını yerine getirirken nispi bağımsızlık içinde yükümlülüklerini yerine getirmektedir (İpekyüz, 2006, s. 69). Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi ast üst ilişkisi ve bağımlılık bulunmamaktadır. Hekim ile hasta arasında sürekli edim borcu değil belirli bir süre için geçerli edim borcu bulunmaktadır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 594).

Hasta, tıbbi müdahale nedeniyle serbest çalışan hekime veya özel hastaneye başvurduğunda yapılan tıbbi faaliyet özel hukuk kapsamında incelenmektedir. Tıbbi müdahale nedeniyle, TBK 112. maddesi ile sözleşme hukuku, 49. maddesi ile haksız fiil hukuku hükümlerine göre sorumluluk aranmaktadır. Tıbbi müdahaleler, niteliklerinden dolayı hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik olduğundan hekimlik sözleşmesinin ihlali aynı zamanda genel davranış yükümlülüğü ihlali olacağından sözleşmesel sorumluluk yanında haksız fiil sorumluluğu da olmakta, bu iki sorumluluk yarışmaktadır (Ayan, 1991, s. 45).

Hukuk sistemimizde tıbbi müdahale nedeniyle, hekim veya hastanenin ihmalinden dolayı sözleşmesel sorumluluğunu düzenleyen özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Bundan dolayı hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışılması gerekmektedir. Hekimlik sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve kendine özgü sözleşme olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır (Ayan, 1991, s. 45). Hasta ile hekim arasında yapılan sözleşmenin TBK madde. 502/1.fikrası hükmüne göre vekalet sözleşmesi kapsamında olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 593). Bu kapsamda bölünmüş veya hekimlik sözleşmesi ilaveli olarak özel hastanede çalışan hekimler ve muayenehanede serbest çalışan hekimlerle hasta arasındaki tıbbi müdahale nedeniyle yapılan hekimlik sözleşmeleri konumuz kapsamında incelenmektedir.

1.4.2. Hekimle Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Hekimlik sözleşmesi Türk Borçlar Kanun’unda yer alan bir sözleşme olmayıp hukuki nitelendirilmesinin hangi kanun hükümlerine göre yapılacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğini belirlerken sağlık hukuku mevzuatı ile hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisinden yola çıkarak bir değerlendirme yapılabilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 343). Genel olarak kabul edilen ise hekimlik sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olduğu ve vekalet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 50).

1.4.2.1. Hekimlik Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenmiş Sözleşme Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü

1.4.2.1.1. Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu md. 502/1. fıkrası hükmü uyarınca vekilin (hekim) vekalet verenin (hasta) bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme türüdür (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 56, dn. 131’de belirtilen yazarlar). Hekim hastanın tıbbi müdahale işlemini yapmayı üstlenmektedir. Vekalet sözleşmesinin bir özelliği de iş görme sonucunun vekalet verene garanti edilmemiş olmasıdır (İpekyüz, 2006, s. 69). Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13 hükmü uyarınca, hekim bilimsel yöntemlere uygun olarak teşhis koyarak, gereken tedaviyi uygulamakla yükümlüdür. Hekim bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından kınanamaz⁶⁰. Yargıtayın da kabul ettiği görüşe göre, hekim yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil işlemi yaparken göstermesi gereken özenden sorumlu ve yükümlüdür⁶¹. Hastanın kendi vücudundan kaynaklanan özellikler gibi dış faktörlere bağlı başarısızlık ihtimali bulunduğundan işleminin başarısız sonuçlanmasından hekimi sorumlu tutmak hakkaniyetli değildir⁶². Bu özellikleriyle de tıbbi müdahale nedeniyle, hasta ve hekim arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği, hukukumuzda, vekalet sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir⁶³. Hekim, yapma borcu altına girerek, hastanın yararına ve onun rızasıyla bu

⁶⁰ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, madde13, RG 19.02.1960, 10436.

⁶¹ Yarg. 13.HD. 04.03.1994, E.1994/8557 K.1994/2138.

⁶² Bkz. B.1.5.

⁶³ Aynı yönde: “*Hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisini Türk-İsviçre hukuklarında olduğu gibi vekalet şeklinde değerlendirmek amaca ve olayın özelliklerine daha uygun düşecektir.*” (Ayan, 1991, s. 54)

tıbbi müdahaleyi yapmaktadır. Tıbbi müdahale ile istenen sonucun elde edilememesi, sonucun başarılı olmaması riski, yapılan işin bir parçasıdır. Hekim, tüm bu süreçte zaman kaydına bağlı olmaksızın ve bağımsız olarak çalışmaktadır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 594). Hasta ise hekime uygun bir ücret ödeme borcu altına girmektedir.

1.4.2.1.2. Eser Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu 470. madde hükmüne göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşme türünde önemli olan sonuçtur (İpekyüz, 2006, s. 59). Eser sözleşmesinde hekimden beklenen özenin kapsamı daha geniş tutulmaktadır ve bu sözleşmede hukuki sorumluluk daha ağırdır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 594). Öyle ki tıbbi müdahalede kullanılan tüm tıbbi malzemelerin sorumluluğu da hekime yüklenebilmektedir. Oysa ki hekim, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle tıbbi faaliyette bulunmayı borçlanmaktadır ve başarılı sonuç taahhüdü verme imkanı yoktur (Ayan, 1991, s. 55). Yargıtay ve çoğunluk görüşüne göre, tıbbi müdahaleyi konu edinen hekimlik sözleşmeleri bir taahhüt içeriyorsa eser sözleşmelerine tabi olmalıdır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 55). Ancak, tıbbi müdahalenin başarıyla sonuçlanması, tıbbi işlemlerin sahip olduğu özellikler ve çoğu zaman da hekimin elinde olmayan faktörlere bağlı olarak objektif şekilde garanti edilmeye elverişli bulunmamaktadır (İpekyüz, 2006, s. 64).

1.4.2.1.3. Hizmet Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu 393. maddesine göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Ücret bu sözleşmenin esaslı unsurudur. Hukukumuz açısından hekimlik sözleşmelerinin ücret dışında hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermediği kabul edilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 51). Tıbbi müdahalede bulunmayı üstlenen hekim ücret karşılığında bu edimi yerine getirmektedir. Ancak işlemi gerçekleştirirken tüm zamanını hastasına vakfetmemekte ve hastaya karşı bağımlılık ilişkisine girmemektedir. Hekimlik sözleşmesinde önemli olan husus tedavinin yapılmasıdır. Hekimin belirli veya belirsiz süreyle hizmette bulunması ve iş gücünü hastaya tahsisi amaçlanmamaktadır (İpekyüz, 2006, s. 57).

1.4.2.2. Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü Sözleşme Olduğu Görüşü

Kendine özgü sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nda özel borç kısmında veya özel bir kanunla düzenlenmemiş olan ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların kendi öngördükleri unsurları yeni bir sözleşme tipi yaratma amacıyla bir araya getiren sözleşmelerdir (İpekyüz, 2006, s. 72). Niteliklerine uygun düştüğü ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulandığı gibi Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine de gerektiğinde başvurulmaktadır. Ancak hekimlik sözleşmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu md.502/1.fıkrasıyla düzenleyici kuralları doğrudan uygulama imkanı varken md. 502/2. fıkrasıyla dolaylı yolun kıyasen uygulanması anlamsız görülmektedir (Ayan, 1991, s. 54). Kendine özgü sözleşmelerin aksine hekim ve hasta arasındaki sözleşmede karşılıklı edim mübadelesi vardır. Hekimin tıbbın gerektirdiği kurallar çerçevesinde borçlandığı tıbbi müdahaleyi yapma yükümlülüğü, hastanın ise buna karşılık ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kendine özgü sözleşmelerin aksine; yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat hastayla hekim arasında tıbbi müdahale nedeniyle yapılan sözleşmenin içeriği değil hekimin tıbbi edimi yerine getirirken göstermesi gereken davranışın unsurları olması gerekmektedir (Ayan, 1991, s. 51,54). Hekimlik sözleşmesi ile beklenen hekimin sorumluluk bilinci ile işlemi gerçekleştirmesidir. İşlemi gerçekleştirirken hekimden hastasına karşı beklenen davranış şekli anlayışlı, özenli, şefkatli, yardımcı ve güven verici olmasıdır. Bir görüşe göre, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi nedeniyle ve hekimin hastanın talimatı ile bağlı olamayacağı gerekçesiyle hekimle hasta arasında yapılan sözleşme kendine özgü sözleşmedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 59, dn. 144,145'de belirtilen yazarlar).

1.4.3. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Hekimlik Sözleşmesine İlişkin Genel Bilgiler

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 11. maddesinde kadınlara sterilizasyon işleminin yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar yer almaktadır. Buna göre, kadınlara sterilizasyon ameliyatı, yalnızca resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılmaktadır⁶⁴. Tüzüğün 12. maddesinde erkeklere sterilizasyon işleminin yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar yer almaktadır. Düzenleme, erkeklere sterilizasyon işlemini, uzman

⁶⁴ RG 18.12.1983, 18255.

hekimlere mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlere ise resmi tedavi kurumlarında yapmalarına izin vermektedir. Tüzükten anlaşılan kadınlar için tüp ligasyonu işleminin hastane koşullarında yapılması zorunluluktur. Erkekler için uzman hekimler tarafından mesleklerini uygulayabilecekleri yerler, hastane, ayaktan tedavi veren sağlık kuruluşları olduğu anlaşılmaktadır. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik 2. maddeye göre, tıp merkezi, poliklinik ve muayenehane bu kapsamda bulunmaktadır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük 5 sayılı listede aranan koşullara göre, vasektomi işlemi için yukarıda sayılan sağlık kuruluşları işaret edilmektedir⁶⁵. Bu kapsamda muayenehane açısından vasektomi işlemi hastane dışında bağımsız çalışan hekimle hasta arasındaki sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşme kapsamında değerlendirilebilecektir.⁶⁶ Pratisyen hekimlerin vasektomi işlemini çalıştıkları resmi kurumda yapmaları ile ilgili sözleşme kamusal ilişki olup konumuz kapsamı dışında bulunmaktadır. Tıp merkezi ve poliklinik gibi sağlık kuruluşlarında yapılan sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmeler, kapsam olarak hastanelerle benzer özelliklere sahip oldukları için hasta ile özel hastane arasında yapılan sözleşmeler başlığında değerlendirilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmelerinin esas unsuru hastanın yatarak tedavi edilmesidir (Ayan, 1991, s. 132). Bu yönüyle hastaneler ayakta teşhis ve tedavi yapılan sağlık kuruluşlarından ayrılmaktadır. Ancak sağlık kuruluşunda geçirilen süreden bağımsız olarak değerlendirildiğinde benzer özellikler de bulunmaktadır. Sterilizasyon işlemi için alınan teşhis ve tedavi, müdahale ve bakım hizmeti ile 24 saati geçmeyen süreler için yatarak alınan barınma hizmeti gibi sözleşme konuları benzerlik göstermektedir. Hastaneler ile en önemli benzer yönleri sterilizasyon işlemi için verilen teşhis, tedavi ve bakım edimi ile ilgilidir. Sterilizasyon işlemi, tabiatıyla, verilen hizmetin bir süreliğine de olsa devamlılığına ihtiyaç duymaktadır. Bu yönden ayaktan yapılan bir işlem olsa da bu yönüyle hastaneye kabul sözleşmesi ile benzerlik taşımaktadır.⁶⁷

⁶⁵ “Erkeklerle sterilizasyon ameliyatı yapılacak yerlerde bulunması zorunlu araç ve gereçler: 1- Ameliyatın yapılacağı bir oda- Cerrahi masa ya da muayene masası 3- Vasektomi seti (steril eldiven, sütür malzemesi, örtü vb.) 4- Tansiyon aleti, stetoskop, lokal anestetik madde, cilt temizliği için antiseptik solüsyon ve ışık”.5 sayılı liste, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, RG 18.12.1983, 18255.

⁶⁶ Bkz. B.3.3.2.

⁶⁷ “Devamlılık unsuru, somut olayın özelliklerine göre ve tarafların iradesine göre değerlendirilir.” (Ayan, 1991, s. 133)

1.4.3.1. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmeye Taraf Olan Yetkili Hekimler

Hekimlik sözleşmesi kapsamında hekim tıbbi faaliyette bulunurken hasta menfaatine uygun davranmakla yükümlüdür (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 5). Doğrudan veya dolaylı tedavi etme amacı belirgin olmasa da sterilizasyon işlemleri de tıbbi faaliyet kapsamındadır ve ilgili hekimler için hasta menfaatine uygun davranma yükümlülüğü bu tür sözleşmeler için de geçerlidir (Ayan, 1991, s. 9). 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile hekim unvanı taşımak için tıp fakültesi mezunu olmak gerekmektedir. Diğer taraftan 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitim, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik 17.maddesi ile sterilizasyon işleminde yetkili kişiler belirlenmiştir⁶⁸. Türk Ceza Kanunu madde. 101/2 fıkrası ile de kısırlaştırma suçunu düzenlemiş, rızaya dayalı olsa bile yetkili olmayan kişi tarafından yapılan sterilizasyon işlemini suç saymıştır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 223). Dolayısıyla sterilizasyon işleminin aile planlaması uygulamalarına katılarak tıbbi faaliyette bulunan diğer sağlık meslek mensuplarından farklı olarak işlemin belirtilen uzmanlık alanlarında olan hekimler tarafından yapılabilecek olması nedeniyle bu kişiler hekimlik sözleşmesinin tarafıdır.

1.4.3.2. Sterilizasyon İşleminde Hekimlik Sözleşmesine Taraf Olabilecek Çift veya Fertler

Sterilizasyon işlemi Nüfus Planlanması Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. NPHK md.4/2. fıkrasına göre sterilizasyon reşit kişilerde yapılmaktadır. Kişinin bizzat istemesi ve sterilizasyon işleminin yapılmasını engelleyecek tıbbi bir sakınca olmaması gerekmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük 15. maddesine göre kişinin işlem öncesi rıza vermesi ve aydınlatılması gerekmektedir. Sterilize edilecek kişi vesayet altındaysa kanuni temsilcisinin izni de zorunludur. Sterilizasyon yapılacak kişi evli ise NPHK md.6/2 fıkrasına göre eşin de işlem öncesi imzası gerekmektedir (Ayan, 1991, s. 27). Yukarda sayılan koşullar var olduğunda tüp ligasyonu için kadın, vasktomisi için erkek hukuka uygun hekimlik sözleşmesine taraf olabilecektir.

⁶⁸ Bkz. s.8, dn. 28.

1.5. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE HASTAYLA SERBEST ÇALIŞAN HEKİM ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDA GÖRÜŞÜMÜZ

Sterilizasyon işlemi sağlık sebepleri amacıyla yapıldığı gibi aile planlaması kapsamında ailenin takdir yetkisi ile de yapılabilir. Sağlık sebebi ile yapıldığında doğrudan tedaviye yönelik bir amaç varken ailenin takdir yetkisi kapsamında dolaylı bir tedavi amacından bahsedilmektedir. Ancak yetkili kişiler tarafından tıbbi teknikler kullanılarak yapıldıkları için sterilizasyon işlemini, sağlık sebebi veya aile planlaması nedeniyle yapılması fark etmeden tıbbi bir faaliyet, tıbbi bir müdahale olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük her iki amaçla yapılan sterilizasyon işlemini hukuka uygun tıbbi müdahale hale olarak tanımlanmasını da kolaylaştırmaktadır.

Genel nitelikli olağan tıbbi faaliyetlerden farklı olarak; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük kapsamında, sterilizasyon işlemi ile ilgili sözleşmenin hukuki nitelendirmesine yol gösterici hükümler mevcuttur. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 2. maddesinde kişilerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmaları amacına hizmet eden sterilizasyon işleminin (ameliyatı) devletin denetim ve gözetimi altında ve kanunun izin verdiği hallerde yapılabileceğine dair hükümler bulunmaktadır. NPHK 4. maddesi ile ise reşit sayılan kadın ve erkeğin tıbbi sakınca olmadığı takdirde sterilizasyon ameliyatı yaptırabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Kanunda tanımlanan bu unsurlar bize sterilizasyon işleminin tıbbi faaliyetler kapsamında bir işlem, bir tıbbi müdahale, cerrahi bir işlem; ameliyat olduğunu, devletin denetim ve gözetimine tabi olduğunu ve sözleşmeye taraf kadın ve erkek hasta açısından tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde gerçekleştirilebileceğini göstermektedir.

Sterilizasyon işleminin, tıbbi bir müdahale, ameliyat olduğundan şüphe olmadığına göre hukuka uygun tıbbi bir müdahale olmasının da şartlarını taşıması gerekmektedir. Sterilizasyon işleminin hekim tarafından yapılabileceği çok açıktır: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile sterilizasyon ameliyatını yapabilecek kanundan doğan

yetkisini kullanacak hekimler sayılmaktadır⁶⁹. Yönetmeliğin ekinde yer alan ‘Müdahaleden Önce Görevli Doktorun Açıklaması’ formu ile hastanın bilgilendirilmiş rızası alınmaktadır. Tüm bu unsurlardan yola çıkarak sterilizasyon işleminin hukuka uygun tıbbi müdahale kriterlerini bünyesinde barındırdığının kabulü gerekmektedir.

Sterilizasyon işleminde, NPHK çerçevesinde; hastanın nüfus planlaması kapsamında veya sağlık sebepleriyle, kanunun izin verdiği tıbbi sakınca olmayan durumlarda kişilerin daha fazla çocuk sahibi olmak istememesi nedeniyle tüp ligasyonu ameliyatı veya vasetomi ameliyatı işi yapılmaktadır. Bu tanımlamayla hekimin yükümlü olduğu iş görme borcu, nüfus planlaması amacına yönelik sterilizasyon işlemi için yapılan bir sözleşmeyi gerektirmektedir. Bu sözleşmeye, hasta menfaatine yapılan bir edim gerçekleştiğinden, tıbbi faaliyet olduğundan bahisle de hekimlik sözleşmesi denmektedir zira bu tanımlama hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkiyi tariflemektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 5).

Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşme sağlık sebebiyle yapılabildiği gibi aile planlaması amacıyla da yapılabilmektedir. Her iki durumda da sözleşmenin unsurları yönünden Türk Borçlar Kanun’u hükümlerine göre, hukuki nitelendirme yapmak gerekmektedir. Hizmet sözleşmesinde belirli veya belirsiz süre için ücret karşılığı bir iş görülmektedir. Bu unsurlar sterilizasyon işlemini kapsayan hekimlik sözleşmesini nitelendirmek için yeterli değildir. Eser sözleşmesi yönünden sterilizasyon işlemi sağlık sebebiyle değil de ekonomik sebeplerle yapılıyorsa ve hekim tarafından sonucun başarılı olacağı hastaya taahhüt ediliyorsa tartışma konusu olabilmektedir. Ancak hasta tarafından imzalanmış geçerli bir rıza belgesinin varlığında hekimin işlemin sonucunu taahhüt etme imkânı olmadığı karinesi de mevcut olduğundan eser sözleşmesi olarak da değerlendirmek doğru olmayacaktır. Nitekim, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ekinde yer alan ‘Müdahaleden Önce Görevli Doktorun Açıklaması’ formu ile hastanın ve eşinin bilgilendirilmiş rızası alınmaktadır. Söz konusu formda tıbbi ihtimaller, başarısızlık dahil anlatılmaktadır⁷⁰. Sterilizasyon işlemi için verilen

⁶⁹ Bkz. s.8-9.

⁷⁰ ‘‘RIZA: Müdahaleden önce görevli doktorun tüm açıklamalarını dinledik. Sterilizasyon işlemine, rıza ve iznimiz olmadan girişilemeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bu konuda, sorumlulukların bize ait bulunduğu bilincinde olduğumuzu, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddi ve manevi baskı altında olmaksızın sterilizasyonu kabul ettiğimizi, doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı ve sterilizasyon işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz.’’ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, RG 18.12.1983, 18255.

rıza kişinin kendi geleceğini belirleme kapsamında, üreme hakkı ve aile planlaması takdir yetkisi dahilinde verilen rızadır. Dolayısıyla sterilizasyon işleminin olağan tıbbi müdahaleden farklılık göstermesi için bir neden yoktur.

Hasta ile hekim arasında yapılan olağan tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmenin TBK md. 502 hükmüne göre vekalet sözleşmesi kapsamında olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 593).

Tartışmalar, TBK md.502 /1 fıkra hükümlerine göre hekimlik sözleşmesinin, vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü mü yoksa TBK md.502/2 fıkra hükümlerine göre niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekaletle uygun düşen hükümlerin kıyasen uygulanabildiği kendine özgü bir iş sözleşmesi olduğu ile ilgilidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 328). Bu noktada yol gösterici olan TBK 512. madde hükmüdür. Hükme göre: “*Vekâlet veren vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Kendine özgü sözleşmeler için kanundan kaynaklanan bir hüküm veya objektif haklı bir sebep varlığında sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı yoktur ve TBK 512. maddeyi dışlamaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 67).

Hasta açısından sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin konusu; sağlığı, vücut bütünlüğü, aile planlamasını takdir yetkisi dahilinde kişisel özgürlüğü ve anayasal bir hak olan kendi geleceğini belirleme hakkı ile ilgili olması nedeniyle hasta istediği zaman sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Dolayısıyla sterilizasyon sözleşmesi TBK md. 502/2. fıkraya göre kıyasen uygulanabilecek kendine özgü bir sözleşme olamayacaktır. Tek taraflı sona erdirmeye hakkının güven ilişkisi çerçevesinde kurulan hekimlik sözleşmelerinde sona erdiren tarafın hekim olduğu durumlar ise tartışılmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 161). Zira haklı ve tıbbi kurallara uygun olmayan bir sona erdirmeye hasta açısından zararlı sonuçlara yol açabilecektir. Aynı hakkın hekim açısından kullanılması Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 19/2. fıkra ile sınırlanmaktadır. Zira yönetmelikle hangi koşullarda hekimin şahsi veya mesleki sebeplerle üstlendiği işi sona erdirebileceği düzenlenmektedir. Ancak hekim için var olan bu sınırlama ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı olmadığı için geçerli ve hasta menfaatine en uygun çözüm olarak kabul edilebilecektir (Ayan, 1991, s. 59). Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede, tüp ligasyonu veya vasetomi işlemleri acil bir tıbbi müdahale olmasalar da hekimin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda işlem den beklenen sonucun sağlanması için sterilizasyon işlemi yapılınca kadar sterilizasyon işlemi

yerine diğer gebeliği önleyici yöntemlerin uygulanmasının gerekliliği önem arz etmektedir. İşlemin ertelenmesinin istenmediği durumda hekimin yerine başka bir meslektaşını zamanında temin etmesi gerekmektedir. Sterilizasyon işlemi ertelenecekse hekimin sorumluluğu devam edecek başka gebeliği önleyici yöntemler kullanması veya bu yöntemlere rağmen gebe kalabileceği, dolayısıyla işlem öncesinde gebelik testi yapıp gebe olmadığıнын netleştirilmesi gibi gerekli uyarıları yapması gerekmektedir. Bu süre içinde hasta ise herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi istediği zaman sona erdirip başka bir hekimle kendiliğinden sterilizasyon işlemi için yeni bir hekimlik sözleşmesi yapabilmektedir. Hekimlik sözleşmesini sona erdiren taraf karşı tarafın sona erdirmen doğan zararlarını karşılamakla yükümlü bulunmaktadır. Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan hekimlik sözleşmesinde de hekim, kanuna ve meslek kurallarına uymayan bir sona erdirme halinde, istenmeyen bir gebeliğin oluşumu ve istenmeyen sağlıklı bir çocuğun doğumu nedeniyle uğranılan zararlar nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir.

Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşme aile planlaması amacıyla yapıldığında kişiler daha fazla çocuk sahibi olmamak için bu sözleşmeye taraf olmakta ve hekim sağlık nedeniyle değil hastanın isteği, talimatıyla bu işlemi yapıyor (TBK md. 505/1. fıkra) görülebilmektedir. Burada verilen talimatın içeriği ve yoğunluğu amaca yönelik olup ameliyatın nasıl yapılacağı ile ilgili değildir. Yapılan işin doğası gereği hastadan da bu yönde talimat vermesi beklenmemektedir. Nitekim hastanın talimatından ziyade hekimin iş görme borcu altında gösterdiği özen önemlidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 71). Sterilizasyon işleminde hastanın isteği, üreme fonksiyonunun izale edilmesi için hekimin özen göstermesi ve istenen sonuca, üreme yeteneğinin izale edilmesi, ulaşılmasıdır.

Sterilizasyon işleminde bahsedildiği gibi hastanın vücudundan kaynaklanan özellikler gibi dış faktörlere bağlı başarısızlık ihtimali vardır⁷¹. Bu halde hekimi sterilizasyon işleminin başarısız sonuçlanmasından sorumlu tutmak hakkaniyetli değildir. Bu özellikleriyle sterilizasyon işlemi için hasta ve hekim arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği, hukukumuzda, benzer diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi vekalet sözleşmesi kapsamında kabul edilebilecektir⁷². Hekim, hastanın tüp ligasyonu veya vasktomu yoluyla sterilize

⁷¹ Bkz. B.1.5.

⁷² Aynı yönde: “*Hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisini Türk-İsviçre hukuklarında olduğu gibi vekalet şeklinde değerlendirmek amaca ve olayın özelliklerine daha uygun düşecektir.*” (Ayan, 1991, s. 54)

edilmesi işlemini yapma borcu altına girerek, hastanın yararına ve onun rızasıyla bu işlemi yapmaktadır. Sonucun başarılı olmaması riski işin bir parçasıdır.

Bir görüşe göre sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin hukuki niteliği eser sözleşmesidir ve sözleşme ile üstlenilen sonuç üreme fonksiyonunun ortadan kaldırılmasıdır (Büyükcay, 2006, s. 41, dn. 171'de belirtilen yazar). Hastanın beklentisi planladıkları gibi bir daha çocuk sahibi olmamaktır. Sterilizasyon işleminde tedavisi zor olarak kabul edilen bir hastalık için borçlanma yapılmamaktadır. Aynı zamanda tıbbi imkanlar değerlendirildiğinde sonucun garanti edilmesini engelleyecek bir durum da yoktur. Ancak tüp ligasyonu ve vasktomı işlemlerinde hekimin tam olarak kontrol edemeyeceği durumlar vardır. Buna göre, erkekte ve kadında sterilizasyon işleminin yapıldığı işlemin yapıldığı kanallar yeniden bütünlük kazanarak (rekanalizasyon) üreme fonksiyonunun devam etmesine neden olabilmektedir. Komplikasyon olarak kabul edilen bu unsurun varlığı nedeniyle hekimin hastasına sterilizasyon işlemi için garanti veremeyeceği kanaatindeyiz. Sterilizasyon işleminde hekimin sonuç garantisi vererek hastaya bir daha kesinlikle çocuk sahibi olamayacağı ve ek gebeliği önleyici yöntemleri uygulanmasına gerek olmadığını söylemesi aydınlatma yükümlülüğüne de aykırıdır. Hekimin buradaki sorumluluğu şifa garantisi vererek eksik ya da hatalı aydınlatma yapmasındadır (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 153).

Türk Borçlar Kanunu md. 502/3. Fıkrasında, vekalet sözleşmelerinde ücretle ilgili hüküm şöyledir: “*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır*”. İş görme faaliyetlerinin, uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, çoğunlukla ücret karşılığı yapılan hizmetler olduğu görüşü hakimdir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 72, dn. 173'de belirtilen yazarlar). Sterilizasyon işlemi de oldukça uzmanlık gerektiren bir hizmettir ve sözleşmenin varlığı ve teamüllerinde bu yönde olması nedeniyle ücret karşılığında yapılması kabul edilmelidir. Ücret ödeme borcu için Türk Tabipler Birliği'nin ücret yönetmeliği ve tabip odalarının belirlediği asgari ücret tarifesi bulunmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 152). Ancak geniş imkanlara sahip hastanelerde aile planlaması merkezlerinin faaliyetleri içinde ücret almadan vasktomı işleminin yapılması da mümkündür. Bu tür uygulamalar genellikle önceden bilinen ve sınırlı sayıda hasta için planlanmaktadır. Ücretsiz uygulama sterilizasyon işleminin vekalet sözleşmesi olmasına engel değildir. Çünkü ücret vekalet sözleşmesi için zorunlu ve kanuni bir unsur değildir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 72).

Türk Hukuku'nda kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi sterilizasyon işlemi amacıyla yapılan sözleşme de vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır (Büyükcay, 2006, s. 41). (Ayan, 1991, s. 55)

Sağlık sebepleriyle veya aile planlaması amacıyla yapılan sterilizasyon işlemi, tüp ligasyonu veya vasktomisi, nedeniyle hasta ve serbest çalışan hekimler arasında yapılan hekimlik sözleşmesini olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi vekalet sözleşmesi olarak kabul etmekte, çalışma kapsamında sterilizasyon işlemi için hasta ve hekim arasında yapılan sözleşmeyi, vekalet sözleşmesi görünümünde hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.

2. STERİLİZASYON İŞLEMİ NEDENİYLE YAPILAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN TARAFLARIN BORÇLARI

2.1. Genel Bilgiler

Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmeyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdikten sonra tarafların sözleşmeden doğan borçlarına değinmek gerekecektir. Hekimin borçları, hastanın menfaati ve iradesine uygun davranma borcundan kaynaklanmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 102). Hekimin borçları olarak nitelenen borçlar aynı zamanda hastanın haklarını oluşturmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 74). Hekimin teşhis ve tedavi etme (asıl) yükümlülüğü yanında aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme ve sır saklama gibi yan yükümlülükleri de vardır. Hekimlik sözleşmesine uygun hareket bu yükümlülüklerle uyulmasını gerektirir. Genelde yan yükümlülerin ihlalinden kaynaklı sorumluluk ortaya çıkmakta ve hekim tazminat ödeme durumuyla karşılaşabilmektedir (Ayan, 1991, s. 64).

Hekimin borçlarına geçmeden önce özen kavramının üzerinde durmak hekimin yükümlülükleri konusunu daha anlaşılır kılacaktır. Hekimin en önemli yükümlülüğü iş yapma yükümlülüğünü özenle yerine getirmektir. Hekimin özen yükümlülüğü, bütün yükümlülüklerinin temelini oluşturur ve genel niteliktedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 629). Hekimin konumuz açısından da olağan tıbbi müdahaleler nedeniyle hastasına karşı en önemli iki yükümlülüğü; özenle tıp kurallarına uygun müdahalede bulunma yükümlülüğü ile müdahale öncesi hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğüdür (Şenocak, 2009, s. 91).

Türk Borçlar Kanunu, vekalet sözleşmesi kapsamında içerdği ilgili hükümleriyle, hekimin yöneldiği tıbbi faaliyeti gerçekleştirirken özen ve sadakat borcu altında olduğunu göstermektedir. Hasta özene bağlı asli edimin gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) nedeniyle uğradığı zararı için hekimden tazminat talep edebilecektir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 118). İlgili madde yükümleri şöyledir: Türk Borçlar Kanunu madde 506/2. fıkra “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” TBK md. 506/3 fıkra “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*”

Türk Borçlar Kanunu md. 506/2. fıkrası, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ideal bir hekimin benzer durumda davranışını esas alarak hekimin özen yükümlülüğünü denetlerken, 506/3. fıkrası ise kusur bakışı altında benzer durumda basiretli bir hekimin davranışını esas alarak hekimin özen yükümlülüğü denetimi yapmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 119).

Hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi, özen borcu veya özen yükümlülüğünün önemini artırmaktadır. Hekimden sonucun başarılı olması için gereken tüm gayreti ve çabayı göstermesi beklenmektedir. Hastanın hekimden beklediği titiz, dikkatli ve özenli davranıştır. Özenli davranmayan bir hekim yapma borcunu vekaleten gereği gibi ifa etmemiş sayılacaktır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 629). Hekim ve hasta için asıl edim ulaşılmak istenen sonucun başarılı olmasıdır. Ancak hekimlik sözleşmesi gereği, sonucun tüm çabalara rağmen elde edilememesi değil hekimin bu sonuca ulaşmak için gösterdiği gayretin; özen yükümlülüğü ve özen borcu çerçevesinde yapılmış olması dikkate alınmaktadır.

Doktrinde, hekimden beklenen özenin diğer birçok meslek gurubundan daha yüksek olduğu kabul edilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 630). Devlet diploma ve ruhsat vererek hekime bazı şartları taşıması şartı koyarak verdiği hizmete garanti niteliği katmıştır. Aynı zamanda toplum nezdinde sahip oldukları güven de özen yükümlülüğünü artırmaktadır.

Hekimin kusur barındırmayan hareketinde özen ölçütü, gerekli bilgilere sahip olma ve hal ve şartlara uygun davranış ile kendini gösterecektir. Özen ölçütü sözleşmenin ihlali durumunda en yüksek seviyede aranırken, kusur yönünden ise makul, basiretli dürüst bir kişinin benzer bir olayda gösterdiği objektif özen dikkate alınmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 126). Hekimin özen sorumluluğu asli işi yapma yanında hekimlik sözleşmesi kapsamında sadakat yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğü gibi yan edimler için de geçerlidir. Hekimden meslek kurallarına göre kabul edilen davranışların uygulanması

beklenmektedir (Şenocak, 2009, s. 92). Bu davranışlar tıbbi standartları ortaya koyan asgari gerekleri kapsamaktadır.

Hekim ve hasta arasındaki sözleşmeden hekim adına doğan en önemli (asıl) borç teşhis ve tedavi borcudur (Ayan, 1991, s. 64). Aynı zamanda sözleşmeden kaynaklanan bu borcun yerine getirilmesine aracılık eden diğer yan borçları da mevcuttur. Aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, kayda geçirme yan yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle asıl borcun yerine getirildiği sözleşmeye uygun bir tıbbi uygulamadan bahsedilebilmektedir.

2.2. Hekimin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması

Hekimin yükümlülüklerini; asıl edim ve yan edim yükümlülükleri olmak üzere iki grupta kabaca sınıflamak mümkündür. Hekimlik sözleşmesi gereği hekimin tıbbi faaliyetinden doğan asıl borcu yapma borcudur. Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede de hekimin tüp ligasyonu veya vasetomi işlemini hasta menfaatine yönelik gereği gibi ifa ederek borcunu özenle yerine getirmesi asli borcu, asli edim yükümlülüğüdür. Hekimin yan yükümlülükleri ise asıl borcunun yerine getirilmesi amacıyla yapılması gereken borcudur. Hekimin; koruma, aydınlatma, belge sağlama ya da iş birliğinde bulunma amacı taşıyan yan borçlar için aydınlatma borcu örnek verilebilir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 133, dn. 60'da belirtilen yazarlar).

Yan yükümlülük asıl edim yükümlülüğünden farklı olarak yerine getirilmezse talep edilemeyen ancak tazminata konu edinilebilen yükümlülüklerdir. İfaya yardımcı olan, hazırlık süreci ve ifa sırasında yerine getirilmesi getiren bu yükümlülükler hekimlik sözleşmesi açısından aydınlatma ve bilgilendirmedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 135). Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede hastanın işlem öncesi gebelik testi yaptırması ve önceden mevcut bir gebelik varsa işlemin iptalinin sağlanması ve işlem sırasında olabilecek öngörülebilir komplikasyonlar konusunda aydınlatılması konumuz açısından yan yükümlülüktür. İşlem öncesi ifaya yardımcı yan yükümlülük olan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereği sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonucunda istenmeden gebe kalılabileceğinin çift veya fertlere anlatılması gerekmektedir. Koruyucu etkili yan yükümlülükler ise ifa sonrası kişilerin mal ve şahıs varlıklarında azalmaya yol açacak olası durumlardan kişinin korunmasını amaçlamaktadır. İşlem sonrasında da koruyucu etkili yan yükümlülük kapsamında vasetomi sonrası 3 aylık dönem için yapılacak ek tedbir bilgilendirmesi ve gerekli kontroller yapılmazsa, sterilizasyon işleminin ifası

sonrası işlem başarılı da olsa istenmeyen gebeliğin oluşumu engellenemeyeceğinden ve istenmeyen çocuğun doğumu ile çift ve fertler için mal varlığı değerinde azalmaya yol açacağından tazminat talep hakkı doğmaktadır. Koruma aydınlatmasının yapılmaması hekimin özen borcuna aykırı davranışını ve asli ediminin özensiz ifasını göstermektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 213).

Özen yükümlülüğünün hukuki nitelendirmesini yaparken özen yükümünü asıl edimin yapılmasına hizmet eden ve bağımsız bir yükümlülük olarak görmeyen görüşe katılmaktayız⁷³ (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 142, dn. 95'de belirtilen yazar). Bu doğrultuda özen yükümlülüğünün ihlali tek başına sözleşmeyi ihlal anlamına gelmeyecek, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği durumda asıl edim ihlalinin bahsedilerek ortaya çıkan zarar tazminata konu olacaktır. Oysa ki ifaya yardımcı yan yükümlülük olan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sözleşmeyi ihlal anlamına gelmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği md. 14 ve Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 2 ve 14'de hastanın durumunun gerektirdiği özenin, ihtimamın, hekim tarafından gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴. Hekimin özenli davranışı; hastayı, tıbbi müdahalenin öngörülebilir ve kaçınılması mümkün risk ve tehlikelerinden korumaktadır. Öngörülemeyen, önlenemez ve kaçınılmaz risk ve tehlikeler ise hekimin sorumluluk alanına girmemektedir (Şenocak, 2009, s. 92).

2.3. Sterilizasyon İşleminde Hekimin Hastaya Karşı Borçları

Hekimin asli edimi teşhis yükümlülüğü ve tedavi yükümlülüğü olarak kabul edilse de bazı tıbbi müdahale durumlarında farklılık ortaya çıkabilmektedir. Nüfus planlaması kapsamında koruyucu tıbbi müdahalede bulunacak hekim hastanın menfaatine uygun davranışta bulunmakla yükümlüdür. Hekim hastanın menfaati için gereken özeni göstererek yapma borcunu ifa edecektir. Hekimin asli edimi tüp ligasyonu ve vasktomisi işlemini özenle yapmaktır. Sağlık sebepleriyle veya aile planlaması amacıyla yapılan sterilizasyon ameliyatlarından beklenen menfaat çiftlerin ve fertlerin bir daha çocuk sahibi olmamalarıdır. Bu süreçte hekimin yan yükümlülüğü aydınlatma yükümlülüğüdür. İşlemin başarısızlık

⁷³ Aykırı görüş: Özen gösterme; aydınlatma, sır saklama ve kayda geçirme gibi yan yükümlerdir (Ayan, 1991, s. 58).

⁷⁴ RG 04.02.1994, 28903, RG 19.02.1960, 10436.

oranları ve ek gebelikten koruma tedbirleri hakkında fertlerin bilgilendirilmesi gerekmektedir.

2.3.1. Sterilizasyon İçin Teşhis, En Uygun Yöntemi Seçme ve Uygulama Borcu

Tıbbi faaliyetler için hekimlerden beklenen kendi faaliyet alanlarında mesleğe özgü ortalama davranışın da üzerinde yüksek özenli davranıştır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 154). Bu özenli davranış tıp biliminin ulaştığı ve genel kabul görmüş standartlarda olmalıdır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi madde 4’de mesleki standartlar başlığında tıbbi müdahalenin ilgili branşta kabul görmüş mesleki yükümlülükler ve tıbbi standartlara uygun yapılması düzenlenmektedir. Sterilizasyon işlemi için yetkili kılınan hekimlerden, tüp ligasyonu ve vasktomu ameliyatları için güncel kabul gören tıbbi standartta yöntemleri seçerek özenle uygulaması beklenmektedir.

Hastaya sağlık nedeniyle tüp ligasyonu önerilen durumda, hekimi bu sonuca ulaştıran teşhis koyma borcudur. Hekim muayenesinin özel şekillerinden önleyici ve erken tanı koyma muayenesi ile bu sonuca ulaşılabilir (Hakeri, Tıp Hukuku, 2015, s. 640). Öykü alınarak hasta hakkında gerekli tüm bilgiler elde edilir. Daha önceki doğumların sayısı, şekli, doğumlarda özellik arz eden durumlar, sistemik hastalıklar, soy geçmiş bilgileri, yeniden gebe kalma ve ameliyat için risk teşkil edebilecek durumların dikkatlice araştırılması gerekmektedir. Çift veya fertlerin yeniden çocuk sahibi olmak istemediği durumda menfaatlerine olan bu duruma engel olmaktır. Bu durumda erkek eş için vasktomu kadın eş için ise tüp ligasyonu yapılması bir seçenek olarak ortaya konmaktadır. Aile planlaması kapsamında; hekimin, tüp ligasyonu veya vasktomu yapılması durumunda, işlem öncesi hastayı olası risklere karşı koruma amaçlı borcundan dolayı gerekli tetkikleri yaparak en uygun sterilizasyon yöntemini çift veya fertler için seçme borcu, yükümlülüğü, bulunmaktadır. Hekimin yükümlülüklerinden biri de mesleki bilgisini geliştirme yükümlülüğüdür (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 716). Hekimin sterilizasyon işlemi için seçtiği teknik güncelliğini korusa da uygulamada tıbbi imkanların sağladığı gelişmelere uygun cihaz ve tıbbi materyal kullanması gerekmektedir. Terk edilmiş yöntemlerin kullanılması ise hekimin uygulamada kötü ifası olarak değerlendirilebilecektir. İşlem öncesi gerekli testler yapılmakta, gebelik testi de yapılarak olası bir gebeliğin dışlanması gerekmektedir. Nihayet tüm durumlar için hekim uygulama borcu kapsamında yöntemi özenle ifa etme yükümlülüğündedir. Hekim bu borcu yerine getirirken gösterdiği özen ve

çabadan sorumludur. Buna rağmen istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasından ise sorumlu olmayacaktır. Hekim, sözleşmeyle sonucu değil; teşhis, yöntem seçimi ve uygulamada özenli bir faaliyette bulunmayı üstlenmiştir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 157).

Hekim sterilizasyon işlemi için uygulayacağı yöntemi olağan tıbbi faaliyetlerde olduğu gibi seçme özgürlüğüne sahiptir. Tıbbi Deontoloji yönetmeliği madde 6/2 fıkra ile bu seçim hakkı düzenlenmiştir: “*Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*” Ancak hasta açısından en az risk yaratan en güvenli yöntemin tercih edilmesi gerekmektedir (Ayan, 1991, s. 66). Burada getirilen sınırlamanın, tıbbın ve bilimin doğasında yer alan gelişmelerin yarattığı, yeni tekniklerin kullanılmasını engelleyici nitelikte olmaması gerekmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 158). Hekim, kendi mesleki bilgi, kanaat ve vicdanına göre hasta için en iyi sonucu verecek yöntemi seçme özgürlüğü içindedir (Şenocak, 2009, s. 93). Sonuç olarak aile planlaması amacıyla uygulanacak sterilizasyon işlemlerinde de olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi genel olarak kabul edilen hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğü kurallarının esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

2.3.2. Sterilizasyon İşlemi Yapılacak Kişiyi Hekimin Aydınlatma Borcu

Hekimin hastanın üzerinde uyguladığı tıbbi müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması yoluyla elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ortaya koymaktadır (Ozanoğlu, 2003, s. 56). Hasta vücut bütünlüğüne karşı yapılacak bir tıbbi müdahale ile karşı karşıyadır ve özgürce karar verebilmesi gerekmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 203). Hekim hastasını aydınlatmakla yükümlüdür (İpekyüz, 2006, s. 76). Hekimin yapılacak işlem ile ilgili gerekli bilgileri hastaya vermesi gerekmektedir⁷⁵. Sterilizasyon işlemi için bu bilgiler hastanın karar vermesine etki eden ve sterilizasyon işleminin başarıya ulaşması için gereken konuları kapsamaktadır. Seçilecek kelimelerin hastanın anlayacağı şekilde olmasına dikkat edilerek işlem ile ilgili konuların hastaya uygun bir dilde aktarılması gerekmektedir (Büyükcay, 2006, s. 62). Aydınlatmanın kapsamı geniş olmalı ve hastaya karar verebilmesi için süre verilmelidir (İpekyüz, 2006, s. 83). Sterilizasyon işlemi ile elde edilecek sonuçların kesine yakın bir oranda geri dönüşüm şansının düşük olması, başarısızlık durumunda ise

⁷⁵ TŞSTİK madde 70 ve HHY madde 22,24’e göre vücut bütünlüğüne yönelen müdahalelerde rızanın geçerli olması için aydınlatma yapılması gerekmektedir. (Şenocak, 2009, s. 96)

istenmeyen gebelik ve çocuğun doğumuna yol açacağı için hastanın sağlıklı karar verebilmesi yeterli bir aydınlatma gerektirmektedir.

Hastanın aile planlaması kapsamında sterilizasyon işlemiyle kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasından dolayı hekimden hastanın karar sürecine etkin katılımını sağlaması beklenmektedir. Hastanın bir tıbbi müdahaleye olumlu ve olumsuz tüm yönlerini bilmeden rıza vermesi kendi özgür iradesiyle karar verdiğini göstermemektedir. Özgür iradeyle verilen rıza, hukuka uygun bir tıbbi müdahale olması için esas koşullardan kabul edilmektedir (Ayan, 1991, s. 71). Hekim mesleğini ifa eden bir kişi olarak hastasının üzerinde tıbbi faaliyetini yerine getirmektedir. Bu nedenle, belirli bir tedaviye yönelik hastanın rızasının yanında ve rızanın alınmasından önce, gerçekleştirilecek tüm tedavi aşamalarına ilişkin olarak yeterli düzeyde bilginin hastaya aktarılması gerekmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 56). Eksik ya da yetersiz aydınlatma sonrası verilen rızaya dayalı yapılan tıbbi müdahale sözleşmeye aykırı olacağından, hekim işlemin yapılmasında kusuru olmasa da olumsuz bir sonuçtan sorumlu tutulabilmektedir. Geçerli bir rıza çift ve fertlerin sterilizasyon işleminin kapsamını ve önemini bildiği varsayımına dayanmaktadır. Bu ancak usulüne uygun bir aydınlatma ile mümkün kılınabilmektedir (Büyükcay, 2006, s. 50).

Hekimlik sözleşmeleri, vücut bütünlüğü üzerinde yapılacak bir müdahaleyle ilgili olduğundan güven ilişkisinin ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ön plana daha fazla çıktığı vekalet sözleşmeleridir. Bu özelliklerinden dolayı hekimlik sözleşmelerinde diğer vekalet sözleşmelerine göre aydınlatma yükümlülüğü çok daha önemlidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 204). Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmelerde de çift ve fertlerin aydınlatılması için gerekli özenin gösterilmesi; hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisini sağlayarak ve bu ilişkinin zaman içinde güçlenmesine katkıda bulunarak, fertlerin, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında çocuk sahibi olma ya da olmama kararını vermelerini sağlamaktadır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda sterilizasyon işlemi dolayısıyla mevzuatımıza girmiş düzenleme mevcuttur. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ekinde ‘sterilizasyon için izin belgesi’ olarak adlandırılan form, doktorun açıklaması ve hastanın rızası başlığı şeklinde iki kısım olarak düzenlenmiştir⁷⁶. Hastanın rızasına yönelik bu form aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği

⁷⁶ “(…MÜDAHALEDEN ÖNCE GÖREVLİ DOKTORUN AÇIKLAMASI: Sterilizasyon işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin

sonucuna bizi ulaştırmasa da ispat kolaylığı sağlamaktadır (Ölçüm, 2019, s. 77). Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede verilen rızanın geçerliliği diğer büyük ameliyatlarda olduğu gibi yazılı verilmesine baęlıdır⁷⁷. Hekimin aydınlatma yükümlölüğünü yerine getirmeyerek zarara yol açtığı iddiası, açılan davaların büyük kısmında öne çıkarken iddianın aksinin ispatı hekime yüklenmektedir. Yargıtay verdiği bir kararda, sterilizasyon izin belgesinde; sterilizasyon ameliyatında başarı olasılığı ve süresi ile ilgili bir açıklama olmadığı, bu konuda aydınlatma yükümlölüğünün yerine getirildiğinin ispat külfetinin hekim ve hastanede olduğunun gözetilerek karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁸. Literatürde sözleşmesel sorumluluk kapsamında yükümlölüğün ihlal edildiğini iddia eden tarafın (hastanın) bu iddiasını ispat etmesi gerektiği de ifade edilmektedir (Ayan, 1991, s. 87).

Rıza formu içeriğinin hastanın bireysel risklerini ve genel olarak tüm durumları kapsayıcı nitelikte olması gerektiğinden form şeklinde düzenlenen rıza açıklamaları kayıtsız şartsız geçerlilik kazanmamaktadır (Büyükcay, 2006, s. 64). Sterilizasyon izin formunda özellikle amaçlanan sonucun başarı şansı ve süresi ile başarısızlık durumunda karşılaşılabilecek sorunlar ile ilgili aydınlatmanın yer alması önem arz etmektedir. Zira az da olsa başarısızlık ihtimali vardır, işlem kalıcı olarak üreme fonksiyonunun izalesini amaçlamıştır ancak başarısızlık durumunda gebelik ihtimali nedeniyle korunma için ek tedbirler alınması gerekmektedir.

Anayasa'nın md. 17/2. fıkrası ve Türk Medeni Kanunu md. 24 ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve rızası olmadan vücut bütönlüğüne ve kişilik hakkına yapılan saldırının hukuka aykırılığı düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde rızaya yönelik aydınlatma doğrudan yer almamaktadır. Dürüstlük kuralı gereği, hekimlik sözleşmesinde hastanın rızası ancak aydınlatılmış olduktan sonra geçerli olabilmektedir. Hasta uzmanlık gerektiren bir konuda sözleşme ilişkisi içine girmekte ancak neye rıza vereceğini bilmemektedir. Aydınlatma hastanın özgür iradesini yansıtmasına hizmet etmekte (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 206) bu şekilde, hasta, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını amaca uygun şekilde kullanabilmektedir (şenocak, 2009, s. 97).

yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsamı ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı...) '' RG 18.12.1983, 18255.

⁷⁷ RG 14.04.1928, 863, Tababet ve şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, md.70/2.

⁷⁸ Y.13. H. D. E. 2013/1813, K. 2013/11915. 9.5.2013.

2.3.2.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı

Aydınlatma yapmak, hekimlik sözleşmesinde bir yükümlülük olarak nitelenmekte ve rızanın koşulu olarak kabul edilmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 60). Hastanın yapılacak tıbbi müdahale nedeniyle rıza vermesinin koşulu olan aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağını; öncelikle Anayasanın md. 17/1. fıkrasında yer alan herkesin maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, vücut bütünlüğüne dokunulmazlık ve rızası olmadan tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükmünden almaktadır. Aydınlatma borcunun ihlali, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı yanında kendi geleceğini tayin etme hakkının da ihlali anlamına gelmektedir (İpekyüz, 2006, s. 91). Türk Medeni Kanunu md. 23 ve md. 24 ve TBK. 56. maddesi ile kişinin özgürlüklerden vazgeçemeyeceği ve kişilik hakkına ya da vücut bütünlüğüne zarar verilmesi durumunda hangi yaptırımların uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleler yararına olsa dahi kural olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir. Ancak kişinin sağlığını kurtarma amacına yönelik müdahaleler, rızaya dayanıyorsa, rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır (Ozanoğlu, 2003, s. 61).

Doktrinde kabul edilen ağırlıklı görüş, hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olmasından dolayı aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağının hekimin sadakat borcu olduğudur (Ozanoğlu, 2003, s. 61). Sadakat borcundan dolayı hasta talep etmese dahi hastanın menfaati gereği ve sözleşme amacına ulaşmak için hekim hastayı aydınlatmakla yükümlüdür (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 214). Bu şekilde hekim hastaya gerekli tüm bilgileri aktararak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek hasta kendi geleceğini belirleme hakkını özgürce kullanabilecektir. Aynı zamanda TBK 505/1. fıkra ile düzenlenen vekilin vekalet verenin talimatına uygun ifası ve TBK 508/1. fıkra ile düzenlenen vekilin vekalet verene hesap vermesini düzenleyen hükümlerinden de aydınlatma yükümlülüğünü çıkartmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 63).

Hekimin tıbbi müdahale için hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin hasta ile hekim arasındaki uyuşmazlıkların önemli bir kısmı olduğu görülmektedir (Büyükcay, 2006, s. 51). Zira hekim ile hasta arasında konum farklılığı mevcut olup mesleki bilgisini kullanacak olan hekim karar verme organı olarak davranmaktadır. Diğer taraftan hasta kendi geleceğini belirleme hakkı ve kendi vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkına sahiptir. Bu noktada hekimin aydınlatma yaparak hastanın rızasını alması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesi ile de bu konuda bir düzenleme yapılmıştır. Hasta sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların

riskleri, alternatif yöntemler, tedaviyi kabul etmemesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlar hakkında sözlü ve yazılı bilgi alma hakkına sahiptir. Hasta hekim tarafından yeterince aydınlatılmamışsa elde edilen rıza, kişilik haklarına aykırılığı engellememektedir (Büyükcay, 2006, s. 53).

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin kuruluşu aşamasında da vardır. Bu durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı olarak Türk Medeni Kanun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gösterilmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 64).

Hekim, hastanın sterilizasyon işlemini yapma işini üstlenmektedir. Hastanın haklı menfaati olan üreme fonksiyonunun kalıcı şekilde ortadan kaldırma sonucuna ulaşmak için hekimin sadakat borcu ile işleri yürütmesi gerekmektedir. Karar aydınlatması, sterilizasyon işleminin hukuka uygun hale gelmesi için hastanın gereken rızasını temin etmektedir. Hukuka uygun rızanın sağlanmasının ön koşulu karar aydınlatmasının yapılmasını gerektirmektedir. Aydınlatma yapmak, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan hekimin sadakat yükümlülüğü içinde yer alan bir yan yükümlülüktür. Rahim tahliyesi ve sterilizasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve denetlenmesine ilişkin tüzük ekinde yer alan form; rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı ön koşuluna yer vermektedir. Sterilizasyon sözleşmesi ile müdahaleden önce yetkili doktor sterilizasyon işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi ile ilgili açıklama yapma yükümlülüğü taşımaktadır. Tıbbi müdahale nedeniyle verilecek rızanın ve iznin kapsamı ve konusu, sterilizasyon işlemi söz konusu olduğunda da işlemi yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatılarak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş olmaktadır⁷⁹. Sterilizasyon nedeniyle işlemin tarafı olan eş kadar işlemin tarafı olmayan eşin de rıza vermeden önce aydınlatılması gerekmektedir. Zira işleme taraf olmayan eşin verdiği rızanın geçerliliği de kendisinin aydınlatılmasıyla sağlanabilmektedir. Hastanın menfaatine yönelik aydınlatma ve rıza ile ilgili davranışta bulunarak sadakat yükümlülüğünü yerine getiren hekim tıbbi mevzuat kapsamında da aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının garantisi kabul edilmektedir (Büyükcay, 2006, s. 54).

Sterilizasyon işlemi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklarının ihlal edilmesinin öne çıktığı bir tıbbi müdahaledir. Sterilizasyon

⁷⁹ RG 18.12.1983, 18255, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, Ek. Sterilizasyon için izin belgesi.

işleminde de diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden işlem ile ilgili tıbbi standartlara uyarak ve özenle işlemi yapsa dahi işlem başarısızlığı sonucu ortaya çıkacak maddi manevi zarardan sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 214, dn. 322).

Sterilizasyon işleminin tıbbi kurallara uygun yapılması, komplikasyon olarak kabul edilen tüp veya sperm kanallarının yeniden kanalizasyonu sonucu gebelik oluşması, gebelik süresince bir problem yaşanmaması ve sonuçta sağlıklı bir çocuk doğsa bile hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde hastanın vücut bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının ihlalinin kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre manevi tazminat ile birlikte maddi kayıplarında şartları oluşmuşsa karşılanması gerekmektedir.

2.3.2.2. Hastanın Kendi Geleceği Hakkında Karar Vermesine Yönelen Aydınlatma: Karar Aydınlatması

Aydınlatma yükümlülüğü, karar aydınlatması ve koruma aydınlatması olmak üzere iki başlık halinde incelenmektedir. Karar aydınlatması ise teşhis, süreç ve riziko aydınlatması olmak üzere üç başlık halinde incelenmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 66). Hastanın aydınlatılması hekimle hasta arasındaki statüsel ilişkinin bir anlaşmaya dönüşmesine hizmet etmektedir. Hastanın, yapılan aydınlatma sonrasında, tıbbi müdahalenin planlanması ve gerçekleştirilmesi bakımından özgürce ve durumun gerektirdiği bir karar verebilecek duruma gelebilmesi istenmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 60). Kendisine yapılacak tıbbi işlemler ile ilgili bilgi sahibi olan hasta, özerkliğe saygı ilkesi çerçevesinde vücut bütünlüğüne yönelik bir işlem nedeniyle karar verebilecek duruma gelmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 207)⁸⁰. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, tıbbi işlem süreci için rızanın temin edilmesinden önce aydınlatma gerektirdiği gibi işlem sonrası için de aydınlatma yapılmasını gerektirmektedir. Hastanın aydınlatılmış olmasının sağlanması, hastanın rızasını almak nedeniyle değil kendi iradesini yansıtan kararını almasını sağlamak için yapılmaktadır. Aydınlatma borcunun kapsamı belirlenirken her zaman için geçerli olan kurallar yerine somut olayın taşıdığı özelliklere göre ortalama bir insan (hasta) dikkate alınarak hareket edilmesi gerekmektedir (Ayan, 1991, s. 75,76). Hekimin, hastasını, teşhis,

⁸⁰ Aynı yönde: (İpekyüz, 2006, s. 76).

tedavi seçenekleri, tedavinin riskleri, gerçekleşmesi muhtemel sonuçlar hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirmesi gerekmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 65).

Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede hekimin hastaya yapacağı aydınlatmanın olağan müdahalelere göre daha titiz yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira eşlerin, geri dönüşümsüz olarak üreme hakkından vazgeçmesi gerekmektedir. Eşler, olası bir başarısızlık durumunda istenmeyen, planlanmamış ancak kaçınılmaz olarak doğan bir çocuk sahibi olma durumuyla karşılaşabileceklerdir. Ekonomik açıdan yetersizlik içinde olan çiftin veya fertlerin daha fazla çocuk sahibi olmak istememe amacıyla sterilizasyon işlemine başvurdukları durumda, başarısız sonuç ek yük getirecek bu da zarar nedeniyle tazminata talep konusu olacaktır.

Karar aydınlatması için aydınlatmanın kapsamı belirlenirken hastanın karar vermesine yardımcı olacak tüm bilgilerin hekim tarafından kendisine verilmesi gerekmektedir. Sterilizasyon işlemi sağlık nedeniyle yapılacaksa, hastaya gebe kalma ve çocuk doğurmanın yaratacağı riskler teşhis aydınlatması kapsamında yapılmaktadır. Bu aşamada erkek eşin de sterilizasyon işlemiyle ilgili seçenekler hakkında aydınlatılması ve gerekirse kadının değil erkeğin de sterilize edilebileceği konusunda gerekli aydınlatma yapılabilir. Hekim, karar aydınlatmasının tarzı niteliği ve kapsamını hastanın kültürel durumunu da dikkate alarak belirleyebilmektedir. Buna göre hastanın durumu uygunsa gerekli durumlarda bilimsel ve mesleki ifadelerle de anlatımını yapabilmektedir (Ozanoğlu, 2003, s. 66).

Süreç aydınlatmasında tıbbi müdahalenin gerekliliği, türü, gerçekleştiriliş tarzı ve kapsamı ile böyle bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında aydınlatma yapılmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 78). Sterilizasyon işlemi için yapılan süreç aydınlatmasında, tüp ligasyonu veya vasektomi sağlık nedeniyle yapılıyorsa, işlemin gerekliliği, bu müdahale uygulanmazsa oluşabilecek durumlar, erkek ve kadın sterilizasyon işlemlerinin hangi yöntemlerle yapıldığı, işlem öncesi ve sonrasında yaşanabilecek durumlar ile ilgili bilgilendirme yapılması, diğer gebeliği önleyici yöntemler ve başarı oranları hakkında da aydınlatma yapılması gerekmektedir.

Karar aydınlatmasında en önemli konu risk aydınlatmasıdır. Nitekim uygulamada hekimin sorumluluğuna en çok risk aydınlatmasının eksik ya da hiç yapılmaması yol açmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 211). Risk ne kadar büyükse, aydınlatmanın kapsamı da o ölçüde geniş olmalıdır (Ozanoğlu, 2003, s. 68). Hastaya komplikasyon oranları hakkında bilgi verilirken aynı zamanda karar vermesine etkili olacak bütün riskler konusunda da aydınlatma yapmak

gerekmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 266). Hasta hekim arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle, hastanın kişisel ihtiyaçları ve bulunduğu somut durum dikkate alınarak hastanın risk aydınlatılmasının yapılması gerekmektedir. Sterilizasyon işleminin kalıcı olarak çocuk sahibi olmama amacına yönelik olarak yapıldığı, istenirse geri dönüşüm için yapılacak cerrahi müdahale ve bunların başarı oranları, işlem sonrası başarısızlık oranları gibi karşılaştırılması muhtemel riskler ve bu tip durumların önüne geçmek için alınacak ek tedbirler gibi konularda, eşlerin aydınlatılmış olması gerekmektedir. Aile planlamasına yönelik amacı olan kadın veya erkek için yapılacak sterilizasyon işleminde özellikle işlem başarısızlığı ve işlem sonrası dikkat edilmesi gereken durumlar gibi eşlerin rıza vermesi ve karar vermelerine temel teşkil edecek hususların eşlere anlatılması gerekmektedir. Özellikle tüp ligasyonu sonrası %0'1-%0'3 oranında az ihtimalle de olsa tüplerin yeniden kanalize olarak gebeliğe imkân verecek hale gelebilmesinden bahsedilmesi gerekmektedir. Vasektomi işlemi sonrası bağlanan sperm kanallarının yeniden kanalize olarak sperm geçişine izin vererek üreme potansiyelinin istenirse de kazanılabileceği ve bunu hangi oranlarda görülebileceği bilgisi hastaya verilmelidir. Nitekim risk oranları düşük de olsa yaratacağı sonuçlar ağır ve kalıcı olabilmekte, eşlerin mağduriyetine yol açabilmektedir. Eşler, özenli ve kapsamlı olarak aydınlatma sonrası sterilizasyon işlemi ile ilgili sonuçları bilecek duruma gelebilmektedir. Aksi halde diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hastanın rıza vermiş olması, yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 210).

2.3.2.3. Koruma Aydınlatması

Hekimin koruma aydınlatması yapma yükümlülüğü ile hastanın sağlığına yönelik menfaatlerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Koruma aydınlatmasıyla ulaşılmak istenen amaç, hastanın, yapılan tıbbi müdahalenin özüne uyan doğru davranışta bulunmasını sağlamaktır (Ozanoğlu, 2003, s. 68). Koruma aydınlatmasında hastayı tıbbi risklere karşı koruma düşüncesi ön plandadır ve aydınlatma yükümü, hekimin özen yükümlülüğünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali, hekimin özen yükümlülüğünün ihlali olup bir meslek kusuru olarak kabulü gerekmektedir (Şenocak, 2009, s. 98). Hekim, işlem sonrası gerekli kontrolleri yapmak, bakım hizmetlerinden kendisine ait olanları gerçekleştirmek ve başkalarına bırakılanlarının gereği gibi ifasını denetlemekle yükümlüdür (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 641). Koruma aydınlatmasında karar ve rıza alınmasını

sağlayan aydınlatma süreci geçilmiş, tıbbi müdahale uygulanmış ve iyileşme sürecine girilmiştir. Artık hastanın işlemin başarılı sonuca ulaşması amacıyla yapması gereken, uyulması istenen davranışları söz konusudur. Konumuz yönünden, sterilizasyon işlemlerinden vasktomü işlemin için ilk 3 aylık dönemde yöntemin tam olarak korumadığı bu dönemde ek gebeliği önleyici yöntemler kullanılması gerektiği çiftte ve fertlere anlatılmalıdır. Belirli aralıklarla sperm testinin yapılarak istenen sonucun teyit edilmesine kadar ek yöntemlerle korunmasının çiftlere çok iyi anlatılması gerekmektedir. Sterilizasyon işleminin başarısızlık ihtimaline karşın çiftin aydınlatılmasının güvenlik aydınlatması olduğu da literatürde ifade edilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 276)⁸¹. Burada hekim tarafından yapılması gereken koruma aydınlatmasının yapılmaması ile birlikte işlem başarısızlığı sonucu oluşan zarar nedeniyle bir tıbbi hatadan söz edilmekte; aydınlatma yükümlülüğü nedeniyle değil artık asıl işin gereği gibi özenle ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarar nedeniyle, hekim, sözleşmeyi ihlal etmiş olmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 213).

Koruma aydınlatması müdahale sonrası için hastanın bilgilendirilmesini içermekte ve müdahalenin başarıya ulaşması için yapılması gereken davranışları kapsamakta ve sözleşme içinde yer almaktadır. Koruma aydınlatması, yapma borcu, asıl edim borcu içinde yer aldığından, özenle gereği gibi yerine getirilmezse sözleşmenin ihlali sonucu doğacaktır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 218).

2.3.3. Hekimin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu

Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığının korunması amacıyla gerekenleri yaparak, hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınmasını ifade etmektedir (Ayan, 1991, s. 87). Sadakat borcu, hekimin mesleki görevini yerine getirirken hastanın menfaatlerini her şeyin üstünde tutmasını gerektirmektedir (İpekyüz, 2006, s. 102). Sadakat borcu temelini, Türk Medeni Kanunu md. 2 uyarınca herkesin borcunu yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği hükmünden almaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 219).

Hekimlik sözleşmesi güvene dayanmaktadır, sadakat borcu gereği hekimin hastanın güvenini sarsacak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Hekimden beklenen, kendisine emanet edilen sağlık, beden bütünlüğü ve hayat değerleri nedeniyle hastanın menfaatini

⁸¹ Güvenlik aydınlatmasında hastanın rızasını almaya yönelik bir aydınlatma yapılmamakta, uyarı yükümlülüğü yerine getirilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 270).

kendi menfaatinin üstünde tutmasıdır. Özen borcu işin yapılması ile sona ermekte sadakat borcu ve bundan kaynaklanan sır saklama borcu işin yapılmasından sonra da devam etmektedir. Özen borcu yerine getirilmemişse işin gereği gibi ifasının sağlanamaması, sadakat borcunun yerine getirilmemesi ile hekime duyulan güvenin kaybolmasından doğan zararların karşılanması gerekmektedir (İpekyüz, 2006, s. 103).

Özen borcu genel bir nitelik taşımaktadır. Hekim, teşhis koyarken, teşhis sonucu doğru tedavi yöntemini seçerken, seçtiği tedavi yöntemini uygularken ve aydınlatma yükümlülüğü gibi diğer borçlarını yerine getirirken her zaman özenle davranma yükümlülüğü altında bulunmaktadır (Ayan, 1991, s. 89).

Özen borcunun sınırları tespit edilirken işin gerektirdiği özenli hareketlerin yapıldığının anlaşılması gerekmektedir. Hekimin ‘her zaman böyle yapılıyor’ savunması sorumluluktan kurtarmamalı, her türlü yöntemi kullandığını ve başarısızlığa neden olacak şeyleri yapmadığını ortaya koyabilmesi gerekmektedir (İpekyüz, 2006, s. 106). Bu durumda hekim sorumlu tutulamayacaktır. Zira hekimin görevi sonucun başarılı olmasına ulaşmak için özenli bir faaliyet içinde olmaktır.

Sterilizasyon işlemini hastanın sağlığını öne sürerek gereksiz endikasyonla önermek sadakat borcunun ihlali niteliği taşımaktadır. Hastanın öyküsünde geçirilmiş sezaryen ameliyatı olması ve mevcut gebeliğinde sezaryen ile olacak olması durumunda sağlık nedeniyle veya aile planlaması nedeniyle sterilizasyon işlemine karar verilmesi, hekimin, hastaya titiz bir aydınlatma yapılması sonrasında hastaya bırakılmalıdır. Aksi halde hasta endişeye sevk edilerek, hastanın menfaatine olan durum tam olarak ortaya konmadan, hastanın kişiliği göz önünde bulundurulmadan yapılacak bir sterilizasyon işlemi sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilecektir.

2.3.4. Hekimin Kayda Geçirme ve Sır Saklama Borcu

Tıbbi kayıt⁸² tutma yükümlülüğü mesleki olduğu kadar sözleşmeden de kaynaklı bir yükümlülüktür. Tıbbi kayıt tutma yükümlülüğünün amacı tıbbi müdahalenin emniyet içinde

⁸² “Tıbbi kayıt, hekim veya diğer sağlık personeline hazırlanan, hasta veya üçüncü kişilerce verilen bilgilerden hareketle yahut hekimce gerçekleştirilen teşhis ve tedavi faaliyetine ilişkin değerlendirmeleri sonucu oluşturulan, tıbben öngörülmüş amaçlara hizmet eden, kağıt veya elektronik ortam üzerine kaydedilmiş her türlü bilgi ve belge olarak tanımlanabilir.” (Taştan, 2015, s. 23)

yapılması, delillerin güvencede olması ve hekimin, hastaya hesap verebilmesi, sorumlu tutulabilmesidir. TBK md. 508 hükmü uyarınca hekim hastaya karşı hesap verme yükümlülüğü altındadır. Ancak öncelikle tıbbi faaliyetin güven içinde yapıldığının bir işareti, yapılan işin doğasında yer alan bir yükümlülüktür. Tıbbi kayıt tutma yükümlülüğü, hekimin, önleyici tedbir olarak, uygulanan işlem ile ilgili sorumluluğunu sağlamaktadır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 686). Tıbbi kayıt tutma yükümlülüğü hekim ve hasta açısından ispat etme kolaylığı da sağlarken; hastanın iddiaları ve hekimin savunmaları ispatlanırken öncelikle bu kayıtlar ele alınmaktadır (Ayan, 1991, s. 95).

Tıbbi müdahale ve işlemlerin kayıt altına alınması yükümlülüğünü hekimin diğer yükümlülüklerinden ayırmak tedavi sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümlülüğü olduğu sonucuna varmak mümkün görülmektedir (Taşatan, 2015, s. 39,40). Buna göre hekimin hasta ile olan sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri arasında yer alan kayıt tutma yükümlülüğü hekimin sır saklama yükümlülüğünden daha ileride yer almakta asıl edim olan teşhis ve tedaviyi ifa yükümlülüğüne yaklaşmaktadır.

Sterilizasyon işlemi için tüm tıbbi süreçte yapılanların kayıt altına alınması olağan müdahalelerde olduğu gibi çok önem arz eden, sözleşme gereği, hekimden yerine getirilmesi beklenen bir yükümlülüktür. Konumuz açısından işlem öncesi ve işlem sonrası ile ilgili üç konu öne çıkmaktadır.

Hekimin sterilizasyon işlemi ile ilgili çift ve fertlere yaptığı aydınlatma ve hastanın işleme verdiği rızayı gösteren sterilizasyon için izin belgesinin kayıt altına alınarak saklanması çok büyük önem taşımaktadır. İkincisi, vasktomisi sonrası ilk 3 aylık dönemde belirli aralıklarla sperm tahlili yapıldığını gösteren tetkik belgeleri, erkeğin steril olduğunu gösterir kayıt ve bu dönemde önerilen ek gebeliği önleyici yöntemlerin önerildiğini gösterir kayıtların tutulması gerekmektedir. Tüp ligasyonu veya vasktomisi işleminin hangi tekniklerle yapıldığını, işlem sırasında karşılaşılan olağan dışı konuların özellikle ameliyat notlarında yer almasına dikkat edilmelidir. Zira hekimin hatası veya ihmali ile yapılan bir işlem başarısızlığa neden olabileceği gibi tıbbın doğası gereği tüp veya sperm kanalları yeniden bütünlük kazanarak gebeliğin oluşmasına neden olabilmektedir. Ameliyat notlarının titizlikle not edilmesi bu durumların taraflara izahını ve bilirkişilerin konuyu değerlendirmesine yardımcı olarak ispat etmeyi kolaylaştırmaktadır. Kayıt tutma yükümlülüğünün delil güvencesi gibi görülmesi doktrinde tartışılmaktadır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 687). Hekimin, kayıt tutma yükümlülüğünü özenle yerine getirmesini

sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmelerde ispat kolaylığı sağlayacağı görüşündeyiz. Zira rekanalizasyon ve hatalı uygulanan tıbbi işlemler nedeniyle sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonucu gebelik oluşmasında, sonradan değerlendirme yaparak, başarısızlık nedenini ortaya koymak her zaman kolay olmamaktadır⁸³.

Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/8. fıkraya göre işlem sonrası yapılması gerekenler ve kontrol tarihleri gibi bilgiler hastaya sözel olarak anlatılmakta ve bu süreci de içeren epikrizin bir nüshası hastaya verilmektedir⁸⁴.

Sır saklama yükümlülüğü hekimin sadakat yükümlülüğünden kaynağını alan bir yan yükümlülüktür (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 703). Sır saklama yükümlülüğü kapsamında, sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi gurubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmasında hasta tarafından anlaşılabilir, gerekçesi ortaya konabilen ve korunmaya değer bir fayda bulunan durumlar söz konusudur. Neyin sır olup olmadığı belirlenirken somut olarak müdahale edilecek hasta esas alınmaktadır (Ayan, 1991, s. 99). Sterilizasyon işlemi de bu kapsamda yer alması gereken tıbbi bir olaydır. Aile planlaması hakkı çerçevesinde yapılan sterilizasyon işleminin tüm aşamalarıyla hekimin sır tutma yükümlülüğü kapsamında olduğunu düşünmekteyiz.

2.4. Hastanın Hekime Karşı Borçları

Hekimin tek taraflı çabasıyla ve sorumluluklarını yerine getirmesiyle tıbbi faaliyet sonucu elde edilmek istenen sonuca ulaşamayacağı, hastanın da yükümlülüklerini yerine getirmesiyle ancak istenen sonucun elde edilebileceği bilinmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 720). Burada ele alınacak konu sözleşmesel sorumluluk kapsamında TBK 502/ 3. fıkrası ile düzenlenen hastanın hekime ücret ödeme yükümlülüğüdür. Bu hükme göre sözleşme veya teamül varsa, hekimin yapma borcu ile ücrete hak kazanacağı ifade edilmektedir (İpekyüz, 2006, s. 152).

Serbest çalışan hekimin ücrete hak kazanacağına ilişkin kanuni düzenlemelerden biri de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 33. maddedir. Bu maddeye göre, *“Her çeşit cerrahi*

⁸³ Bir gebelik oluşması durumunda, doğumdan sonra; rahim filmi çekilerek tüplerin yapısından bir işleme maruz kaldığı anlaşılırsa yeniden kanalizasyon olduğu, ancak eksik yapılan bir işlem sonucu mu yoksa tam olarak yapılan bir işleme mi bağlı olduğunu anlamak kolay olmayacaktır. Tüplerin yapısında özellik arz eden bir durum yoksa işlemin yapılmadığı söylenebilecektir.

⁸⁴ RG 01.08.1998, 23420.

müdahale, doğum, fizyoterapi, radyoterapi, dış tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir.” şeklindedir⁸⁵.

Hekimin ücret alacağı, aksine bir anlaşma veya teamül yoksa sterilizasyon işleminin tamamlanmasından sonra ödenmektedir. Kural olarak hekim önce işlemi yapacak daha sonra ücrete hak kazanacaktır (Sarı, 2004, s. 270).

⁸⁵ RG 19.02.1960, 10436.

BÖLÜM 3: HEKİMİN STERİLİZASYON İŞLEMİNDEN DOĞAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

3.1. SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

3.1.1. Genel Olarak

Yukarıda bahsedildiği gibi hekimle hasta arasında sorumluluğa temel teşkil eden geçerli bir hekimlik sözleşmesi olması gerekmektedir ve bu sözleşmenin niteliği de vekalet sözleşmesidir. Hasta, hekimin hatalı tıbbi faaliyeti neticesi zarar görürse hekimin sorumluluğu vekalet sözleşmesine dayanmaktadır (Ayan, 1991, s. 63). Hekimin, sözleşmeye dayalı bir sorumluluğundan söz edebilmek için hekimin üstlendiği borçlardan birini ihlal etmesi gerekmektedir. Hekimin, sözleşmeyi ihlali söz konusu değilse hekimin sözleşmesel sorumluluğunu yerine getirmediğinden bahsedilememektedir. Sözleşmenin varlığı ve sözleşmenin ihlalinin ispat yükü hastanın üzerindedir (İpekyüz, 2006, s. 129). Hekimin sorumluluğunun varlığı için; sözleşmenin ihlali, hekimin kusuru, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zararın meydana gelmesi ve zarar ile sözleşmenin ihlali arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir (Ölçüm, 2019, s. 114).

Hekimlik sözleşmesi rızaya dayalı bir sözleşmedir ve Türk Borçlar Kanunu 1. maddeye göre hekim ve hasta arasında karşılıklı ve birbirine uygun iradenin açıklanmasıyla kurulmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 110). Hekime başvuran ve başvurduğu hekime güveni olduğu düşünülen hastanın tıbbi faaliyet için, bilgi almanın ötesinde, işin görülmesi talebi öneridir. Hekimin bu öneriyi açık ya da sessiz kalarak kabul etmesi durumunda hasta ile arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 113).

Türk Borçlar Kanunu md. 503 hükmü uyarınca hekim kendisine yapılan öneriyi hemen reddetmedikçe vekalet (hekimlik) sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Tıbbi deontoloji yönetmeliği md. 18'e göre hekim mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilmektedir⁸⁶. Türk Borçlar Kanunu md. 512 hükmü ise hekim ve hasta için sözleşmeyi istedikleri zaman sona erdirmeye imkanı vermektedir. Madde hükmüne göre, sözleşmeyi sona erdiren tarafın uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmesi

⁸⁶ RG 19.12.1960, 10436.

durumunda diğer tarafın ortaya çıkan zararını telafi etmesi gerekmektedir. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 19/1.ve 2. fıkraları ile hekimin hangi hallerde sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmektedir. Buna göre, hekim, uygun zamanda başka bir meslektaşına hastasını devredebilirse sözleşmesel sorumluluğu olmamaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 115-116).

Sözleşmenin kurulmasına dair bir şekil şartı Türk Borçlar Kanunu ve sağlık mevzuatında yoktur. Tababeti Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 70 hükmü büyük cerrahi işlemler için hastanın rızasının yazılı olması şartını koymuştur. Sözleşmenin kurulması, varlığı şekil serbestisine tabidir. Ancak sözleşme yerine getirilirken, tıbbi faaliyet yapılırken hastanın rızasının yazılı olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 116).

Sözleşme varlığını tıbbi müdahale sonrasında da devam ettirmektedir. Zira hekimin takip ve kontrol yükümlülüğü vardır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 734). Sözleşme tıbbi hizmetin tamamlanması veya Türk Borçlar Kanunu madde 512 hükümleri uygulanırsa sona ermektedir (İpekyüz, 2006, s. 155).

3.1.2. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmenin Hukuka Uygunluğu

Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmenin hukuka uygunluğu sözleşme ihlalinin zararlar sonuçlanması durumunda tazminat talebinin ilk şartıdır. Sterilizasyon işlemi tıbbi endikasyon olmadan da yapılabilen bir tıbbi müdahale olup kanuni endikasyondan da bahsedilmektedir⁸⁷. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md. 2/2. fıkrası, ‘‘nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır’’ ifadesiyle kanuni endikasyona dayanak sağlamaktadır. Çift veya fertlerin, karar verip sterilizasyon işlemi için yaptıkları sözleşmenin içeriği kanuna uygun görölmektedir. NPHK veya ahlaki kurallar fertlerin kişilik hakkı çerçevesinde üreme yeteneğinin izalesi için vereceği kararı geçersiz kılmamakta ve yapılan sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşme hukuka uygun bulunmaktadır. Diğer taraftan sterilizasyon işlemi ile doğması engellenen çocuğın ise dünyaya gelme veya yaşama hakkı söz konusu değildir. Zira soyut ve var olmayan var olması ve somut hale gelmesi engellenen ve ihtimal dahilinde olan bir çocuktan bahsedilmektedir (Zeytin, 2002, s. 37).

⁸⁷ ‘‘Yasal düzenlemeler ile yapılmasına olanak tanınan tıbbi müdahaleler ise kanun hükmünü icra niteliğinde olup, hukuka uygundur...kısırlaştırmada olduğu gibi’’, (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 458)

Sorumluluk hukuku açısından sterilizasyon işlemi, bireylerin aile planlamasına yönelik hakkı çerçevesinde bir sözleşmenin konusuysa bu hakkı korunmakta ve hukuki sonuçlara bağlanmaktadır. Anne baba hekimle yaptıkları sözleşmeyle daha fazla çocuk sahibi olmak istememe nedenlerinin ekonomik ve sosyal nedenlerle olduğunu belirtip aile planlamasına yönelik hakkı, kendi geleceklerini planlama hakkı çerçevesinde işlemi yaptırmak istemeleri durumunda sterilizasyon işleminde hekimin ihmaliyle oluşan gebelik sonucunda istenmeden doğan sağlıklı çocuk için tazminat talebinde bulunabilmektedir. Ancak çift veya fertler sağlık amacıyla yapılsa dahi yapılan sterilizasyon işlemine güvenerek gebeliği önleyici ek tedbir almamakta ve işlem başarısızlığı durumunda aile planlamasına yönelik haklarının ihlal edildiğini de iddia edebilmektedir (Zeytin, 2002, s. 35,38)⁸⁸.

Fertlerin aile planlaması kapsamında istedikleri zaman istedikleri sayıda çocuk sahibi olmaya yönelik hakkı, hak türleri içinde ön sırada yer almakta her bireyin Anayasal güvencesi altında olan kişiliği özgürce geliştirme hakkının bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Bu hak Anayasamız md. 17/1. fıkrası ile *‘kişinin hakları ve ödevleri başlığı’* altında düzenlenmiştir. Buna göre, *‘herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir’*. Kişinin çocuk yapma yeteneğinin sürekli olarak ortadan kaldırılması nedeniyle, sterilizasyon işlemi vücut bütünlüğüne ve hayatın akışına yapılan çok ağır bir tıbbi müdahaledir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 619-620). Sterilizasyon işlemi bir tıbbi müdahale olması ve hastanın vücut bütünlüğü gibi temel kişilik hakkını ihlal etmesi nedeni ile hukuka aykırıdır (Büyükcay, 2006, s. 17)⁸⁹. Başta hastanın rızası, hastanın iradesinin açık olarak belirtilmesi, yeterli bir aydınlatma ve Türk Medeni Kanunu mad. 23 ve 24’te yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden biri ile hukuka aykırılık giderilir. Verilen rızanın ahlaka aykırı olmaması şartı TMK md. 23/2. fıkrası ile hüküm altına alınmıştır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 32). Hasta Hakları Yönetmeliği md. 12 ise teşhis, tedavi ve koruma amacı olmaksızın yapılacak vücut bütünlüğünü ihlal eden hiçbir şeyin yapılamayacağına ilişkin düzenlemesiyle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırsız olmadığını göstermektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 33).

Sterilizasyon işlemine yönelik sözleşmenin hukuka uygun olması için; tıbbi, genetik, sosyal haklı nedenler olması, tıbbi sakınca olmaması, işlemin uygulanacağı kişinin ergin olması,

⁸⁸ Aynı yönde, *‘(...sözleşme, istenmeden doğacak çocuğun getireceği ekonomik yükü önlemeyi amaçlamamaktadır...)’* (Büyüksağış, 2006, s. parag. 26)

⁸⁹ Aynı yönde, *‘üreme yeteneğinin kaybı, aynı zamanda insan kişiliğinin belirli oranda azalmasını ifade eder. Sterilizasyon kişilik hakkına yönelik, onu ihlal edici cerrahi müdahale niteliği taşır.’* (Ayan, 1991, s. 25)

rızasının olması ve işlemin özellikleri ve kapsamı hakkında yeterli aydınlatılması gerekmektedir. NPHK md. 6/2. fıkrası gereği evli kişiler yönünden sterilizasyon sözleşmesinin geçerli olması diğer eşin rızası ile olabilmektedir.

Endikasyon yönünden, maddi zorluklar yaşanmasına bağlı ekonomik nedenlerle sterilizasyon isteyen bir kadının gebeliğin yaratacağı fiziksel ve psikolojik yükten korunması sosyal endikasyon olarak kabul edilebilmektedir. Rahim kanseri olan bir kadının sterilize edilmesi bir tedavidir. Eşlerin kalıtsal hastalığa sahip olunması durumunda doğacak çocuğun yaşamla bağdaşmayan ağır bir hastalığa maruz kalacak olması nedeniyle sterilizasyon işlemi genetik endikasyonla yapılmaktadır. Sosyal ve ekonomik sebeplerle yapılan sterilizasyon işlemi doktrin ve uygulamada çoğunlukla hukuka uygun kabul edilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 620).

Ahlaka aykırılık yönünden, Ayan, belirli durumlar ve tıbbi nedenlerle yapıldığı takdirde sterilizasyon işlemini ahlaka uygun olduğunu belirtmektedir (Ayan, 1991, s. 25). Bizim katıldığımız görüş, güncel olarak ahlak kavramının değişebileceği bugün için sterilizasyon işleminin ahlaka aykırı bir işlem olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündedir⁹⁰.

Çiftin, ortak kararıyla ve rızasıyla, eşlerden birinin steril olması önünde sterilizasyon sözleşmesini geçersiz kılacak kanuni bir engel bulunmamaktadır. Sterilizasyon için yapılan sözleşme kapsamında çiftin ve fertlerin kişisel kararları karşısında doğması istenmeyen sağlıklı çocuğun dünyaya gelme ve yaşama hakkı korunmamakta ve bu şekliyle hukuken geçerli kabul edilmektedir (Zeytin, 2002, s. 37).

3.2. SÖZLEŞMENİN İHLALİ

3.2.1. Genel Olarak

Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun diğer bir şartı sözleşmeyi ihlal etmesidir. Bu hekimin hastaya zarar veren bir davranışı veya sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesi sonucu olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu 112. madde hükmüne göre “borcun hiç ifa

⁹⁰ Aynı yönde, “(…kısırlaştırma ahlaki açıdan verilecek bir karar değildir...)”, (Temel, 2010, s. 68)

edilmemesi’’⁹¹ veya ‘‘gereği gibi ifa edilmemesi’’ sözleşme ihlalinin tipik unsurlarıdır (İpekyüz, 2006, s. 129). Borcun hiç ifa edilmemesinin bir görünümü de temerrüt halidir⁹². Hekimin sterilizasyon sözleşmesini ihlalinin bu ihlal türleri arasında nerede durduğunun anlaşılması gerekmektedir. Hekimlik sözleşmesinin ihlalinin sonuçları için Türk Borçlar Kanunu md. 112 ile beraber, md. 117 ve md. 506 dayanak alınmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 261).

Sterilizasyon işlemi yönünden borcun hiç ifa edilmemesi, yani işlemin yapılmasının unutulması mümkündür. Sezaryen ameliyatı sırasında tüp ligasyonu işleminin yapılmasının unutulması halinde bu durum somut hale gelebilmektedir. İşlemin yapılmaması ancak hastanın bu durum ile ilgili bilgi sahibi olmaması nedeniyle sterilizasyon işlemi yapılmış gibi kabul ederek ek gebelikten koruyucu tedbirler almaması sonucunda gebelik oluşması ve sağlıklı çocuğun doğması halinde bu durum mümkündür. Vekalet sözleşmesi gereğince hekim sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmeden kaynaklanan borcu muaccel olmasına rağmen tüp ligasyonu işlemini gerçekleştirmemiş ve hareketsiz kalmıştır. Burada söz konusu işlemin yapılmaması objektif imkansızlık nedeniyle değil unutulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Hasta, hiç ifa edilmeme hükümlerinden yararlanarak zararının hekim tarafından karşılanmasını isteyebilmektedir. Zira Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmüne göre hekim, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe hastanın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 262, dn. 6'da belirtilen yazar).

Sözleşme ihlalinin tespitinde öncelikle hekim ve hasta arasındaki sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmeye göre ulaşılmak istenen sonucun belirlenmesi ve hekimin bu sonuca ulaşmak için tıbbın kuralları kapsamında gerekli olanı yapıp yapmadığının tespiti gerekmektedir. İhlalin varlığı genellikle bilirkişilerin yardımıyla ortaya konan hukuki bir problemdir (Şenocak, 2009, s. 96).

⁹¹ ‘‘Türk Borçlar Kanunu’nda ifa imkansızlığı açık olarak düzenlenmediğinden TBK md. 112 genel hükmüne tabidir. Borçlu imkansızlıktan sorumlu değilse TBK md.136 hükümlerine göre sorumluluktan kurtulur.’’ (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 443, p. 1453)

⁹² Hiç ifa etmemenin özel bir görünümü olan borçlu temerrüdü, hekimlik sözleşmelerinde nadir uygulama alanı bulmaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu md. 512 taraflara sözleşmeyi tek taraflı sonlandırma imkanı tanımakta hekim uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirirse ortaya çıkacak zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 263), Konusu yapma borcu olduğu için temerrüt hükümlerinin vekalet sözleşmesinde uygulama alanı bulması tartışılmaktadır (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 263 dn. 7' de belirtilen yazar.).

Hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlalinin ispat yükü hastanın üzerindedir. Hasta, hekimin, sterilizasyon işlemini gerçekleştirirken yükümlü olduğu hangi borcunu ihlal ettiğini ortaya koyabilmelidir (Ayan, 1991, s. 64). Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü uyarınca sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmeden doğan borca aykırı davranması sonucu istenmeden sağlıklı bir çocuğun doğması halinde hekim, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, eşlerin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olmaktadır. Bir hukuka uygunluk sebebi varsa bu durumda tazminat istenememektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 872).

3.2.2. Gereği Gibi İfa Etmeme

Hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinin ihlalinde genellikle hekimin borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumu söz konusu olmaktadır. ‘Gereği gibi ifa etmemeden’ hekimin özen borcundan kaynaklı asıl edimini gereği gibi ifa etmemesi, sadakat borcundan kaynaklı yan yükümlerini gereği gibi ifa etmeyerek ihlal etmesi anlaşılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü Türk Borçlar Kanunu md. 506/2. fıkra hükmü ile somut hale getirilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 263, 264). Buna göre, Türk Borçlar Kanunu 112. maddesinde yer alan gereği gibi ifa etmeme genel bir yükümlülük olup, Türk Borçlar Kanunu 506/2. fıkarda yer alan sadakat borcu ve özenle iş görmenin gereği gibi ifa edilmediği durumları işaret etmektedir.

Hekim sterilizasyon işlemini yapma yükümünü zamanında ifa etmesine rağmen bu edim, sözleşmede borçlanıldığı gibi gereği gibi ifa edilmeyerek sözleşmenin ihlali ortaya çıkabilmektedir. Bazen de hekim sterilizasyon işlemini yapmasına rağmen beraberinde ve bundan bağımsız yan yükümlülük olan koruma yükümlülüğünü ihlal edebilmektedir. Her iki durumda da hekim borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır. Aşağıda değinileceği gibi sterilizasyon işleminde, uygulamada, sözleşmenin ihlali bakımından gereği gibi ifa etmeme dava konusu olabilmektedir. Gereği gibi ifa etmeme de kötü ifa ve yan yükümlülüklerin, koruma yükümlülüklerinin ihlali şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

3.2.2.1. Kötü İfa (Malpraktis)

Kötü ifa, özensiz ifayı da kapsayan bir sözleşme ihlalidir, doğru ve tam olmayan ifanın karşılığıdır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 265). Sterilizasyon işlemi ile ilgili yapılması

gerekenlerin sözleşmenin niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesi eksik olması söz konusudur. Tıp biliminin standart ve tecrübelerine göre gerekli özendenden yoksun olarak sterilizasyon işlemi gerçekleştirmek yükümlülük ihlali olup sözleşmenin de ihlal edildiğini işaret etmektedir (Büyükcay, 2006, s. 69). Hekimin gerçekleştirdiği sterilizasyon işlemi başarısız sonuçlanırsa; asıl borç yerine getirilmemiş, gebeliğin oluşumu engellenememiş ve istenmeyen sağlıklı bir çocuk doğmasına neden olarak zarar olarak çocuğun bakım ve yetiştirme masrafları ailenin önüne bir yük olarak getirilmiş olmakta bundan dolayı aile tazminat istemektedir.

Sterilizasyon sözleşmesi ile hekim başarılı sonucu yüklenmese de hasta başarılı bir sonuç beklemekte ve yapılan işlem ile steril olacağını düşünmektedir. Sonucun başarısız olması halinde hekim ancak özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması halinde sorumlu olmaktadır. Ancak hasta sterilizasyon işleminin başarısız olması durumunda işlemin özensiz ifa edildiğini haklı olarak düşünecektir. Bu durumda sterilizasyon işleminde kullanılan yöntemin tıbbın kabul ettiği kural ve standartlarda olması gerektiğinin tespiti gerekmektedir. Standart ve kurallardan sapma ise hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi için gerekli ve yeterli kabul edilmektedir. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimden beklenen sözleşmenin ihlal edilmemesi için gereken en yüksek özeni göstermesidir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 277).

3.2.2.2. Yan Yükümlülük ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmede yan yükümlülük olarak kabul edilen aydınlatma yükümlülüğünün ve kayıt tutma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi Türk Borçlar Kanunu md. 506/2. fıkrası hükmüne göre sadakat borcunun özenli ifasının hekim tarafından gerçekleştirilmediği ihlal durumudur (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 277). Hekimden beklenen tüp ligasyonu veya vasktomi işlemini özenle yapması yanında işlemle ilgili aydınlatma yükümlülüğünü de özenle ifa etmesidir. Erkeklerde vasktomi işlemi sonrası koruma aydınlatmasıyla ulaşılmak istenen sonuç hastanın doğru davranışlarda bulunmasını sağlamaktır⁹³. Zira işlem vücut bütünlüğünü koruma ve kendi geleceğini planlama hakkı

⁹³ Tıbbi müdahale öncesi asıl edim yanında ikincil nitelikte bir yan edim üzerinde hasta ile hekim anlaşabilmekte ve yan edim yükümlülüğünün tam ve doğru ifa edilmemesi durumunda kötü ifa halinden bahsedilmektedir (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 264). Vasktomi sonrası 3 aylık dönemde hastanın düzenli kontrollere gelerek steril olduğunun anlaşılması ve bu süreçte ek gebeliği koruyucu yöntem uygulaması sterilizasyon işlemi ile ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmesi için en az vasktomi işleminin ifa edilmesi kadar önem taşımaktadır. Bu yönden hastaya yapılacak koruma

çerçevesinde en yüksek özenin gösterilerek aydınlatmanın tam, zamanında ve doğru bir şekilde yapılmasını gerektirmektedir. Aksi halde özen borcunun ihlali sonucu doğmakta hekim kusursuz olduğunu ispat etmedikçe hastanın doğan zararını gidermekle yükümlü olmaktadır.

3.3. KUSUR

3.3.1. Genel Olarak Kusur Kavramı

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu için sözleşmeyi ihlali ile beraber kusurundan dolayı sorumluluğu da gerekmektedir (Büyükcay, 2006, s. 89). Sorumluluk hukukunda kusur; hoş görülme ve kınanan bir davranış şekli olarak tanımlanmakta (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, s. 59, p. 154) benzer şartlarda bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapma olarak kısaca izah edilmektedir (Ayan, 1991, s. 100). Kusurlu davranışta, subjektif ve objektif ölçü mevcut olup kusurun subjektif yönü ele alınırken hekimin mesleğini icra ederken gösterdiği, adet edildiği, özen dikkate alınmaktadır (Büyükcay, 2006, s. 89). Aynı zamanda hekimin ayırt etme gücüne sahip olması da gerekmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 873). Türk Borçlar Kanunu md.506/3. fıkrası hükmüne göre, objektif olarak, ortalama davranış tipi için esas alınan, kişinin; ruh hali, yetenek ve becerileri değil aynı meslek gurubu içinde bulunanların sahip oldukları; ortalama bilgi, beceri ve yetenekleridir. Objektif bakış açısıyla, objektif hekim davranışından ayrılan her davranış; özensiz, kusurlu bir davranış olarak kabul edilmektedir (Büyükcay, 2006, s. 90). Bu davranıştan sapma her durumda hekimin kusurunu göstermektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 233). Hekimin ortalamanın üstünde mesleki bilgisi, uzmanlığı ve yeteneği gibi özene etkili özel haller kusurun tespitinde esas alınabilecektir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 233, dn. 386 ve 387 de belirtilen yazarlar). Örneğin, somut olayda özene etkili profesörlük gibi özel bir hal olması durumu varsa kusurun değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Zira ortalamanın üzerinde yetenekleri olan ve tercih edilen profesör bir hekimden bu unvanının gerektirdiği özen beklenmektedir. Sterilizasyon yöntemlerinden tüp ligasyonu işlemi için yeni uzman olan bir hekimle profesör ünvanlı bir hekim veya meslekte kıdemli bir hekimin öncelikle kadın hastalıkları ve doğum

aydınlatmasını yan yükümlülükten yan edim yükümlülüğü seviyesine çıkararak gereği gibi ifa etmemenin kötü ifa oluşturabileceğini söylemenin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

alanına özgü ortalama davranışına bakılacak bu davranıştan sapma her durumda kusuru işaret edecek kusurun tespitinde esas alınacak özen ölçütü, hekimin profesör unvanı taşıması nedeniyle sterilizasyon işleminde olağan tıbbi işlemlerde olduğu gibi yükseltilerek dikkate alınacaktır.

Sterilizasyon nedeniyle yapılan sözleşmeyle sorumluluk alan hekimin öngörebileceği ancak gerekli özeni göstermeyerek objektif davranış ölçüsünden, makul bir hekimden beklenen ortalama davranıştan ayrılarak istenmeden sağlıklı çocuğun doğumu sonucu ortaya çıkan bakım masrafları nedeniyle zarara yol açmasına neden olan davranışı, konumuz kapsamında ele alınan kusurlu davranıştır.

3.3.2. Kusurun Çeşitleri

3.3.2.1. Kast ve İhmal

Borçlunun, borca aykırı sonucu arzu ederek, tasarlayarak veya göze alarak hareket etmesi halinde kasttan bahsedilmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 405, p. 1336). Doğrudan kast da ortaya çıkan sonucu doğrudan isteme, dolaylı kastta ise doğrudan istemese de sonucu göze alma durumu bulunmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 132). Kusur çeşitlerinden, kasta, hekimlik sözleşmelerinde düşük olasılıkla rastlanmaktadır. Endikasyon olmadan hastadan fazla ücret almak amacıyla hareket eden hekimin davranışı buna örnek verilebilir. Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmede hekimin bilerek ve isteyerek işlemi tıbbın standartlarına uygun bir şekilde yapmayarak işlemin başarısız olmasını sağlamak yönünde yaptığı davranışları, kasta örnek olarak verebiliriz. Yine sterilizasyon işlemi istemeyen hastaya işlemin yapılması halinde hekimin sorumluluğu kastından dolayı olmaktadır (Büyükcay, 2006, s. 91). Sözleşme sorumluluğu hekimlik sözleşmelerinde genellikle ihmal nedeniyle ihlal edilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 873).

İhmal, hukuka aykırı sonuç arzu edilmese de sonucun ortaya çıkmasında iradeyi yeteri kadar kullanmamak hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermemektir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, s. 61, p. 159). Hekimlik sözleşmesinde de hekim ihmaliyle hukuka aykırı sonucu istemese de şartların zorunlu kıldığı gerekli özeni ve dikkati göstermeme davranışı içindedir (İpekyüz, 2006, s. 133). Hekim aynı koşullar ve şartlar

altında diğer meslektaşlarının göstereceği ortalama davranışı ve gerekli özeni göstermemektedir. Hekim, dikkatsizce iş yapmış ve gerekli tedbirleri almamıştır. Objektif değerlendirme yapılırken olayın yaşandığı yer ve koşullar dikkate alındığı gibi, hekimlerin uzmanlık düzeyleri de dikkate alınmaktadır (Ayan, 1991, s. 103). İhmalin tespitinde, hekimin; hasta fazlalığı, yorgunluk gibi kişisel mazeretleri dikkate alınmamaktadır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 874). Sezaryen ameliyatı ile birlikte yapılması planlanan sterilizasyon işleminin yapılmasının unutulmasını ihmale örnek vermek mümkündür.

Hekimin sorumluluğu için Türk Borçlar Kanunu md. 506/3. fıkrasında yer alan ‘basiretli vekil’ ölçütü uygulandığında basiretli bir meslektaşının aynı hal ve şartlarda gerekli özeni göstererek ortaya çıkabilecek zararı önlemeye yönelik davranışta bulunması yeterli görülmektedir (Büyükcay, 2006, s. 92). Hekim zarar verici bir sonucu öngörebilmekte ancak gerekli özeni göstermeyerek bu sonucun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yapılan tıbbi müdahale sonucunda zararın ortaya çıkması objektif olarak öngörülebilir nitelikte olmalı, kesin bir kabule dayanması şart olmayıp, ihtimal de yeterli kabul edilmektedir (Ayan, 1991, s. 103). Bu şekilde; tıbbi faaliyette bulunduğu sırada ihmaliyle hastaya zarar veren hekimin zararın ortaya çıkmaması için gerekli dikkati göstermediği ve tedbirleri almadığından bahsedilebilmektedir (Şenocak, 2009, s. 133).

Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşmede, vasktomisi işlemi sonrası ilk 3 aylık dönemde erkeğin tam olarak sterilliği söz konusu değilken ek yöntemler önermesi gereken hekimin sonucu öngördüğü halde özensiz davranış göstererek gereken önerileri yapmaması ihmal için verebileceğimiz bir örnektir. Buna göre, özen borcunun ihmali sonucunda, çift ve fertlerin istemeden gebelik ile karşılaşmaları öngörülebilir bir durumdur. Oysaki vasktomisi işlemi için aynı branştaki işlemi yapmaya yetkili basiretli bir hekimden beklenen, çift ve fertlerin gerekli koruma aydınlatmalarının yapılarak ek yöntemlerle korunmasını sağlamaktır.

İhmalin hafif ya da ağır olması tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz ederken hekimin sorumluluğu için en hafif ihmali yeterlidir. Türk Borçlar Kanunu md. 114/ f.1/ 1.cümlesine göre borçlu (hekim) özenle davranmak zorunda olup genel olarak sorumluluğu kapsamında en hafif kusurundan bile sorumlu tutulmaktadır (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 874). Borçlu borcun ifa edilmemesinde kusuru olmadığını ispat etmelidir. İspat edemez ise kusuru olmadığı halde sorumlu tutulmaktadır (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, s. 46, p. 1342).

Hekimin sorumluluğu ile ilgili meslek kusuru kavramı ortaya konduğu halde yasal bir tanımı bulunmamaktadır (İpekyüz, 2006, s. 135). Meslek kusurunu, hekimin tıp biliminin genel olarak kabul ettiği kuralları, gerekli özeni göstermeyerek ihlal etmesi durumu olarak tariflemek mümkündür (Ayan, 1991, s. 105). Hekimin meslek kusuru, teşhis ve tedavi ile ilgili standartların uygulanmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya tedavi verilmemesi şeklinde de tanımlanmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 136). Bilgi ve beceri eksikliği de özen eksikliğini ifade etmektedir zira hekimin bir yükümlülüğü de kendini geliştirerek basiretli bir hekimin göstermesi gereken dikkat ve özeni gösterecek nitelikte davranışı sergilemesine katkıda bulunacak tıbbi bilgilere sahip olmasıdır. Tıp biliminin kabul ettiği kurallardan, belirli bir tıbbi faaliyet için hekimlerin çoğunluğunun benimsediği ve sürekli uyguladığı yöntemler anlaşılmaktadır. Standart tıbbi uygulama, çok net bir ifade olmasa da içi doldurabilir nitelikte olduğu için kullanılabilir (İpekyüz, 2006, s. 136). Meslek kusuru unsurunun varlığı, hekimin sorumluluğunu değerlendirirken hakime yardımcı olacağından teknik olarak yararlı görülmektedir (Ayan, 1991, s. 107, dn. 481'de belirtilen yazar). Ayan, bizim de katıldığımız görüşüne göre, meslek kusurunu kusurun çeşitlerinden ihmal içinde ele alınabileceğini ifade etmektedir (Ayan, 1991, s. 107)⁹⁴.

Hekimlik mesleği, değişik branşların bir araya geldiği bir meslek olup kendine özgü standartları içinde barındırmaktadır. Tıbbi uygulama nedeniyle gösterilmesi gereken özen ölçüsü somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilmektedir (Şenocak, 2009, s. 104).

Sterilizasyon işleminden sonra başarısızlık ihtimali için ek yöntemlerin belirli bir süre için kullanılması ve gerekli kontrollerin yapılması, ilgili hekimler ve bağlı oldukları meslek kuruluşları tarafından da benimsenen uygulamalardır. Meslek kusurundan bahsetmek için hekimin, basiretli bir hekimin benzer tıbbi faaliyet için gösterdiği özen ve uyduğu kurallara aykırı bir davranışının gösterilmesi gerekmektedir⁹⁵. Bu durumda vasetomi işlemi sonrası ilk üç aylık dönemde sperm analizi kontrollerini yapmamak meslek kusuru olmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan meslek kusuru, objektif bakış altında, tıp bilimi tarafından genel olarak kabul edilmiş bir esasın, tıbbi özen kapsamında, ihlalidir (Ayan, 1991, s. 107). Yukarıdaki kuralın uygulanması ile beraber hekimin nasıl bir davranış gösterdiği; kusuru, ihmali ortaya

⁹⁴ Aynı yönde: “(…meslek kusuru özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey değildir ve ihmal kavramı içinde ele alınabilir.” (Büyükcay, 2006, s. 93)

⁹⁵ Aynı yönde: “(… zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimali…), (Ayan, 1991, s. 107), Yarg.13.H.D. T.14.10.1974 e.1973/2637, K.1974/2492 (Ölçüm, 2019, s. 116, dn. 491.). Aksi yönde: “(…meslek kusuru içinde hem objektif unsur, hem de subjektif unsur mevcuttur.” (Büyükcay, 2006, s. 93),

konmaktadır. Hekim tıbbi standart gereği işlem sonrası üç aylık süreçte yapılması gereken kontroller için hastayı gereği gibi aydınlatmaz, kontrol testlerini yapmaz ve bunları kayda almazsa kusurlu kabul edilmektedir. Basiretli bir hekimden tıbbi karine gereği beklenen davranış budur.

3.4. ZARAR

3.4.1. Maddi Zarar

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep edilebilmesi için bir zarara uğranılması şartı bulunmaktadır (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 385, p. 1261). Hekimin de sözleşmeye dayalı sorumluluğu için sözleşmenin varlığı, sözleşmeye aykırılık ve kusuru yanında uğranılan bir zararın olması gerekmektedir. Sorumluluk hukukunda zarar kişinin mal varlığı değerinde iradesi dışında bir azalmayı ifade etmektedir (Şenocak, 2009, s. 56). Hekimin sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi neticesi mal varlığında azalma olmasının zarar olarak nitelendirilmesi için eksilmenin hastanın iradesi dışında ortaya çıkması gerekmektedir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 19). Geniş anlamı ile zarar, mal varlığında meydana gelen maddi zarar ile kişi varlığında meydana gelen manevi zararı kapsamaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 280)⁹⁶. Kişilik değerlerinin ihlali sonucu mal varlığı değerlerinde azalma olduğu takdirde de (iş gücü kaybı, tıbbi giderler gibi) maddi zarardan bahsedilebilmektedir (Şenocak, 2009, s. 56). Sözleşmenin ihlaline rağmen ortaya bir zarar çıkmaz ise hekimin sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 875) Konumuz yönünden, istenmeyen sağlıklı çocuk doğmasaydı, var olan malvarlığı mevcudu ile doğmasından sonra olan malvarlığı mevcudu arasındaki farkı zarar olarak tariflemek mümkündür (Büyükcay, 2006, s. 86). İstenmeden doğan sağlıklı çocuğun bakım masrafları, anne babanın çocuğa bakım yükümlülüğü kapsamında para ile ölçülebilir ekonomik bir kayıp olması nedeniyle maddi zarar olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır. İstenmeden doğan çocuğun, yetişkin döneminde zarar gören anne babaya ekonomik katkı sağlayabilecek olmasının, bakım ve yetiştirme masraflarının zarar

⁹⁶ “Zarar deyimi tek başına kullanılınca maddi zararı ifade eder.” (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, s. 384, p. 1259).

olarak nitelendirilmesinde önemli olmadığı görüşüne biz de katılmaktayız (Zeytin, 2002, s. 34).

Hekimin kusurlu davranışı nedeniyle hastanın yeniden ameliyat ihtiyacı olması maddi zarara örnektir (İpekyüz, 2006, s. 136). Sterilizasyon işlemi nedeniyle yapılan sözleşme gereği işlem hiç yapılmazsa veya gereği gibi yapılmazsa ve akabinde gebelik ve sağlıklı çocuğun doğumu oluşmazsa; zarar ortaya çıkmayacak, maddi zarar dar anlamda olmayacaktır. Örneğin, çocuk istemeyen çift, kadın eş için sterilizasyon işleminin yapıldığını bilecek ancak erkek eşin kısır olduğu bilinmediğinden gebe kalamayacak ve sterilizasyon işleminin başarılı olduğunu ve steril olduğunu düşünecektir. Kadın eş başka bir kadın hastalığı nedeniyle cerrahi bir müdahale yapıldığında tüpleri ile ilgili bir işlemin yapılmadığını ya da gereği gibi yapılmadığını öğrenebildiği durumda kişilik değerlerinin azalması nedeniyle hekimden manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira steril olduğunu düşünerek gebeliği önleyici yöntem uygulamayacak ve istenmeden meydana gelecek gebelik olaylarından korunduğunu varsayacaktır. Konumuz yönünden, çift veya fertlerin, başarısız bir sterilizasyon işleminden sonra yeni bir sterilizasyon işlemi için karar verdiği durumda ameliyatın masrafları mal varlığı değerlerinde bir azalma yaratacağı için hekimden talep edebilmektedir. Verdiğimiz örnekte farklı bir durumda, kadın eşinden boşanıp yeniden evlenirse steril olduğunu bilecek ancak yeni eşinin kısır olmaması halinde gebeliği önleyici yöntem kullanmayacak istemeden gebe kalabilecektir. İşlemin yapıldığını düşünen çiftin bu durumda da hekimden maddi manevi tazminat talebinde bulunma hakkı doğmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu md. 54 hükmü ile bedensel bütünlüğün ihlali neticesi tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması veya kaybolması ile ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklı kayıplar ifade edilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 282).

Sözleşme ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarar, mal varlığı değerinde azalmaya yol açabileceği gibi mal varlığında meydana gelebilecek artışların engellenmesine de yol açabilmektedir (Şenocak, 2009, s. 57). Bedensel bütünlüğün ihlal edildiği durumda çalışma gücünün sürekli veya geçici kaybı nitelik olarak yoksun kalınan karı göstermektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 283)⁹⁷. Görüşümüze göre, aile planlaması kapsamında, kendi geleceğini planlama hakkına sahip olan çift veya fertler de sterilizasyon işlemi sonrası istemedikleri bir çocuk sahibi olurlarsa çalışma gücünün geçici kaybının yarattığı zararın yoksun kalınan karı işaret etmesi

⁹⁷ 'Yoksun kalınan kar' tarzında bir zarardan anlaşılan alacaklının mal varlığında artış veya pasifinde azalma olanağını kaybetmesidir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 390, p. 1285).

nedeniyle koşulları olduğu takdirde tazminat talebinde bulunabileceklerdir. İstenmeden de olsa doğan çocuk anne ve baba için bakım ve yetiştirme yükümlülüklerini beraberinde getirmekte anne ve babanın iş hayatını etkileyebilmektedir. Annenin gebelik ve doğum sonrasında çalışmakta zorlandığı bir dönem olabileceği gibi sonrasında da çocukla beraber olmayı gerektiren çocuğa ait sağlık nedenleri ya da anneye ait sağlık nedenleri veya aileye çocuğun getirdiği sosyal yüklerin yarattığı baskı nedeniyle annenin çalışma hayatından uzak kalmasına yol açabilen durumlar yaşanabilmektedir.

3.4.1.1. Çocuğun Bakım Masraflarını Zarar Olarak Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre çocuğun kendisinin değil yetiştirilmesi için gerekli bakım ve eğitim masraflarının zarar olarak kabulü gerekmektedir. Hekim ve anne baba arasındaki hukuki ilişki nedeniyle bakım masraflarının zarar olarak ele alınmasının çocuğun şahsına yönelik değer azaltıcı bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Çocuğun istenmeyen olarak nitelendirilerek anayasal olarak değersizleştirilmesi mümkün değildir ancak istenmeyen çocuktan anlaşılması gereken ise kendi geleceğini planlayan anne babanın aile planlaması kapsamında kullandıkları takdir yetkilerinin istedikleri gibi sonuçlanmaması nedeniyle ortaya çıkan ve zarar olarak nitelendirilen bir durumdur. Sonuç olarak istensin ya da istenmesin çocuğun değeri değişmemektedir (Şenocak, 2009, s. 63)

Bu görüş kapsamında zararın kabul edilerek tazminatın ödenmesi çocuğun yetiştirilmesini kolaylaştırmakta ve ailenin çocuğu kabullenmesine çocuk ile anne baba arasındaki ilişkinin olumlu yönde gelişimine de katkı sağlamaktadır (Şenocak, 2009, s. 64)⁹⁸.

Aşağıda ele alacağımız gibi istenmeyen çocuğun imkan varken kürtaj yoluyla alınarak gebeliğin sonlandırılmaması ya da evlatlık verme seçeneğinin değerlendirilmemesinin bakım masraflarının zarar olarak kabulünde bir etkisinin olmaması gerekir (Zeytin, 2002, s. 39, dn. 22'de yer verilen mahkeme kararları)⁹⁹. Zira anne babanın kürtaj yaptırma imkanı varken bu tercihi kullanmaması çocuğu istediği anlamına gelmemektedir. Bu kişisel bir

⁹⁸ Bkz. Custodio v. Bauer davası, s.26.

⁹⁹ “(...ayrıca yasal süre içerisinde gebeliğin sonlandırılmasının sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılmayacakları anlaşılmalı, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan tazminat miktarlarından bölge adliye mahkemesince hakkaniyet indirimi yapılması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...)”, bkz. S. 45, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26.05.2021 tarihli kararı, E.2020/5711 K. 2021/5536.

tercihtir ve saygı duyulmasını gerektirmektedir. Yine evlatlık olarak verilmemesi çocuğun anne baba tarafından istendiği anlamına gelmemektedir¹⁰⁰.

3.4.1.2. Çocuğun Bakım Masraflarının Tazmin Edilebilirliği

Türk Medeni Kanunu md. 327/1. fıkra hükmüne göre çocuğun bakım, eğitim ve korunma masraflarının anne ve babası tarafından karşılanması gerekmektedir. Buna göre, aile planlaması takdir yetkisi ile çocuk sahibi olmak istemeyen anne babanın, hekimin kusurlu davranışı ile sterilizasyon işleminin başarısız olması nedeniyle istenmeyen sağlıklı çocuğun doğumu sonucunda ortaya çıkan bakım masraflarını zarar olduğu gerekçesiyle talep ettiği durumda bahsedilen tazminat yükü kanunda belirtilen masraflarla eşdeğer görülebilmektedir (Şenocak, 2009, s. 59).

Bakım yükünün hekime yüklenip yüklenemeyeceği tartışma konusudur. İlk bakışta sorun yok gibi gözükmemektedir; ancak istenmeyen çocuğun doğumu ile ortaya çıkan ve Türk Medeni Kanunu md. 327/1. fıkra hükmü gereği, anne babanın sorumluluğunda olan çocuğa bakım yükü, hekimin kusurlu davranışı sonucu oluşmaktadır (Şenocak, 2009, s. 59). Buradan yola çıkarak katıldığımız görüşe göre, hekimin zarar verici davranışı sonucu ortaya çıkan yük, anne babanın bakım yükümlülüğü, zarar niteliğinde olup mal varlığı değerinde azalma yaratacağından tazmin edilebilir niteliktedir.

Aksi yöndeki görüşlere göre, çocukla anne baba arasındaki soy bağının getirdiği ilişki sadece bakım yükümlülüğü ile sınırlandırılmayacağı gibi, bu ilişki, maddi manevi daha geniş ve karmaşık bir yapıya sahip olduğu için çocuğun varlığından bakım masrafları ayrılarak değerlendirilemez (Şenocak, 2009, s. 60, dn. 25'de belirtilen yazar). Sağlıklı çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için yapılması gereken masrafların karşılanması Türk Medeni Kanunu 327. maddesi uyarınca anne baba açısından bir yükümlülük olsa da bakım masraflarının çocuk açısından üçüncü kişi teşkil eden hekimden istenmesi Türk Medeni Kanun'un 322. maddesinde yer alan *“ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmekle (...) yükümlüdürler”* hükmüyle çelişmektedir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 43).

3.4.1.3. Çocuğun Bakım Masraflarını Zarar Olarak Kabul Etmeyen Görüşler

¹⁰⁰ Zeytin'in aynı yönde katıldığı görüş: (Zeytin, 2002, s. 41, dn. 29'da yer alan karar, BGHZ 76, 249 (255).)

Konu ile ilgili tartişmalarda, başlangıçta çocuk üştün bir değer olarak görülmüş ve çocuğun zarar olarak ele alınamayacağı savunulmuş ve bakım masrafları söz konusu dahi edilmemiştir (Zeytin, 2002, s. 39). Bu görüşe göre, bir çocuğun doğması ve varlığı hukuken zarar değildir. Aksine hukuken bir değer artışı olarak kabulü gerekmektedir. Çocuk, ekonomik ya da sosyal sebeplerle istenmeden doğsa da çocuğun kendisini değeri para ile ölçülebilecek bir değerlendirmeye tabi tutmak mümkün değildir (şenocak, 2009, s. 62).

Zaman içinde çocuğun kendisinin zarar olarak görülmese de bakım masraflarının zarar olarak kabul edilip edilmeyeceği yönünde tartişmaların ortaya çıktığı görülmektedir. Zeytin, çocuğun zarar olarak görülmemesi ancak bakım masraflarının zarar olarak gösterilerek hekime tazminat yükümlülüğü getirilmesini suni bir ayırım olarak nitelemektedir (Zeytin, 2002, s. 44). Büyükay, çocuğun doğumunun değil çocuğun doğumu nedeniyle gündeme gelen malvarlığı azalmasını zarar olarak nitelemektedir (Büyükay, 2006, s. 88).

İlk olarak çocuğun varlığı ve bakım masraflarını bir bütün olarak gören görüşe göre çocuğun değeri ile bakım masraflarının tazminata konu edilmesi birbirinden ayrılamaz konular olarak görülmektedir. Buna göre, anne babanın çocuk ile ilişkisinde haklar ve sorumluluklar ile avantajlı ve dezavantajlı durumlar vardır ve bakım yükümlülükleri tek başına bu bütünden ayrılamaz. Hekimin kusuru nedeniyle istenmeden doğsa da çocuğun masraflarını hekime yüklemek anne baba ile çocuk arasındaki bağın içeriği ile örtüşmemekte, hukuken bir zorlama olmaktadır. Çocuk ile ilgili diğer hak ve yükümlülükler anne baba tarafından üstlenilirken bakım masraflarının hekime yüklenmesi çocuğun bütünlüğünün reddi anlamına gelmektedir (şenocak, 2009, s. 67'de belirtilen yazar). Çocuk başlangıçta istenmese de sonradan kabul edilerek sevileceğinden zarar olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hekimin, tazminat sorumluluğu kabul edilirse çocuk kendisini istenmeyen olarak görecektir bu da çocuğun psikolojik sorunlar yaşamasına yol açacaktır. Çocuk ve aile bir bütündür ve çocuğun kişisel bütünlüğünün bölünmemesi gerekmektedir (Zeytin, 2002, s. 39, dn. 23 ve 24'de belirtilen yazar).

Çocuğun bakım masraflarını zarar olarak kabul etmeyen ikinci bir görüşe göre, çocuğun bakım yükümlülüğü nedeniyle ortaya çıkan zararlar tazmin edilebilir nitelikte olsa dahi konu olan zararlar; üçüncü bir şahsa, hekime, yüklenemez. Anne baba ile çocuk arasındaki biyolojik bağ buna engel teşkil etmektedir. Bu bağ ilişkinin maddi olmayan ve ölçülemeyen tarafı olarak görülmekte, bakım yükümlülüğünün bu bağdan koparılarak hekimin yükü haline getirilemeyeceği savunulmaktadır. Buna göre, anne baba çocuk arasındaki ilişkinin

sağladığı manevi yönler bakım yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle dengelenmekte, ekonomik ve hukuki nedenlerle getirilen yaklaşım ise hukuk etiğine ters düşmektedir (Şenocak, 2009, s. 67'de belirtilen yazar)¹⁰¹.

Üçüncü bir görüşe göre, çocuğun varlığı, insan onurunun dokunulmazlığı nedeniyle, zarar olarak değerlendirilemeyeceği gibi Anayasa gereği, insan varlığını koruma yükümlülüğü de çocuğun bakım masraflarını zarar olarak görülmesine izin vermemektedir (Zeytin, 2002, s. 41). Çocuğun doğumu ve bakım giderleri arasındaki doğal illiyet bağı nedeniyle istenmeyen çocuk için tazminatın kabulü çocuğun yaşam hakkını riske etmektedir. Çocuğun konu olduğu bir zarar tartışması, insan onurunun dokunulmazlığına aykırı olarak, çocuğun değersizleştirilmesi anlamına gelmektedir (Şenocak, 2009, s. 71, dn.)0'da belirtilen yazar)¹⁰².

Dördüncü bir görüşe göre, çocuğun bakım giderlerinin zarar olarak görülerek tazmin edilmek istenmesi çocuğun istenmediğinin kabulü anlamına gelmekte bu durum çocuğun gelişimine ve psikolojisine olumsuz etki etmektedir. Öyle ki, çocuk, doğumu nedeniyle bakım masraflarının tazminata konu edilmesi ve hekimden istenmesi nedeniyle travmatik bir sürecin baskısı altında bulunmaktadır (Şenocak, 2009, s. 77'de belirtilen yazarlar). Doğumunun istenmemiş olduğunu ve bakımının doğumunu engelleyemeyen hekim tarafından sağlandığını öğrenmesi, çocuğun psikolojik varlığına zarar verebilecektir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 43).

Beşinci görüşe göre, zararın irade dışı malvarlığı kaybı olduğunun kabul edildiği ancak anne babanın çocuğu kabul etmesiyle irade kaybının ortadan kalkması sonucu bir zarardan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir. Anne baba çocuklarına karşı olan bakım yükümlülüğünü üstlenerek ya da evlatlık vererek bu yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Buna göre, evlatlık verme süreci tamamlanıncaya kadar olan masraflar ise tazminata konu edilebilmektedir (Şenocak, 2009, s. 79, dn. 133-134'de belirtilen yazarlar).

Altıncı bir görüşe göre, sterilizasyon işleminin başarıya ulaşmamış olması sonucu sağlıklı bir çocuğa sahip olan anne babanın hekimden meslek kusuru olmadığını ispatlayamaması durumunda sözleşmeden doğan borca aykırılık esasları çerçevesinde doğum giderlerini talep edebilmesi mümkündür. Buna karşın anne baba, sağlıklı çocuk için yaptıkları ve yapacakları harcamaların tazminini talep edememektedir. Tek başına çocuğun varlığı ya da çocuk için yapılan harcamalar, anne baba açısından zarar teşkil etmemektedir. Çocuğun sağlıklı

¹⁰¹ Bkz. Terrel-Garcia davası, s. 27.

¹⁰² Aynı yönde: (Zeytin, 2002, s. 44)

doğması halinde öncelikle onun için fazladan yapılması gereken bir harcamadan bahsedilmesi de mümkün değildir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 42, dn. 71-72'de belirtilen yazarlar).

3.4.1.4. Bakım Masraflarının Sözleşmenin Koruma Kapsamında Olmasının Zararın Kabul Edilmesi Üzerindeki Etkisi

Sterilizasyon işlemi başarısızlıkla sonuçlanırsa, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk nedeniyle bakım masrafları, sözleşme konusuna dahil olduğu ve işlemin aile planlaması amacıyla yapıldığı durumda tazmin edilebilmektedir. Sağlık nedenleriyle sterilizasyon işlemi yapılıyorsa bakım masrafları sözleşme kapsamında olmadığı için tazmin edilememektedir (Şenocak, 2009, s. 123)¹⁰³. Yeniden gebe kalmanın ve doğum sürecinin anne hayatı üzerinde risk yaratacağı öngörülerek yapılan sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonrası hastanın gebe kalarak ve istenmeden sağlıklı bir çocuğun doğduğu aynı zamanda annenin gebelik süreci ve doğumda herhangi bir problem yaşamadığı durumda bakım masrafları sözleşmenin koruma sahasında olmadığı için tazmin edilemeyecektir. Sterilizasyon işlemi, ekonomik sebepler, çocuğun doğumu ile ortaya çıkacak maddi yükler nedeniyle yapıldıysa ve sözleşmenin koruma kapsamında bu nedenler yer almaktayken; anne baba, işlem başarısızlığı nedeniyle gebelik ile karşılaştıkları durumda kararlarını değiştirerek çocuğun doğumunu istemeleri halinde ise bir zarardan da söz edilememektedir (Büyükaç, 2006, s. 106).

3.4.1.5. Zararı Azaltma Külfeti, Sterilizasyon Başarısızlığında Karşılaşılan ve Zararı Arttırdığı İddia Edilen Olaylar

Türk Borçlar Kanunu md. 52/1. fıkrası, tazminatın indirilmesi başlığında, hukuka aykırı fiillerden doğan; zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olması, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir demekte zararın artmasında etkili olması ifadesiyle, zarar görenin yerine getirmesi gereken zararı azaltıcı bir külfetten bahsetmektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 114/2. fıkrası ise *“Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır”* hükmünü

¹⁰³ Bkz. Christensen v. Thornby davası, s. 25.

içermektedir. Bu şekilde, sözleşmeye aykırılık durumunda ortaya çıkan tazminat borcunda zararı azaltma külfeti varlığını gösterebilmektedir (Ormancı, 2016, s. 10).

Türk Borçlar Kanunu md. 52’de zarar görenin zararı artırıcı etkisinden bahsedilirken ‘birlikte kusur’ terimine yer verilmediği ancak öğretide ve mahkeme içtihatlarında olayların değerlendirilmesinde kullanımının yerleştiği görülmekte zarar görenin zararda etkili olan bu kınanacak davranışında kusur terimine yer verilmemesinin yerindeliği tartışma konusu olmaktadır (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 128, p. 377). Birlikte kusur, zarar görenin, makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın oluşmasında veya artmasında etkili olması olarak tanımlanmaktadır (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 127, p. 326 ve dn. 397’de belirtilen yazar). Birlikte kusur oluşturan davranış yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 128, p. 378 ve dn. 399’da belirtilen yazar). Hastanın tedavi için kendisine verilen ilacı kullanmaması yapmama davranışına bir örnektir.

Zararı azaltma külfeti, yerine getirilmediği zaman sorumluluk doğurmayan ancak kişinin bazı haklarını kısmen veya tamamen kaybetmesine yol açan davranış şeklidir (Ormancı, 2016, s. 15). Zarar gören hasta zararı azaltma külfetini yerine getirmez ise bu tazminatta indirim veya tazminatın kaldırılmasına neden olmaktadır. Konumuz açısından vasktomisi işleminden sonra hastanın kontrole gelmeyerek sperm analizini yaptırmaması ve gebeliği önleyici ek tedbir almaması yapmama davranışına örnek verilebilir. Bu durum somut olayın elverişli kıldığı halde tazminatın kaldırılmasına neden olabilecektir.

Birlikte kusurun zararın artmasında etkili olmasına çoğunlukla beden bütünlüğünün ihlal edildiği durumda zararın artmasını önleyecek tedbirler alınmadığı takdirde görülmektedir. Alınacak tedbir kendisi için tehlike barındırmıyorsa ve makul bir insandan bu tedbire başvurusu beklenirse, zarar görenin aksi yöndeki davranışı ‘birlikte kusuru’ oluşturur (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 129, p. 382). Tehlike içermeyen, büyük riskler barındırmayan bir ameliyattan kaçınmayı, razı olmamayı birlikte kusur olarak değerlendiren görüşler de vardır (Büyükcay, 2006, s. 139, dn. 635’de belirtilen yazar).

Türk hukukunda zararı azaltma külfeti illiyet bağının kesilmesi ölçütü dikkate alınarak ele alınmakta ve tazminat miktarının hesaplanmasında yer bulmaktadır. Buna göre zarar görenin kusurlu davranışının zarara neden olan fiil ile kaçınılabilir zarar arasındaki uygun illiyet

bağını kesecek yoğunlukta olup olmadığı incelenmektedir (Ormancı, 2016, s. 112, dn. 391'de belirtilen yazarlar). Zarar verenin sorumluluğu için gerekli olan illiyet bağının yokluğundan ve kesildiğinden bahsedilebilmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 128, p. 379). Buna göre zarar görenin birlikte kusuru zararın meydana gelmesinde asıl etken olarak kabul edildiğinde zarar verenin sorumluluğunun kalkmasını haklı kılabilir.

Aşağıda değineceğimiz konumuz açısından diğer bir örnek, sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonucu oluşan gebelik olayında, eğer yasal sınır olan 10. hafta geçilmemiş ise gebeliğin sonlandırılması, sağlıklı bir çocuğun doğumu ile sonlanmasına engel olunarak erken dönemde zararın azaltılmasını¹⁰⁴ ya da ileride doğabilecek diğer masrafların hiç ortaya çıkmamasını sağlayabilmektedir.

3.4.1.5.1. Anne Babanın Yasal Süresinde Gebeliği Sonlandırmamasının Zararı Azaltma Külfeti Kapsamında Değerlendirilmesi

Kürtaj işlemini zararı azaltma külfeti, birlikte kusur yönünden tartışmak mümkündür. Daha önce yer verilen yargıtay kararında görüleceği gibi, anne babanın gebeliği öğrendikleri tarihte yasal olarak gebeliği sona erdirmeye olanakları varken bebeği dünyaya getirmeyi tercih etmeleri nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmemesi nedeni ile maddi tazminatın tamamından hekimin sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği gerekçesiyle, maddi tazminat miktarından ½ oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği yönünde bölge adliye mahkemesi kararı yargıtay tarafından bozulmuştur¹⁰⁵.

Kürtaj yoluyla gebeliği sonlandırma bir ameliyattır, riskleri vardır ve psikolojik yönden de anne babayı etkileyebilmektedir. Yargıtayın vermiş olduğu kararlar mevcuttur ve hayatı tehlikeye atabilecek ikinci bir ameliyatın hasta tarafından kabul edilmemesini birlikte kusur olarak değerlendirmemektedir¹⁰⁶. Kürtajın yaratabileceği riski annenin üstlenmesi ve

¹⁰⁴ Erken dönemdeki zarardan anlaşılmaması gereken gebeliğin sonlandırılması ile ilgili maddi külfet ve çiftin yaşadığı maddi kayıplar ve ileride doğabilecek diğer masraflardır.

¹⁰⁵ Bkz.s. 45.

¹⁰⁶ Yarg.4. HD. T.18.09.1979 E. 1979/5480, K. 1979/9818, “(…Zararın ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde, mağdurun çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyata ya da tedaviye rıza gösterip göstermemesi yönü, özellikle göz önünde tutulması gereken bir husustur. Ancak mağdurun rıza göstermesinin beklenebilmesi için a) Ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırap verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle

kendisine baskı yapılması kabul edilemez ve anne babanın bu yönde karar verme yükümlülükleri olamaz.

Türk Medeni Kanunu 23. maddesiyle kişiliklerin korunması başlığı altında kişilerin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği gibi özgürlüklerinden de vazgeçemeyeceği hüküm altına alınmaktadır (Ormancı, 2016, s. 80). Başarısız sterilizasyon işlemi sonucunda gebe kalınması durumunda anne babadan kişilik hakkının ihlal edilerek zarar veren hekimin ekonomik menfaati için kişiliğe bağlı temel hak olan aile planlamasına yönelik hakkını dilediği gibi kullanmasının engellenmesi beklenmemelidir. Bu nedenle sterilizasyon işleminin başarısızlık ile sonuçlanması sonucu sağlıklı çocuk doğuran kadının zamanında gebeliğini sonlandırmayarak zararı azaltma külfeti davranışı göstermediği gerekçesiyle zararı artırdığından bahsedilemeyeceği düşüncesindeyiz¹⁰⁷. ‘Ceninin hayat hakkı’ yönünden; hekimin neden olduğu zararı azaltmak veya ortadan kaldırmak için annenin ‘ceninin hayat hakkını’ ihlal etmesi beklenmemelidir (Büyükcay, 2006, s. 139)¹⁰⁸.

Zarar görenin zararı azaltma külfetinin illiyet bağıni kesecek yoğunluğa ulaştığı durumlar ile ilgili konumuz kapsamında yer alan görüş mevcuttur (Büyükcay, 2006, s. 105, dn. 473'de belirtilen yazar). Buna göre, 10 haftayı aşmayan gebeliklerde, yasal süresinde, anne baba gebeliğin sonlandırılması ile çocuğun doğumu halinde ortaya çıkacak bakım masraflarını yüklenmekten kurtulabilecekken, hukukun izin verdiği imkanı kullanmayarak gebeliğin devamına karar verirlerse illiyet bağıinin kesmektedir. Görüş, hekimin kusurlu davranışı sonucunda gebelik oluştuğunda hekimin hatasını telafi için gebeliğin sonlandırılması yolunun seçilmesi ile çocuğun doğumunun yaratacağı tazminat yükünün ortadan kaldırılması aksi taktirde bu yolun seçilmemesinin illiyet bağıini keseceğini iddia etmektedir.

umulur ve beklenir olması, d) Özellikle de, ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması, şarttır...))”, karararama.yargitay.gov.tr, (Çevrimiçi), 15.04.2023, Yarg.3. HD. T. 26.05.2021 E. 2020/5711, K. 2021/5536, ‘‘(...ayrıca yasal süre içerisinde gebeliğin sonlandırılmasının sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılamayacakları anlaşılmalı...))’’, (Çevrimiçi), 10.01.2023.

¹⁰⁷ Aynı yönde, (Büyükcay, 2006, s. 139)

¹⁰⁸ Türk Medeni Kanunu mad.28/2. fıkrasına göre çocuk hak ehliyetini sağ doğmak kaydıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanmaktadır. Miras hukuku yönünden değil kişilik hakları yönünden de ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetinin başlatılması yönünde Büyükcay’ın da katıldığı görüş vardır (Büyükcay, 2006, s. 140 ve dn. 638'de belirtilen yazar).

Provencio v. Wenrich davası da bu konuda örnek verilebilir¹⁰⁹. Bölge mahkemesi hekimin bilgilendirme yaptığı gerekçesiyle anne babanın gebeliği sonlandırmamasının illiyet bağıını kestiğine karar vermiştir.

Aksi yönde ve katıldığımız görüş ise, gebeliği sonlandırmanın bir yükümlülük gibi görülemeyeceğini savunmaktadır (Büyükcay, 2006, s. 106). Buradan yola çıkarak konumuz ile ilgili olarak bir değerlendirme yaptığımızda, anne baba aile planlaması kararlarını önceden vermiş ve sterilizasyon işlemi yaptırmıştır. Bakım giderlerinin yük olarak tekrar önlerine gelmesi, bir yaşamı sona erdirmeye kararını vermeleri için yeterli olmayacaktır. Sonuç olarak anne babanın kendi geleceklerini planlama hakları vardır ve yasal sınırlarda olduğu halde kürtaj yoluyla gebeliği sonlandırmama kararları illiyet bağıını kesmemektedir (Büyükcay, 2006, s. 106). İlliyet bağı ancak başarısız sonuç ile gebelik oluştuğunda anne babanın çocuğu istemesi yönünde karar vermeleri durumunda kesilmektedir (Büyükcay, 2006, s. 105).

3.4.1.5.2. Çocuğun Evlatlık Verilmemesinin Zararı Azaltma Külfeti Kapsamında Değerlendirilmesi

Yukarıda bahsedildiği gibi, zarar gören kişi makul bir insanın göstermesi gereken davranışı göstermeyerek, zararın ortaya çıkması veya artmasında etkili olursa birlikte kusurundan bahsedilmektedir. Bu kusur illiyet bağıını kesecek yoğunluğa da ulaşabilmektedir. Bu durumda zarar veren sorumluluktan ve tazminat ödemekten kurtulmaktadır. Konumuz yönünden istenmeden doğan sağlıklı çocuğun, evlatlık verilmeyerek, bakım yükümlülüğünün ortadan kaldırılmamasının zararı önleme ve azaltma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışılmaktadır. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu md. 52/1. fıkrası hükmünce, zarar gören anne baba istenmeden doğan çocuğu evlatlık vermeyerek bakım yükümlülüğünün ortaya çıkmasının ortadan kaldırılması için gerekeni yapmamış zararın artmasında etkili olmuş hekimin durumunu ağırlaştırmıştır. Bu durumda hakim tazminatı indirebilmekte veya ortadan kaldırabilmektedir. Anne baba çocuğun sağladığı olumlu tarafları sahiplenirken olumsuz yönleri hekime yükleme arzusunda (Büyükcay, 2006, s. 140, dn. 642'de belirtilen yazar). Biz bu yaklaşıma katılmıyoruz (Şenocak, 2009, s. 151, dn. 61'de belirtilen yazarlar). Aile planlamasına yönelik hak kullanılarak sterilizasyon işleminin yapılması gebelik öncesi soyut bir kavram olarak istenmeyen çocuğun doğumunu

¹⁰⁹ Bkz. S.31.

engellemek için ortaya konan bir takdirken evlatlık verme durumunda ise somut, var olan bir çocuk söz konusu olmaktadır. Aile çocuk ile bir bağ kurmuşken, başlangıçta ekonomik sebeplerle aile planlaması kararı almış olan anne babadan bu kararın devamı olarak bakım yükünden kurtulmak için çocuğu evlatlık vermesi beklenmemelidir. Çocuğu evlatlık vermek gibi zararı azaltıcı külfet davranışında bulunmak aile bütünlüğünü bozacak bir davranış olup söz konusu dahi edilemeyeceği gibi çocuğun kendi aile ortamında büyümesi de çocuğun yararına olacaktır (Şenocak, 2009, s. 152, dn. 62 ve 63'de belirtilen yazarlar). Anne baba için bakım masraflarının karşılanması yükümlülüğü yanında bakım ve yetiştirme yükümlülüğü de devam etmektedir. Evlatlık verme durumunda tüm yükümlülüklerin devri söz konusu olmaktadır kusurlu davranışı ile zarar yol açan hekimden sadece bakım masraflarını üstlenmesi istenmektedir (Büyükcay, 2006, s. 140)¹¹⁰.

3.4.2. Manevi Zarar

Manevi zarar, kişilik hakları içinde yer alan kişisel değerlere yapılan bir saldırı durumunda söz konusu olan acı, üzüntü ve yaşam sevincinde azalmayı ifade etmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, pp. 391, p. 1290). Hekimin tıbbi faaliyetinin, hastanın vücut bütünlüğüne, sağlık değerlerine yönelik olması niteliği gereği hasta manevi zarara da maruz kalabilmektedir. Kişilik değerlerinde eksilme nedeniyle, şartları oluştuğunda, hastanın manevi tazminat hakkı olmaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 281)¹¹¹. Hastanın yaşadığı acı ve ızdırap için hekim tarafından belirli bir miktar tazminatın ödenerek, zararın hafifletilmesi sağlanmaktadır (İpekyüz, 2006, s. 137). Bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle manevi tazminat talebi Türk Borçlar Kanunu md. 56 hükmüne göre düzenlenmektedir. Buna göre hakim uygun gördüğü bir miktar paranın zarar gören hastaya verilmesine karar vermektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 114/ 2. fıkrasında yer alan düzenleme kıyas yoluyla borca aykırılık durumunda manevi zararlar için uygulanabilmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, pp. 392, p. 1291).

Ulaşılan kaynakta (2000 yılı ve öncesi) Alman hukukunda, doktrinde ve uygulamada istenmeyen çocuğun sağlıklı olarak dünyaya gelmesi halinde annenin doğumdan ötürü

¹¹⁰ Bkz. Bölüm. 2.1.2.3, s.34

¹¹¹ Aynı yönde: “(...hekimle yüklenebilecek bir kusur varsa, o zaman zarar da söz konusu olur...)” (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 875)

psikolojik bütünlüğünün zedelenmiş olduğunu ileri sürerek manevi zarar için tazminat isteyemeyeceği ifade edilmektedir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 23, dn. 39'da belirtilen yazarlar)¹¹². Amerikan hukuk sistemi ise annenin duygusal bütünlüğünde yaşadığı eksilme için manevi tazminat taleplerini kabul etmektedir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 33). Büyüksağış'e göre annenin doğum sırasında çektiği sıkıntılar için manevi tazminat talebinde bulunabilmesi gerekmektedir (Büyüksağış, 2006, s. parag. 46). Hukukumuzda manevi tazminatın verilmesi yönünde karar da mevcuttur¹¹³.

Katıldığımız görüşe göre, sterilizasyon nedeniyle yapılan sözleşmede hekim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemişse ve bunun sonucunda istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk söz konusu olursa anne baba maddi manevi tazminat isteyebilmektedir. Bu durumda uygun illiyet bağı ve hekimin kusurunun aranması gerekmektedir. Tüm bu süreçte yaşanan fiziksel acı, üzüntü ve sevinç kaybı manevi tazminat kapsamındadır. Hekimin sterilizasyon işlemi için yapılan sözleşmedeki tıbbi faaliyeti hastanın kişilik hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı ile ilgilidir ve bunların ihlali uygun koşullarda manevi tazminatı gerektirmektedir (Ayan, 1991, s. 114)¹¹⁴.

3.4.3. Değerlendirmemiz

Sterilizasyon işleminin hekimin kusuru nedeniyle başarısız olduğu ve sonucunda gebelik yaşanan ve sağlıklı çocuğun doğduğu durumlar da çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirme ile diğer tıbbi giderlerin zarar olarak talebi tartışmalı bir konudur. Öncelikle istenmeden doğan sağlıklı çocuğun tazminat talebinde bulunamayacağını ve çocuğun kendisinin bir zarar olmadığı kanaatimizi belirtmek isteriz¹¹⁵. Zira çocuğun hekime karşı ileri sürebileceği bir üzüntü ve fiziksel acı içinde olmaması nedeniyle böyle bir talebinin de olmaması gerekmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 302)¹¹⁶. Anne babanın tazminat talebi ve kapsamı ise tartışmaya açık bir konu olarak görülmektedir.

¹¹² Yakın tarihli bir kaynakta istenmeyen sağlıksız çocuğun doğumunda ailenin manevi tazmiat talebinin kabu edilmediği yönünde ifade varken istenmeyen sağlıklı çocuk için manevi tazmiat ille ilgili bilgiye rastlanmamıştır (Scurria, Asmundo, & Gualnier, 2019, s. 44).

¹¹³ Bkz. Bl.2/2/3, s.42.

¹¹⁴ Aynı yönde: (Temel, 2010, s. 79)

¹¹⁵ Aynı yönde: (Şenocak, 2009, s. 86)

¹¹⁶ Şenocak, istenmeden doğan sağlıksız çocuğun tazminat talebine ilişkin görüşünde, çocuğun var olmama, doğmama hakkının kabul edilmesinin insan onuru ve yaşama hakkı dokunulmazlığına aykırı olması üzere istenmeden doğan sağlıksız çocuğun hekimin kusuru sonucu doğması nedeniyle hekimden tazminat talebinde bulunamayacağını ifade etmektedir. (Şenocak, 2009, s. 158)

Sorumluluk hukuku yönünden hekimle anne baba arasında yapılan aile planlamasına yönelik bir sözleşme hukuki sonuçlara bağlanabilecektir. Buna göre çift veya fertler çocuk sahibi olmak istemediğinde, amacı aile planlaması olan hekimlik sözleşmesi ile sterilizasyon işlemi yaptırırsa ve sonuç başarısız olup istenmeden sağlıklı bir çocuk doğarsa çocuğun bakım masrafları tazminata konu olabilmektedir¹¹⁷.

Çocuğun varlığı ve bakım yükümlülüklerinin bir bütün teşkil ettiği ve ayrılmaz olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bütünden ayırma, bir hesaplama içine girilmesi çocuğun varlığı üzerinden bir değer biçme olumsuzlaştırma değil tam aksine çocuğun yaşamına değer katacak bir yaklaşımı hedeflemektedir¹¹⁸.

Sterilizasyon işlemi hastanın sağlık problemleri nedeniyle yapılmış ise ve sonuç başarısız olursa çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirme masrafları sözleşme konusu olmadığı için zarar olarak talep edilemeyecektir. Bu durumda sağlık sebepleri ile olsa da başarısız olan sterilizasyon işleminden sonra anne gebelik yaşamış ve sağlıklı bir çocuk doğmuştur ve annenin sağlığı ile ilgili bir zarar ortaya çıkmamıştır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 304)¹¹⁹.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, aile planlaması kapsamında anne babanın takdir yetkisiyle ve ekonomik sebeplerle çocuk sahibi olmak istemedikleri halde, bu durum sözleşme kapsamında olduğundan, hekimin kusuru neticesi sterilizasyon işlemi başarısız olursa sağlıklı doğan çocuğun bakım masraflarının tazmini gerekmektedir. Sözleşme, borca aykırı kusurlu davranış ile ihlal edilerek sözleşme konusu ekonomik kaygılar doğrultusunda yapılan gelecek planları sekteye uğramaktadır¹²⁰.

Sözleşmenin koruma alanının tespiti bu aşamada çok önem taşımaktadır. Eğer iddia sahibi hekimse bunun ispatı hekimin üstünde olmaktadır. Hekim dosyadaki bilgiler ve tanıklardan istifade ederek ispat külfetini yerine getirebilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 304). Yine anne babanın aile planlaması ile ilgili kararının sonradan değişerek çocuğun istenmesi halinde hekim bu durumu ispatlayabilirse sorumluluktan kurtulabilmektedir (Temel, 2010, s. 82).

¹¹⁷ Aynı yönde: (Temel, 2010, s. 81), (Şenocak, 2009, s. 83), (Büyükcay, 2006, s. 146), Zeytin, kural olarak bakım masraflarının tazminata konu olabileceğini ancak ödemenin hekimlerden katkı sağlanarak oluşturulan bir fon tarafından karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. (Zeytin, 2002, s. 44)

¹¹⁸ Aynı yönde: (Şenocak, 2009, s. 86)

¹¹⁹ Aynı yönde: (Büyüksağış, 2006, s. parag. 26)

¹²⁰ Aynı yönde: (Temel, 2010, s. 82), Aksi yönde: (Büyüksağış, 2006), parag. 48.

Tazminat talebine konu olarak çocuğun bakım masrafları ve doğum giderleri ele alınabilmektedir zira anne babanın malvarlığının kaybına neden olarak zarar yaratan, niteliği gereği doğum giderleri ve çocuğun bakım giderleridir (Şenocak, 2009, s. 83), (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 304, dn. 115'de yer alan yazarlar.).

Tazminatın kapsamı konusunda da tartışmalar vardır. Tıbbi giderler, kazanç kayıpları, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi, korunması gibi kalemler gündeme gelmekte doktrin ve yargı kararlarında farklı kalemler ve farklı meblağlar söz konusu olmaktadır. Çocuğun bakım masraflarına, çocuğun yeme, içme, okul, eğitim, kurs, sağlık nedeniyle yapılan masraflar, kültürel, sosyal ve bedensel ihtiyaçlar dahil edilmektedir (Şenocak, 2009, s. 146). Buna göre, çocuğun bakıcı giderlerini bu kapsam içinde ele almak mümkün gözükmemektedir. Bir görüşe göre, çocuğun bakım masraflarının; devletçe ödenen çocuk yardımı ve eğitim yardımları düşüldükten sonra, 18 yaşına kadar, hekim tarafından karşılanması gerekmektedir (Temel, 2010, s. 82).

Çocuğun evlatlık verilmemesi ile anne babanın çocuğun kabulünün sağlandığı ve bakım masraflarını da üstlenmiş olacakları görüşüne katılmıyoruz. Anne baba sterilizasyon işlemine rıza göstermiştir. Bu rıza üreme yeteneğinin izalesi ile ilgilidir. Çocuğun doğması ile soyut durumdan somut duruma geçilmiş, verilen rızanın kapsamı dışına çıkmıştır. Ortaya konan iradenin yeni durumun bir gereği gibi kabul edilmesi gerekmektedir¹²¹.

Manevi tazminat yönünden anne babanın kişilik hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiş olduğundan talebin kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hekimin borca aykırı davranışı tüp ligasyonu veya vasktomisi işlemi sonrası kişilerin üreme yeteneğinin izalesini sağlayamamış ve zarar yol açmıştır. Anne babadan işlem yaptırmayan taraf haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden ya da sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu niteliğinden faydalanarak manevi tazminat isteme hakkına sahiptir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 305)¹²².

¹²¹ Aynı yönde, (Şenocak, 2009, s. 89)

¹²² Aynı yönde: (Temel, 2010, s. 83), (Şenocak, 2009, s. 154)

3.5. İLLİYET BAĞI

3.5.1. Genel Olarak

Hekimle ilgili sorumluluk hukuku yönünden en temel problemlerden biri illiyet bağına ilişkindir (İpekyüz, 2006, s. 137). Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi, tek başına, sorumlu olması için yeterli değildir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 875). Türk hukukunda kabul edilen hekimin sözleşmesel sorumluluğu için son şart sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır (Şenocak, 2009, s. 118). Sorumluluk hukuku, illiyet bağı olarak her nedeni kabul etmemektedir (İpekyüz, 2006, s. 138). Buna göre hekim, borca aykırı davranışı ile oluşan objektif, tipik sonuçlardan sorumlu olmakta tesadüfen oluşan sonuçlardan ise sorumlu olmamaktadır (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 306). İlliyet bağı sorunu hukuki bir sorun olup, hakim nedenler arasında uygunluk arayarak hukuki değerlendirme ile kararını vermektedir (Şenocak, 2009, s. 119).

Sözleşmeye aykırı davranış genel hayat tecrübelerine göre zararın doğmasına elverişli değilse uygun olmayan illiyetten bahsedilmektedir. Uygun olmayan illiyet, hekimin sorumluluğuna karar verilirken önem ifade etmemekte zira hayatın genel tecrübelerine göre sözleşmenin ihlal edilmesi zararın ortaya çıkması için elverişli olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda hekimi sorumlu tutmak mümkün olmamaktadır (Ayan, 1991, s. 111).

Zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda ortaya çıkmalıdır (İpekyüz, 2006, s. 138). Yaşam deneyimlerine bakıldığında olayların doğal akışında uygulanan davranışın zararı ortaya çıkarabileceği sonucuna ulaşılması gerekmektedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 49, p. 139). Buna göre uygun illiyet için konumuz açısından verebileceğimiz bir örnek şöyledir. Sözleşme konusu ekonomik nedenler olan sterilizasyon işleminde çocuk sahibi olmak istemeyen çift hekimle bu yönde anlaşmışlardır. Hekimin borca aykırı davranışıyla, özensiz ifayla, sterilizasyon işleminin başarısızlığı sonucu çocuğun doğumu gerçekleşirse ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilecektir.

Uygun illiyet bağının yokluğu için ortaya çıkan zarar ile bu zarara neden olan davranış arasında doğal bir illiyet bulunsun da sorumluluk için yeterli bir illiyet bağından söz edilemez (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 307). Hekimin telefonla randevu verdiği hastanın muayenehaneye gelirken yolda kaza geçirmesi sonucu ölmesi durumunda hekimin davranışı ile hastanın

ölmesi arasında uygun illiyet bağından söz edilemeyecek hekim sorumlu tutulamayacaktır (İpekyüz, 2006, s. 139).

Uygun olmayan illiyet bağı için ikinci durumda illiyet bağının kesilmesi söz konusudur. Zararı ortaya çıkarmaya elverişli bir neden varken başka bir neden daha ortaya çıkarak ilk nedeni geri plana atarak elverişsiz hale getirmektedir (Şenocak, 2009, s. 119). Bu durumda hekimin sorumluluğu yine olmamaktadır. İlkinden farklı olarak ise zararlı sonuç ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı vardır. İlliyet bağının kesilmesi ise üç durumda ortaya çıkmaktadır: Mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve alacaklı olan mağdur kişinin kusuru (Büyükcay, 2006, s. 99).

Mücbir sebep ile fevkalade hal arasındaki ayırım bu noktada önem kazanmaktadır. Mücbir sebep herkes tarafından borca aykırılığa yol açabileceği kabul edilen olaylardır. Fevkalade halde¹²³ ise borçlunun faaliyet sahası içinde gerçekleşen ve mücbir sebepten farklı olarak her zaman illiyet bağını kesmeyen olaylar söz konusudur. Fevkalade hal borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine neden olan bir olaydır. Buradaki ayırımın önemi, komplikasyon olarak adlandırılan, işlemin başarısızlık ile sonuçlanmasına yol açan beklenmeyen olayların hukuken nitelendirilmesine katkı yapmasıdır¹²⁴.

Hastanın bünyesinden kaynaklanan nedenler (şeker, kalp hastalığı, hemofili ve allerji gibi) zararın ortaya çıkmasında etken ise hekimin sorumluluğu ortadan kalkmamakta tazminatta indirim nedeni olmaktadır (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2022, pp. 134, p. 397). Bu konuda tartışmalar ve farklı görüşler olsa da hakim görüş illiyet bağının kesilerek sorumluluğun kalkması değil tazminattan indirim nedeni olabileceği yönündedir (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 49, 134, p. 141, p.397' de yer alan dn. 419).

Sterilizasyon işlemi komplikasyonları arasında işlemin başarısızlıkla sonuçlanarak kadın veya erkeğin üreme yeteneklerinin devam etmesi sonucu çocuğun doğduğu görülebilmektedir. Hekimin, doğru tekniği seçmeyerek veya uygulamayarak özen yükümlülüğüne aykırı davranışı üreme yeteneğinin devamına neden olabilmektedir. Bu durumda hekimin davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağından söz edilmektedir. %1'in altında bir oranda görülen kadın veya erkekte kanalların yeniden

¹²³ “Fevkalade hal borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine neden olan bir olaydır.” (Oğuzman & Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 47, p. 1345.)

¹²⁴, “(…komplikasyon, hekimin bilebileceği; ancak kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine neden olan bir fevkalade hal niteliğinde olduğu yönündeki görüşümüzü aktararak...)” (Koyuncu Aktaş, 2020, s. 308)

oluşumuyla gebeliğin meydana gelmesi hekimin öngördüğü ancak kaçınmadığı fevkalade hal niteliğinde bir komplikasyon olarak kabul edilmektedir. Bu durumda hekimin sterilizasyon işlemi yapması ile rekanalizasyon nedeniyle ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı kesilmektedir (Aktaş Koyuncu, 2020, s. 308).

Vasektomi işlemi sonrası sperm tahlili yapılması için belirli aralıklarla kontrole gelmesi gereken hasta, takiplerini yaptırmazsa verilen randevulara gelmezse hastanın kendi kusurundan dolayı illiyet bağı kesilmektedir. Zarar hekimin davranışları dışında geliyorsa uygun illiyet bağından bahsedilemeyecektir. Bu durumda tıbbi kayıtlar hasta tarafından ispat yükü aracı olarak kullanılabilmektedir. Kayıtların tutulmamış olması, eksik tutulması veya geç tutulması sonucu hekim, kusursuzluğunu ve sterilizasyon işlemi ile zarar arasında illiyet bağı olmadığını ispat etmek durumunda kalacaktır (Ölçüm, 2019, s. 130).

Hastanın kusurunun illiyet bağını kesebilmesi için özel bir yoğunlukta olması aranmaktadır. Bu durumda hastanın tamamıyla kusurlu olmasından bahsedilebilmektedir. İlliyet bağını tam kesemediği durumda ise hekimle beraber ortak illiyet, birlikte kusur söz konusu olmakta, hekim sorumluluktan kurtulamamakta ancak tazminattan indirim yapılabilmektedir (Büyükcay, 2006, s. 100).

Hasta uygun illiyet bağını ilk görünüş ispatına göre yapabilmektedir. Hastanın, zararı hekimin hayatın olağan akışına göre kusurlu davranışının istenmeyen sonucu olarak doğurmaya elverişli olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Tıbbi bilirkişi yardımı da elbette alınabilmektedir (Ayan, 1991, s. 112). Bu raporlarda istatistiki değerler verilerek genelde kesin olmayan değerlendirme yapılarak illiyet bağı kesin olmasa da uygunluk aranmaktadır. İlliyet bağının ispatında somut olayda nadir görülen bir zarar ortaya çıksa da hekimin yaptığı işlemin mümkün bir sonucu olarak görülürse uygun illiyet bağından söz edilebilmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 876).

İlliyet bağının tespiti güç olsa da kuvvetli ihtimal yeterli sayılmaktadır. Bazı durumlarda ise hekimin kusurlu hareketi ile hastanın biyolojik yapısından kaynaklanan sebepler yarışabilmektedir. Hastanın bünyesel durumu öngörülebiliyorsa ve hekim bunu dikkate almıyorsa sebeplerin yarışmasından bahsedilmeyerek hukuki olarak illiyet bağının olduğundan söz edilmektedir (Ayan, 1991, s. 112). Hekimin, sterilizasyon işlemi nedeniyle hastasını aydınlatma yükümlüğünü yerine getirmemesi borca aykırılık teşkil etmekte ve hastaya illiyet bağını ispat etme yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Bu noktada ise hekimin,

sterilizasyon işleminin başarısızlığında kusuru olmadığının ispat etmesi gerekmektedir (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 272).

Karşılaştırmalı hukukta, aydınlatma yükümlülüğünün eksik veya yetersiz yapıldığı durumda hekimin sorumluluğunun tam olarak oluştuğunun söylenemeyeceğini, ilaveten hastaya tam aydınlatma yapıldığında dahi hastanın tıbbi faaliyet için rızasının olmaması şartının aranması gerektiği görüşü de mevcuttur (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 319, dn. 444'de belirtilen yazar). Bu durumda hastanın, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmemesi nedeniyle işleme rıza göstermeyerek yapılacak işlemde vazgeçeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Hastanın, ispat amacıyla, ortalama bir kişinin benzer bir durumda vereceği kararı ortaya koyması yeterli kabul edilmektedir¹²⁵. Buna göre verilecek bir örnekte, öngörülebilir başarısızlık oranlarının kendisine bildirildiği farz edilen durumlar için tam ve eksiksiz bir aydınlatma olması durumunda dahi hastanın sterilizasyon işlemine rızası olacağından ve işlemin başarısızlığını dahi göz önüne alarak işleme izin verecek olmasından dolayı aydınlatma yükümlülüğü ihlali nedeniyle hekimin sorumluluğunu gerektiren illiyet bağı kurulamayacaktır.

3.5.2. Sterilizasyon İşlemi Nedeniyle Yapılan Sözleşmenin İlliyet Bağı Kavramı Çerçevesinde Ele Alınması

Hatalı yapılan tüp ligasyonu veya vasktomisi yönünden borca aykırı davranılarak sorumluluk ihlalinin gerçekleşmesi sonucu zarar olarak çocuğun doğması ve bakım masraflarının ortaya çıkması farklı olaylar neticesi görülebilmektedir.

İlk durumda, sperm ve yumurta kanallarının hekim tarafından bağlanamaması söz konusu olmakta ve hekimin kusurlu davranışından bahsedilmektedir. Hekimin sterilizasyon işlemini tam olarak doğru bir şekilde yapmaması neticesi bakım yükümlülüğü sonucunu doğuran bir çocuk dünyaya gelmektedir. İşlem tam olarak doğru bir şekilde yükümlülüğün gerektirdiği gibi yapılırsa sperm kanalı ve tüplerin geçirgenliğinin tamamen yok edilmesi ve gebeliğin oluşmasının engellenmesi beklenmektedir (Büyükcay, 2006, s. 100). Ancak rekanalizasyon oluşumu sonucunda sperm kanalı ve tüplerin geçişe olanak sağladığı ve gebeliğin bu şekilde ortaya çıktığı durumlar nadir de olsa görülebilmektedir. Ancak bindelik oranlarda görülebilen bu riskli durum ortaya çıktığında bunu başlangıçta hekim hatasına dayandırmak

¹²⁵ “Amerikan hukukunda illiyet bağı ispat yükü hastada bulunmaktadır.” (Hakeri, Tıp hukuku, 2018, s. 319)

da mümkündür. İlk görünüş ispatı sterilizasyon işlemlerinde başarısızlık oranlarının çok düşük olmasına dayandırılmaktadır. Başarı oranları, %99 oranının üzerinde olan bir işlem için hatalı tıbbi müdahaleye bağlı değil aksine sterilizasyon işlemini tam ve doğru yaptığını, rekanalizasyon nedeniyle gebeliğin oluştuğunu iddia eden hekimin bu durumu ispatlaması gerekmektedir.

İkinci durumda, sterilizasyon işlemi sonrası kontrollerde gerekli tetkik ve muayenelerin yapılmaması, eksik yapılması ya da hatalı yapılması durumu söz konusu edilmektedir. Kontrollerde hastanın üreme yeteneğinin devam ettiği yapılacak muayene ve tetkikler ile anlaşılabilmektedir. Oysa ki anne baba, böyle bir durumda üreme yeteneklerinin kaybolmadığını bilselerdi gebelik oluşumunu önlemek için ek gebeliği önleyici yöntemler kullanacaklarını veya ikinci bir işlem yaptırarak gebeliği önleyebileceklerini ve çocuğun bakım ve yetiştirme masrafları gibi maddi yüklerle karşılaşmayacaklarını iddia etmektedirler (Büyükcay, 2006, s. 101). Tüp ligasyonu için işlem sonrası yapılan kontrollerde başarısızlığı tespit etmek için uygulanan standart bir yöntem bulunmasa da hekimin, şüphe duyduğu bir durum söz konusu ise gerekli araştırmaları yaparak sonuçtan emin oluncaya kadar ek gebeliği koruyucu yöntem önermesi gerekmektedir. Hekim böyle bir durumda gerekli araştırmaları yaptığını, önlemleri aldığını ve eşleri bilgilendirdiğini ispat etmek durumundadır. Vasektomi yönünden ise hekim ilk 3 aylık dönemde belirli aralıklarla hastayı kontrol ettiğini gerekli tetkik ve muayeneleri hatasız yaptığını ispat etmek durumunda bulunmaktadır.

Üçüncü durumda, hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş sterilizasyon işleminin başarısızlık ihtimalinden hastaya bahsetmemektedir. Tıbben, bindelik oranlarda rekanalizasyon olabileceği ve bunda gebeliğe yol açacağı konusunda hastanın bilgisi bulunmamaktadır. Hasta, eğer bu konuda bir aydınlatma yapılmış olsaydı ek gebeliği önleyici yöntemler uygulayarak çocuğun doğmasının engellenebileceğini ve çocuğun masraflarına katlanma külfetinin olmayacağını iddia etmektedir. Hayatın olağan akışında, hastaların sterilizasyon işlemine güvenleri çok yüksektir ve ek gebeliği önleyici yöntem kullanma ihtimalleri de çok düşüktür. Bilgilendirmenin yapılmaması sonucu zarar ortaya çıktığı iddiası karşısında ispat yükü aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini savunan hekimdedir (Büyükcay, 2006, s. 102). Bilgilendirmenin içeriği de önem kazanabilmektedir. Başarısızlık oranlarıyla ilgili verilen veriler hastanın kararını etkileyebilmektedir. Nitekim bir olayda hekimin kendisine başarısızlık oranının, %0,1 oranı ile %0,3 oranında söylendiğini, halbuki bilirkişinin bu oranı %1 olarak daha fazla vermesi karşısında hasta ek

yöntem kullanabileceğini iddia etmiş ve mahkeme tarafından hastanın iddiası kabul edilmiştir. Diğer taraftan başka bir olayda, kendisinin doğru olarak bilgilendirilseydi %0,5 oranının altında başarısızlık ihtimali olan durumda gebeliği önleyici yöntem kullanacağını söyleyen hastanın iddiası ise kabul edilmemiştir (Büyükcay, 2006, s. 102, dn. 457 ve 458).

3.5.3. Cinsel İlişkinin İlliyet Bağını Kestiği Yönündeki Görüşler

Bir görüşe göre cinsel ilişki, hekimin borca aykırı davranışı ile sterilizasyon işlemi sonucu ortaya çıkan başarısızlık, zarar, arasındaki illiyet bağını kesmektedir (Şenocak, 2009, s. 80, dn. 141'de belirtilen yazar). Buna göre hekimin borca aykırı davranması değil cinsel ilişki ve neticesinde meydana gelen doğum çocuğun bakım yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Görüş, gebeliğin ortaya çıkma sebebinin anne babanın cinsel ilişkisine bağlı olduğu, dölleme sonucunun onların özgür iradelerine dayandığı, bunun da risklerinin olduğunun kendileri tarafından bilindiği dolayısıyla bakım masraflarının hekime yüklenemeyeceğini savunmaktadır. Anne baba, cinsel ilişkinin istenmeyen sonuçları nedeniyle tıbbi yardım olarak sterilizasyon işlemini yaptırırken her şeyi hesaba katmalı, sterilizasyon işlemini, sonucun başarısız olması gibi hayatın akışı içindeki risklerden bağımsız olarak düşünmemelidir.

Bu görüşü destekleyenler anne babanın beraber olmalarının çocuğun bakım sorumluluğunu da almaları gerektiğini, gebeliğin hayatın genel risklerinden biri olduğunu öne sürmektedir (Büyükcay, 2006, s. 102, dn. 460'da belirtilen yazar). Katıldığımız görüşe göre, genel olarak cinsel ilişki sonucunda dölleme olması risk olarak herkes için geçerli ve kabul edilebilir olmakla birlikte sterilizasyon işleminin yapılması ile cinsel ilişki bir risk olmaktan çıkmakta, hekimin kusurlu davranışı başarısız sonucun ortaya çıkmasına neden olmaktadır (Şenocak, 2009, s. 81).

Başka bir görüşe göre cinsel ilişki ile illiyet bağının kesildiğini kabul etmek için başarısız sterilizasyon işleminin sonuçlarının cinsel ilişki yönünden kişiler için bir anlam taşımaması gerektiği vurgulanmaktadır (Şenocak, 2009, s. 81, dn. 141'de belirtilen yazar). Oysa ki fertler modern tıbbın kendilerine tanıdığı imkanlardan yararlanarak istedikleri zaman istedikleri kadar çocuk sahip olma haklarını kullanmak istemektedir. Sterilizasyon işlemi hukuken ve ahlaken yapılabilen bir işlem olduğuna göre, cinsel ilişki sonucu meydana gelen gebeliği hayatın genel risklerinden biri olduğu gerekçesiyle illiyet bağını kestiğinden bahisle hekimin sorumluluğunu yok saymak doğru olmayacaktır. Anne baba hekimin sterilizasyon işlemini

özenli yaptığına ya da işlem başarısızlığı ile ilgili tam olarak aydınlatıldıklarına güvenmiş olduğundan cinsel ilişkiye girerken herhangi bir risk üstlenmelerini gerektirecek bir durum yoktur. Gebeliği önleyici yöntem olarak yüksek başarı oranları nedeniyle sterilizasyon işlemine güvenen anne baba ek tedbir alma zorunluluğu hissetmemektedir. Sonuç olarak cinsel ilişki sonucunda döllenme olmaması için, bu riski bertaraf etmek için sterilizasyon işlemi yapılmaktadır.

Aynı zamanda hekim sterilizasyon işlemiyle cinsel ilişkiye yönelik değil üreme fonksiyonuna yönelik bir işlem yapmakta olduğu için de cinsel ilişkinin illiyet bağıını kestiğini söylemek doğru olmayacaktır (Büyükcay, 2006, s. 103, dn. 462'de belirtilen yazar). Hekimin borca aykırı davranışı üreme yeteneğini ilgilendirmektedir. Ancak bu aykırılık üreme yeteneğini ortadan kaldırmadığı için işlem başarısız olmakta ve istenmeyen sağlıklı çocuk doğarak bakım yükümlülüğü zarar olarak ortaya çıkmaktadır.

Almanya'da bir mahkeme kararında sterilizasyon işleminin cinsel ilişki ve üreme yeteneği arasındaki bağı kesmesi gerekiyorsa cinsel ilişkinin, hekimin hatası ve bu hata nedeniyle oluşan gebelik arasındaki illiyet bağıını ilgilendirmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Karara göre, aydınlatmanın hatalı yapıldığı durumda eşler sterilizasyon işlemine güvenerek cinsel ilişki ve üreme arasındaki bağı düşünmeyerek ek tedbir alma yoluna gitmemiştir (Büyükcay, 2006, s. 103, dn. 463, BGH, NJW, 1995, s.2408.).

SONUÇ

Sterilizasyon işlemi uygulanmasına rağmen istenmeden doğan sağlıklı çocuk için hekimin sözleşmesel sorumluluğu konulu çalışmamız için ulaşılan sonuçlar aşağıdaki gibidir:

Sterilizasyon işlemi yapılmasına rağmen işlemin başarısızlıkla sonuçlanması sonucu gebelik oluşumu ve gebeliğin sağlıklı çocuk doğumu ile sonlandığı olaylara ilişkin durumu ifade etmek için ‘istenmeden doğan sağlıklı çocuk’ teriminin kullanılmasını yerinde bulmaktayız.

NPHK ile ‘nüfus planlaması’ fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımım günlük ihtiyacı karşılamadığı aile planlamasının daha geniş bir alan tanıımı yaptığını düşünmekteyiz. Zira aile planlaması; çocuk sahibi olma yanında, çocuk sahibi olamama durumu ile medeni durum, kariyer planları ve finansal durum gibi çocuk yetiştirmeyi de kapsayan unsurları içinde barındırmaktadır. İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının görünümlerinden biri, insan haklarının bir alt kolu olarak ‘üreme hakkı’ terimi kullanılabilir görüşündeyiz.

Sterilizasyon yöntemleri, gebeliği önleyici yöntemler içinde en etkili olan grupta içinde sınıflandırılmaktadır. Kadında tüp ligasyonu ve erkekte vasktomisi günümüzde standardize edilerek uygulanan tıbbi müdahalelerdir. Buna göre vasktomisi için işlem sonrası en az üç ay süreyle gebeliği önleyici geçici ek bir yöntemin kullanılması, kişi steril sayılmadan önce sperm analizlerinin yapılması gerektiği kendisine anlatılmalı ve öneminin anlaşılması sağlanmalıdır. Buna rağmen gebeliği önlemede yüzde yüz başarılı olmadığı binde birin altında oranlarda başarısızlık ihtimali bulunduğu bilgisinin işlem öncesi ve işlem sonrası hastayla paylaşılmasını ve hekimin kayıt tutma yükümlülüğü kapsamında ferdileştirilmiş form ile kayıt altına alınmasını önermekteyiz.

Kadında tübalektomi ile başarısızlık oranı güncel teknik imkanlara rağmen binde birin altında olsa da sterilizasyon işleminin başarısızlığını test edecek standart tıbbi bir yöntemin olmadığı görülmektedir.

İstenmeden doğan sağlıklı çocuk olaylarında hekimin sözleşmesel sorumluluğu sadece hukuk değil, ahlaki, sosyal, politik, psikolojik ve biyolojik yönlerden de etki altındadır. Bu nedenle farklı görüşler her zaman varlığını korumakta ve tartışmalara yol açmaktadır. Sözleşmesel sorumluluk varlığında zararın varlığı ve tazminat kapsamının hukuki yönden

olduğu kadar etik yönden de tartışmalı konular oldukları görülmekte, doktrinde ve yargı kararlarında yer almaktadırlar.

Ahlak kavramı sürekli değişime uğramakta, kişilerin güncel ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Dolayısıyla, sterilizasyon işleminin ahlaka aykırı bir işlem olarak kabul edilmemesi gerektiği kanısındayız.

Sağlık sebepleriyle veya aile planlaması amacıyla yapılan sterilizasyon işlemi, tüp ligasyonu veya vasektomi, nedeniyle hasta ve serbest çalışan hekimler arasında yapılan hekimlik sözleşmesini olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi vekalet sözleşmesi görünümünde hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.

Aile planlaması amacına yönelik olarak uygulanacak sterilizasyon işlemlerinde de olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi genel olarak kabul edilen hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğü kurallarının esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sorumluluk hukuku yönünden hekimle anne baba arasında yapılan aile planlaması konulu bir sözleşme hukuki sonuçlara bağlanabilmektedir. Buna göre çift veya fertler çocuk sahibi olmak istemediğinde amacı aile planlaması olan hekimlik sözleşmesi ile sterilizasyon işlemi yaptırırsa ve sonuç başarısız olup istenmeden sağlıklı bir çocuk doğarsa, çocuğun bakım masrafları tazminata konu olabilmektedir.

Aile planlaması kapsamında anne babanın takdir yetkisiyle ve ekonomik sebeplerle çocuk sahibi olmak istemedikleri halde sterilizasyon için yapılan sözleşmede bu durum sözleşme kapsamında olduğundan hekimin kusuru neticesi sterilizasyon işlemi başarısız olursa sağlıklı doğan çocuğun bakım masraflarının tazmini gerekmektedir. Sözleşme, borca aykırı kusurlu davranış ile ihlal edilerek, sözleşme konusu ekonomik kaygılar doğrultusunda yapılan gelecek planları sekteye uğramaktadır.

Sterilizasyon işlemi aile planlaması amacıyla değil sağlık nedenleriyle yapılıyorsa istenmeden doğan sağlıklı çocuk sözleşmenin konusu olmadığından tazminat taleplerine konu edilemeyeceği kanaatindeyiz. Sterilizasyon işlemi hastanın sağlık problemleri nedeniyle yapılmış ise ve sonuç başarısız olursa çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirme masrafları sözleşme konusu olmadığı için zarar olarak talep edilemeyecektir. Bu durumda sağlık sebepleri ile sterilizasyon işlemi uygulanmış olmasına rağmen işlem başarısızlığı sonucu anne gebelik yaşamış ve sağlıklı bir çocuk doğmuştur ve annenin sağlığı ile ilgili bir zarar ortaya çıkmamıştır.

Sterilizasyon işleminin hekimin kusuru nedeniyle başarısız olduğu sonucunda gebelik yaşanan ve sağlıklı çocuğun doğduğu durumlarda çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirme ile diğer tıbbi giderlerin zarar olarak talebinin tartışmalı bir konu olduğu görülmektedir. Öncelikle istenmeden doğan sağlıklı çocuğun tazminat talebinde bulunamayacağını ve çocuğun kendisinin bir zarar olmadığı sonucuna ulaştığımızı belirtmek isteriz. Çocuğun varlığı ve bakım yükümlülüklerinin bir bütün teşkil ettiği ve ayrılmaz olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bütünden ayırma, bir hesaplama içine girilmesi çocuğun varlığı üzerinden bir değer biçme, olumsuzlaştırma değil tam aksine çocuğun yaşamına değer katacak bir yaklaşımı hedeflemektedir.

Sterilizasyon işleminin tıbbi kurallara uygun yapılması, komplikasyon olarak kabul edilen tüp veya sperm kanallarının yeniden kanalizasyonu sonucu gebelik oluşması, gebelik süresince bir problem yaşanmaması ve sonuçta sağlıklı bir çocuk doğsa dahi hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucunda hastanın vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edildiğinden ane babanın zararının karşılanması gerekmektedir.

Hekimin zarar verici davranışı sonucu ortaya çıkan yük, anne babanın bakım yükümlülüğü, zarar niteliğinde olup mal varlığı değerinde azalma yaratacağından tazmin edilebilir niteliktedir. İstenmeden doğan çocuğun, zarar gören anne babaya yetişkin olduğunda ekonomik menfaatler sağlama ihtimalinin bakım ve yetiştirme masraflarının zarar olarak nitelendirilmesinde önemli olmadığı görüşüne katılmaktayız. Aile planlaması kapsamında, kendi geleceğini planlama hakkına sahip olan çift veya fertler de sterilizasyon işlemi sonrası istemedikleri bir çocuk sahibi olurlarsa çalışma gücü kaybı ve yoksun kalınan kar nedeniyle koşulları olduğu takdirde tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Katıldığımız görüşe göre, sterilizasyon nedeniyle yapılan sözleşmede hekim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemişse ve bunun sonucunda istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk söz konusu olursa anne baba maddi manevi tazminat isteyebilmektedir. Manevi tazminat yönünden anne babanın kişilik hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiş olduğundan talebin kabul edilmesini gerektirmektedir. Zira hekimin borca aykırı davranışı tüp ligasyonu veya vasktomu işlemi sonrası kişilerin üreme yeteneğinin izalesini sağlayamaması nedeniyle zarara yol açmaktadır. Çiftlerden işlem yaptırmayan taraf haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden ya da sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu niteliğinden faydalanarak manevi tazminat isteme hakkına sahiptir.

Tazminatın kapsamı konusunda da tartışmalar olduğu görülmektedir. Tıbbi giderler, kazanç kayıpları, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi, korunması gibi kalemler gündeme gelmekte doktrin ve yargı kararlarında farklı kalemler ve farklı meblağlar söz konusu olmaktadır. Bir görüşe göre çocuğun bakım masraflarının, devletçe ödenen çocuk yardımı ve eğitim yardımları düşüldükten sonra 18 yaşına kadar hekim tarafından karşılanması gerekmektedir.

Maddi tazminat talebine konu olarak sadece çocuğun bakım masraflarının ele alınabileceği kanaatindeyiz. Zira anne babanın malvarlığı kaybına neden, zarar yaratan unsur, niteliği gereği çocuğun bakım giderleri olmaktadır.

Çocuğun evlatlık verilmemesi ile anne babanın çocuğun kabulünün sağlandığı ve bakım masraflarını da üstlenmiş olacakları görüşüne katılmıyoruz. Anne baba sterilizasyon işlemine rıza göstermektedir. Bu rıza üreme yeteneğinin izalesi ile ilgilidir. Çocuğun doğması ile soyut durumdan somut duruma geçilmiş, verilen rızanın kapsamı dışına çıkmıştır. Ortaya konan iradenin yeni durumun bir gereği gibi kabul edilmesi gerekmektedir. Aile planlamasına yönelik hak kullanılarak sterilizasyon işleminin yapılması gebelik öncesi soyut bir kavram olarak istenmeyen çocuğun doğumunu engellemek için ortaya konan bir takdirken evlatlık verme durumunda ise somut var olan bir çocuk söz konusu olmaktadır.

Katıldığımız görüşe göre genel olarak cinsel ilişki sonucunda döllenme olması risk olarak herkes için geçerli ve kabul edilebilir olmakla birlikte sterilizasyon işlemi ile cinsel ilişki bir risk olmaktan çıkmakta, başarısız sonucun ortaya çıkmasında hekimin kusurlu davranışı aranmaktadır. Başarısız sterilizasyon işlemi sonucunda gebe kalınması durumunda çiftten, kişilik hakkının ihlal edilerek, zarar veren hekimin ekonomik menfaati için kişiliğe bağlı temel hak olan aile planlamasına yönelik hakkını dilediği gibi kullanmasının engellenmesi beklenmemelidir. Bu nedenle sterilizasyon işleminin başarısızlık ile sonuçlanması sonucu sağlıklı çocuk doğuran kadının zamanında gebeliğini sonlandırmayarak zararı azaltma külfeti davranışı göstermediği gerekçesiyle zararı artırdığından bahsedilemeyeceği düşüncesindeyiz.

Hekimin sterilizasyon işlemini yapma edimini gereği gibi ifa etmeyerek istenmeden doğan sağlıklı çocuğun dünyaya gelmesine neden olmasından dolayı uygun koşullar oluştuğunda anne babanın çocuğun bakım yükünü karşılaması gerektiği sonucuna ulaştık.

KAYNAKÇA

- Abott, C. (2009, Ağustos 4). <https://www.reuters.com>. Kasım 21, 2021 tarihinde Reuters: <https://www.reuters.com/article/idUSTRE57367220090804> adresinden alındı
- Akbaba, Z. B. (2009). Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(81), s. 1-28. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-81-504> adresinden alındı
- Akbaba, Z. B. (2009). Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II. *Türkiye Barolar Brliği Dergisi*(82), s. 1-18. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-520> adresinden alındı
- Akkanat, H. (2006). *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzenleri, Prof.Dr.Özer Seliçi'ye Armağan*. Ankara: Seçkin.
- Aktan, C. C. (tarih yok). <http://www.canaktan.org>. İnsan Hakları, 20.Yüzyılda Toplumsal Gelişme: http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/toplumsal_gelisme.htm adresinden alındı
- Aktaş Koyuncu, N. (2020). "Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği Üzerine görüş ve Değerlendirmeler". *Tıp Hukuku Dergisi*, 18, 343-390.
- Alderman, P. (1988, Haziran 3). The lurking sperm, “A review of failures in 8879 vasectomies performed by one physician. *JAMA*, 3142-3144. doi:10.1001/jama.259.21.3142.
- Ayan, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Barone, M., Nazerali, H., Cortes, M., Chen-Mok, Pollack, & Sokal. (2003). A prospective study of time and number of ejaculations to azoospermia after vasectomy by ligation and excision. *J Urol*, 170(3), 892-896. doi:10.1097/01.ju.0000075505.08215.28.
- Birtane, Ş. (2021). Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetleri. *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, s. 1-286. https://www.anayasa.gov.tr/media/7389/ozel_hayata_saygi_hakki.pdf adresinden alındı
- Bozkurt, E. (2010,7 Mayıs). Kısırlaştırma, Sterilizasyon, Kısırlaştırma ve İnsan Hakları. (s. 3. Sağlık Hukuku Kurultayı). Ankara: 3. Sağlık Hukuku Kurultayı.
- Braaten, K. P., & Dutton, C. (2021, Temmuz). Female interval permanent contraception: Procedures. Up to Date.
- Burke, D. J. (1988, Eylül). Wrongful Pregnancy: Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration. *Pace L. Rev*, 8(2), s. 313-372.
- Büyükkay, Y. (2006). *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları.

- Büyüksağış, E. (2006, Şubat). Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi? *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal bilimler Aylık İnternet Dergisi*(48).
- Center For Reproductive Rights. (2022). <https://reproductiverights.org/https://reproductiverights.org/constitutional-right-reproductive-autonomy-14th-amendment/#:~:text=The%20U.S.%20Constitution%20requires%20the,does%20international%20human%20rights%20law>. adresinden alındı
- Christensen v. Thornby, 192 Minn. 123, 255 N.W. 620 (Minnesota Haziran 22, 1934).
- Christensen v. Thornby, 192 Minn. 123, 255 N.W. 620 (Minnesota Haziran 22, 1934).
- Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakları Platformu. (tarih yok). Aralık 24, 2021 tarihinde https://cisuplatform.org.tr:https://old.icc.org.tr/uploads/documents/uremehaklari/ureme-haklari_ICC.pdf adresinden alındı
- Coetzee, L. C. (2017, Nisan). Legal liability for failure to prevent pregnancy (wrongful pregnancy). *South African Medical Journal*, 107(5), s. 394-398.
- Contraseption, WHO. (tarih yok). Ekim 24, 2021 tarihinde https://www.who.int:https://www.who.int/health-topics/contraception#tab=tab_1 adresinden alındı
- Custodio v. Bauer, 251 Cal.App.2d 303, 59 Cal. Rptr. 463 (California Temyiz Mahkemesi Mayıs 25, 1967).
- Date, S. V., Rokade, Mule, & Dandapannavar. (2014, Temmuz). Female sterilization failure: Review over a decade and its clinicopathological correlation. *Int J Appl Basic Med Res*, 4(2), 81-85. doi:10.4103/2229-516X.136781.
- David, J. B. (1988, Eylül). Wrongful Pregnancy: Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration. *Pace L. Rev*, 8(2), 313-372.
- Daymaz, D., Güner, P., & Özvarış, Ş. B. (2015, Kasım 23). *Aile Planlaması*. Ekim 24, 2021 tarihinde http://www.halksagligi.hacettepe.edu.tr:http://www.halksagligi.hacettepe.edu.tr/diger/topluma_yonelik.php adresinden alındı
- Demir, R. (2020, Ocak). Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlinde Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), s. 27-59.
- Denniston, G. (1985, Temmuz). Vasectomy by electrocautery: outcomes in a series of 2,500 patients. *J Fam Pract*, 21(1), 35-40.
- DJ, J., Costello , C., Trussell, J., & Hillis, S. (2004). The risk of pregnancy after vasectomy. *Obstet Gynecol*, 103(5), 848-850. doi:10.1097/01.AOG.0000123246.11511.e4.
- Doğan, C. (2014). Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş - Kısmî Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleş. *Tıp Hukuku Dergisi*, 6, 177-196.

- Dönmez, S., & Akdolun Balkaya, N. (2021). *Kadın Doğurganlık ve Fertilite Kontrolü*. İstanbul: Ema Tıp Kitabevi.
- Gabbe, S. G., Niebbyl, Simpson, Condon, Galan, Jauniaux, & Drixoll. (2012). *Obstetrics Normal and Problem Pregnancies* (6 b.). Saunders.
- Güenalp, S., Yüce, K., Boynukalın, K., Güren, S., & Esenler, İ. (2014). *Temel Kadın Hastalıkları ve Doğum Bilgisi* (3 b.). Ankara: Güneş Tıp Kitabevi.
- Hakeri, H. (2015). *Tıp Hukuku* (10 b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Hakeri, H. (2018). *Tıp hukuku* (13 b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Hampton, L. P. (1986, Nisan). The Continuing Debate over Recoverability of the Costs of Child-Rearing in "Wrongful Conception" Cases: Searching for Appropriate Judicial Guidelines. *Family Law Quarterly*, 20(1), 45-60.
- Hassan, M., Chitty, L., & Reardon, H. (2014). "Wrongful Birth: Clinical Settings and Legal Implications". *Seminars In Fetal & Neonatal Medicine*, 19, 312-316.
- Hoffman, Schorge, Bradshaw, Halvorson, Schaffer, & Corton. (2020). *Williams Jinekoloji*. (G. Yıldırım, Çev.) İstanbul: Nobel Tıp Kitapevleri.
- <https://themeasureofaplan.com>. (2018, Temmuz 12). The Measure Of A Plan: <https://themeasureofaplan.com/cost-of-raising-a-child-calculator/> adresinden alındı
- <https://www.merriam-webster.com/>. (2023). Ocak 3, 2023 tarihinde Merriam-Webster. (n.d.). Wrongful pregnancy. In Merriam-Webster.com legal dictionary.: <https://www.merriam-webster.com/legal/wrongful%20pregnancy> adresinden alındı
- İpekyüz, F. Y. (2006). *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- J.Burke, D. (1988, Eylül). Wrongful Pregnancy: Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration. *Pace L. Rev*, 8(2), 313-372.
- James, D., Steer, Weiner, Gonik, Crowther, & Robson. (2011). *High RiskPregnancy Management Options* (4 b.). Elsevier Saunders.
- Kanem, N. (2018, Temmuz 11). *UNFPA Türkiye*,. (<https://turkiye.unfpa.org/tr/news/aile-planlamas%C4%B1-bir-insan-hakk%C4%B1d%C4%B1r>, Editör) Aralık 25, 2021 tarihinde <https://turkiye.unfpa.org/tr>: <https://turkey.unfpa.org/tr/news/aile-planlamas%C4%B1-bir-insan-hakk%C4%B1d%C4%B1r> adresinden alındı
- Karosaite, M. (2017, Ocak). Wrongful Birth And Wrongful Conception. *Law Review*, 1(115), 4-37.
- Keplinge, B., & Cramer, J. J. (1988). Wrongful Pregnancy: A House Divided, Tort & Insurance Annual Survey of Developments in Tort & Insurance Law. 496-506., 23(2), 496-506.
- Kingsbury v. Smith, 122 N.H. 237, 442 A.2d 1003 (New Hampshire Mart 10, 1982).
- Koyuncu Aktaş, N. (2020). *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu* (1 b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland), [1999] 2 AC 59 (HL) (House of Lords Kasım 25, 1999).
- Michielsen, D. (2010, Nisan). State-of-the art of non-hormonal methods of contraception: VI. Male sterilisation. *Eur J Contracept Reprod Healt Care*, 15(2), 136-149. doi:10.3109/13625181003682714.
- Nanke v.Napier, 346 N.W.2d 520,521 (Iowa Temyiz Mahkemesi Nisan 11, 1984).
- NS, A., Krishnan , j., & Boustead, G. (2005). Complications of vasectomy. *Ann R Coll Surg Engl*.
- Oğuzman, K., & Öz, T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 16. Bası b., Cilt 1). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., & Öz, T. (2022). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geirilmiş 17. Bası b., Cilt 2). İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Ormancı, P. A. (2016). Zararı Azaltma Külfeti. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Ozanoğlu, H. S. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), s. 55-77.
- Ölçüm, M. B. (2019). *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özcan, C. (2015, Nisan). PERUCHE DAVASI VE DOĞUM ÖNCESİ TEŞHİS HATASI NEDENİYLE TAZMİNAT. *TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ*, 6(21), 105-122.
- P, H., & McLaughlin , E. (2002). British Andrology Society, “British Andrology Society guidelines for the assessment of post vasectomy semen samples. *BritishJ Clin Pathol*.
- Peterson, H. B., Xia, Z., Hughes, J., Wilcox, Tylor, & Trussell. (1996, Nisan). The risk of pregnancy after tubal sterilization: findings from the U.S. Collaborative Review of Sterilization. *Am J Obstet Gynecol*, 74(4), 1161-1170. doi:10.1016/s0002-9378(96)70658-0.
- PJ, S., & Guess, H. (2000). Safety and effectiveness of vasectomy. *Fertil Steril*, 2000, S. 73, s. 923., 73(5), 923-936.
- Provencio v. Wenrich, 2011-NMSC-036 (New Mexico Ağustos 17, 2011). <https://casetext.com/case/provencio-v-wenrich> adresinden alındı
- Queensland, S. o. (2020, Mart 2). *Civil Liability Act 2003*. Civil Liability Act 2003: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/inforce/current/act-2003-016> adresinden alındı
- Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust (appeal from Eng. & Wales)), [2004] 1 AC 309, (HL) (Ekim 16, 2003).
- RG. (29.04.1926,359). Borçlar Kanunu.

- Sarı, S. (2004). *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*. Beşir Kitabevi.
- Schmidt, S. (1995). Vasectomy by section, luminal fulguration and fascial interposition: results from 6248 cases. *Br J Urol*.
- Scott, J. R., Disala, Hemmond, & Spellacy. (1995). *DANFORTH'S OBSTETRICS AND GYNECOLOGY* (7 b.). Lippincott Williams & Wilkins.
- Scurria, S., Asmundo, A., & Gualnier, P. (2019, Ocak-Mart). Cross-country comparative analysis of legislation and court rulings in wrongful birth actions. *Journal of Legal Medicine*, 39(1), 35-53.
- Sert, G. (2013). *Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*. Mart 7, 2022 tarihinde İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı: https://www.ikgv.org/pdf/Ureme_Haklarinin_Yasal_Temelleri_ve_Etik_Degerlendirme.pdf adresinden alındı
- Sherlock v. Stillwater Clinic davası, 260 N.W.2d 169 (1977) (minnesota Temyiz Mahkemesi Ekim 14, 1977).
- Smith, J., Cranston, O'Brien, Guillebaud, Hindmarsh, & Turner. (1994, Temmuz 2). Fatherhood without apparent spermatozoa after vasectomy. *Lancet*, 344(8914)(30), 1052-1059. doi:10.1016/s0140-6736(94)91052-9.
- Soderstrom, R. (1985, Temmuz). Sterilization failures and their causes. *Am J Obstet Gynecol*.
- Şenocak, Z. (2009). *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- T Linde, R., Rock, A. J., & Howard, W. (2008). *Tubal Sterilization''*, *Te Linde's Operative Gynecology, Philadelphia 2008. s.609. (8 b.). (R. W. T Linde, Dü.) Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins*.
- Taşatan, C. (2015). Tıbbi Kayıtlar. *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. <https://cdn.legalbank.net/pdf/811e2b7eb7314a6f979d354030335d1b.pdf> adresinden alındı
- tbmm.gov.tr*. (1982). Kasım 16, 2021 tarihinde TBMM: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c009/mgk_01009147ss0582.pdf adresinden alındı
- Temel, E. (2010). Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar. *3.Sağlık Hukuku Kurultayı* (s. 62-84). Ankara: Ankara Barosu.
- Terrell v. Garcia, 496 SW2d 124 (Teksas temyiz Mahkemesi Mayıs 9, 1973). <https://casetext.com/case/terrell-v-garcia> adresinden alındı
- TTB. (2012, Mayıs). *Türk Tabipler Birliği*. [ttb.org.tr: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf) adresinden alındı

- tuik.gov.tr*. (2021, Temmuz). Aralık 29, 2021 tarihinde TÜİK, Haber Bülteni: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dunya-Nufus-Gunu-2021-37250> adresinden alındı
- UNFPA, World Population Plan of Action*. (1974, Ağustos 19-30). Aralık 24, 2021 tarihinde [www.un.org: http://www.un.org/popin/icpd/conference/bkg/wppa.html](http://www.un.org/popin/icpd/conference/bkg/wppa.html) adresinden alındı
- Varma, R., & Gupta, J. (2004). Failed sterilisation: evidence-based review and medico-legal ramifications. *BJOG*, 111(12), 1322-1332. doi:10.1111/j.1471-0528.2004.00281.x.
- Viera, A. J., O'Leary, M., & Chen, W. (2022, Kasım). Vasectomy. *Up To Date*, Anthony J Viera, Michael P O'Leary, Wenliang Chen, Vasectomy, Up To Date, Kasım 2022, s.. Up To Date.
- Zeytin, Z. (2002, Haziran). Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-II Maddi Zarar Olarak Çocuk. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(3), 33-45.