



BİOHUKUK SEMPOZYUMU

6-7 MAYIS 2025
KIRIKKALE



BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI



BİOHUKUK SEMPOZYUMU

6-7 MAYIS 2025
KIRIKKALE



BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

Editörler

Arş. Gör. Şeyma KURT
Arş. Gör. Burcu ÇAVUŞ ERYENDİ

ISBN: 978-975-8626-30-4

KIRIKKALE - 2025

T.C. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

BİOHUKUK SEMPOZYUMU BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

BIOLAW SYMPOSIUM ABSTRACTS BOOK

© Kırıkkale Üniversitesi, 2025

ISBN: 978-975-8626-30-4

Yayın Tarihi: 01.10.2025

Editörler | Editors

Arş. Gör. Şeyma Kurt

Arş. Gör. Burcu Çavuş Eryendi

Sekretarya | Secretariat

Av. Arb. Cahid Doğan

Eserde yayımlanan bildiri metinlerinde ileri sürülen görüşlerin bilimsel ve hukuksal sorumluluğu bildiri sahiplerine aittir. Kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz.

Kitapta yer alan bildiri özetlerinin tamamı kör hakem kuralına uygun olarak hakem denetiminden geçerek kabul edilmiştir.

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

1. Basım, Elektronik Kitap (Çevrim içi / Web tabanlı) 160*240 mm

ISBN: 978-975-8626-30-4

1. Sempozyum 2. Biohukuk 3. Bildiri Özetleri

Yayımlanma adresi: <https://hukuk.kku.edu.tr>

Sempozyum Düzenleme Kurulu | Symposium Organizing Board

Prof. Dr. Mustafa Avcı, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ozan Can, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra Dilek Keskin, Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi
Doç. Dr. Yasemin Durak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seda Kara Kılıçarslan, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Dursun Koç, Amasya İl Sağlık Müdürlüğü

Sempozyum Bilim Kurulu | Symposium Scientific Board

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal, TED Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Emel Badur, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Demir, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri, The Law Office Istanbul
Prof. Dr. Dilşad Keskin, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Çiğdem Kırca, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Kocağa, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Özen, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan Şahin, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife Şenocak, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkerim Yıldırım, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sempozyum Danışma Kurulu | Symposium Advisory Board

Doç. Dr. Yıldız Abik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Fatma Hızır Asrav, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Reyhan Tuhan Boz, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Burak Boz, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Fatma Umay Genç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

Osmanlı Hukukunda Hekim Hatalarından Dolayı Ceza Sorumluluğu	9
Criminal Liability For Medical Malpractice In Ottoman Law	
Prof. Dr. Mustafa Avcı	
Hekimlerin Doğru Bildiği Yanlışlar.....	19
Common Misconceptions Among Physicians	
Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri	
Beyaz Kod Uygulaması ile Sağlıkta Şiddetin Değerlendirilmesi: Amasya İli Örneği	23
Evaluation Of Violence In Health With Code White Application: The Case Of Amasya Province	
Av. Neslihan Dalkıran / Dr. Özgür Dalkıran	
Birlikte Kullanım Kapsamındaki Hastanelerde Sözleşmeli Akademisyenin Sorumluluğu ve Sözleşmeye Aykırılık Hallerinde Uygulanacak Yaptırım Problemi.....	28
The Liability Of Contracted Academics In Affiliated Hospitals and The Problem Of Sanctions In Cases Of Breach Of Contract	
Av. Çağrı Çeliköz / Arş. Gör. Şeyma Kurt	

İKİNCİ OTURUM

Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk	37
Civil Law Liability Arising From Robotic Surgeries	
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal	
Avrupa Birliğinin Yapay Zekâ Yasanın Sağlık Sektörü Üzerindeki Hukuki Etkileri	41
European Unions Artificial Intelligence Acts Prospective Legal Effects On Health Law	
Doç. Dr. Seda Gayretli Aydın	
Yapay Zekâ Tıbbi Cihazın Yanlış Teşhisten Dolayı Sorumluluğuna De Lege Ferenda Bakış	46
A De Lege Ferenda Perspective On The Liability Of Artificial Intelligence-Based Medical Devices For Misdiagnosis	
Doç. Dr. Seda Kara Kılıçarslan	

Gebelik Takibinde Down Sendromu Aydınlatması ve Hukuki Sorumluluk50
Informed Consent and Legal Liability Regarding Down Syndrome Screening
During Pregnancy

Doç. Dr. Meliha Sermin Paksoy

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması	55
Protection Of Personal Health Data	
Prof. Dr. Emel Badur	
Alternatif İlaç Geri Ödeme Yöntemi: İdari Yargı	59
Alternative Approach To Drug Reimbursement: Administrative Judiciary	
Av. Ecz. İbrahim Ankara	
Yapay Rahim ve Kişilere Karşı Suçlar: Suçun ve Mağdurun Belirlenmesi Sorunu	64
Artificial Uterus and Offences Against Individuals: The Problem Of Determining The Offence and The Victim	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay Genç	
Hipotetik Rıza'nın Ceza Hukukunda Uygulanabilirliği	68
The Applicability Of Hypothetical Consent In Criminal Law	
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan Ölmez	

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Hastanın Tedaviyi Durdurma ve Reddetme Hakkının Medeni Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi	75
The Evaluation Of The Patient's Right To Refuse and Terminate Treatment From The Perspective Of Civil Law	
Doç. Dr. Yasemin Durak	
Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıbbi Yöntemlerde Yetkili Kişi Sorunu.....	81
The Issue Of Authorized Personnel In Traditional and Complementary Medical Practices	
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem Seçer	
Topuk Kanı Taramasının Çocuğun Üstün Yararı Bakımından Değerlendirilmesi.....	87
Evaluation Of Heel Prick Screening In Terms Of The Best Interest Of The Child	
Dr. Öğr. Üyesi İmge Hazal Yılmaz Tekin	

Çocuğun Üstün Yararı Çerçevesinde Zorunlu Aşı Uygulaması ve Aşının Yasal Temsilciler Tarafından Reddi.....	91
Compulsory Vaccination In The Framework Of The Best Interest Of The Child and Refusal Of Vaccination By Legal Representatives	
Arş. Gör. Beyza Gül Can	

BEŞİNCİ OTURUM

Konsültasyondan Doğan Sorumluluk.....	98
Responsibility Arising From Consultation	
Prof. Dr. Yıldız Abik	
Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Davalarda İspat Yükü ve Bilirkişi Raporlarının Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.....	105
Evaluation Of The Burden Of Proof and Expert Reports In Civil Procedure Law Regarding Medical Interventions	
Dr. Öğr. Üyesi Merve Hayran Polat	
Türkiye’de Sağlık Turizminin Durumu ve Gelişimi.....	111
The State And Development Of Health Tourism In Türkiye	
Dr. Öğr. Üyesi Fatih Saydam	
Tıp Hukuku Kapsamında Doğan Uyuşmazlıklara Dair Yargılamalarda Görevli Mahkemeler ve İhtisaslaşma Hususunun Değerlendirilmesi	115
Competent Courts In Trials Concerning Disputes Arising Within The Scope Of Medical Law and Evaluation Of The Issue Of Specialization	
Arş. Gör. Burcu Çavuş Eryendi	

İKİNCİ GÜN

ALTINCI OTURUM

Organ Ticareti ile Mücadele Yolları.....	124
Ways To Combat Organ Trafficking	
Dr. Öğr. Üyesi Gülen Soyaslan Akdemir	
Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli.....	130
Organ and Tissue Transplantation From A Deceased Donor	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Hızır Asrav	
Allojeneik Kök Hücre Naklinde Verici Çocuğun Hukuki Durumu	134
Legal Status Of The Donor Child In Allogeneic Stem Cell Transplantation	
Dr. Öğr. Üyesi Reyhan Tuhan Boz	
Çocuklarda Organ Naklinde Sıra ve Öncelik.....	140

Order and Priority In Organ Transplantation For Children
Dr. Esin Yavaşoğlu/ Av. Gül Yağmur Yavaşoğlu

YEDİNCİ OTURUM

Estetik Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk145
Legal Liability Arising From Aesthetic Medical Interventions

Prof. Dr. Turan Şahin

Yabancı Mahkeme Kararlarından Örneklerle Milletlerarası Özel Hukukta
Boşanma Halinde Embriyonun Hukuki Statüsüne Uygulanacak Hukukun
Tespiti.....151

The Applicable Law To The Legal Status Of The Embryo In Case Of Divorce
In Private International Law: Analysis With Examples From Foreign Court
Decisions

Dr. Öğr. Üyesi Özlem Burdurlu Ahlat

Taşıyıcı Anneden Doğan Çocuğun Soy Bağına Uygulanacak Hukuk157
The Law Applicable To The Parentage Of A Child Born From A Surrogate
Mother

Dr. Öğr. Üyesi Gamze Aydoğdu

SEKİZİNCİ OTURUM

Tıbbi Malpraktis ve Hukuki Sonuçları.....163
Medical Malpractice and Its Legal Consequences

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir

Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Önem
Arz Eden Bazı Özellikli Haller169

Certain Notable Aspects Of The Compulsory Liability Insurance For Medical
Malpractice

Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç

İdarenin Malpraktisten Kaynaklanan Sorumluluğu173
Liability Of The Administration Resulting From Malpractice

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Görücü

Özel Hastane Açmaya ve İşletmeye Yetkili Kişiler Bağlamında Yeni Özel
Hastaneler Yönetmeliğinin ve Dayanağı Üst Normun İncelenmesi179
Review Of The New Private Hospitals Regulation and Its Underlying Higher
Norm In The Context Of Persons Authorized To Set Up and Operate Private
Hospitals

Av. Arb. Yasin Orçan

DOKUZUNCU OTURUM

Uygulamadaki Güncel Sorunlar Işığında Aydınlatılmış Onama Yaklaşım	186
Approach To Informed Consent In Light Of Current Problems In Practice	
Prof. Dr. Nesligül Yıldırım	
Çocuğun Aydınlatılmış Rıza Sürecine Katılımı	190
Participation Of The Child In The Informed Consent Process	
Arş. Gör. Ülkü Ceren Bağcı	
Hekimin Diğer Sağlık Personelinin Fiillerinden Sorumluluğu	196
Physician's Liability For The Acts Of Other Health Personnel	
Arş. Gör. Esin Özten	

ONUNCU OTURUM

Barnum ve Plasebo Etkilerinin Alternatif Tıp Tanı ve Tedavi Yöntemi Olarak Sunulmasının Kriminoloji ve Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi	203
The Assessment Of Hying The Barnum and Placebo Effects As A Form Of Alternative Medicine Diagnostic and Therapeutic Approaches Within Criminology and Criminal Law	
Dr. Öğr. Üyesi Burak Boz	
HIV Taşıdığı Tespit Edilen Eş Bakımından Hekimin Diğer Eşe Haber Verme Yükümlülüğünün Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	207
The Evaluation Of The Physician's Obligation To Notify The Other Partner In Terms Of Criminal Law In The Case Of A Partner Found To Have HIV	
Dr. Öğr. Üyesi Sibel Can	
Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Sınırları	211
Doctor's Obligation To Keep Secret and Its Limits	
Arş. Gör. Uğur Doğru	
Akılcı İlaç Kullanımı ve Akıllı İlaçlar: Sağlık Hukuku Bağlamında Farklılıklar ve Uygulama Alanları.....	217
Rational Drug Use and Smart Drugs: Differences and Application Areas In The Context Of Health Law	
Arş. Gör. Dr. Oğuzhan Ertekin	

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
BİRİNCİ GÜN
BİRİNCİ OTURUM

OSMANLI HUKUKUNDA HEKİM HATALARINDAN DOLAYI CEZA SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Mustafa AVCI*

İnsan hastalanmışsa/sağlığı bozulmuşsa tedavi edilmeli, iyileştirilmelidir. Hekim olmayanın/yetkisiz kimselerin tedaviye kalkışması/tıbbi müdahalede bulunması hukuka aykırıdır; en azından tazmin sorumluluğu doğurur, zorunluluk halinin şartlarına göre değerlendirilir. Hekimin tedavi amaçlı olmayan müdahalesi olumsuz sonuçlanır/zarar verirse hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Hekimin tedavi amaçlı müdahalesi komplikasyon gelişerek olumsuz sonuçlanırsa hekim sorumlu tutulamaz.

İslam hukukçuları, tıbbi müdahalenin komplikasyon gelişerek ölüme veya tedavi edilmek istenen hastalıktan daha ağır bir hastalığa sebebiyet vermesi demek olan “sirayet”in doğru yöntemleri uygulayan bir hekime sorumluluk yüklemeyeceğini kabul etmiş ve tedavinin başarı ile sonuçlanması anlamındaki selâmeti de tedaviden zorunlu olarak beklenebilecek bir sonuç olarak görmemiştir.

Hekim de insandır ve hata yapabilir. Hekim iyi sonucu garantilemiş olsa bile (tedavi sözleşmesine konulan böyle bir şart hükümsüzdür), kural ihlali/kusur/taksir yoksa hekim sorumlu tutulamaz, sorumluluğun kaynağı kusurdur.

Şemsüleimme el-Halvani’ye (ö.1060) soruldu: Bir kız çocuğu damdan düştü ve başı şişti, cerrahlardan çoğu “Kafatasını açarsanız çocuk ölür” derken bir cerrah “Bugün kafatası açılmazsa çocuk ölür, ben onu açar kızı iyileştiririm” dese ve çocuğun kafasını yarıp açsa ama bir veya iki gün sonra çocuk ölse bu cerrah sorumlu olur mu? Halvani bir müddet düşündükten sonra şöyle cevap verdi: “Eğer kafatasını yarıp açma eylemi izinle gerçekleşmiş ve tıptaki kuralların dışına (hâricü’r-resm) çıkmadan mutat bir şekilde yapılmışsa sorumlu olmaz.” Orada bulunanlar şöyle dedi: “Çocuğun velileri, yapılan müdahaleye benzeri hastalıkların tedavi olduğunu düşünerek izin vermişlerdi.” Halvani de şöyle cevap verdi: “Bu söylediğinize bakılmaz, bizzat izne itibar edilir.” Bu sefer şöyle soruldu: Cerrah “ölürse

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

sorumluluğu kabul ediyorum” demiş olsa sorumlu olur muydu? Halvani: “Hayır” dedi.

Hekim kusuru varsa (malpraktis) kötü/olumsuz sonuçtan sorumlu tutulur. Osmanlı mahkeme kayıtlarında malpraktis “kaza vaki olmak” şeklinde ifade edilmiştir.

Hukuk tarihi kaynaklarında hekim hatalarından dolayı tazmin sorumluluğu konusu üzerinde durulmuş; ancak ceza sorumluluğu pek konu edilmemiş, sadece hekim olmayanların tedaviye kalkışmaları halinde cezalandırılacakları söylenmiştir. İzin verilmemiş ve komplikasyon gelişmiş bir tıbbi müdahaleyi, hekim olmayan sağlık görevlisi yapmışsa onlar da sorumlu tutulmazlar.

Malpraktis, hekimin meslek kurallarına aykırı davranması, tıpta mutad sınırı istemeden aşması halidir. Hekimin kusuru sonuca göre değil; kural ihlaline göre belirlenir (Ebu Zehra, el-Cerime, No:504).

Malpraktis, bilirkişi hekim/heyeti tarafından belirlenir. Örneğin, Isparta Şer'i Sicil defterinde kayıtlı 1062/1652 tarihli bir belgede Hacı Ahmed adında bir hekim, Hacı Kemal oğlu Hacı Şaban'ın oğlunun boğazında oluşan bir yarayı tedavi edebileceğini söyleyerek açmış ve açtığı yeri dikip tedavi ederken hasta ölmüştür. Olayın yaşandığı mahalle sakinlerinden bazı kimseler olayın araştırılmasını istemişler. Bunun üzerine mahkeme Mustafa Efendi'yi göndererek olayı incelemek üzere mübaşir tayin edilen Çavuşzâde Mehmed Bey adında bir kimse ile isimleri belgenin altında yazılı kişilerden oluşan bir bilirkişi heyeti kurdurmuştur. Bu heyet otopsi yaptıktan sonra hastanın tedavi maksadıyla ameliyat edilmek üzere boğazının açıldığını ve ölmüş olduğunu mahkemede beyan etmişler. Heyette yer alanlardan Çavuşzâde Mehmed Bey'in hekim olması kuvvetle muhtemeldir. Zira aynı mahkemenin başka kayıtlarından anlaşılmaktadır ki hekimler yaralama ve darp vakalarında mahkemece vakanın tespitine memur edilmekteydiler. Olayda tıp mesleğinin gereğinin yapılıp yapılmadığını tespit edecek kişinin/heyetin tıp ilmini iyi bilen biri olması gerektiği açıktır.

Sorumluluk Türleri

Objektif sorumluluk: Hammurabi Kanununda hekimin sorumlu tutulmasında zararın şart olduğu, kusurun önemli olmadığı belirtilmiştir.

Subjektif sorumluluk: Subjektif sorumluluğun esas olan kusur, tedavinin tıp kurallarına uygun yapılmamasıdır. Eski Mısır'da tedavi metotlarına uyulmuşsa hekim sorumlu olmazdı. Kurallara riayetsizlik kusur

sayılırdı. Eski Hint'te ve antik Yunan'da tedavide hasta zarar görürse hekim kusurlu ise sorumlu tutulmuş, kusurun hekimlerden olan bilirkişi heyeti tarafından belirlenmesi şart koşulmuştur. Roma hukukunda hekim sorumluluğunda temel unsur kusurdur.

Hekim, seçenekler arasından uygun gördüğü bir metodu (tedavi tekniğini) uygulayabilir.

Tedavi tekniğine aykırı/mutada muhalif müdahale sorumluluk gerektirir: Sağ gözümde bir miktar illet olmağla Mosi 'ben kehhâlim' (göz hekimi) diye târih-i kitâbdan dört ay önce gözüme ilaç ederken mutâda muhâlif gözüme şiş sokup hâlen müşahede olduğu üzre külliye görme duyusunu yok etti hâlen ber vech-i mübeyyen kör olan sağ gözümün diyetini Mosi'den talep ve dava eylediğimde aramızda münâzaât-ı kesîre vukuundan sonra muslihûn tavassut edip Mosi benimle yetmiş beş esedî gurusu üzerine sulh oldu, ben de sulhu kabul ve sulh bedeli olan yetmiş beş gurusu elinden tamamen aldım, husûs-ı mezbûra müteallik bütün davalardan Mosi'nin zimmeti ibrâ-i âmm-ı kâtî'ü'n-nizâ'la ibrâ ve ıskat eyledim dedi... ketb olundu. (5 Şevvâl 1097. Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Hüküm No: 720).

Rıza şartı nasıl sağlanıyordu? Aydınlatılmış onam/rıza senedi mahkemedeki beyanın tutanağa geçirilmesi şeklinde olmuştur. Malpraktis varsa rıza senedi olsa bile hekim sorumlu tutulur (Nil Sarı, "Tıp" DİA).

Tedaviye konu hastalıklar/müdahale örnekleri: Şer'îye sicillerinde/mahkeme kayıtlarında mesane taşı ve fitik ameliyatı, ur (tümör) çıkarılması ve göz hastalığı tedavisi için aydınlatılmış onam (rıza senedi) örnekleri vardır.

Konya Sahibata mahallesi sakinlerinden es-Seyyid Ahmed b. Mehmed, mahkemede şehirde müsâfîren oturan iş bu Name v. Simon nâm tabîb zimmi mahzarında ikrar ve takrir-i kelâm edip sağ gözümün çerasına su inip görmez oldu, Name'nin illet-i mezkûrede hazakati beyne'n-nâs meşhur olmağla ücret-i malûme ile tabibe müracaat ettim mukteza-yı sanatı üzere gözüme ilâç eylesin esnâ-yı muâlecede gözümün illeti dahi ziyade olup kör olur yahut ölürsem, illet-i ziyadesine ve dem ve diyetime müteallik amme-i davadan Name'nin zimmetini ibra ve ıskat eyledim dedi... ketb olundu (8 Şevvâl 1162. KŞS 57, 122/2, akt. Demir Alpaslan, Konya Şer'îye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749), History Studies, Enver Konukçu Armağanı, 2012, s.45).

Yaptırımlar

İdari tedbirler: Hekimlik unvanını kullanmasının yasaklanması, hekimlik yapmasının engellenmesi söz konusudur. Osmanlıda tabip ve cerrahların özellikle İstanbul'da muayenehane açabilmeleri için hekimbaşının mührünü taşıyan bir çalışma izin belgesi almaları gerekiyordu. Hekimbaşı zaman zaman İstanbul'daki müslüman ve gayrimüslim tabip, cerrah, kehhâl ve attarları, cerrahbaşı ve kehhâlbaşı ile birlikte teftiş ve imtihan eder, icazeti bulunmayan ehliyetsiz kişilerin dükkânlarını kapattırır ve onları meslekten menederdi (Sarı, Nil, "Hekimbaşı (Osmanlı Dönemi)" DİA, C:17, s.161-164).

Hekim olmadığı halde hekimlik yapanların cezalandırılması: "Tıp eğitimi almadan hekimlik yapmaya kalkışan, verdiği zararı tazmin eder." (Ebu Davud, Diyat 23; Nesai, Kasame 41; İbn Mace, Tıb 16) hadisine göre hekim olmayanların müdahaleleri hukuka aykırı kabul edilir ve sonuçlarına göre bu kimselere kısas veya ta'zir cezası verilir (Karafi, el-Furuk, Beyrut ty., IV/355; Huraşi, Haşiye, Beyrut 1318/1900, VIII/111).

Malpraktisi tespit edilen hekime verilen cezalar:

Tazir-i şedid/dayak cezası: Uzman olmadığı halde uzmanlığı gerektiren tedavi tekniği uygulayan sınırı aşmış sayılır ve cezalandırılır.

"Küçük Zeyd'in başında yara olup tabiplik iddiasında; fakat uzmanlığı olmayan Hind, anası Zeyneb'e başa sürülmek üzere merhem verip Zeynep de tarif üzere sürüp küçüğün gözü görmez olsa, uzman hekimler ittifakla merhemin zehirli olduğunu belirtseler Hind'e tazir-i şedid ile men lazımdır." (Behcetü'l-Fetava, No:3260).

Hapis cezası: İki yılı aşkın süre böbrek ve mesane (idrarını yapamama) rahatsızlığı sebebiyle tedavi gören emekli vezir Ferhad Paşa 24 Şevval 982 (7 Şubat 1575) tarihinde ölünce ertesi günü paşanın adamları Dîvân-ı Âlî'ye başvurup hekimin yanlış ilâç vererek ölümüne neden olduğu gerekçesiyle davacı oldular. Bunun üzerine Sultan III. Murad tezkire hazırlatarak davanın görülmesi için onay çıkardı. Hekimbaşı Garsüddinzâde Muhyiddin Mehmed Efendi (ö.1575), İstanbul'da hizmet veren hekimler ve davalı hekim Divan'a getirilerek vezirler, Anadolu ve Rumeli kazaskerleri huzurunda yargılandı ve yanlış tedavi uygulayan hekim bir çavuşa teslim edilerek hapse konuldu (Selânikî Mustafa Efendi, Tarih-i Selânikî (haz. Mehmet İpşirli), Ank.1999, Türk Tarih Kurumu, 1/111).

1851 CK Birinci Fasl m. 13'e göre taksirle öldürmede fail mazanne-i sû değil (iyi halli) ise diyetle yetinilmesi, mazanne-i sû ise ilaveten 1 sene kürek veya pranga cezası öngörülmüştür.

1858 CK m. 182'ye göre taksirle öldürme dikkatsizlik veya nizamata riayetsizlikten neşet etmişse faile 6 aydan 2 seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.

1858 CK m. 183'e göre taksirle yaralama dikkatsizlik veya nizamata riayetsizlikten neşet etmişse fail 7 günden 2 aya kadar hapsedilir.

Meslekten men/kamu görevinde çıkarma:

Müşiran-ı izamdan devletlü Ahmed Eyüp Paşa'nın kerimesi Hayriye hanımı tedavi için istimal edildiği ilaçların şiddet-i tesirinden dolayı mümaileyhanın inkita-ı teneffüsten vefatına sebep verdiği icra kılınan tetkikat ve kendi itirafı ile sabit olan Hamberhane Hastanesi etıbbasından kaim-makam Kostantin Kondopolos beyin Askeri Ceza Kanununun 203. maddesi hükmünce bir daha tababet edememek üzere elinde bulunan tabiplik diploması alınarak silk-i askeriden tardı ve altı mah hapsiyle hamil olduğu nişan ve madalyaların istirdadı hususuna Divan-ı Harbice verilen karar ve taraf-ı vala-yı seraskeride vuku bulan işar üzerine meclis-i mahsus-ı vükela kararıyla bil-istizan irade-i seniye-i cenab-ı padişahi şerefsudur buyrularak serasker müşarunileyhe işar keyfiyet olunduğu ba-tezkire-i samiye emr u izbar olunmakla ifa-yı muktezası hususuna himmet buyrulması babında (24 Teşrinievvel 1307/5 Kasım 1891." BOA, İ.DH, 1248/97769).

Para cezası: 1870 tarihli Tababet-i Belediye İcrasına Dair Nizamname m. 12: diplomasız hekimlik yapandan 2-7 mecdiye altını nakdi ceza alınır. Ve eğer tekraren vuku bulursa iki katı nakdi ceza ve iki aydan altı aya kadar hapsolunur; m. 13: Önceden hekimlik yapıp diplomasını tescil ettirmeyen ve ilaç veren hekimlerden 1-5 mecdiye altını nakdi ceza alınır.

Anahtar Kelimeler: Sirayet, Rıza Senedi, İslam Hukuku ve Tıbbi Müdahale.

CRIMINAL LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE IN OTTOMAN LAW

Prof. Dr. Mustafa AVCI

ABSTRACT

If a person is sick/unwell, they must be treated and cured. Attempting treatment/medical intervention by non-physicians/unauthorized persons is unlawful; at the very least, it gives rise to liability for damages, which is assessed according to the conditions of necessity. If a physician's intervention that is not for treatment purposes results in negative consequences/harm, they cannot benefit from the justification of legality. If a physician's intervention for treatment purposes results in negative consequences due to complications, the physician cannot be held liable.

Islamic jurists have accepted that “sirayet,” which means that medical intervention causes death or a disease more serious than the one being treated due to complications, does not impose liability on a physician who applies the correct methods, and they have not considered safety, meaning the successful outcome of treatment, as a result that can necessarily be expected from treatment.

Doctors are human and can make mistakes. Even if the doctor guarantees a good outcome (such a condition in the treatment contract is invalid), the doctor cannot be held liable if there is no violation of rules/fault/negligence; the source of liability is fault.

Shems al-Din al-Halwani (d. 1060) was asked: A girl fell from the roof and her head swelled up. Most surgeons said, “If you open her skull, the child will die,” but one surgeon said, “If the skull is not opened today, the child will die. I will open it and cure the girl.” If he opened the child's skull but the child died a day or two later, would this surgeon be liable? Halvani thought for a moment and replied: “If the act of opening the skull was performed with permission and in accordance with medical rules (hâricü'r-resm), then he would not be responsible.” Those present said: “The child's guardians gave permission, thinking that the intervention was a treatment for similar illnesses.” Halvani replied, “That is irrelevant; only the permission itself is considered.” This time, the question was asked: If the surgeon had said, “I accept responsibility if he dies,” would he be liable? Halvani said, “No.”

If a physician is at fault (malpractice), they are held responsible for the adverse outcome. In Ottoman court records, malpractice is expressed as “an accident occurring.”

Legal history sources focus on the issue of liability for compensation due to physician errors; however, criminal liability is not discussed much, except to say that non-physicians who attempt treatment will be punished. Non-physician healthcare workers who perform unauthorized medical interventions that result in complications are not held liable.

Malpractice is defined as a physician's violation of professional rules or exceeding the customary limits of medicine. The physician's fault is determined based on the violation of the rule, not the outcome (Ebu Zehra, el-Cerime, No:504).

Malpractice is determined by an expert physician or panel of physicians. For example, in a document dated 1062/1652 recorded in the Isparta Sharia Registry, a physician named Hacı Ahmed opened a wound on the throat of Hacı Şaban, son of Hacı Kemal, claiming he could treat it, and while suturing and treating the wound, the patient died. Some residents of the neighborhood where the incident took place requested an investigation. Upon this, the court sent Mustafa Efendi and appointed a person named Çavuşzâde Mehmed Bey, who was appointed as a court clerk, to investigate the incident and formed an expert panel consisting of the persons whose names are written at the bottom of the document. After performing an autopsy, this committee stated in court that the patient's throat had been cut for the purpose of treatment and that he had died. It is highly probable that Çavuşzâde Mehmed Bey, a member of the committee, was a physician. This is evident from other records of the same court, which show that physicians were appointed by the court to determine the facts in cases of injury and assault. It is clear that the person/committee determining whether the requirements of the medical profession were met in this case must be someone knowledgeable in medical science.

Types of Liability

Objective liability: The Code of Hammurabi states that a physician is held liable for harm caused, regardless of fault.

Subjective liability: The basis of subjective liability is fault, which is defined as failure to perform treatment in accordance with medical rules. In ancient Egypt, physicians were not held liable if they followed treatment methods. Failure to comply with the rules was considered fault. In ancient India and ancient Greece, if the patient was harmed during treatment, the

physician was held liable if he was at fault, provided that the fault was determined by a panel of expert physicians. In Roman law, the fundamental element of physician liability is fault.

The physician may apply a method (treatment technique) that he deems appropriate from among the options.

Intervention contrary to/opposite to the treatment technique requires responsibility: With a slight illness in my right eye, Mosi, the 'ben kehhâlim' (eye doctor), applied medicine to my eye four months ago, contrary to the norm, inserting a needle into my eye and, as is still observed, completely destroying my sense of sight, as is still evident. When I demanded compensation from Mosi for my right eye, which was now clearly blind, and after much dispute between us, mediators intervened and Mosi settled with me for seventy-five silver coins. I accepted the settlement and took the seventy-five gurus from him in full. I released Mosi from all claims related to the aforementioned matter with a general and final release from liability. It was written. (5 Shawwal 1097. Bab Court Register No. 46, Judgment No. 720).

How was consent obtained? Informed consent/consent form was recorded in the court minutes. Even if there is a consent form, the physician is held liable if there is malpractice (Nil Sarı, "Medicine" DİA).

Examples of diseases/interventions subject to treatment: There are examples of informed consent (consent forms) in Sharia records/court records for bladder stone and hernia surgery, tumor removal, and eye disease treatment.

Es-Seyyid Ahmed b. Mehmed, a resident of the Sahibata neighborhood in Konya, stated in court in the presence of the physician Simon, a non-Muslim residing in the city, that water had entered his right eye and he had lost his sight. Since Simon's skill in treating this condition was well known among the people, he paid him the fee I consulted the physician, who administered medicine to my eye according to his profession. If, during the course of treatment, my eye condition worsens and I become blind or die, I release Name from liability and waive any public lawsuit related to the worsening of my condition, blood money, or compensation... It was written. (8 Shawwal 1162. KŞS 57, 122/2, cited in Demir Alpaslan, Examples of Consent Documents in the Konya Sharia Registers (1659-1749), History Studies, Enver Konukçu Armağanı, 2012, p.45).

Sanctions

Administrative measures: Prohibition of using the title of physician and prevention from practicing medicine. In the Ottoman Empire, physicians and surgeons, especially in Istanbul, were required to obtain a work permit bearing the seal of the chief physician in order to open a clinic. The Chief Physician would periodically inspect and examine Muslim and non-Muslim physicians, surgeons, barbers, and apothecaries in Istanbul, along with the chief surgeons and chief barbers. He would close the shops of unqualified individuals without a license and ban them from the profession (Sarı, Nil, "Chief Physician (Ottoman Period)" *DİA*, C:17, pp.161-164).

Punishment for practicing medicine without being a physician: "Those who attempt to practice medicine without medical training shall compensate for the damage they cause." (Abu Dawud, *Diyat* 23; *Nasa'i*, *Kasame* 41; *Ibn Maja*, *Medicine* 16). According to this hadith, interventions by non-physicians are considered unlawful, and depending on the consequences, these individuals are subject to retribution or *ta'zir* punishment (Karafi, *al-Furuk*, Beirut n.d., IV/355; Huraşi, *Hashiya*, Beirut 1318/1900, VIII/111).

Penalties imposed on physicians found guilty of malpractice:

Severe punishment/corporal punishment: A physician who performs a treatment technique requiring expertise without being a specialist is considered to have exceeded their limits and is punished.

"Little Zeyd had a wound on his head and claimed to be a physician; however, Hind, who was not a specialist, gave ointment to his mother Zeyneb to apply to his head, and Zeyneb applied it as instructed, causing the child to lose his sight. If specialist physicians unanimously determine that the ointment was poisonous, Hind must be punished with severe punishment." (Behcetü'l-Fetava, No:3260).

Prison sentence: Retired vizier Ferhad Pasha, who had been receiving treatment for kidney and bladder (inability to urinate) problems for over two years, died on 24 Shawwal 982 (February 7, 1575), his men applied to the High Council the next day and sued the physician on the grounds that he had caused his death by prescribing the wrong medicine. Upon this, Sultan Murad III had a memorandum prepared and gave his approval for the case to be heard. The chief physician, Garsüddinzâde Muhyiddin Mehmed Efendi (d. 1575), the physicians serving in Istanbul, and the defendant physician were brought before the Divan and tried in the presence of the viziers and the qazis of Anatolia and Rumelia. The physician who had administered the incorrect treatment was handed over to a sergeant and imprisoned (Selânîkî Mustafa

Efendi, Tarih-i Selânikî (ed. Mehmet İpşirli), Ank.1999, Türk Tarih Kurumu, 1/111).

According to Article 13 of the First Chapter of the 1851 Penal Code, if the perpetrator of manslaughter is not mazanne-i sû (of good character), compensation is sufficient; if mazanne-i sû, an additional sentence of 1 year of hard labor or shackles is prescribed.

According to Article 182 of the 1858 Penal Code, if manslaughter results from negligence or failure to comply with regulations, the offender shall be sentenced to imprisonment for a term of six months to two years.

According to Article 183 of the 1858 Penal Code, if negligent injury arises from carelessness or failure to comply with regulations, the perpetrator shall be imprisoned for a term of 7 days to 2 months.

Disqualification from profession/removal from public office:

It was established through investigations and his own confession that Dr. Kostantin Kondopolos, a physician at the Hamberhane Hospital, caused the death of Hayriye Hanım, daughter of the distinguished Ahmed Eyüp Pasha, by administering medication that was too strong for her treatment, leading to respiratory failure. -makam Kostantin Kondopolos Bey was dismissed from the military with his medical diploma revoked, preventing him from practicing medicine again, in accordance with Article 203 of the Military Penal Code. He was sentenced to six months' imprisonment and ordered to surrender his insignia and medals. The decision was made by the Military Court of Appeals and, upon the recommendation of the Grand Vizier, the Council -i mahsus-ı vükela decision, with the permission of His Majesty the Sultan, it was decreed that the serasker be notified of this matter by a samie memorandum, and that he be instructed to carry out the necessary actions. (October 24, 1307/November 5, 1891." BOA, İ.DH, 1248/97769).

Fine: Regulation on the Practice of Municipal Medicine dated 1870, Article 12: Those who practice medicine without a diploma shall be fined 2-7 gold coins. If the offense is repeated, the fine shall be doubled and the offender shall be imprisoned for two to six months; Article 13: Physicians who have previously practiced medicine but have not registered their diplomas and who dispense medicine shall be fined 1-5 gold mecdiye coins.

Keywords: Contagion, Consent Form, Islamic Law, and Medical Intervention.

HEKİMLERİN DOĞRU BİLDİĞİ YANLIŞLAR

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ*

Özellikle hekimlerin hatalı tıbbi müdahalelerinde ceza sorumluluğu, bilinçli taksire göre belirlenir. Tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen sonuç, zaten literatürde karşılaşılabilecek durum olarak belirlenmiş ise komplikasyondur.

Rıza konusunda da hekimlerin dikkat etmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak için rızası aranmaz (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24). Müdahaleye başladıktan sonra hastanın rızasını geri alması tıbbi yönden sakınca bulunmamasına bağlıdır.

Anayasa'nın 17. maddesi gereği tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Bu sebeple halk sağlığı gerektiren hallerde de hastanın rızası şart değildir. Çocukluk dönemi aşıları da bakanlığı rutin aşı takviminde olduğundan ebeveynin rızası aranmaz.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan en önemli şey aydınlatılmış rızadır. Hasta aydınlatma formunun altına okudum, anladım, kabul ediyorum şeklinde beyanını yazmalıdır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır (HHY m. 26). Hasta küçük ya da ayırt etme gücü yoksa yasal temsilcisine imzalatılır.

21.07.2025 tarihinde Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da organ nakli ile ilgili olarak önemli değişiklikler yapılmıştır (7557 sayılı Kanun m. 13). Hükme göre bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını güvenli kimlik doğrulama araçlarını kullanarak e-Devlet Kapısı veya Sağlık Bakanlığınca kurulan bilişim sistemleri üzerinden beyan etmiş ya da resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise ölüden organ veya doku alınır.

* The Law Office Istanbul.

Bağışçının sağılığında açıkladığı iradesinin yakınlarının hilafına olması halinde bağışçının iradesi esas alınır.

Son olarak ise kısaca ölümcül teşhisten söz etmekte yarar vardır. Hastanın manevi yapısı üzerinde olumsuz tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması hukuka uygundur (HHY m. 19). Burada en belirleyici husus, hastanın ruhsal durumudur.

Anahtar Kelimeler: Hekim Sorumluluğı, Hatalı Tıbbi Müdahale, Komplikasyon, Aydınlatılmış Onam.

COMMON MISCONCEPTIONS AMONG PHYSICIANS

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ

ABSTRACT

It is observed that, in daily medical practice, physicians often hold incorrect opinions on many legal issues. Particularly, physicians are not aware of these misconceptions and assume that what they are doing is correct, or they are misinformed that it is correct.

In cases of physicians' faulty medical interventions, criminal liability is determined according to conscious negligence. If the outcome of a medical intervention is already defined in the literature as a possible occurrence, then it is a complication.

There are also points that physicians need to pay attention to regarding consent. In emergency situations where the patient's consent cannot be obtained due to life-threatening circumstances and unconsciousness, or when there is a situation that would result in the loss of an organ or in the inability of an organ to perform its function, the patient's consent is not required for medical intervention (Patient Rights Regulation, Art. 24). Whether the patient's withdrawal of consent after the intervention has begun will be valid depends on whether this poses a medical risk.

According to Article 17 of the Constitution, no one's bodily integrity may be interfered with except in cases of medical necessity and as prescribed by law. For this reason, in situations required for public health, patient consent is not necessary. Childhood vaccinations, since they are included in the Ministry of Health's routine vaccination program, also do not require parental consent.

The most important element that renders a medical intervention lawful is informed consent. The patient should write under the patient information form: "I have read, understood, and accepted." The consent form must be signed both by the healthcare professional who provides the information and the one who performs the medical intervention (PRR, Art. 26). If the patient is a minor or lacks the capacity to act, the form must be signed by their legal representative.

On 21 July 2025, significant amendments were made to the Law on the Procurement, Preservation, Vaccination, and Transplantation of Organs and Tissues with respect to organ transplantation (Law No. 7557, Art. 13). According to this provision, if a person, during their lifetime, has declared –

by means of secure identity verification tools via the e-Government portal or an information system established by the Ministry of Health, or through an official or written will, or expressed their wish in the presence of two witnesses – that they donate all or part of their body or organs and tissues for treatment, diagnosis, or scientific purposes, then organs or tissues may be removed from the deceased. If the donor’s declared intention during their lifetime contradicts the wishes of their relatives, the donor’s intention prevails.

Finally, it is useful to briefly mention the issue of a fatal diagnosis. In cases where disclosing the diagnosis may negatively affect the patient’s psychological state, thereby increasing the severity of the illness, and where the course and outcome of the disease are considered grave, withholding the diagnosis is lawful (PRR Art. 19). The most decisive factor here is the patient’s mental condition.

Keywords: Physician Liability, Medical Malpractice, Complication, Informed Consent.

BEYAZ KOD UYGULAMASI İLE SAĞLIKTA ŞİDDETİN DEĞERLENDİRİLMESİ: AMASYA İLİ ÖRNEĞİ

Av. Neslihan DALKIRAN*

Dr. Özgür DALKIRAN**

Sağlık hizmet sunumu sırasında sağlık çalışanlarına yönelik şiddet, gerek iş yerlerinde gerekse sağlık hizmeti görevlerinden dolayı iş yeri dışında bile her geçen gün artmaya devam etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü ve diğer sağlık meslek kuruluşlarının yapmış olduğu çalışmalar göstermektedir ki, sağlık meslek mensuplarının şiddete maruz kalma oranları diğer meslek grupları ile karşılaştırıldığında hem ülkemizde hem de dünya genelinde yüksek oranlar da seyretmektedir.

Ülkemiz de sağlıkta şiddetin önlenmesine yönelik ilk düzenleme Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik (06.04.2011) ile yapılmıştır. Akabinde sağlıkta şiddet konusunda atılan en önemli adımlardan biri 28.04.2012 tarihli ve 28277 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukuki Yardımın Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ve Sağlık Bakanlığının 2012 yılında çıkarılan genelgesi ile başlatılan Beyaz Kod uygulaması ile olmuştur.

Beyaz Kod Sistemi; yasal mevzuat ile sistem kapsamında yer aldığı belirtilen personelin görevi sebebiyle maruz kaldığı ve Ceza Yasalarında suç olarak tanımlanan eylemler sebebiyle konunun, Bakanlık tarafından oluşturulan sisteme kaydı ile adli mercilere intikalini ve olayın mağdurunun talebi halinde tarafına Bakanlık vekillerince hukuki yardım sağlanmasını amaç edinen bir sistemdir. Kısacası sistem, şiddete uğramış sağlık çalışanlarına yönelik önemli bir uygulama aracıdır. Dayanağını 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 54. maddesi, Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukuki Yardımın Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği’nin 2012/23 ve 2016/3 sayılı Genelgesinden alan Beyaz Kod Sistemi, aslen sağlıkta şiddetin önlenmesi için oluşturulmuştur.

Sağlıkta şiddeti önlemek, meydana geldiğinde ise sağlık personelinin hak ve menfaatlerini korumak üzere oluşturulan sistemde; beyaz koda tabi

* Amasya İl Sağlık Müdürlüğü Sorumlu Avukatı.

** Göynücek 1 No.lu Aile Sağlığı Merkezi Hekimi.

eyleme maruz kalan personelin başvurduğu andan hukuki yargılamanın sonlanmasına kadar tüm süreç takip edilmektedir.

Çalışma alanımız olan Amasya ilinin bu konuda istatistikleri incelendiğinde; Şiddet olayı gerçekleştiğinde sağlık çalışanları beyaz kod başvurusu yaparken öncelikli olarak iş yerlerinde bulunan Çalışan Güvenliği Birimini tercih etmişlerdir. Şiddet olayı en çok poliklinik ve acil servis alanlarında meydana gelmiş ve en çok hekimler şiddete maruz kalmıştır. Sağlık çalışanlarının daha çok hasta yakınları tarafından şiddete maruz kaldığı görülmüştür. Beyaz kod kapsamında olup Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirilen vakalardan çoğunluğunda Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı verilmiştir. En çok uygulanan suç türü hakaret suçu olduğu görülmüş olup suçların çoğundan mahkûmiyet kararı verilse de bu mahkûmiyet hükmünün genellikle Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararı verildiği görülmüştür. Sanıkların adli siciline bakıldığında daha önce başka suçlardan Hükmün Açıklanması Kararı olan ve yahut birden çok kez sağlık çalışanına şiddet uygulayan Sanıkların olması Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararlarının suç işlenmesini önleyecek bir yaptırım olmadığını ortaya koymaktadır.

Sağlık iş yerlerinde öncelikle; şiddetin nedenleri araştırılmalı ve ortaya çıkan sonuçlara göre gerekli önlemler alınmalıdır. Şiddeti doğuran nedenlerin ortadan kaldırılmasıyla şiddetin önlenmesi ve azalması açısından önemlidir. Sağlıkta şiddetin önlenmesi amacıyla güvenlik, personel yeterliliği, fiziki yapı ve donanım, iletişim, eğitim gibi konu-larda iyileştirmeler yapılması gerekmektedir.

Bir diğer husus ise uygulamada mevzuatların çakışması bakımından ortaya çıkan sorundur. Sağlıkta şiddete ilişkin yasal düzenlemelerinde Sadece Sağlık Bakanlığının 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu ve mezkûr yönetmelik ve genelgeler ile değil Türk Ceza Kanunumuzda temel düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Uygulamada Adli makamların ve kolluk personeli tarafından TCK ve CMK'nın genel hükümlerinin dikkate alındığı çoğu kez hüküm verilirken 3359 sayılı Kanunun ek 12 maddesinin uygulanmadığı görülmektedir. Bu durum en başta normlar hiyerarsisine, özel kanunun genel kanundan önce geleceği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Çalışma, Beyaz Kod Sisteminin uygulamasını açıklamak ve hem mevzuatta hem de uygulamadaki sorunları dile getirmek üzere hazırlanmıştır. Amasya ili özelinde 2011-2025 yıllarına ait beyaz kod verilerine göre sağlıkta şiddet son yıllarda giderek artmaktadır. Kadına

yönelik şiddet daha fazladır. En sık acil servis çalışanları ve özellikle hekimler sağlıkta şiddete maruz kalmaktadır.

Sağlıkta şiddeti değerlendirmek ve çözüm önerileri geliştirmek için daha çok merkezli incelemeler yapılmalı, toplumsal olarak şiddet nedenleri ve sonuçları konusunda toplumun bilinçlendirilmesi, Sağlıkta şiddete sıfır tolerans eylem planının tüm Bakanlıklar, yazılı ve görsel basın ve sivil toplum kuruluşları ile kamu spotları oluşturulmalı ve sağlık personeli lehine olan uygulamaların hayata geçirilmesi ve yaşanan olaylar uyarınca yeni çözümler üretilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Suç, Sağlıkta Şiddet, Beyaz Kod.

EVALUATION OF VIOLENCE IN HEALTH WITH CODE WHITE APPLICATION: THE CASE OF AMASYA PROVINCE

Av. Neslihan DALKIRAN

Dr. Özgür DALKIRAN

ABSTRACT

The administration may take actions restricting freedoms in order to ensure and protect public order. These activities constitute law enforcement services. Law enforcement services of the administration are divided into various types and forensic law enforcement is important for our subject. Forensic law enforcement is obliged to take action in the event of a crime and disruption of public order and to find and investigate the perpetrators and evidence of the crime. In this context, in order to eliminate the negative effects of the increasing violence against healthcare workers in the workplace, the White Code System application has been implemented within the scope of both prevention and judicial law enforcement.

The Code White System is a system that aims to ensure that the issue is registered in the system created by the Ministry and transferred to the judicial authorities and that legal assistance is provided by the Ministry's attorneys upon the request of the victim of the incident due to the actions defined as a crime in the Criminal Laws, which the personnel, who are stated to be within the scope of the system by legal legislation, are exposed to due to their duties. In short, the system is an important implementation tool for health workers who have been subjected to violence. The Code White System, which is based on Article 54 of the Decree Law No. 663, the Regulation on the Procedures and Principles of Legal Assistance to be Provided Due to Crimes Committed Against the Personnel of the Ministry of Health and the Circular No. 2012/23 and 2016/3 of the Ministry of Health Legal Advisory, was originally established to prevent violence in health.

In the system created to prevent violence in health and to protect the rights and interests of health personnel when it occurs, the entire process is followed from the moment the personnel subjected to the action subject to the white code applies until the end of the legal proceedings. When the statistics of the province of Amasya, which is our study area, are examined, it is seen that physicians are mostly exposed to violence in outpatient clinics and emergency services, and more often by patients' relatives. The most common type of crime is insult, and although most of the crimes are convicted, it has been observed that this conviction is usually in the form of Deferral of the

Announcement of the Verdict. The punishment in question is not a sanction that will prevent the commission of a crime. In order to provide the necessary deterrence, we believe that a special provision should be introduced for healthcare professionals, or at least only for the physician profession.

Another issue is the problem of overlapping legislation in practice. The Health Services Law No. 3359 should be taken as basis in the investigation of violence in health. However, in practice, it is observed that the general provisions of the Turkish Penal Code and Criminal Procedure Code are taken into consideration by law enforcement personnel. This situation is contrary to the hierarchy of norms and the principle that the special law comes before the general law.

This study has been prepared to explain the implementation of the Code White System and to express the problems in both legislation and practice. According to the white code data for the years 2011-2025 for the province of Amasya, violence in health has been increasing in recent years. Violence against women is higher. Emergency service workers and especially physicians are most frequently exposed to violence in health. In order to evaluate violence in health and develop solutions, more multicenter studies should be conducted, practices in favor of health personnel should be implemented and new solutions should be produced in accordance with the events experienced.

Keywords: Judicial Police, Crime, Violence In Health, Code White.

BİRLİKTE KULLANIM KAPSAMINDAKİ HASTANELERDE SÖZLEŞMELİ AKADEMİSYENİN SORUMLULUĞU VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HALLERİNDE UYGULANACAK YAPTIRIM PROBLEMİ

Av. Çağrı ÇELİKÖZ*
Arş. Gör. Şeyma KURT**

Sağlık kamu hizmetinin organizasyonu, teknolojik ve bilimsel gelişmeler ışığında hızla değişmektedir. Kamu hastanelerinin bu dönüşüme uyum sağlayabilmesi için birçok farklı organizasyon modeli kullanılmaktadır. Bunlardan biri de afiliasyon adı verilen birlikte kullanım modelidir.

Ülkemizde birlikte kullanım modeli muhtelif ihtiyaçlar doğrultusunda uygulamadan doğmuş, başlangıçta müstakil ve bütüncül bir model inşa edilememiş ve mevzuat tedrici bir gelişme göstermiştir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa 2010 yılında eklenen ek 9 uncu madde ile yürürlüğe giren birlikte kullanım modeli, 2010 yılından bu yana çeşitli kanunlarla ve iptal kararlarıyla 8 kez değişikliğe uğramış ve modeli düzenleyen ek 9 uncu madde 1/3/2024 tarihli ve 7496 sayılı Kanunla son halini almıştır.

Birlikte kullanımın doğumunda ve gelişmesinde ise belli temel sebeplerin etken olduğu ifade edilebilir. İlk sebep olarak hızlıca yaygınlaşan tıp fakültelerine karşılık üniversitelerin sağlık hizmetlerini finanse etmede yaşadıkları güçlük ve bu güçlüğe dayalı olarak uygulamalı eğitimde yaşanan yetersizlikler sayılabilecektir. Öte yandan eğitim ve araştırma faaliyetlerinin yürütüldüğü Sağlık Bakanlığına bağlı üçüncü basamak sağlık tesislerinde akademik bir kadro tesis edilememesi ve mevcut eğitim görevlisi kadrolarının da yeterli sayıya erişememesi nedeniyle üniversite kadrolarının Bakanlığa bağlı sağlık tesislerinde hizmet verebilmeleri önemli bir tamamlayıcı faktör oluşturmuştur.

Birlikte kullanım modeli, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumlarının eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynakları karşılıklı

* T.C. Sağlık Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Mevzuat Daire Başkanı.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

kullanmaları olarak tanımlanmakta ve Sağlık Bakanlığı ile üniversite arasında akdedilen ve idari sözleşme mahiyetini haiz kurumsal bir protokolle kurulmaktadır. Sağlık tesisinde birlikte kullanıma geçilmesiyle ise tesisin aynı maddenin beşinci fıkrasına göre Sağlık Bakanlığına bağlı kamu sağlık tesislerinin tabi olduğu mevzuat uyarınca işletileceği düzenlenmektedir. Bu durumla uyumlu olarak birlikte kullanılan sağlık tesisinin başhekim, üniversitenin görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca atanmakta ve hastane idaresi ile sağlık hizmet sunumundan sorumlu olmaktadır. Ayrıca başhekim, üniversiteye bağlı olan sağlık uygulama ve araştırma merkezi müdürü sayılarak üniversitenin kurumsal hiyerarşine de tabi olmaktadır. Diğer yandan tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri ise Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere ilgili mevzuata göre dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülecektir. O halde birlikte kullanımda yapısal olarak; sağlık hizmet sunumu yönünden Sağlık Bakanlığının, eğitim-araştırma faaliyetleri yönündense üniversitenin baskın bir katkı sunduğu ve yetkili olduğu söylenebilecektir.

Gerçekten de birlikte kullanıma geçilen 103 sağlık tesisi ve akdedilen protokoller incelendiğinde birlikte kullanıma konu sağlık tesisinin Sağlık Bakanlığınca sağlandığı, halihazırda Bakanlıkça işletilen sağlık tesislerinde Bakanlık personelinin istihdamına devam edildiği, üniversitenin ise ilgili fakültede görevli öğretim elemanları ile eğitim faaliyetleri yönünden birlikte kullanıma katıldığı görülmektedir.

Bu durumdan ise birlikte kullanılan sağlık tesislerinin kurumsal taraflarından ayrı olarak özerk bir idari yapılanmaya sahip olmadığı ve bu haliyle idari hiyerarşi içinde çifte yönlü kuruluş olarak değerlendirilebilecekleri sonucu çıkmaktadır. Ancak bu çifte yönlülük yalnızca kurumsal bazda kalmamakta kamu hizmetinin gördürülmesinde ve birlikte kullanımın gerçekleşmesinde temel rol oynayan öğretim elemanları yönünden de tecelli etmektedir. Zira birlikte kullanıma geçilen ilgili fakültelerde görevli öğretim elemanları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile belirlenen öğretim elemanlığı statüsüne tabiyetlerinden ayrılmadan Sağlık Bakanlığı ile 2 yıl süreyle bireysel sözleşme akdederek birlikte kullanımın konusunu oluşturan eğitim-araştırma hizmetlerine veya sağlık hizmet sunumuna katılabilmektedirler. Öğretim elemanlığı statüsünden ayrı bir personel statüsü oluşturan birlikte kullanım modelinde, sözleşmeli personelin yerine getirmekle yükümlü olduğu yükümlülüklerle ilişkin performans hedefleri ve süresi ile sunulacak hizmetin niteliğinin sözleşmede yer alacağı ve bilimsel çalışmalar ile eğitime ilişkin yetki ve sorumluluklarının da ayrıca sözleşmede belirtileceği

düzenlenmiştir. Nitekim sözleşmede belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde sözleşme akdeden öğretim elemanlarına hastane koordinasyon kurulu tarafından ikaz yaptırımı uygulanacağı, ikaz sonucunda takip eden ay ek ödeme yapılmayacağı ve bir sözleşme döneminde üç kez ikaz edilenlerin sözleşmelerinin feshedileceği öngörülmüştür.

O halde sözleşme akdeden öğretim elemanlarının çifte bir statüye tabi olmaları nedeniyle çifte statünün inşa ettiği sorumluluk hükümlerinin de çatışma yaratması kaçınılmaz olacaktır. Zira Sağlık Bakanlığınca istihdam edilen 4924 sayılı Kanuna tabi sözleşmeli personel ile 5258 sayılı Kanuna tabi sözleşmeli aile hekimlerinden farklı olarak öğretim elemanları, öğretim elemanlığı statüsünden belirli bir süre için ayrılmamaktadır. Bu durumda ise sözleşmeye aykırılık halinden doğan ve disiplin yaptırımı mahiyetinde değerlendirilebilecek ikaz ve ek ödeme yapılmaması işlemi ile 2547 sayılı Kanundan doğan disiplin hükümleri çatışmaktadır.

Bu çatışmanın giderilmemesi halinde ise öğretim elemanınca işlenen bir fiil için sözleşmeli statü ile öğretim elemanlığı statüsünden ayrı ayrı disiplin yaptırımı uygulanacak ve bu durum ne bis idem in ilkesine de aykırılık arz edecektir. O halde çifte statülülük halinde yükümlülükler yönünden kesişen alanlarda bir statünün çekilirken diğer statünün bu alanı kaplaması gerekmektedir. Somut durumda ise sonradan eklenen sözleşmeli statünün sıfatı arıza, mevcutta bulunulan öğretim elemanlığı statüsününse sıfatı asliye olduğunun kabulü çatışmanın çözümlenebilmesinde temel bir çatışma çözme yöntemi oluşturabilecektir. Zira sözleşmesel bir yükümlülüğe ilişkin ihlalde ihlali oluşturabilecek fiiller kıyas yapılmaksızın dar yorumlanacak ve bu alanda 2547 sayılı Kanundan doğan hükümler uygulanamayacaktır. Diğer yandan sözleşmeli statüden doğmayan ihlal fiillerinde ikaz ve ek ödeme yapılmaması işlemi uygulanmaksızın 2547 sayılı Kanunun genel hükümlerine göre yetkili disiplin amirince disiplin işlemi tesis edilebilecektir.

Ancak çifte statülülük halinden doğan çatışmanın çözümlenmesinde kullanılabilecek bu yöntem en nihayetinde şekli bir mahiyettedir. Zira sözleşmeli statüden doğan ve öğretim elemanlarınca yerine getirilecek maddi yükümlülüklerin kanunla düzenlenmediği ve idari hizmet sözleşmesine terk edildiği görülmektedir. Bu noktada kanunda ifadesini bulan eğitim-araştırma ve sağlık hizmet sunumu unsurları da yorum yoluyla belirleme yapılmasını mümkün kılmamaktadır. Zira sayılan faaliyetler öğretim elemanlığı mesleğine tamamıyla yabancı faaliyetler olmayıp bilhassa eğitim-araştırma

faaliyetleri mesleğe mündemiçtir. Bu yönüyle mevcut kanuni düzenlemenin yeterli hukuki belirliliğe sahip olmadığı ve maddi anlamda kanun mahiyetinde olmadığı açıktır. Bu nedenle Anayasaya aykırılık probleminin yanı sıra çifte statüden doğan çatışmanın mevcut halde giderilmesi ancak idarece düzenlenecek tip bir sözleşmenin belirlenmesi ve tatbikiyle mümkün olacaktır. Son olarak ikaz müessesesi, kanun hükmünün iptal edilmemesi halinde dahi anayasaya uygun yorum ilkesi doğrultusunda idari yargı mercilerince dar yorumlanarak 2547 sayılı Kanun hükümleri karşısında geri çekilebilecek ve pratikte çok sınırlı bir uygulama alanına indirgenebilecektir. Bu itibarla, sözleşmesel yükümlülüklerin temel düzeyde kanunla düzenlenmesi ve çifte statülükten doğan çatışma halinin kanun koyucu tarafından çözümlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Birlikte Kullanım, Afiliasyon, Çifte Statü, Sözleşmeye Aykırılık Halleri, Disiplin, Sağlık Tesisi.

THE LIABILITY OF CONTRACTED ACADEMICS IN AFFILIATED HOSPITALS AND THE PROBLEM OF SANCTIONS IN CASES OF BREACH OF CONTRACT

Av. Çağrı ÇELİKÖZ
Arş. Gör. Şeyma KURT

ABSTRACT

The organization of public healthcare services has been rapidly changing in light of technological and scientific developments. In order for public hospitals to adapt to this transformation, various organizational models have been employed. One of these is the affiliation model, referred to as “joint use.”

In Türkiye, the joint use model emerged in practice in response to various needs; however, an independent and comprehensive model could not initially be constructed, and the legislation has developed gradually. The model, which entered into force with Article 9 added to the Basic Law on Health Services No. 3359 in 2010, has been amended eight times through various laws and annulment decisions since then, and finally took its current form with Law No. 7496, dated 1 March 2024.

Certain fundamental reasons can be identified as driving forces behind the emergence and development of the joint use model. The first is the difficulty universities experienced in financing healthcare services due to the rapid proliferation of medical faculties, which in turn caused deficiencies in practical training. In addition, since it was not possible to establish academic staff in Ministry of Health tertiary healthcare institutions where education and research activities were conducted, and the number of existing training staff remained insufficient, enabling university staff to provide services in Ministry-affiliated healthcare institutions became an important complementary factor.

The joint use model is defined as the mutual use of human resources, financial means, physical facilities, buildings, medical devices, and other resources between healthcare institutions affiliated with the Ministry of Health and university institutions providing undergraduate and specialty education in medicine and dentistry for the purposes of education, research, and healthcare delivery. It is established through an institutional protocol concluded between the Ministry of Health and the university, which has the nature of an administrative contract. Once joint use is introduced in a healthcare facility, it is stipulated that the facility shall be operated in

accordance with the legislation applicable to public healthcare institutions affiliated with the Ministry of Health, pursuant to paragraph five of the same article. In line with this, the chief physician of the jointly used healthcare facility is appointed by the Ministry of Health upon consultation with the university and becomes responsible for hospital administration and the provision of healthcare services. Moreover, the chief physician is also considered the director of the university's health practice and research center and thus subject to the university's institutional hierarchy. On the other hand, medical specialty and undergraduate education, including the training of Ministry of Health specialty students, shall be carried out under the authority and responsibility of the dean in accordance with the relevant legislation. Structurally, therefore, it can be said that while the Ministry of Health plays the predominant role in service delivery, universities have primary authority in education and research activities.

Indeed, when examining the 103 healthcare facilities subject to joint use and the protocols concluded, it is observed that the healthcare facility in question is provided by the Ministry of Health, that Ministry personnel continue to be employed in the facilities already operated by the Ministry, and that the university participates in joint use primarily through its faculty members in charge of educational activities.

From this, it follows that jointly used healthcare facilities do not possess an autonomous administrative structure separate from the institutional parties involved and may thus be regarded as dual entities within the administrative hierarchy. However, this duality is not limited to the institutional level but also manifests with respect to the faculty members, who play a central role in the provision of public services and the implementation of joint use. Faculty members employed in the relevant faculties subject to joint use may, without departing from their academic status as defined under the Higher Education Law No. 2547 and the Law on Academic Staff Salaries No. 2914, conclude an individual two-year contract with the Ministry of Health and thereby participate in the educational-research services or healthcare delivery that constitute the subject matter of joint use. In the joint use model, which creates a separate contractual personnel status distinct from academic staff status, it is stipulated that the performance targets, duration, and nature of the services to be rendered shall be specified in the contract, along with the powers and responsibilities relating to scientific studies and education. Indeed, if the obligations set forth in the contract are not fulfilled, the academic staff member who concluded the contract shall be subject to a warning sanction by the hospital coordination board; as a result of the

warning, no additional payment shall be made in the following month, and the contracts of those warned three times within a contract period shall be terminated.

Thus, due to their subjection to dual status, it is inevitable that conflicting liability rules will arise for contracted faculty members. Unlike personnel employed by the Ministry of Health under Law No. 4924 or contracted family physicians under Law No. 5258, faculty members do not temporarily leave their academic status. In this situation, the warning sanction and the suspension of additional payments—measures of a disciplinary nature arising from breach of contract—conflict with the disciplinary provisions of Law No. 2547.

If this conflict is not resolved, a single act committed by a faculty member may give rise to separate disciplinary sanctions under both statuses, thereby contravening the principle of ne bis in idem. Accordingly, in cases of overlapping obligations, one status must recede while the other covers the relevant area. In the concrete case, recognizing the contractual status as ancillary and the academic staff status as primary could serve as a fundamental conflict-resolution method. Thus, violations relating to contractual obligations would be narrowly construed without analogy, and in this area, the provisions of Law No. 2547 would not apply. Conversely, in cases of violations not arising from the contractual status, disciplinary action could be taken under the general provisions of Law No. 2547 by the competent disciplinary authority, without imposing a warning or suspending additional payments.

However, this method for resolving conflicts arising from dual status is ultimately formal in nature. The substantive obligations imposed on contracted faculty members are not regulated by law but left to administrative service contracts. At this point, the statutory elements of education-research and healthcare delivery do not allow for interpretation to fill the gap. These activities are not entirely foreign to the profession of academic staff, particularly education-research, which is intrinsic to their role. In this respect, it is evident that the existing statutory regulation lacks sufficient legal certainty and does not constitute substantive law in the material sense. Accordingly, in addition to the problem of unconstitutionality, the resolution of conflicts arising from dual status under current circumstances is only possible through the determination and application of a model contract to be prepared by the administration. Finally, even if the statutory provision

establishing the warning mechanism is not annulled, administrative courts, applying the principle of constitutional interpretation, may construe it narrowly, thereby subordinating it to the provisions of Law No. 2547 and reducing its practical application to a very limited scope. Therefore, contractual obligations must be regulated at a basic level by statute, and conflicts arising from dual status must be resolved by the legislature.

Keywords: Joint Use, Affiliation, Dual Status, Breach of Contract, Discipline, Healthcare Facility.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
BİRİNCİ GÜN
İKİNCİ OTURUM

ROBOTİK CERRAHİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL*

Teknik ve teknoloji ile bilişim alanlarındaki hızlı ilerleme birçok farklı alanda yeni kavramların doğmasına ve tartışılmaya başlanmasına yol açmaktadır. Bu alanların başında da tıp ve hukuk gelmektedir. Özellikle yapay zekânın kullanımının artması ve robotların tıp alanında faaliyet göstermeye başlamasıyla birlikte tartışılması gereken yeni alanlar ortaya çıkmaktadır.

Sağlık sektöründeki birçok uygulama robot kullanımını da beraberinde getirmektedir. Bir yanda hemşire robotlar, özellikle çocuk ve yaşlı bakımında kullanılan bakıcı robotların yanında robotik cerrahi de giderek gelişen bir alandır. 1997 yılında ilk kez uygulanan robotik cerrahi 2000 yılından başlayarak hızlı bir ilerleme kaydetmiş ve tıbbın birçok alanında, ama özellikle kardiyovasküler cerrahi, üroloji, jinekoloji, genel cerrahi ve ortopedi alanlarında kullanılmaktadır. Bu çalışmada öncelikle robotların sağlık sektöründeki yeri kısaca incelenecek ve robotik cerrahinin kapsamı değerlendirilecektir.

Cerrahi robotları pek çok tıbbi müdahalede hekimleri destekleyici işlev görürken, bir taraftan da bazı tıbbi müdahaleleri neredeyse tek başlarına gerçekleştirebilecek düzeye gelmişlerdir. Ancak hukuk kuralları bu hızlı gelişmeyi aynı hızla takip edememektedir. Ülkemizde ne yapay zekâyı ne de özel olarak robotlara ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Robotik cerrahi uygulamasının pek çok avantajı olmakla birlikte, özellikle mevcut yasal düzenleme eksikliği sebebiyle robotik cerrahi müdahalelerden doğacak sorumluluğun niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi güçlük arz etmektedir. Bu çalışmada önce mevcut yasal düzenlemelerden yararlanılarak konuya nasıl yaklaşılabileceği değerlendirilip, sorumluluğun bu bağlamda kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Ardından bir yasal boşluk olup olmadığı ve varsa ne gibi düzenlemelere ihtiyaç olduğu değerlendirilecektir.

Konu hekimin, hastanenin ve üreticinin sorumluluğu ekseninde farklı boyutlarıyla ele alınacak ve yakın tarihli çıkmış olan 7223 sayılı Ürün

* TED Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü.

Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile konuyla ilgili Avrupa Birliği Direktifleri incelenecektir. Özellikle ürün sorumluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ve bu sorumluluğun türü büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar 7223 sayılı Kanun ürün sorumluluğunu da düzenleme amacıyla çıkarılmış olsa da, ürün güvenliği gibi ürün sorumluluğunun kapsamlı ele alınmamış olması önemli bir eksikliktir. Bu konu üzerinde de durulacak ve robotik cerrahi müdahalelerde doğabilecek zararları içerecek şekilde ürün sorumluluğunun kapsamının daha net belirlenmesinin gerekip gerekmediği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Robotik Cerrahi, Cerrahi Müdahale, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ürün Sorumluluğu.

CIVIL LAW LIABILITY ARISING FROM ROBOTIC SURGERIES

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

ABSTRACT

The rapid progress in the fields of technology and informatics leads to the emergence and discussion of new concepts in many different fields. Medicine and law are at the forefront of these fields. Especially with the increasing use of artificial intelligence and robots starting to operate in the field of medicine, new areas that need to be discussed emerge.

Many applications in the health sector bring along the use of robots. On the one hand, nurse robots, carer robots used especially in child and elderly care, as well as robotic surgery is a developing field. In 2000, robotic surgery, which was applied for the first time in 1997, has started to make rapid progress and is used in many fields of medicine, but especially in cardiovascular surgery, urology, gynaecology, general surgery and orthopaedics. In this study, the place of robots in the health sector will be briefly examined and the scope of robotic surgery will be evaluated.

While surgical robots support physicians in many medical interventions, they have also reached a level where they can perform some medical interventions almost alone. However, legal rules cannot follow this rapid development at the same pace. In our country, there is no legislation regarding neither artificial intelligence nor robots in particular.

Although robotic surgery has many advantages, it is difficult to determine the nature and scope of the liability arising from robotic surgical interventions, especially due to the lack of existing legislation. In this study, firstly, how to approach the issue by utilising the existing legal regulations will be evaluated and the scope of the liability in this context will be tried to be determined. Then, it will be evaluated whether there is a legal gap and if so, what kind of regulations are needed.

The issue will be addressed in different dimensions on the axis of the liability of the physician, the hospital and the manufacturer, and the recently enacted Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223 and the relevant European Union Directives will be analysed. In particular, whether the product liability provisions can be applied and the type of this liability is of great importance. Although Law No. 7223 was enacted to regulate product liability, it is an important deficiency that product liability, like product safety, is not dealt with comprehensively. This issue will also be emphasised

and it will be discussed whether the scope of product liability should be determined more clearly in terms of including the damage resulting from robotic surgical interventions as well.

Keywords: Robotic Surgery, Surgical Intervention, Legal Liability of Physician, Product Liability.

AVRUPA BİRLİĞİNİN YAPAY ZEKÂ YASANIN SAĞLIK SEKTÖRÜ ÜZERİNDEKİ HUKUKİ ETKİLERİ

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN*

2021 yılı Nisan ayında Avrupa Komisyonu, ilk Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasasını (Artificial Intelligence Act) önerdi. Bu düzenlemenin amacı Avrupa Birliğinde güvenli sorumluluk atfedilebilen yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılmasıdır. AB Yapay Zekâ Yasası Önerisi risk temelli yapay zekâ sınıflandırma sistemi oluşturdu. Farklı uygulamalarda kullanılabilen yapay zekâ sistemleri, kullanıcılar için oluşturdukları risklere göre analiz edilip sınıflandırıldı. Farklı risk seviyeleri için farklı uyum gereksinimleri getirildi. Nihayet Temmuz 2024'te dünyanın en kapsamlı YZ yasası olan Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası AB Resmî Gazetesinde yayımlandı ve Ağustos 2024'te yürürlüğe girdi. 2025 Şubat ayından itibaren ilk ve ikinci bölümdeki hükümler uygulanmaya başlandı.

Yapay Zekâ Yasası, yapay zekâlı sistemleri; kabul edilemez riskli sistemler, yüksek riskli sistemler, sınırlı riskli sistemler ve minimal riskli sistemler olarak sınıflandırdı. Bu kapsamda kişinin bilincini etkileyen sistemler gibi yapay zekâ sistemlerini kabul edilemez riskli kabul ederek yasakladı. Tıbbi cihazlar gibi insan sağlığını ciddi tehlikeye sokabilecek sistemleri ise yüksek riskli kabul ederek bunların AB içinde kullanımı için onaylanmış kuruluş tarafından karmaşık belgelendirme ve uygunluk değerlendirmesini zorunlu kılınmıştır. Sağlık sektöründe yüksek riskli yapay zekâlı sistemlere diğer örnekler olarak; acil durum çağrılarını değerlendirmek ve sınıflandırmak için kullanılan ve tıbbi yardım gönderme kararları için yapay zekâ sistemleri, acil sağlık hizmetleri hasta triyaj sistemleri için yapay zekâ, karar destek sistemleri ve 2017/745 ve 2017/746 sayılı Avrupa Birliği Tüzükleri kapsamına giren YZ tabanlı tıbbi cihazlar verilebilir. Yasa özellikle yüksek riskli sistemler söz konusu olduğunda sağlayıcı ve kullanıcılara kapsamlı yükümlülükler getirdi. Chatbotlar gibi sınırlı riskli kabul edilen sistemler içinse şeffaflık yükümlülüğü getirildi. Minimal risk taşıyan yapay zekâ sistemleri içinse herhangi bir uygunluk değerlendirilmesi getirilmedi.

Sağlık sektöründe yapay zekâlı ürünler, teşhis, tıbbi görüntüleme, kişiselleştirilmiş tedavi yöntemleri, sağlık verilerinin analiz edilmesi ve hasta bakımında sıklıkla artan oranlarda kullanılmaktadır. Yapay zekâlı robotlar

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

hastanelerde, ameliyathanelerde, rehabilitasyon süreçlerinde cerrahiden hasta bakımına kadar geniş bir alanda kullanılmaktadır. Birçok sektörü etkileyecek olan Yapay Zeka Yasası (YZY) şüphesiz sağlık sektöründe de yapay zekâlı ürünlerin kullanılmasının artmasına paralel olarak büyük etkilere neden olacaktır.

Bu tebliğin temel amacı YZY'nin sağlık sektörü üzerindeki hukuki etkilerini belirlemektir. Yapay Zekâ Yasası yalnızca Avrupa Birliği sınırları içindeki yapay zekâlı ürünleri ve yapay zekâ üreticileri, kullanıcı sağlayıcılarını değil bazı durumlarda Avrupa Birliği dışındaki üreticileri sağlayıcıları da etkiler. Öncelikle sağlık sektöründeki yapay zekâlı ürünlerin üreticilerinin sağlayıcılarının ürün ve hizmetlerini AB'de kullanabilmeleri için YZY'de belirlenen gereksinimleri sağlamaları gerekir. Bu nedenle bu tebliğ ile YZY hangi durumlarda ve nasıl Türkiye'deki aktüeryaları ve ürünleri etkileyeceğinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Daha spesifik olarak ise sağlık sektöründe kullanılan yapay zekâlı ürünlerin YZY'nin risk temelli yapay zekâ sınıflandırılmasında ürünlerin hangi sınıfta olduğunun saptanarak bu kapsamda hangi uyumlaştırma adımlarının atılacağı hangi aktüeryaların ne tür sorumluluklarının doğacağı belirlenmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak kısaca sağlık sektöründe yapay zekâ uygulamalarının önemine değinilecek, sonrasında ise Yapay Zekâ Yasasının hangi durumlarda coğrafi olarak hangi alanlarda uygulanacağını kapsamlı belirlenecektir. Uygulama kapsamının belirlenmesinden sonra YZY'nin risk temelli sınıflandırması açıklanacak, sağlık sektöründeki yapay zekâlı ürünlerin bu kapsamda hangi sınıflarda ne şekilde yer alabileceği irdelenecektir. Nihayet sınıflandırmalarına göre bu ürünlerin AB piyasasına sürülmelerine ya da kullanımlarına ilişkin hangi yükümlülüklerin getirildiğini, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gereken zaman çizelgesi ile tartışılacaktır.

Bu çalışma kapsamında Yapay Zekâ Yasasının sağlık sektörüne devrimsel etkilerde bulunacağı, sadece Avrupa Birliğini değil tüm dünyada sağlık sektöründeki standartları bu tür ürünlerin ithalat ve ihracatını etkileyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Yüksek riskli olarak sınıflandırılan tıbbi amaçlara yönelik yapay zekâ sistemleri, risk azaltma sistemleri, yüksek kaliteli veri setleri, açık kullanıcı bilgileri ve insan gözetimi dahil olmak üzere bir çok şartı sağlarsa AB içerisinde kullanılabilir. Ancak bu durumun sınır ötesi etkisi de olacaktır. Bu kapsamda Türkiye'deki sağlık sektöründeki aktüeryaların YZY'nin olası etkileri konusunda bilinçlendirilmesi ve adaptasyon süreçlerini ivedilikle sağlamaları gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Robotik Cerrahi, Yapay Zekâ Yasası, Sağlık Hukuku.

EUROPEAN UNIONS ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACTS PROSPECTIVE LEGAL EFFECTS ON HEALTH LAW

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

ABSTRACT

In April 2021, the European Commission proposed the first European Union Artificial Intelligence Act. The aim of this regulation is the development and use of safe, accountable artificial intelligence systems in the European Union. The Artificial Intelligence Act Proposal created a risk-based artificial intelligence classification system. AI systems that can be used in different applications were analyzed and classified according to the risks they pose. Different compliance requirements were introduced for different risk levels. Finally, in July 2024, the European Union Artificial Intelligence Act, the world's most comprehensive AI law, was published in the EU Official Journal and entered into force in August 2024. As of February 2025, the provisions in the first and second chapter began to apply.

The Artificial Intelligence Act categorized AI systems as systems with unacceptable risk, systems with high risk, systems with limited risk and systems with minimal risk. In this context, it banned some of artificial intelligence systems, such as systems that affect a person's consciousness, as unacceptably risky. Systems that can seriously endanger human health, such as medical devices, are considered high-risk and require complex certification and conformity assessment by a notified body for their use in the EU. Other examples of high-risk AI systems in the healthcare sector include AI systems for assessing and classifying emergency calls and for decisions to dispatch medical assistance; AI for emergency healthcare patient triage systems; AI decision support systems; and AI-based medical devices covered by European Union Regulations 2017/745 and 2017/746. The law imposes extensive obligations on providers and deployers, especially when it comes to high-risk systems. For systems deemed to be of limited risk, such as chatbots, a transparency obligation has been introduced. For AI systems with minimal risk, there is no compliance assessment.

In the healthcare sector, AI products are increasingly used in diagnostics, medical imaging, personalized treatment methods, health data analysis and patient care. Artificially intelligent robots are used in a wide range of areas from surgery to patient care in hospitals, operating rooms and rehabilitation processes. AI, which will affect many sectors, will undoubtedly cause great

effects in the health sector in parallel with the increasing use of artificially intelligent systems.

The main purpose of this study is to determine the effects of AI on the health sector. The Artificial Intelligence Acts affects not only AI products and AI manufacturers and user providers within the borders of the European Union, but in some cases also manufacturers and providers outside the European Union. First of all, manufacturers and providers of AI products in the health sector must meet the requirements set out in the AI Law in order to be able to use their products and services in the EU. Therefore, this work aims to determine how and in which cases the AI law will affect actuaries and products in Turkey.

More specifically, it will be tried to determine in which class the artificial intelligence products used in the health sector are in the risk-based artificial intelligence classification of AI, which harmonization steps will be taken in this context and what kind of responsibilities of actuaries will arise. In this direction, firstly, the importance of artificial intelligence applications in the health sector will be briefly mentioned, and then the scope of geographical application of the Artificial Intelligence Law will be determined. After determining the scope of application, the risk-based classification of AI will be explained, and the classes in which artificial intelligence products in the health sector can be included in this context will be examined. Finally, it will be discussed which obligations are imposed on the placement or use of these products on the EU market according to their classification and the timeline in which these obligations must be fulfilled.

Within the scope of this study, it has been concluded that the Artificial Intelligence Law will have revolutionary effects on the health sector and will affect the import and export of such products not only in the European Union but also the standards in the health sector all over the world. High risk AI-based softwares intended for medical purposes, must comply with several requirements, including risk-mitigation systems, high-quality data sets, clear user information and human oversight. In this context, it is concluded that actuaries in the health sector in Turkey should be made aware of the possible effects of AI and should ensure the adaptation processes with ideality.

Keywords: Artificial Intelligence, Robotic Surgery, Artificial Intelligence Law, Health Law.

YAPAY ZEKÂ TIBBİ CİHAZIN YANLIŞ TEŞHİSTEN DOLAYI SORUMLULUĞUNA DE LEGE FERENDA BAKIŞ

Doç. Dr. Seda KARA KILIÇARSLAN*

İnsanlık tarihi boyunca, yaşamı rahat ve güvenli kılmak amacıyla düşünce ve icatlar ortaya konulmuştur. Bu yolla dünyayı anlamak ve anlamlandırmak yanında insan hayatını kolaylaştırmak amaçlanmıştır. Teknolojik gelişmeler de dijital teknoloji ve yapay zekanın gelişmesinde önemli role sahiptir. Alan Turing tarafından 1950 yılında makinelerin düşünebileceği fikri, yapay zekâ teknolojisine bilimsel olarak dikkat çekilmesini sağlamıştır. Zira makinelerin her geçen gün makine ve derin öğrenme gibi yetkinliklerle birlikte insan benzeri görevleri yerine getirmesi gibi konularda yaşanan gelişmeler, yapay zekanın da farklı şekilde kullanımına zemin hazırlamıştır. Yaşanan bu gelişmelerle yapay zekâ insansı davranışlar geliştirmiş, hareket, konuşma, ses algılama ve sayısal mantık gibi kabiliyet edinmiş, böylece daha fazla otonom hale gelmiştir. Teknolojik gelişmelerle paralel olarak gösterilen gelişim çerçevesinde yapay zekanın da benzer şekilde teknolojik ve bilimsel olmak üzere iki amacı bulunmaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin uygulama alanlarını algı ve örüntü tanıma, problem çözme, kara verme, planlama, öğrenme ve yaratıcılık oluşturur. Teknolojinin gelişmesiyle de dijital sistemlerin yerine getirdiği görev sayısı da artar. Gün geçtikçe dijital sistemler ekonominin hemen hemen her alanında günlük yaşam, çalışma hayatı, askeriye kadar birçok alanda kullanılmaktadır. Evimizde kullandığımız robotlar, insansız marketler, riskli işlerdeki keşif robotları, insansız hava araçları, hatta sosyal etkileşimde kullanılan sohbet robotu Chatbot ve satranç oyunu AlphaGo gibi birçok yapay zekâ sistemleri bulunmaktadır. Yapay zekanın öncü rol oynadığı alanlarda, giderek otonom hale gelen araçlarla sağlık sektörü de bulunmaktadır. Öyle ki, sağlık alanında yaşanan gelişmelerde yapay zekanın kendisine önemli bir yer bulduğu söylenmelidir. Böylece sağlık alanındaki gelişimlerde yapay zekâ odak noktadır ve gelecek vaad etmektedir. Sağlık hizmetleri içerisinde, yapay zekâ teknolojisinin birçok önemli kullanım alanı mevcuttur. Öncelikle sağlık verilerinin elektronik yolla uzaktan takip edilmesi, bu verilerin aktarılması, uzaktan tedavi ve tele-tıp modelleri yapay zekâ teknolojisiyle gerçekleştirilmektedir. Yapay zekanın tedavi süresince hekime yardımcı olduğu birçok alan da bulunmaktadır. Bunlar hastalığın teşhis ve tedavisi gibi

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

birçok alanda yapay zekâ destekli algoritmalar vasıtasıyla kullanılmaktadır. Bu çerçevede yapay zekâ hastalıkların öngörülmesi, önlenmesi, teşhis ve tedavisi gibi alanlarda yeni imkanlar sunmayı vaad eder. Akıllı yazılımlar, hemşire robotlar, çocuk ve yaşlı bakımı için bakıcı robotlar, kişiselleştirilmiş tıp aletleri, robot destekli cerrahiler, optimize edilmiş hastane veri yönetimi veya akıllı tıbbi ürünler yapay zekâ sayesinde gerçekleşir.

Ancak gerçekleşmekte olan tüm yenilikler ve gelişmelere rağmen yapay zeka tıbbi cihazı uygulayan ve tedaviyi yürüten hekimlerdir. Günümüzde her ne kadar sağlık alanında kullanılan, kendi kendine karar verip tıbbi müdahale ve teşhisi gerçekleştiren sistemler var olsa da henüz uygulamada yer almaz. Ne var ki teknolojinin ilerlemesi yapay zeka alanında derin öğrenmenin daha da gelişmesi, yapay zeka sistemlerinin giderek otonom hale getirir. Özellikle otonom sistemlerin verdiği kararlar üzerinde insan etkisinin düşmesi, üreticinin üretiminden kaynaklanan zararların gelişmemesi, bu sistemlerin kullanımından kaynaklanan zararlardan kimin sorumlu olacağı sorusunu gündeme getirir. Sonuç olarak hukuken gelişen bu uyumsuzluklar bakımından hukukun getirdiği çözüm netleştirilmelidir. Bu bağlamda yapay zekanın gelişimine bağlı oluşacak hukuki sorunlar bakımından ulusal ve uluslararası çeşitli düzenlemeler gerçekleştirilmektedir. Ülkemizde Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi 20/08/2021 tarihli ve 31574 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 24.06.2024’de ise Yapay Zekâ Kanun Teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulmuştur. Uluslararası düzenlemeler çerçevesinde ise Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu da yapay zekâ sistemlerine ilişkin çeşitli çalışmalar gerçekleştirmektedir. Çalışma yapay zekâ tıbbi cihazın otonom olarak gerçekleştirdiği zararlar bakımından sorumluluğunu de lege feranda olarak irdelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Sağlık Hizmetleri, Otonom Sistemler, Hukuki Sorumluluk.

A DE LEGE FERENDA PERSPECTIVE ON THE LIABILITY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE-BASED MEDICAL DEVICES FOR MISDIAGNOSIS

Doç. Dr. Seda KARA KILIÇARSLAN

ABSTRACT

Throughout human history, numerous ideas and inventions have been developed to make life more comfortable and secure. In addition to understanding and interpreting the world, these innovations aim to facilitate human life. Technological advancements, too, have played a crucial role in the evolution of digital technology and artificial intelligence. The notion that machines could think, introduced by Alan Turing in 1950, drew scientific attention to artificial intelligence technology. Because, developments in the fields such as machines performing human-like tasks with the competencies such as machine and deep learning, have paved the way for the use of artificial intelligence in different ways. With these advancements, artificial intelligence has acquired human-like behaviors, gained capabilities such as movement, speech, voice recognition, and numerical logic, thereby become more autonomous. In line with the progress achieved through technological developments, similarly, artificial intelligence, too, serves both technological and scientific purposes. Its applications include perception and pattern recognition, problem-solving, decision-making, planning, learning, and creativity. As technology advances, the number of tasks performed by digital systems continues to grow. Day by day, digital systems are used in various fields, including almost every aspect of economy, daily life, working life, and even military. There are various artificial intelligence systems, such as household robots, cashier-less stores, exploration robots for hazardous jobs, unmanned aerial vehicles, chatbots like Chatbot for social interactions, and chess-playing software like AlphaGo. The healthcare sector is also among the fields where artificial intelligence plays a pioneering role, with increasingly autonomous systems being integrated. It must be noted that artificial intelligence has secured a significant position in healthcare advancements. Consequently, artificial intelligence is at the center of progress in the healthcare sector and holds great promise for the future. Artificial intelligence technology has numerous important applications in healthcare services. Primarily, it enables the electronic remote monitoring and transmission of health data, as well as the implementation of telemedicine and remote treatment models. There are also many areas where artificial intelligence assists physicians throughout the treatment process. These are used via

artificial intelligence-supported algorithms in many areas, including the diagnosis and treatment of diseases. In this regard, artificial intelligence offers new opportunities in the fields such as disease prediction, prevention, diagnosis, and treatment. Smart software, nurse robots, caregiver robots for children and the elderly care, personalized medical devices, robot-assisted surgeries, optimized hospital data management, and intelligent medical products are all made possible through artificial intelligence.

Despite all these innovations and developments, it is still physicians who apply artificial intelligence-based medical devices and carry out treatments. Today, although self-decisive systems capable of performing medical interventions and diagnoses exist, they are not yet in practical use. However, with technological advancements and the further development of deep learning in artificial intelligence, artificial intelligence systems are becoming more and more autonomous. The decreasing human influence over the decisions made by autonomous systems, the absence of direct liability for damages arising from production defects, and the question of who will be held responsible for the damages caused by these systems bring forth significant legal concerns. As a result, legal solutions to these emerging disputes must be clarified. In this context, various national and international regulations are being implemented to address the legal issues arising from the development of artificial intelligence. In Türkiye, the National Artificial Intelligence Strategy 2021-2025 was enacted through Presidential Circular No. 2021/18, published in the Official Gazette No. 31574 on August 20, 2021. Additionally, on June 24, 2024, the Artificial Intelligence Law Proposal was submitted to the Grand National Assembly of Türkiye. On an international level, the European Parliament and the European Commission have been conducting various studies on artificial intelligence systems. This study examines the liability of artificial intelligence-based medical devices for damages autonomously caused, from a *de lege ferenda* perspective.

Keywords: Artificial Intelligence, Healthcare Services, Autonomous Systems, Legal Liability.

GEBELİK TAKİBİNDE DOWN SENDROMU AYDINLATMASI VE HUKUKİ SORUMLULUK

Doç. Dr. Meliha Sermin PAKSOY*

Doğum öncesi tanı ve tıbbi müdahale yapılmadığında, her 500 canlı doğumdan yaklaşık biri Down sendromlu bir bebekle sonuçlanmaktadır. Ekstra bir kromozomdan kaynaklanan bu durum, çocuğun hem fiziksel hem de bilişsel gelişimini etkilemektedir. Çocuklar büyüdükçe, bu kromozomal farklılık gelişimsel gecikmelere ve sürekli tıbbi ve sosyal destek gerektiren ömür boyu sürececek zorluklara yol açabilmektedir.

Hamileliğin erken dönemlerinden itibaren tarama testleri Down sendromu olasılığını tespit etmek için yaygın olarak kullanılmaktadır. Birçok sağlık sistemi, bu tür testleri rutin doğum öncesi bakımın bir parçası olarak sunmaktadır. Fakat ikili, üçlü ve dördü tarama testlerinin yüksek yanlışma payı bulunmaktadır. Diğer yandan anne kanından kromozom testi (NIPT) olarak adlandırılan yeni nesil doğru sonuç oranı çok daha yüksek olan bir tarama testi bulunmaktadır ve giderek daha fazla ülkenin sağlık sistemi bu testi de karşılamaktadır. Ayrıca tanı testleri ile Down sendromunun varlığının tespit edilmesi mümkündür. Türkiye'nin de dahil olduğu birçok hukuk sisteminde, Down sendromu tanısı konulması halinde, ebeveynlere hamileliği sonlandırma seçeneği sunulmaktadır. Bu da etik açıdan sorgulanmalıdır.

Ayrıca doktorlar, hamile bireylere gebelik takibi aşamasında tarama ve tanı testlerinin amacı ve sonuçları hakkında açık ve yeterli bilgi sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, test seçenekleri, testlerin doğruluğunu, potansiyel sonuçları ve tanı sonrasında mevcut seçenekleri açıklamayı içermektedir. Yeterli bilgi sunulmaması halinde tam olarak bilgilendirilmeyen ebeveynler tarafından yüksek tazminat talepli davalar açılabilmektedir. Yargıtay ve Danıştay nezdinde bu konuda önemli bir içtihat oluşmuştur. Bu sunumda bu davalardan doğan ana sorunlar incelenecektir: Doktorların gebelik takibinde hamileye ve eşine Down sendromu ve bu durumun tespitine yarayan testler hakkında ne kadar bilgi sunması gerekir? Yeterli bilgilendirme yapılmaması halinde doktorun ve hastanenin sorumluluğu söz konusu olacak mıdır? Bu davalarda kimler tazminat talep edebilir? Bilgilendirmenin ispatı nasıl yapılabilir?

* Paksoy + Partners Law & Consultancy.

Anahtar Kelimeler: Doğum Öncesi Tanı, Down Sendromu, Aydınlatma Yükümlülüğü, Tazminat Sorumluluğu.

INFORMED CONSENT AND LEGAL LIABILITY REGARDING DOWN SYNDROME SCREENING DURING PREGNANCY

Doç. Dr. Meliha Sermin PAKSOY

ABSTRACT

Without prenatal diagnosis and medical intervention, approximately one in every 500 live births results in a baby with Down syndrome. This condition, caused by an extra chromosome, affects both the physical and cognitive development of the child. As the child grows, this chromosomal difference can lead to developmental delays and lifelong challenges that require continuous medical and social support.

Screening tests are commonly used from the early stages of pregnancy to detect the likelihood of Down syndrome. Many healthcare systems offer these tests as part of routine prenatal care. However, the dual, triple, and quadruple screening tests have a high margin of error. On the other hand, a newer and more accurate test called the non-invasive prenatal test (NIPT), which analyzes chromosomes from maternal blood, has a much higher accuracy rate, and more countries are including this test in their healthcare systems. Furthermore, diagnostic tests can confirm the presence of Down syndrome.

In many legal systems, including that of Turkey, when a Down syndrome diagnosis is made, parents are offered the option to terminate the pregnancy. This raises ethical questions.

Additionally, doctors are obligated to provide clear and sufficient information about the purpose and results of screening and diagnostic tests during pregnancy monitoring. This duty to inform includes explaining the test options, the accuracy of the tests, potential outcomes, and the available options after a diagnosis. If sufficient information is not provided, parents who were not fully informed may file lawsuits seeking high compensation. Important precedents have been established in the Supreme Court and the Council of State regarding this issue.

This presentation will examine the main issues arising from these cases: Which information should doctors provide to the pregnant individual and their partner about Down syndrome and the tests used to detect it during pregnancy monitoring? Will the doctor and hospital be held responsible if sufficient information is not provided? Who can claim compensation in these cases? Who bears the burden of proof, and what types of evidence can be used to demonstrate that sufficient information was provided to the patient?

Keywords: Prenatal Diagnosis, Down Syndrome, Informed Consent
Obligation, Liability for Compensation.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
BİRİNCİ GÜN
ÜÇÜNCÜ OTURUM

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI

Prof. Dr. Emel BADUR*

Kişisel veri terimi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) "Tanımlar" kenar başlıklı 3/1/d maddesinde, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Yasa koyucu Türk Hukuku açısından kişisel verileri örneklendirme yoluyla saymaktan uzak durmuştur. Ancak Kanunun 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler, sınırlı sayma yöntemiyle düzenlenirken, kişisel sağlık verileri de ismen anılmışlardır. Kişisel sağlık verisi kavramı, yasa koyucu tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin ruh, akıl ve beden sağlığıyla ilgili her türlü bilgiyi kapsayacak şekilde açıklanmaktadır.

Kişisel sağlık verileri, ilgili kişinin yararı açısından işlenmesi gerekli olan verilerdir. Ayrıca hasta kayıtlarının tutulması 1216 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesi gereğince yasal bir zorunluluktur. Anılan maddede hekimlere (ve diğer sağlık çalışanlarına) hasta kaydı tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Sağlık verileri işlenmeksizin sağlık hizmetinin sunulması neredeyse mümkün değildir.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi sırasında yeterli korumanın sağlanması, verisi işlenen kişinin özel hayatının güvence altına alınması ve kamu sağlığının korunması açısından önemlidir. Kişisel sağlık verileri, kural olarak kişinin sağlık hizmetinden etkin bir şekilde yararlanabilmesi için işlenmesi zorunlu olan kişisel verilerdendir. Kişiyi ancak kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ve gerektiğinde bu verilere kolaylıkla ulaşılabilmesi suretiyle hızlı ve verimli sağlık hizmeti sunulması mümkün olur.

Kişisel sağlık verilerinin korunması, kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmaları ve hatta bu suretle kamu sağlığının da korunması açısından da önemlidir. Zira kişisel sağlık verilerinin yeterince korunmaması, sağlık hizmetine erişim açısından da sorunlar oluşturmaya açıktır. Kişiler, sağlık hizmetinden faydalanmak için başvururken -bazı yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla (örneğin kamu sağlığı açısından bazı bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi vb.)- başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının sır saklayacağına; kişisel sağlık verilerinin de korunacağına dair güvenle hareket etmektedirler. Bu güvenin sarsılması, kişinin sağlık hizmeti almak için

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

yapacağı girişimlerde mütereddit kalmasına neden olacak ve hatta bazı kişiler sadece bu yüzden sağlık hizmetine başvurmayacaklardır.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, ilgili kişinin kendisine tanınmış bazı hakları kullanması için gerekli olabilmektedir. Örneğin kişinin sağlık durumunun raporlanması sonucunda öğrenciler, çalışanlar, zorunlu askerlik görevi yapanlar ve hükümlüler tahliye veya ev hapsi imkanı, ek sınav hakkı tanınması, devamsızlık yazılmaması, istirahat veya hava değişimi olanağının sağlanması ya da mevcut sınırlamalardan muaf tutulma gibi ayrıcalıklı hükümlere tabi kılınabilirler.

İşlenen kişisel sağlık verilerinin, kişinin özel hayatının sır (giz) kısmına ilişkin olduğu da bir diğer gerçektir. Zira ilgili kişi, sağlık verilerinin ancak kendisinin belirlediği kişiler tarafından ve kendisinin istediği kadar bilinmesini ister. Güncel ya da geçmişe yönelik sağlık verilerinin, veri sahibi olan kişinin seçtiği ve belirlediği kişiler haricinde kalanlarca öğrenilmesi, pek çok sakıncayı da beraberinde getirecek niteliktedir. Bu sakıncalardan bazıları sağlık verisinin türüne göre artan şiddette yaşanabilecek olan ayrımcılığa maruz kalma, işyerinden uzaklaştırılma ve hatta ahlaki nedenlerle kınanmak suretiyle dışlanma olarak ortaya çıkabilir.

Kişisel sağlık verilerinin, onları diğer özel ve genel nitelikli kişisel verilerden ayıran bir diğer özellikleri de bu verilere sıklıkla yargılamanın çeşitli aşamalarında ve türlerinde delil olarak başvurulmasıdır. Kişinin sağlık verileri ceza yargılamasında hem fail hem de mağdur açısından delil niteliği taşır. Ayrıca hukuk yargılamasında da başta akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davaları ve kişinin ayırt etme gücünün tespit edilmesi gereken durumlar olmak üzere kişisel sağlık verileri delil olarak önem kazanır. Ancak kişinin sağlık verilerinin delil olarak kullanıldığı başka hukuk ve ceza davaları olduğu da şüphesizdir.

Bu nedenle kişisel sağlık verileri, KVKK'da özel nitelikli kişisel verilerden kabul edilmiş; hatta bu tür veriler arasında da ilgili kişinin rızası haricindeki hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işlenmeleri açısından farklı hukuk kurallarına tabi kılınmışlardır. Kişisel sağlık verilerinin korunması açısından KVKK'nın yanı sıra, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik adlı Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış bir ikincil düzenleme de bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Sağlık Verisi, Özel Nitelikli Kişisel Veri, Hassas Kişisel Veri.

PROTECTION OF PERSONAL HEALTH DATA

Prof. Dr. Emel BADUR

ABSTRACT

The term personal data is broadly defined in Article 3/1(d) of the Law on the Protection of Personal Data (KVKK) under the heading “Definitions,” as any information relating to an identified or identifiable natural person. The legislator, from the perspective of Turkish law, refrained from enumerating personal data by way of examples. However, in Article 6 of the Law, special categories of personal data are regulated through an exhaustive list, and personal health data are explicitly mentioned therein. Although the concept of personal health data is not defined by the legislator, it is explained as encompassing all kinds of information regarding the physical, mental, and psychological health of an identified or identifiable natural person.

Personal health data are those that need to be processed for the benefit of the data subject. Moreover, maintaining patient records is a legal obligation under Article 72 of the Law No. 1219 on the Practice of the Art of Medicine and Its Branches, which imposes the duty of keeping patient records upon physicians (and other healthcare professionals). It is practically impossible to deliver healthcare services without processing health data.

Ensuring adequate protection during the processing of personal health data is of great importance both for safeguarding the privacy of the data subject and for protecting public health. As a rule, personal health data are among those personal data that must be processed in order for the individual to benefit effectively from healthcare services. Rapid and efficient healthcare delivery is only possible if personal health data are processed and can be accessed when necessary.

The protection of personal health data is also crucial for individuals’ access to healthcare services, and thereby for the protection of public health. Insufficient protection of such data poses risks to healthcare access. Individuals, when applying for healthcare services—subject to certain legal exceptions (such as mandatory reporting of certain infectious diseases for public health purposes)—act on the trust that physicians and other healthcare professionals will maintain confidentiality and that their personal health data will be protected. The erosion of this trust may cause individuals to hesitate in seeking healthcare services, and some may even refrain from doing so altogether.

The processing of personal health data may also be necessary for the exercise of certain rights granted to the data subject. For example, upon reporting of a health condition, students, employees, conscripts, and convicts may be granted special entitlements such as release or house arrest, the right to an additional exam, exemption from absenteeism, sick leave, convalescence, or exemption from existing restrictions.

It is also a fact that processed personal health data pertain to the most private sphere of an individual's private life. The data subject generally wishes their health data to be known only by those persons they themselves designate, and only to the extent they permit. The disclosure of current or past health data to persons other than those chosen by the data subject may lead to various adverse consequences. Depending on the type of health data, these consequences may range in severity from discrimination, workplace exclusion, to social stigmatization and moral condemnation.

Another characteristic that distinguishes personal health data from other categories of personal data, whether ordinary or special, is their frequent use as evidence in various stages and types of judicial proceedings. An individual's health data may serve as evidence in criminal proceedings, both concerning the perpetrator and the victim. In civil proceedings, they are also significant, particularly in cases such as divorce based on mental illness or situations requiring determination of a person's capacity to act. It is beyond doubt that health data may also be used as evidence in other civil and criminal proceedings.

For this reason, personal health data are classified under KVKK as special categories of personal data and, even within this group, are subject to different legal rules with respect to processing based on legal grounds other than the data subject's consent. In addition to KVKK, there also exists a secondary regulation issued by the Ministry of Health, namely the Regulation on Personal Health Data, which provides further provisions for the protection of personal health data.

Keywords: Personal Health Data, Special Categories Of Personal Data, Sensitive Personal Data.

ALTERNATİF İLAÇ GERİ ÖDEME YÖNTEMİ: İDARİ YARGI

Av. Ecz. İbrahim ANKARA*

Bilindiği üzere 1982 tarihli Anayasa'nın 17.maddesinde yaşam hakkı, 60.maddesinde sosyal güvenlik hakkı düzenlenmiş, 65.maddesinde ise devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarının belirlenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 62.maddesinde, sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmanın sigortalı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir. Kanun'un 62 ila 74.maddeleri arasında da; finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ve süresi, Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri, yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri, yurt dışında tedavi, sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları, katılım payı alınması, katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler, hizmet basamakları ve sevk zinciri, sağlık hizmetlerinin ödenecek bedellerinin belirlenmesi ve sağlık hizmetlerinin sağlanma yöntemi ve sağlık giderlerinin ödenmesi hususları detaylı olarak düzenlenmiştir.

Yine 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik şartları belirleyen en önemli düzenlemelerden biri olan Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), *Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerine ait ücretler ile tedavi yardımlarının verilmesine ilişkin usul ve esasların belirlendiği Kurumca yayımlanan ilgili yıl Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği*, şeklinde tanımlanmıştır.

Ülkemizde ilaç fiyatlarının belirlenmesinde yetkili otorite Sağlık Bakanlığı'dır. Bununla birlikte ilacın geri ödeme kapsamına alınması için 5510 sayılı Kanun'un 63'ncü ve 72'nci maddeleri gereği oluşturulan "*İlaç Geri Ödeme Komisyonu*" ve "*Tıbbi ve Ekonomik Değerlendirme Komisyonları*"; ilaçlarla ilgili olarak yapılan geri ödeme başvurularını inceleyip görüş ve/veya karar verirken klinik/teknik veriler ve kanıta dayalı tıp uygulamaları ile birlikte farmakoekonomik çalışmaları inceleme görevi verilmiştir. Buradan alınan kararlar Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT) yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Bununla birlikte SUT içerisinde yer almayan ruhsatlı birçok ürün de tedavide yer almaktadır.

Çalışmamız kapsamında ele alınan sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Tüm bunlarla birlikte kişi, ilaca erişimin

* Ankara Barosu/ Ankara Eczacı Odası.

mümkün olmadığı hallerde ölüm riskiyle karşı karşıya kalacaksa yaşam hakkı da gündeme gelecektir.

Türkiye’de özellikle kanser tedavisinde kullanılan ve uygulamada akıllı ilaç olarak nitelendirilen ilaçların maliyeti sebebiyle bireyler tarafından finanse edilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu sebeple bireyler, sigortalı oldukları kuruma başvurarak ilaç bedellerinin ödenmesini talep etmektedir. İşbu talebin reddi halinde ise bireyler tarafından tedarik süreci mahkemelere taşınmaktadır. Çalışmamız kapsamında akıllı ilaç olarak adlandırılan ve Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) geri ödeme listesinde olmayan ilaçlar için mahkeme sürecinde yaşanan problemleri inceleyeceğiz.

Bu noktada mahkemeye başvuru sürecinde bireylerin ait oldukları sigorta kolu ve türü, görevli mahkemeyi belirlemektedir. 2008 yılı öncesinde emekli sandığına tabi olan bireyler idari yargıya başvuru yapabilirken, bu grubun dışındaki bireyler adli yargıya başvuru yapabilmektedir.

Yargı kollarının ayrı olması çeşitli problemleri de beraberinde getirmektedir. Zira yargılama konuları ile ilgili Danıştay ve Yargıtay içtihatları arasındaki farklılıklar uygulamada birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu zorluklar, aynı hastalığı taşıyan bireylerin salt sigorta durumlarının farklı olması sebebiyle ilaca erişim haklarını etkilemektedir. Bu çerçevede kamu otoritesi veya yargı erki tarafından bir hastanın ilaca erişimi *sınırlandırılabilir mi?, sınırlandırılabilir ise bunların koşul ve şartları ne olacak?*, soruları gündeme gelmektedir.

Son yıllarda Yargıtay’ın getirdiği, *yaklaşık ispat kriterleri, iyileşme kavramı* gibi sürece yönelik kıstasların aksine Danıştay’ın mezkur sürece sadece *“yaşam hakkı”* çerçevesinde yaklaştığı görülmektedir. Bu durumun ortaya çıkardığı mağduriyetler, adalete erişim ve sağlık hakkı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Çalışmamızda, adli yargının belirlediği kıstaslar açıklanarak ilave görüşler öne sürülecektir. Yine idari yargının kıstasları ise eleştirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Sosyal Güvenlik, Akıllı İlaçların Finansmanı, Yaklaşık İspat Kriteri.

ALTERNATIVE APPROACH TO DRUG REIMBURSEMENT: ADMINISTRATIVE JUDICIARY

Av. Ecz. İbrahim ANKARA

ABSTRACT

As is known, the right to life is regulated in Article 17 of the 1982 Constitution, the right to social security is regulated in Article 60, and the limits of the state's economic and social duties are determined in Article 65.

Article 62 of Law No. 5510 states that benefiting from health services and other rights is a right for the insured and their dependents, and that it is an obligation for the Institution to provide financing for these services and rights. Articles 62 to 74 of the Law also regulate in detail the health services and duration for which financing is provided, health services that will not be financed by the Institution, travel expenses, daily and companion expenses, treatment abroad, conditions for benefiting from health services, collection of copayment, cases in which copayment will not be collected, health services and persons, service levels and referral chain, determination of the amounts to be paid for health services, the method of providing health services and payment of health expenses.

The Health Implementation Circular, which is one of the most important regulations determining the conditions for the implementation of Law No. 5510, is defined as the Social Security Institution Health Implementation Circular published by the Institution for the relevant year, which determines the procedures and principles regarding the fees for health services financed by the Institution and the provision of treatment aids.

The Ministry of Health is the authorized authority in determining drug prices in our country. In addition, the "Drug Reimbursement Commission" and "Medical and Economic Evaluation Commissions" established in accordance with Articles 63 and 72 of Law No. 5510 in order to include drugs in the scope of reimbursement; are given the task of examining pharmacoeconomic studies together with clinical/technical data and evidence-based medical practices while examining reimbursement applications made regarding drugs and making opinions and/or decisions. The decisions taken here are published in the Health Implementation Circular and enter into force. In addition, many licensed products that are not included in the SUT are also included in the treatment.

The right to health, which is discussed within the scope of our study, is evaluated within the scope of the right to social security. Along with all this, if the person is faced with the risk of death in cases where access to medicine is not possible, the right to life will also come to the fore.

In Turkey, it is often not possible for individuals to finance drugs that are used especially in cancer treatment and are called smart drugs in practice due to their cost. For this reason, individuals apply to the institution where they are insured and request payment of their drug costs. If this request is rejected, individuals take the procurement process to court. Within the scope of our study, we will examine the problems experienced in the court process for drugs called smart drugs and not on the Social Security Institution (SSI) reimbursement list.

At this point, in the court application process, the insurance branch and type to which individuals belong determines the competent court. While individuals subject to a retirement fund before 2008 can apply to the administrative courts, individuals outside this group can apply to the judicial courts.

The fact that the judicial branches are separate also brings with it various problems. Because the differences between the Council of State and the Court of Cassation precedents regarding the trial issues bring with it some difficulties in practice. These difficulties affect the right of individuals with the same disease to access medicine simply because their insurance status is different. In this context, questions such as whether a patient's access to medicine can be restricted by public authority or the judiciary, and if so, what will be the terms and conditions? come to the fore.

In contrast to the criteria for the process introduced by the Supreme Court in recent years, such as the approximate criteria of proof and the concept of recovery, it is seen that the Council of State approaches the aforementioned process only within the framework of the "right to life". The grievances arising from this situation will be evaluated within the framework of access to justice and the right to health.

In our study, the criteria determined by the judicial court will be explained and additional opinions will be put forward. Again, the criteria of the administrative court will be criticized.

Keywords: Right to Health, Social Security, Financing of Smart Drugs, Standard of Approximate Proof.

YAPAY RAHİM VE KİŞİLERE KARŞI SUÇLAR: SUÇUN VE MAĞDURUN BELİRLENMESİ SORUNU*

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ**

Bir fetüsün döllenme ile başlayan doğum öncesi gelişim evresinin genellikle iki yüz seksen gün sürdüğü kabul edilmektedir. Fetüsün, fetal gelişim evresinin bir kısmını veya tamamını bir kadının bedenine bağımlı olmaksızın geçirmesi “ektogenez” olarak adlandırılmaktadır. Tıbbın ve teknolojinin gelişimiyle birlikte, fetüsün, gelişim sürecinin bir kısmını anne rahmindeki ortamı taklit eden bir cihazda, yapay rahimde geçirmesi halinde kısmi ektogenez söz konusu olacaktır. 2017 yılında, Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilen bir araştırmada biobag adı verilen ve anne rahmini taklit eden bir sistem geliştirilerek bunun kullanıldığı, duyurulmuştur. Yapılan duyuruya göre, söz konusu araştırmada aşırı prematüre kuzular doğumlarının hemen ardından biobag’e yerleştirilmiş ve burada dört haftaya kadar fizyolojik olarak desteklenmiştir. Bu araştırmanın yenidoğan yoğun bakım ünitelerinde aşırı erken doğan bebeklerin durumunu iyileştirmek için kullanılabilme bakımından umut vadeditici olarak değerlendirilen sonuçlarının ardından benzer amaçlı başkaca araştırmalar da gerçekleştirilmiştir. Yapılan araştırmalar ve bu konudaki gelişmeler, benzer bir tasarımın insanlar bakımından ne zaman güvenli bir şekilde denenebileceği ve gelişiminin hangi aşamasında bulunan bir insan fetüsünün böyle bir tasarıma yerleştirilebileceği gibi soruları da beraberinde getirmektedir. Halihazırda geliştirilen prototipler henüz insan üzerinde test edilmeye hazır halde olmasa da bunun insanlar bakımından da güvenli bir şekilde uygulanabilir duruma gelmesi halinde, böyle bir gelişmenin gereklerine uygun ve doğurabileceği sorunlara cevap verebilecek nitelikte hukuk kurallarının varlığına ihtiyaç hasıl olacaktır. Zira mevcut mevzuat hükümleri, böyle bir teknolojinin kullanımından kaynaklanacak sorulara cevap vermekte ve hukuki sorunların çözümünde yetersiz kalacaktır. Bu bağlamda ortaya çıkacak sorulardan birisi, anne rahminden ayrılan fetüsün

* Belirtmek isteriz ki, tebliğimiz kapsamında yaptığımız değerlendirmeler aynı zamanda 20.11.2023 tarihinden beri hukuk ve tıp alanlarından çeşitli uzmanların katılımıyla multidisipliner şekilde sürdürmekte olduğumuz “Kardeşliğin ve Hamileliğin Sonu: Yapay Rahim Teknolojisine Hukuk Nasıl Cevap Verecek?” isimli ve TÜBİTAK 1001 desteği alan projemizin de konusunu oluşturmakta olup konunun özellikle biyohukuk alanına ilgi duyan araştırmacılarla paylaşılabilmesi ve onların değerlendirmelerine sunulabilmesi de çalışmamızın amaçlarından birisini oluşturmaktadır.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

yapay rahime yerleştirildikten sonra hukuken nasıl nitelendirileceğidir. Bu soruya verilecek cevap, ceza hukuku açısından özellikle önem arz etmektedir. Zira bu canlının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmında yer alan suçlardan özellikle "Hayata Karşı Suçlar" ve "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı birinci ve ikinci bölümler ile "Koruma, Gözetim Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali" ve "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlıklı dördüncü ve beşinci bölümlerde yer alan muhtelif suçların konusunu oluşturması mümkündür. Bu konuda verilecek karar ve bu karar doğrultusunda yapılacak hukuki düzenleme, failerin bu canlının suçun konusunu oluşturduğu çeşitli fiilleri nedeniyle bahsi geçen suçların hangisi dolayısıyla sorumlu tutulmaları gerektiğine ve ilgili suçun mağdurunun bu canlı mı bir başkası mı olacağına ilişkin değerlendirmeleri doğrudan etkileyecek niteliktedir. Ayrıca, özel hukuk alanında yapılacak bu belirleme, ceza hukuku alanında muhtemel fiillerle bağlantılı olarak yeni suç tiplerinin ihdasını da gerektirebilir.

Bu tebliğde öncelikle yapay rahim vasıtasıyla kısmi ektogenezi mümkün kılmaya yönelik çalışmaların gelişimi hakkında kısaca bilgi verilecektir. Bunun ardından ise bu teknolojinin insanlar bakımından da uygulanabilir duruma gelmesi halinde, yapay rahime yerleştirilen canlıya bu aşamadan sonra nasıl bir hukuki statü tanınabileceğine dair olasılıklar, bu konuda yapılacak belirleme ile failerin, yapay rahimdeki canlının suçun konusunu teşkil ettiği çeşitli fiilleri nedeniyle Türk Ceza Kanunu'ndaki "Kişilere Karşı Suçlar"ın hangisi dolayısıyla sorumlu tutulmaları gerektiğine ve ilgili suçun mağdurunun bu canlı mı bir başkası mı olacağına dair sorulara verilmesi muhtemel cevaplar arasında bağlantı kurularak değerlendirilecektir. Daha önce bu konuyu bu şekilde ele alan bir yazılı çalışma ya da sunum bulunmaması, tebliğimizin özgün yanını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kısmi Ektogenez, Yapay Rahim, Kişilere Karşı Suçlar, Kişilik, Mağdur.

ARTIFICIAL UTERUS AND OFFENCES AGAINST INDIVIDUALS: THE PROBLEM OF DETERMINING THE OFFENCE AND THE VICTIM*

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ

ABSTRACT

The prenatal developmental stage of a foetus, which begins at fertilisation, is generally considered to be last two hundred and eighty days. When a foetus spends part or all of its fetal developmental stage without being dependent on a woman's body, this is called "ectogenesis". With advances in medicine and technology, partial ectogenesis occurs if the foetus spends part of its development in an artificial uterus, a device that mimics the environment of the mother's uterus. In 2017, it was announced that in a research conducted in the United States, a system called biobag, which mimics the uterus, was developed and used. According to the announcement, in this research, highly premature lambs were placed in a biobag immediately after birth and physiologically supported there for up to four weeks. Following the results of this research, which were considered promising for use in neonatal intensive care units to improve the condition of extremely preterm babies, other research with similar aims has been conducted. Research and developments in this area raise questions such as when a similar design can be safely tested on humans and at what stage of development a human foetus can be implanted in such a design. Although the prototypes currently developed are not yet ready to be tested on humans, if this technology becomes safely applicable to humans, there will be a need for the existence of legal rules that are appropriate to the requirements of such a development and capable of responding to the problems that may arise. This is because the current legal provisions will be insufficient to answer the questions arising from the use of such technology and to solve legal problems. One of the questions that will arise in this context is how the foetus that has

* We would like to note that the assessments we have made within the scope of our communication also form the subject of our project titled "The End of Sisterhood and Pregnancy: How Will the Law Respond to Artificial Womb Technology?" which has been ongoing since November 20, 2023, in a multidisciplinary manner with the participation of various experts from the fields of law and medicine and which has received support from TÜBİTAK 1001. The subject is of particular interest to the field of bioethics. How Will the Law Respond to Artificial Womb Technology?" project, which has been ongoing since November 20, 2023, with the participation of various experts from the fields of law and medicine. One of the aims of our work is to share this topic with researchers interested in the field of bioethics and to present it for their evaluation.

left the mother's uterus can be legally qualified after being placed in an artificial uterus. The answer to this question is particularly important in terms of criminal law. This is because it is possible that this living being may constitute the subject of various offences in the second chapter titled "Offences Against Individuals" of the second volume titled "Special Provisions" of the Turkish Penal Code No. 5237, especially in the first and second sections titled "Offences Against Life" and "Offences Against Physical Integrity", and in the fourth and fifth sections titled "Breach of the Duties of Protection, Observation, Assistance and Notification" and "Illegal Abortion, Miscarriage or Sterilisation". The decision to be made on this issue and the legal regulation to be made in line with this decision will directly affect the evaluations regarding for which of the aforementioned offences the perpetrator(s) should be held responsible for the various acts in which this living being is the subject of the offence and whether the victim of the relevant offence will be this living being or someone else. Moreover, this determination to be made in the field of private law may also require the enactment of new types of offences in the field of criminal law in connection with possible acts.

In this presentation, firstly, the development of efforts to enable partial ectogenesis through the artificial uterus will be briefly explained. Subsequently, the possibilities regarding the legal status of the living being implanted in the artificial uterus, if this technology becomes applicable to humans, will be assessed by establishing a link between the determination to be made in this regard and the possible answers to the questions as for which of the "Offences Against Individuals" in the Turkish Penal Code the perpetrator(s) should be held responsible for various acts in which the living being in the artificial uterus is the subject of the offence, and whether the victim of the relevant offence will be this living being or someone else. The fact that no previous paper or presentation has addressed this issue in this way constitutes the unique aspect of our presentation.

Keywords: Partial Ectogenesis, Artificial Uterus, Offences Against Individuals, Personality, Victim.

HİPOTETİK RIZA'NIN CEZA HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ*

Hipotetik rıza; uygulanan tıbbi işlemle ilgili olarak önceden hiç bilgilendirilmemiş ya da eksik bilgilendirilmiş olan hastanın, doğru bilgilendirmiş olsaydı gerçekleştirilen işlemlere rıza göstereceğinin söylenebilmesi halinde hekimin ceza hukuku sorumluluğunun reddedilmesini sağlayan bir hukuki müessese olarak tanımlanabilir. Alman Federal Mahkemesi'nin benimsediği istikrarlı uygulama kapsamında hipotetik rızanın koşullarının varlığı, hekimin hastayı aydınlatmadan yaptığı tıbbi müdahalenin ceza hukuku haksızlığı olarak nitelendirilmemesini sağlar.

Hipotetik rızanın bulunabilmesi için her şeyden önce hastanın, hekim tarafından aydınlatmaya ilişkin yükümlülöklere aykırı olarak eksik bilgilendirilmiş olması ve buna rağmen önceden rıza göstermediğı bir tıbbi işleme tabi tutulmuş olması gerekir. Hipotetik rızanın koşullarının varlığının tartışma konusu yapıldığı olaylarda, ortada lege artis (tıp mesleğinin gereklerine uygun) bir işlem bulunur. Bir diğer ifadeyle, hekim tarafından hastanın geçerli rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahale mesleki standartlara uygundur. Dolayısıyla hipotetik rızada hukuken sorun oluşturan temel husus; yapılan tıbbi müdahalenin kendisinin değil bilgilendirmenin standartlara aykırılığının hukuki sonuçlarıdır.

Esasen hipotetik rıza, medeni hukuk alanına ait olan ve hekimin tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından yargı uygulamasıyla şekillendirilmiş bir kurumdur. 2013 tarihli Hasta Hakları Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nun "Behandlungsvertrag (Tedavi Anlaşması)" başlıklı § 630a ila § 630h paragraflarında düzenlenen sözleşme türüne dair hükümler arasında bulunan § 630h/2 ile halihazırda benimsenen yargı uygulaması kanun koyucu tarafından da açıkça kabul edilmiş ve hipotetik rıza medeni hukukta bir kanuni zemine kavuşturulmuştur. İlgili hükme göre; "Tedavi eden taraf, 630d maddesine uygun olarak rıza aldığını ve 630e maddesindeki gerekliliklere uygun olarak bilgi verdiğini kanıtlamalıdır. Sağlanan bilgi Bölüm 630e'nin gerekliliklerini karşılamıyorsa, tedavi eden taraf, bilgi uygun şekilde sağlanmış olsaydı bile hastanın tedaviye rıza göstereceğini iddia edebilir." Bu kapsamda bir tazminat davasında hekim, hastanın doğru

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

bilgilendirilmiş olsaydı gerçekleştirilen işleme rıza göstereceğini iddia ederse, şayet bu iddiasını ispatlayabilirse tazminat sorumluluğu doğmaz. Ancak hastanın kendisine işlem öncesi gerekli bilgi verilseydi işleme rıza gösterip göstermeyeceği konusunda ciddi bir karar çelişkisi yaşayacağını ortaya koyulması durumunda hekim hipotetik rızanın varlığını ispatlayamamış olur.

Ceza hukuku bakımından ise hipotetik rızanın şartları uyarınca; kendisine yönelik olarak gerçekleştirilecek muhtemel tıbbi işlemler konusunda tam olarak bilgilendirilmemiş olan hastanın tıbbi müdahale öncesi alınan aktüel rızası kapsamına girmeyen bir tedavi işlemi yalnızca hasta tam olarak aydınlatılmış olsaydı da bu tedaviye rıza göstermezdi denilebilen hallerde suç oluşturur. Şayet hastanın bu tedaviye rıza gösterip göstermeyeceği kesin olarak belirlenemiyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca doktorun ceza hukuku sorumluluğu kabul edilmemektedir.

Esasen tıbbi işlem ve uygulamalardan kaynaklı tazminat taleplerinden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından öngörülen bu düzenlemenin ceza hukuku açısından da sonuç doğurabilir nitelikte olduğuna dair çok güçlü itirazlar ileri sürülmektedir. Zira medeni hukuk/borçlar hukuku esasları nihai olarak tazminat meselelerini düzenlerken, ceza hukuku hekim tarafından bir başkasına onun iradesi dışında zarar vermeme normunun toplumsal stabilizasyonunun sağlanmasıyla ilgilidir. Bu sebeple ceza hukuku bakımından hipotetik rızaya geçerlilik tanınamaz; zira ceza hukuku korumasının konusunu oluşturan kişinin kendi geleceğini belirlemesine yönelik irade özerkliği, hekimin mesleki ve maddi çıkarlarından daha öncelikli konumdur. Hipotetik rızanın ceza hukuku alanında paternalizmin bir kalıntısını oluşturduğu söylenebilir. Çünkü bu anlayış hekimin sahip olduğu teknik bilgi dolayısıyla, hasta adına “daha iyi bir karar alma” yetkisine sahip olduğunu kabul eder. Oysa hastanın kendi geleceğini belirleme imkânı bulunmasına rağmen bu imkanın hekimin yükümlülüklerine aykırı olarak bilgilendirme aşamasındaki ihmalden veya yetersizliğinden dolayı kullanılamaması halinde artık hastanın otonomisine saygı duyulduğunu gerekçelendirebilecek hiçbir argüman mevcut bulunmaz. Önemle belirtmek gerekir ki, kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen bir eyleme sonradan “onay” vermesi ceza hukukunda ne tipiklik ne de hukuka aykırılık unsuru üzerinde bir etkiye sahiptir. Zira haksızlık tüm unsurlarıyla gerçekleştikten daha sonra sonradan meydana gelen bir vakıa dolayısıyla haksızlığın ortadan kalkması mümkün değildir.

Tebliğde, hipotetik rızanın benzer kurumlardan farkına yönelik olarak öncelikle suçun yapısındaki konumu itibarıyla rıza için aranan şartlar ve varsayılan rıza ile arasındaki farklara değinilecek, ceza hukuku sisteminde bu tarz bir müesseseye neden yer verilemeyeceği gerekçelendirilecek ardından ise hekimlerin ceza hukuku sorumluluklarının sınırlandırılmasına yönelik olarak ne gibi hukuki alternatiflerden yararlanılabileceği hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hipotetik Rıza, Hastanın Onayı, Ceza Hukuku Sorumluluğu.

THE APPLICABILITY OF HYPOTHETICAL CONSENT IN CRIMINAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ

ABSTRACT

Hypothetical consent can be defined as a legal concept that exempts a physician from criminal liability if it can be asserted that the patient, who was either not informed at all or was incompletely informed about the medical procedure performed, would have consented to the procedure had they been properly informed. Within the framework of the stable practice adopted by the German Federal Court, the presence of the conditions for hypothetical consent ensures that a medical intervention performed by a physician without informing the patient is not considered an unlawful act under criminal law.

For hypothetical consent to apply, the patient must have received incomplete information from the physician in violation of the physician's duty to inform, and the patient must have undergone a procedure to which he or she had not previously consented. In cases where hypothetical consent is discussed, the procedure in question is *lege artis* (performed according to medical standards). In other words, the medical procedure performed by the physician without the patient's valid consent is according to professional standards. Thus, in hypothetical consent cases, the legal discussion does not revolve around the procedure itself, but rather around the legal consequences of the physician's failure to provide standard information.

In essence, hypothetical consent is a doctrine that was originally developed by case law in the area of civil law to limit a physician's liability for damages. With the enactment of the Patient Rights Act in 2013 and the inclusion of provisions on treatment contracts in Sections 630a to 630h of the German Civil Code (BGB), this doctrine was explicitly codified by the legislature in civil law. According to § 630h(2) of the Civil Code: "The treating party must prove that the consent was obtained in accordance with § 630d and that the information was provided in accordance with the requirements of § 630e. If the information provided does not meet the requirements of § 630e, the treating party may claim that the patient would have consented to the treatment even if the information had been properly provided."

In this context, a physician will not be held liable for damages in a malpractice suit if he or she can prove that the patient would have consented to the procedure if he or she had been properly informed. However, if it can be shown that the patient would have had significant reservations about

consenting to the procedure had he or she been fully informed, the physician will not be able to establish the existence of hypothetical consent.

In the context of hypothetical consent, medical treatment that falls outside the scope of the patient's actual consent obtained prior to the procedure - due to inadequate information about possible treatment alternatives - will result in criminal liability only if it can be established that the patient would not have consented even if he or she had been fully informed. If it cannot be definitively determined whether the patient would have consented to the procedure, the physician is not criminally liable under the principle of *in dubio pro reo* (benefit of the doubt for the accused).

The applicability of this doctrine - originally designed to resolve civil disputes arising from medical procedures and compensation claims - to criminal law remains highly controversial. While civil and contract law are primarily concerned with issues of compensation, criminal law is concerned with ensuring the stability of society by protecting individuals from harm imposed against their will. Hypothetical consent should not be recognized in criminal law because the principle of individual autonomy over one's own body takes precedence over the professional and financial interests of the physician. Hypothetical consent can be seen as a vestige of paternalism in criminal law, as it assumes that a physician has the authority to make better decisions on behalf of the patient because of his or her technical knowledge. However, if a patient is deprived of the opportunity to make an informed decision about his or her future because of a physician's failure to fulfill his or her duty to inform, there is no valid argument to justify respecting the patient's autonomy.

It is important to note that in criminal law, a person's subsequent "consent" to an act committed against him or her does not affect the elements of the crime or its wrongfulness. Once an unlawful act has been fully completed, a subsequent event cannot retroactively eliminate its criminal nature.

This paper first examines the distinction between hypothetical consent and similar legal concepts, focusing on the requirements for valid consent and the differences between hypothetical and presumed consent. It then discusses the reasons why such a doctrine should not be recognized in criminal law, followed by an exploration of legal alternatives for limiting the criminal liability of physicians.

Keywords: Hypothetical Consent, Patient's Consent, Criminal Liability.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
BİRİNCİ GÜN
DÖRDÜNCÜ OTURUM

HASTANIN TEDAVİYİ DURDURMA VE REDDETME HAKKININ MEDENİ HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Yasemin DURAK*

Yaşama dair verilen kararlardan biri de tedavinin durdurulması ve reddedilmesidir. Bu konu hukuki, psikolojik ve etik boyutları ile çok yönlüdür. Özellikle ağır hastalığı olan kişilerde tedaviyi durdurma daha da önemli olmaktadır. Zira tedaviyi durdurma ve reddetme pek çok durumda yaşamın sonlandırılması olarak kendini göstermektedir. Haliyle de tedaviyi durdurma ya da reddetme pasif ötenazi tartışmalarını tekrar bu yönüyle gündeme getirmektedir. Tedavinin durdurulması ve reddedilmesinin sadece hasta boyutu değil aynı zamanda hasta yakınlarını ve hekimleri de doğrudan etkileyen bir yönü bulunmaktadır. Özellikle hekimlerin bu kararı alan hastalar karşısında nasıl bir yol izleyecekleri ya da hastanın bu kararı alırken ne kadar doğru kararlar aldığı en önemli sorunlar içinde yer almaktadır.

Tedavinin reddedilmesi ya da durdurulması bazen çok basit görünen bir hastalıkta dahi ortaya çıkabilir. Örneğin antibiyotik ile rahatlıkla iyileşebilecek bir hastalık, tedavi gerçekleşmediğinde ölümle dahi sonuçlanabilir. Bu sebeple tedavinin reddi, sadece yaşama ümidi kalmamış hastalarda değil basit bir müdahale ile iyileşebilecek hastalarda da önemli riskler içerebilmektedir. Bu durum acil servislerde de sıklıkla görülebilmektedir.

Tedavinin reddedilmesinin ardındaki sebep sadece yaşamı sonlandırma isteği değildir. Uygulanacak tedaviyi, hastaneyi ya da hekimi beğenmeme, ekonomik gerekçeler, tedaviden korkma gibi sebeplere de dayanabilir. Hasta başka bir hekimi tercih etmesi nedeniyle de tedaviyi reddedebilir. Bu yönüyle ret sorunlu görünmemektedir. Ancak bu durumun ispatı ya da hastanın kararının takibi imkânsız olabilir.

Ayırt etme gücü olmayan kişilerde ise tedaviyi durdurma ve reddetme kararını yasal temsilci verecektir. Sınırlı ehliyetsizlerde ise bu kararı yine yasal temsilci verecek, ancak sınırlı ehliyetsizin kendisi karara katılabilecektir. Ancak ayırt etme gücü olan çocuk hastalarda bu kararı bizzat kendisi verebilmelidir. Zira hekim tarafından aydınlatma sınırlı ehliyetsize yapılmaktadır. Şayet yasal temsilcinin tedavinin reddinde ya da durdurulmasında söz sahibi olduğu kabul edilecek olunursa ileride bu

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

kararın zararlı sonuçlarına da yasal temsilcinin katlanmasını beklemek gerekecektir. Yasal temsilcilerin tedaviyi reddetmesi ve bunun sonucunda hastada sakatlık kalması halinde hastanın, yasal temsilciden tazminat talebi söz konusu olabilir. Zira hasta üzerinde tasarruf hakkını kullanan yasal temsilcinin bunun neticelerine de katlanması gerekir.

Tedaviyi durdurma ya da reddetme kararı verildiğinde hekimler zor durumda kalabilmektedir. Zira hastanın aldığı bu kararın ne kadar doğru olduğu tartışmaya açıktır. Özellikle ayırt etme gücü olmayan bir kişinin yasal temsilcisinin tedaviyi reddetmesi halinde hekim bu karara uymak istemezse nasıl bir çözüm bulunacağının da netleştirilmesi gerekir. Hekim çocuğun üstün yararı gereği yasal temsilcinin vermediği rızaya karşı idari prosedür işletebilir. Ancak hekim bu yola başvuracak olursa tedaviden çok prosedürle uğraşmış ve zaman kaybetmiş olabilir. Haliyle bu durum telafisi imkânsız zararların doğmasına yol açabilecek niteliktedir.

Bir diğer üzerinde durulması gereken husus ise durdurulan ya da reddedilen tedavinin önemli olup olmamasıdır. Örneğin nezle olan bir kişinin tedaviyi reddetmesi ile apandisit ya da kanser hastalığının tedavisinin reddedilmesi aynı öneme sahip değildir. Nezle bir tedavi olmaksızın da iyileşebileceken, apandisit tedavisi basit de olsa tedavi gerçekleştirmediği zaman ölümle sonuçlanan bir hastalıktır. Kanser hastalığı ise hem tedavisi hem de diğer hastalıklara kıyasla ölüm riskinin yüksek olduğu bir hastalıktır. Hekim sonuç olarak tedavi gerçekleşmediği zaman ne olacağı hususunda hastayı bilgilendirmektedir. Burada hekimin karşılaştığı zorluk hasta tarafından verilen kararın ne kadar doğru olduğu hususudur. Bir hasta ölüm korkusuyla her gün yaşamak yerine bir an önce tedaviyi durdurup ölmek de (pasif ötenazi) isteyebilir. Netice olarak hiçbir hastayı zorla ameliyata almak, kemoterapi ya da radyoterapi uygulamak mümkün değildir. Zira tedavideki tüm aşamalar rıza üzerine gerçekleşmektedir. Tedaviyi yürüten hekim bu tür durumlarla karşılaştığında psikiyatri hekiminin görüşüne başvurmalıdır.

Gerek tedavinin durdurulması gerekse reddedilmesinde iki temel kriter belirleyici olmaktadır. Bunlar “yaşam hakkı” ve “kendi geleceğini belirleme hakkı” olarak ifade edilebilir. Yaşamın üstünlüğü en temel haklar arasında yer almaktadır. Bunun yanında kişinin bu yaşam hakkındaki tasarrufları ise yaşamı sonlandırma ile bitebilir. Bu durum bazen başlamış bir tedavinin yarıda kesilmesi ile ortaya çıkabileceği gibi bazen de hiç tedaviye başlanmaması ile de kendini gösterilebilir. Dolayısıyla “yaşam hakkı” ve “yaşamı sonlandırma hakkı” kavramlarından hangisine üstünlük tanınması gerektiğinin tespiti gerekmektedir. Tıbbi müdahalede hastanın rızası

bulunmadığı takdirde yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır. Haliyle rıza yoksa hekimin tedavi etmesi ya da var olan tedaviyi sürdürmesi mümkün değildir. Öğretide “yaşam hakkı”nı üstün tutan görüşler bulunmakla birlikte çoğunluk “kendi geleceğini belirleme hakkı” çerçevesinde hastaların bizzat tedaviyi durdurma ve reddetme kararını verebileceğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tedaviyi Durdurma, Tedaviyi Reddetme, Pasif Ötanazi, Yaşam Hakkı, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.

THE EVALUATION OF THE PATIENT'S RIGHT TO REFUSE AND TERMINATE TREATMENT FROM THE PERSPECTIVE OF CIVIL LAW

Doç. Dr. Yasemin DURAK

ABSTRACT

One of the life-related decisions a person may make is the refusal or termination of medical treatment. This issue is multifaceted, with legal, psychological, and ethical dimensions. Terminating treatment becomes particularly significant in the case of patients with severe illnesses, as such decisions often lead to the end of life. Therefore, refusal or termination of treatment brings passive euthanasia debates back to the forefront.

The decision to refuse or stop treatment does not only concern the patient; it also directly affects the patient's relatives and physicians. A key issue is how doctors should act when facing such decisions and how sound the patient's judgment is in making these decisions.

Refusal of treatment can even occur in cases of seemingly minor illnesses. For instance, an illness that could be easily cured with antibiotics may result in death if left untreated. Thus, treatment refusal poses significant risks not only for patients with no hope of survival but also for those with curable conditions. This issue frequently arises in emergency rooms.

The reason behind a patient's refusal of treatment is not always a wish to end life. Other factors such as disliking the treatment, hospital, or physician, financial concerns, or fear of the treatment may also play a role. A patient may also refuse treatment simply to choose another doctor. In such cases, the refusal may not seem problematic, but proving the real reason behind the refusal or following up on the patient's decision can be impossible.

For individuals without the capacity to make decisions, the right to refuse or terminate treatment belongs to their legal representative. In the case of partially incapacitated individuals, the legal representative will still decide, but the individual may participate in the decision. However, children with the capacity to make decisions should be allowed to make this decision themselves, since the physician provides them with the necessary information. If the legal representative is accepted as the sole decision-maker in refusing or stopping treatment, they must also bear the consequences of this decision. If a legal representative refuses treatment and the patient becomes disabled as a result, the patient may claim compensation from the

representative. This is because the legal representative who exercises the right of disposition over the patient must also bear the consequences of their decision.

Doctors may find themselves in difficult situations when patients decide to terminate or refuse treatment. The appropriateness of the patient's decision is often debatable. For instance, if a legal representative refuses treatment for a person lacking decision-making capacity, and the physician does not want to comply, a clear solution must be established. Physicians may initiate administrative procedures for the best interest of the child, despite the lack of consent from the legal representative. However, if they follow this path, they may lose valuable time dealing with procedures instead of providing medical care—possibly resulting in irreparable harm.

Another important consideration is whether the refused or terminated treatment is critical. Refusing treatment for a common cold is not as serious as refusing treatment for appendicitis or cancer. A cold may resolve on its own, whereas untreated appendicitis can be fatal. Cancer, on the other hand, involves high risks and complex treatment. Physicians are responsible for informing patients about the potential outcomes of refusing treatment. One of the greatest challenges for doctors is assessing whether the patient's decision is rational. A patient may prefer to end treatment and face death rather than live in daily fear of dying—this is an example of passive euthanasia. Ultimately, no patient can be forced to undergo surgery, chemotherapy, or radiotherapy, as all medical procedures require informed consent. When faced with such decisions, physicians should consult a psychiatrist.

Two fundamental criteria guide the refusal or termination of treatment: the right to life and the right to self-determination. While the right to life is among the most fundamental human rights, a person's autonomy over their own life may include the right to end it. This could be through interrupting an ongoing treatment or never initiating it. Therefore, a balance must be struck between the right to life and the right to die/self-determination. Without a patient's consent, medical interventions are unlawful. Hence, if there is no consent, a physician cannot legally proceed with treatment or continue an existing one. Although some scholars prioritize the right to life, the prevailing opinion supports the view that patients can independently decide to refuse or terminate treatment under the framework of the right to self-determination.

Keywords: Refusal of Treatment, Termination of Treatment, Passive Euthanasia, Right to Life, Right to Self-Determination.

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIBBİ YÖNTEMLERDE YETKİLİ KİŞİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER*

Konvansiyonel tıbbın yerine ya da yanında geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerin tercih edilmesinin yaygın hale gelmesiyle ve hatta hekimlerin hastalarını bu yöntemlere yönlendirmeye başlamasıyla, bu tıbbi yöntemlerin kim tarafından uygulanacağı meselesi gündeme gelir. Zira, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemler, evsel çareler olarak değerlendirilebileceğinden yetkisi olmayan kişiler tarafından uygulanması sonucunda hukuka aykırı tıbbi uygulama meydana gelmesi olasıdır. Bu çerçevede, ilk olarak bu yöntemlerin; hekim olmayan, kendisini şifacı ya da hoca olarak adlandıran kişiler tarafından uygulanması meselesi irdelenmelidir. İnsan vücuduna yapılan her türlü müdahalenin hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinden bu kimselerin yetkili kişi olmadığı izahtan varestedir. Öte yandan, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin müzikterapi gibi bazı yöntemler bakımından hekim olma koşulunu kaldırdığı da dikkate değerdir. Kişinin beden ve ruh sağlığı üzerinde etki gösterebileceği kabul edilen bir geleneksel ve tamamlayıcı yöntemin hekim olmayan hatta sağlık meslek mensubu dahi olmayan kişi tarafından gerçekleştirilebileceğinin kabulü çelişkilidir. Zira burada alternatif tıbbi bir yöntem söz konusuysa sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gerekir. Öte yandan tıbbi bir uygulama olmadığı kabul ediliyorsa bu kapsamda düzenlenmemelidir.

Buna karşın ikinci olarak, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemin bir hekim tarafından uygulanması halinde de hukuka aykırı tıbbi uygulamanın söz konusu olabileceği ifade edilmelidir. Zira, hekim tarafından yapılan uygulamaların, her durumda yetkili kişi koşulunu sağladığının kabulü yaygın bir yanılgıdır. Başka bir ifadeyle, hekimin de uzmanlık eğitimi almadan ilgili geleneksel ve tamamlayıcı yönetime ilişkin uygulama yapması durumunda yetkisiz sağlık çalışanı olarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir kalp ve damar cerrahı dahi sertifikasyon eğitimi tamamlamadan sülük tedavisi yapmaya yetkili değildir.

Üçüncü ve son olarak, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamayı gerçekleştiren yardımcı sağlık personelinin de yetkisiz kişi olarak

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Zira, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'ne göre genel olarak uygulama yapabilecek kişi, hekim ve diş hekimi olarak; yardımcı olabilecek kişi ise sağlık meslek mensubu olarak sınırlandırılır. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını gerçekleştirebilmek için hekim ya da diş hekiminin diploma sahibi olması yeterli kabul edilmez. Bu kişilerin ayrıca ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması alanında Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirdiği merkezlerden eğitim almak suretiyle sertifika sahibi olması gerekir. Örneğin sülük uygulaması yapacak olan bir hekimin ayrıca "Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sülük Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardı" uyarınca sertifikalı sülük uygulama eğitimi alması ve bu eğitimde başarılı olması beklenir. İntörn hekim, henüz diploma sahibi olmadığından geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması yapamaz; ancak pratisyen hekimin sertifika eğitimi alarak uygulama yapabilmesi mümkündür. Yine, bir dalda uzman olan bir hekimin diğer bir dalda tıbbi müdahale yetkisi bulunmamasına benzer şekilde bir geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasında eğitim almış bir hekim, eğitim almadığı diğer bir uygulamayı yapmaya yetkili değildir. Bu çerçevede, örneğin sülük uygulaması eğitimi almış bir hekimin ozon uygulaması yapması hukuka uygun olmayan tıbbi müdahale meydana getirir.

Bu noktada irdelenmesi gereken başka bir husus ise mevzuatta çerçevesi çizilmemiş olan "diğer sağlık meslek mensubu" ifadesinden kimin anlaşılması gerektiğidir. Zira, örneğin sülük tedavisi yapmaya yetkili kişiler arasında hekim gözetiminde diğer yardımcı sağlık personeli sayılır. 1219 sayılı Kanun'un, sağlık meslek mensubu terimini oldukça geniş yorumlayan lafzı dikkate alındığında klinik psikolog bir yardımcı sağlık meslek mensubudur ve ilginç bir biçimde sülük uygulaması yapmaya yetkili kabul edilmelidir. Öte yandan, sertifika eğitimini düzenleyen "Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sülük Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardı" lafzına bakıldığında eğitimlerin yalnızca hekimlere özgü olduğu görülür. Oysa tedavinin doğrudan yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanması ihtimali çerçevesinde eğitim alma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi, başka bir ifadeyle yardımcı sağlık personelinin de bu eğitimlere tabi kılınmasının koşullarının ayrıca düzenlenmesi daha yerinde bir tercihtir. Bu bağlamda son olarak, yardımcı sağlık personelinin uygulamayı tek başına gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği hususunun üzerinde durmak gerekir. Esas kural, hekimin tıbbi müdahaleleri bizzat gerçekleştirmesidir. Bu nedenle, "hekim gözetiminde" kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Yardımcı sağlık personelinin, yalnızca hekime

yardımcı mı olacağı; yoksa uygulamayı tamamen kendisinin mi gerçekleştireceği açıkça düzenlenmelidir. Bu çerçevede hukuki sorumluluk bakımından hekim ve yardımcı sağlık personelinin ayrı mı birlikte mi değerlendirileceğinin de çözüme kavuşturulması mümkün olabilir.

Anahtar Kelimeler: Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp, Yetkili Kişi, Alternatif Tıp, Tıbbi Uygulama Hatası, Sağlık Hukuku.

THE ISSUE OF AUTHORIZED PERSONNEL IN TRADITIONAL AND COMPLEMENTARY MEDICAL PRACTICES

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER

ABSTRACT

As the preference for traditional and complementary methods instead of or in addition to conventional medical methods becomes widespread and even physicians start to direct their patients to these methods, the issue of who will apply these methods comes to the fore. Since traditional and complementary treatment methods can be considered home remedies, it is possible that unauthorized person may apply them, and it may create unlawful medical practices.

Firstly, these methods may be applied by people who were not physicians and called themselves healers or hodja. Since a physician must perform any intervention on the human body, it is evident that these people are not authorized people. On the other hand, it is noteworthy that the Regulation on Traditional and Complementary Medical Practices abolishes the requirement of being a physician for some methods, such as music therapy. It is contradictory to accept that a traditional and complementary method, which is accepted to affect the physical and mental health of the person, can be performed by a person who is not a physician or even a healthcare professional. Because if there is an alternative medical method here, it must be applied by a healthcare professional. On the other hand, if it is accepted that it is not medical practice, it should not be regulated within this scope.

However, secondly, unlawful medical practice may also be questioned if an ordinary physician applies the traditional and complementary treatment method. It is a common misconception that the practices performed by physicians meet the authorized person's condition in all cases. In other words, physicians should also be considered unauthorized medical professionals if they perform the relevant traditional and complementary methods without specialized training.

Thirdly and finally, the auxiliary healthcare personnel who may perform the conventional and complementary medical practice should also be examined in terms of the authorized person issue. The Regulation on Traditional and Complementary Medical Practices limits those who can practice to physicians and dentists. And according to this article, those who can assist them are limited as auxiliary medical professionals. As it's seen, it

is not considered sufficient for a physician or dentist to have a diploma to perform traditional and complementary medicine practices. These people must also be certified in conventional and complementary medicine by receiving training from centers authorized by the Ministry of Health. For example, the physician who will perform leech application must also receive certified leech application training under the 'Ministry of Health General Directorate of Health Services Leech Application Certified Training Program Standard' and be successful. Intern physicians are not considered physicians because they do not yet have a diploma. Therefore, they cannot practice traditional and complementary medicine. However, general practitioners are allowed to practice by receiving certification. Again, similar to the fact that a physician who is a specialist in one branch is not authorized to perform medical intervention in another branch, a physician who has received training in a traditional and complementary medicine practice is not authorized to perform another practice for which he/she has not received training. In this framework, for example, a physician who has received training in leech applications to perform ozone applications constitutes unlawful medical intervention.

At this point, another issue to be examined is who should be understood by the term 'other healthcare professionals', which is not framed in the legislation. For example, the persons authorized to perform leech treatment include other auxiliary health personnel under the supervision of a physician. Considering the literal meaning of Law No. 1219, which interprets the term 'healthcare professional' quite broadly, a clinical psychologist is an auxiliary healthcare professional and should be considered authorized to perform leech treatment. On the other hand, when the literal meaning of the "Ministry of Health General Directorate of Health Services Leech Practice Certified Training Program Standard", which regulates the certificate training, is examined, it is seen that the training is only specific to physicians.

However, it would be more appropriate to expand the scope of the obligation to receive training within the framework of the possibility of the direct application of the treatment by the auxiliary healthcare personnel, in other words, to separately regulate the conditions for the auxiliary healthcare personnel to be subjected to this training. Finally, in this context, it is necessary to emphasize the issue of whether the auxiliary healthcare personnel can perform the practice alone. The main rule is that the physician performs medical interventions personally. Therefore, under the supervision of a physician' should also be clarified. It should be regulated whether the auxiliary health personnel will only assist the physician or whether they will

perform the practice thoroughly themselves. In this framework, it may be possible to resolve whether physicians and auxiliary health personnel will be evaluated separately or together in terms of legal liability.

Keywords: Traditional and Complementary Medicine, Authorized Person, Alternative Medicine, Medical Malpractice, Health Law.

TOPUK KANI TARAMASININ ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi İmge Hazal YILMAZ TEKİN*

Topuk kanı alma işlemi yenidoğanlarda tarama testlerinde kullanılan ve doğumdan kısa bir süre sonra gerçekleştirilen rutin bir uygulamadır. Bu uygulamanın amacı gelecekte ortaya çıkabilecek ve erken tıbbi müdahalede bulunulması durumunda olumlu sonuçların elde edilebileceği birtakım sağlık sorunlarının tespitini sağlamaktır. Ancak topuk kanı alma işleminin gerçekleştirilebilmesi için kural olarak küçüğün yasal temsilcisinin rızası gerekmektedir. Zira bu vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahale olup, bunun gerçekleştirilebilmesi için ya bu uygulamanın hukuka uygunluğunu sağlayan yasal bir düzenlemenin bulunması ya da küçüğün tam ehliyesiz olduğu böyle bir durumda yasal temsilcisinin bu uygulamaya rıza göstermesi gerekmektedir. Küçüğün yasal temsilcisinin ise tıbbi uygulamalara ilişkin yeterli bilgiye sahip olmamasının çoğunlukla korkuya ve birçok tıbbi işlemde olduğu gibi topuk kanı alınmasından da kaçınmaya sebep olduğu yapılan çalışmalarda ortaya koyulmaktadır. Esasen küçüğün sağlıklı bir yaşam sürebilmesi için tespiti önem arz eden rahatsızlıkların, bunların tedavisine nazaran çok basit bir işlemle teşhis edilerek ağır sonuçların ortaya çıkmasının önüne geçilebilecekken; bu konuda belki de hiçbir bilgiye sahip olmayan yasal temsilci, çocuğun geleceğine ilişkin söz hakkına sahip olmaktadır. Oysaki çocuk ile ilgili her işte/işlemden dikkate alınması gereken çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun üstün yararı kavramı, çocuk hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bununla birlikte, bu ilke ne uluslararası sözleşmelerde ne de ulusal mevzuatta tanımlanmıştır. Bunun, kavramın içeriğinin şartlara göre doldurulması bakımından bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Ancak, çocuğun üstün yararı genel olarak, küçüğün bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımdan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde gelişmesi ile korunması için küçük, yetişkin bir birey olsaydı kendi menfaati için nasıl karar verecek idiyse, onun adına karar veren kişinin de buna göre karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu kavramın önemi, küçük ile teması olan herkes bakımından çocuğun üstün yararını gözetme ödevinin bulunmasında yatar. Bu kapsamda akla öncelikle küçüğün ebeveynleri gelir. Küçüğü öncelikle koruması beklenen, velayet kapsamındaki hak, yetki ve ödevlerini çocuğun üstün yararına uygun

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

kullanması gereken küçüğün velisinin, topuk kanı alınmasına ilişkin reddinin ise küçüğün üstün yararına ne kadar uygun olduğu tartışmaya açıktır. Sağlık Bakanlığı'nın "Yenidoğan Tarama Programı Topuk Kanı Alımı Aydınlatma ve Red Formu" incelendiğinde topuk kanı alınmasıyla tespit edilebilecek hastalıklar, bunların sonuçları gibi yasal temsilcinin olası olumsuzlukları kavrayabileceği verilere yer verildiği görülmektedir. Bunun yanında, Sağlık Bakanlığı'nın konuyla ilgili internet sayfalarında da Yenidoğan Metabolik ve Endokrin Hastalık Tarama Programı (NTP) kapsamında, "oluşacak zeka geriliği, beyin hasarları ve geri dönüşümsüz zararların engellenerek, tanı konan bebeklerde bu hastalıklar nedeniyle oluşacak rahatsızlıkları önlemek amacıyla uygun tedavi başlanması ve böylece belli bir zeka seviyesine ulaşmalarının sağlanması, akraba evliliklerinin azaltılması konusunda toplum bilincinin artırılması ve topluma getirdiği ekonomik yükün önlenmesinin" amaçlandığı ve yapılabilen tarama çalışmaları sayesinde yılda yaklaşık 4500 çocuğun var olan hastalıklarının sonuçlarından korunmasının sağlandığı ve engelliliğin önüne geçildiği açıkça yer almaktadır. Bu yönüyle bakıldığında konunun kamusal boyutunun da bulunduğu açıktır. Çalışmamızın amacı "Çocuğu kim korur?" sorusunu, çocuğun üstün yararı bakımından yenidoğanlarda tarama işlemlerinin ve özellikle de topuk kanı alınmasının, bu işlemlere yasal temsilcinin rızasının gerekliliğinin ve hukuki yapının değerlendirilmesiyle cevaplandırmaktır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi kararlarına, mevcut yasal düzenlemelere ve başvurulabilecek diğer hukuki yollara yer verilerek, çocuğun üstün menfaatini korumaya hizmet edeceği düşünülen yasal düzenleme önerisinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Üstün Yararı, Topuk Kanı Taraması, Velayet.

EVALUATION OF HEEL PRICK SCREENING IN TERMS OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Dr. Öğr. Üyesi İmge Hazal YILMAZ TEKİN

ABSTRACT

Heel prick test is a routine procedure that is performed shortly after birth and is used in screening tests for newborns. The purpose of this screening is to diagnose certain health problems which may occur in the future and may have positive results in case of early medical intervention. However, as a rule, the consent of the legal representative of the minor is required for heel prick test. Because this is an intervention on the physical integrity and there must either be a legal regulation that ensures the legality of this practice, or in such a case where the minor is legally totally disabled, his/her legal representative must consent to this practice. Research has shown that the lack of sufficient knowledge of the legal representative of the minor about medical practices often leads to fear and avoidance of heel prick test as in many other medical processes. In fact, while the diseases that are important for the minor to live a healthy life can be diagnosed with a very simple procedure compared to their treatment and thus the appearance of severe consequences can be prevented; the legal representative, who may not have any knowledge in this regard, has the right to have a say in the future of the child. However, it is the best interest of the child that must be taken into account in every action/transaction related to the child. The concept of the best interest of the child is one of the fundamental principles of child law. On the other hand, this principle is defined neither in international conventions nor in national legislation. It can be said that this is a conscious choice in terms of filling the content of the principle according to the circumstances. However, the best interest of the child generally means that the person making decisions on behalf of the minor should make decisions for the minor's physical, mental, emotional, social, cultural, moral, legal and economic development and protection in a healthy, balanced and free manner, as he/she would make decisions for his/her own benefit if he/she were an adult. The importance of this term lies in the fact that everyone who has contact with the minor has a duty to protect the best interests of the child. In this context, the parents of the minor come to mind first. It is questionable to what extent the rejection of the heel prick test by the parents of the minor, who should primarily protect the minor and use their rights, powers and duties within the scope of guardianship in accordance with the best interests of the child, is in accordance with the best interests of the minor. According to the Ministry of Health's "Clarification and Refusal

Form for Heel Prick Test for the Newborn Screening Program”, data such as the diseases that can be detected by taking heel prick samples and their consequences are included so that the legal representative can comprehend the possible negativities. In addition, the Ministry of Health's website on the issue states that the Newborn Metabolic and Endocrine Disease Screening Program (NTP) aims to “prevent mental retardation, brain damage and irreversible damages that may occur, to start appropriate treatment in diagnosed babies in order to prevent disorders due to these diseases and thus to ensure that they reach a certain level of intelligence, to increase public awareness on reducing consanguineous marriages and to prevent the economic burden on society”. It is clearly stated that thanks to the screening tests that can be carried out, about 4500 children a year are protected from the consequences of existing diseases and disability is prevented. In this respect, it is clear that the issue also has a public dimension. In this study, it is aimed to answer the question “Who protects the child?” by evaluating the legal structure and the necessity of the consent of the legal representative for screening procedures and especially heel prick test in newborns in terms of the best interest of the child. In this context, the decisions of the Constitutional Court, current legal regulations and other legal remedies that can be applied will be included, and a legal regulation that will serve to protect the best interest of the child will be proposed.

Keywords: The Best Interest Of The Child, Heel Prick Screening, Parental Custody.

ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI ÇERÇEVESİNDE ZORUNLU AŞI UYGULAMASI VE AŞININ YASAL TEMSİLCİLER TARAFINDAN REDDİ

Arş. Gör. Beyza Gül CAN*

Modern tıbbın en etkili koruyucu sağlık araçlarından biri olan aşılama, yalnızca bireyin değil, toplumun genel sağlık düzeyinin korunması açısından da hayati bir işleve sahiptir. Bu nedenle çocuklara yönelik zorunlu aşı uygulamaları, bireyin bedensel bütünlüğü ve ebeveynlerin çocukları üzerindeki hak ve yetkileriyle doğrudan ilişkili olmakla birlikte, aynı zamanda toplum sağlığını ilgilendiren kamusal bir önlem niteliği taşımaktadır. Ancak kimi zaman ebeveynlerin inanç, kanaat ve tercihlerine dayalı olarak söz konusu zorunlu aşı uygulaması reddedilmekte dolayısıyla da bu durum kamunun ve çocuğun üstün yararı ilkesi ile yasal temsilcilerin hak ve ödevleri arasında karmaşık bir çatışmaya yol açmaktadır. Bildiri kapsamında aşı uygulamasına ilişkin ebeveyn rızasının hukuki sınırları, çocuğun üstün yararı ilkesi ekseninde ve ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında ele alınacaktır.

Modern hukuk sistemlerinde çocukların korunması, sadece biyolojik ebeveynlerin vicdanına bırakılmayacak kadar kamusal ve evrensel bir sorumluluk alanı olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda gündeme gelen çocuğun üstün yararı ilkesi ise hem ulusal hukukta hem de uluslararası sözleşmelerde temel bir referans norm olarak kabul edilmekte ve devletin çocuk üzerindeki koruyucu müdahalesini meşrulaştıran temel dayanaklardan biri olarak yer bulmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 339. ve devamı maddelerinde çocuğun bakım, eğitim ve korunmasına ilişkin yükümlülükler ebeveynlere tevdi edilmiş olsa da bu yükümlülüklerin sınırları, çocuğun üstün yararı ile sınırlı olup; ebeveynlerin hakları bakımından mutlak bir özgürlük alanı teşkil etmemektedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi, tüm çocukla ilgili karar ve uygulamalarda çocuğun üstün yararının gözetilmesini emrederken, 24. maddesi, çocuğun mümkün olan en yüksek sağlık standardına ulaşma hakkını tanımaktadır. Bu bağlamda, çocuğun sağlığını korumaya yönelik tıbbi müdahalelerin önceliği, ebeveynin inanç ya da kanaat özgürlüğünden daha yüksek bir hukuki değer olarak kabul edilmelidir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Türkiye’de çocuklara uygulanan aşılama programı, Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen Genişletilmiş Bağışıklama Programı çerçevesinde yürütülmekte ve fiilen zorunlu nitelik taşımaktadır. Ancak bu uygulamaların hukuki dayanakları, ebeveyn rızası bulunmaksızın yapılan aşılamalara karşı açılan davalarda tartışma konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2015 tarihli kararında çocuğa ebeveyn rızası olmaksızın aşı yapılmasının, Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığına aykırılık teşkil ettiğini ve ancak açık bir yasal düzenlemeye dayanılarak mecburi aşı yapılabileceğini belirtmiştir. Bu karar sonucunda ebeveyn rızası olmaksızın aşılamaya ilişkin uygulamaların mevcut mevzuatla doğrudan meşru hale getirilemeyeceğini ortaya koymuştur. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. ve 72. maddeleri genel nitelikli kamu sağlığı önlemlerini düzenlese de bu hükümlerin çocuklara yapılacak bireysel tıbbi müdahaleler açısından yeterli açıklıkta olmadığı, yargı içtihatlarında sıkça vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 2021 yılında verdiği Vavříčka ve Diğerleri v. Çekya kararında, çocuklara yönelik zorunlu aşı uygulamasını demokratik toplumda meşru ve gerekli bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, devletin yalnızca bireysel değil, kolektif sağlığı da koruma yükümlülüğü bulunduğunu vurgulayarak, zorunlu aşı uygulamasının kamu sağlığını koruma amacıyla orantılı ve kabul edilebilir bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu karar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında özel yaşama saygı hakkına yapılan müdahalelerin, kamu sağlığının korunması amacıyla meşru addedebileceğini teyit etmektedir. AİHM kararının gerekçesinde özellikle çocukların yüksek yararına yapılan atıf, bireysel ebeveyn haklarının mutlak olmadığını ve çocuğun sağlığının öncelik arz ettiğini ortaya koymuştur.

Türk Tabipleri Birliği (TTB), Anayasa Mahkemesi'nin kararına ilişkin yaptığı değerlendirmede, çocuğun sağlık hizmetine erişiminin yasal temsilcinin rızasına mutlak surette bağlı olmaması gerektiğini belirtmiştir. TTB'ye göre, çocukların temel sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı anayasal düzeyde güvence altındadır ve ebeveyn inanç ve kararları bu hakkın kullanımını kısıtlayacak düzeyde olmamalıdır. Bu doğrultuda, aşılama hizmetlerinin çocuğun üstün yararı temelinde düzenlenmesi ve yasal boşlukların açık şekilde giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Çocuğun üstün yararı, yalnızca soyut bir ilke değil, somut olayda hukuk düzenini şekillendiren temel bir kriterdir. Zorunlu aşı uygulamaları, toplum sağlığının korunmasında etkili ve bilimsel olarak kabul görmüş bir yöntem olup; çocukların bulaşıcı hastalıklardan korunması; yaşam, sağlık ve gelişme

haklarının teminat altına alınmasının zorunlu bir parçasıdır. Ebeveynin velayet hakkı çerçevesindeki karar yetkisi, çocuğun sağlığını ve yaşamını riske atacak ölçüde genişletilmemelidir. Anayasa Mahkemesi kararları ve mevcut yasal çerçeve dikkate alındığında, Türkiye'de zorunlu aşı uygulamasının etkinliği, ancak açık ve özel bir yasal düzenleme ile sağlanabilecektir. Uluslararası mahkeme kararları ve tıp otoritelerinin görüşleri, çocuğun üstün yararının anayasal haklardan biri olan sağlık hakkıyla bütünleşik olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Dolayısıyla, yasal temsilcilerin inanç ya da kanaate dayalı olarak çocuğun aşıya erişimini engellemesi, yalnızca bireysel bir özgürlük ihlali değil, çocuğun anayasal haklarının ihlali anlamına da gelebilecektir. Bu nedenle, çocukların üstün yararı doğrultusunda, zorunlu aşılama ile ilişkin açık, öngörülebilir ve çocuğun haklarını önceleyen bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Aşı Uygulaması, Çocuğun Üstün Yararı, Yasal Temsilci, Aşı Reddi.

COMPULSORY VACCINATION IN THE FRAMEWORK OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND REFUSAL OF VACCINATION BY LEGAL REPRESENTATIVES

Arş. Gör. Beyza Gül CAN

ABSTRACT

Vaccination, one of the most effective preventive health tools of modern medicine, has a vital function in terms of protecting not only the individual but also the general health of the society. For this reason, compulsory vaccination practices for children are directly related to the physical integrity of the individual and the rights and powers of parents over their children, as well as being a public measure concerning public health. However, sometimes parents refuse the compulsory vaccination based on their beliefs, convictions and preferences, which leads to a complex conflict between the principle of the best interests of the public and the child and the rights and duties of legal representatives. Within the scope of this paper, the legal limits of parental consent regarding vaccination will be discussed in the light of the principle of the best interest of the child and in the light of national and international legal regulations.

In modern legal systems, the protection of children is recognized as a public and universal responsibility that cannot be left solely to the conscience of biological parents. The principle of the best interest of the child, which comes to the fore in this context, is accepted as a fundamental reference norm in both national law and international conventions and is one of the main grounds legitimizing the protective intervention of the state on the child. Although the obligations regarding the care, education and protection of the child are entrusted to the parents in Articles 339 and following of the Turkish Civil Code, the limits of these obligations are limited to the best interests of the child and do not constitute an absolute area of freedom in terms of the rights of the parents.

While Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child commands that the best interests of the child be taken into account in all decisions and practices concerning the child, Article 24 recognizes the child's right to the highest possible standard of health. In this context, the primacy of medical interventions to protect the child's health should be recognized as a higher legal value than parental freedom of belief or opinion.

The vaccination program for children in Turkey is carried out within the framework of the Expanded Immunization Program conducted by the

Ministry of Health and is de facto compulsory. However, the legal basis of these practices has been the subject of debate in lawsuits filed against vaccination without parental consent. In its 2015 decision, the Constitutional Court stated that vaccinating a child without parental consent constitutes a violation of the inviolability of the person guaranteed by Article 17 of the Constitution and that compulsory vaccination can only be carried out on the basis of a clear legal regulation. As a result of this decision, it has revealed that practices regarding vaccination without parental consent cannot be directly legitimized by existing legislation. As a matter of fact, although Articles 57 and 72 of the General Hygiene Law regulate general public health measures, it has been frequently emphasized in jurisprudence that these provisions are not sufficiently clear in terms of individual medical interventions to be made to children.

In its *Vavříčka and Others v. Czechia* judgment of 2021, the European Court of Human Rights (ECtHR) evaluated the compulsory vaccination of children as a legitimate and necessary intervention in a democratic society. Emphasizing that the state has an obligation to protect not only individual but also collective health, the Court stated that compulsory vaccination is a proportionate and acceptable intervention to protect public health. This decision confirms that interferences with the right to respect for private life under Article 8 of the European Convention on Human Rights can be considered legitimate for the protection of public health. In particular, the reference to the best interests of children in the reasoning of the ECtHR judgment demonstrated that individual parental rights are not absolute and that the health of the child takes precedence.

The Turkish Medical Association (TTB), in its assessment of the Constitutional Court's decision, stated that the child's access to health care should not be absolutely dependent on the consent of the legal representative. According to the TMA, children's right to basic health services is constitutionally guaranteed and parental beliefs and decisions should not restrict the exercise of this right. In this respect, it was stated that vaccination services should be organized on the basis of the best interest of the child and legal gaps should be clearly eliminated.

The best interest of the child is not only an abstract principle, but also a fundamental criterion that shapes the legal order in concrete cases. Compulsory vaccination is an effective and scientifically accepted method for the protection of public health, and the protection of children from infectious diseases is a mandatory part of guaranteeing their right to life, health and

development. The parental decision-making authority within the framework of parental custody rights should not be expanded to the extent that the health and life of the child is at risk. Considering the decisions of the Constitutional Court and the current legal framework, the effectiveness of compulsory vaccination in Turkey can only be ensured through a clear and specific legal regulation. International court decisions and the opinions of medical authorities show that the best interests of the child should be considered in integration with the right to health, which is one of the constitutional rights.

Therefore, if legal representatives prevent a child's access to vaccination based on beliefs or convictions, this may not only constitute a violation of individual freedom, but also a violation of the child's constitutional rights. Therefore, in line with the best interests of children, a clear, predictable legal regulation on compulsory vaccination that prioritizes the rights of the child is urgently needed.

Keywords: Mandatory Vaccination Policy, The Principle of the Best Interests of the Child, Legal Guardian or Representative, Refusal of Vaccination.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
BİRİNCİ GÜN
BEŞİNCİ OTURUM

KONSÜLTASYONDAN DOĞAN SORUMLULUK

Prof. Dr. Yıldız ABİK*

Tıp teknolojisinin gelişmesi ve tıpta uzmanlaşmanın yaygınlaşması, tanı ve tedavi gibi hasta takibinde belli bir uzmanın veya uzmanlığın yeterli olmamasına neden olmuştur. Bu bağlamda, uzmanlar arası iş birliği ihtiyacı doğmuş ve hekimlik uygulamasında konsültasyon ortaya çıkmıştır.

Tıbbi konsültasyon (konsültasyon), tam aydınlatılmamış bir vaka veya teşhisi zor bir hastalık bağlamında, hasta veya ailesinin isteği ya da tedavi eden hekimin göreceği gereksinim üzerine, farklı dallarda uzman olan iki veya daha fazla hekimin aynı hasta üzerinde ortak değerlendirmede bulunması olarak da tanımlanabilir. “Konsültan hekim”, kendisine hasta danışılan, bilgi ve görüşüne başvurulmuş hekimdir. Sözleşme veya kamu görevinden kaynaklanan bir yasal yükümlülük gereği konsültasyonu istenen hastanın tanı ve tedavisini yapma görevini üstlenmiş olan sürekli hekim ise, “müdavi hekim (sorumlu hekim) olarak adlandırılır. Konsültasyon faaliyetinde hastanın tanı ve tedavisinde asıl görev ve sorumluluk, müdavi hekime aittir. Müdavi hekimin izin verdiği ölçüde ve kişisel sorumluluğunu kaldırmayacak şekilde konsültan hekim de tıbbi sürece dahil olabilir. Tıbbi Konsültasyona ilişkin en önemli ilke, konsültasyonun öncelikle hastanın yararı için yapılmasıdır.

Konsültasyon, genellikle müdavi hekim tarafından talep edilir. Ancak, ilgili mevzuata göre, hasta veya hasta yakını da konsültasyon talep edebilir. Konsültasyon, çoğunlukla müdavi hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir alanda veya yan dalda uzman olan hekimden talep edilir. Konsültasyon talebinin şekli, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının ilgili maddesine göre, müdavi hekimin konsültasyon talebi yazılı yapılmalıdır.

Konsültasyon hekimin görüşünün hukuki niteliğini de incelemek gerekir. Konsültan hekimin görüşü, müdavi hekim için bağlayıcı değildir. Konsültasyon işleminin, bilirkişilik kurumuna benzediği söylenebilir. Bu bağlamda, konsültan hekimin raporu da bilirkişi raporu niteliğindedir.

Tıbbi konsültasyondan doğabilecek hukuki sorunlar çeşitlidir. Bunlar arasında en önemlileri, ihtiyaç olmasına rağmen konsültasyona

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

başvurulmaması, tıbbi standartlara aykırı öneride bulunulması, konsültan hekimin gerekli özeni göstermemesi olarak belirtilebilir.

Tıbbi konsültasyondan doğan sorumluluk kapsamında, birden fazla kişinin müdahil olduğu tıbbi işlemlerde kusurun paylaştırılması sorunu üzerinde de durulmalıdır. Bu bağlamda, “Tıbbi İşbirliğinde Güven İlkesi” ve “Hekimlerin Özen Borcu” incelenmelidir.

Tıbbi tedavinin iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilmesi, bu tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan hukuki sorumluluğun kime/kimlere ait olacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Tıbbi iş birliğinde kusurun paylaştırılması için iki ilkenin tartışılması gerekir. Bu ilkelerden ilki, Ceza hukuku disiplini içinde geliştirilen Tıbbi İşbirliğinde Güven ilkesi, ikinci ilke ise, Hekimlerin özen borcudur.

Tıbbi İşbirliğinde Güven İlkesi, köken olarak Tıp Ceza hukuku alanında geliştirilmiş olmakla birlikte, Tıp Tazminat Sorumluluğunun belirlenmesinde de kullanılabilecek bir ilkedir. Bu ilke, temelini dürüstlük kuralı ve özen ilkesinden almaktadır. Tıbbi İşbirliğinde Güven ilkesi, birden fazla uzman kimse tarafından iş birliği halinde gerçekleştirilen riskli tıbbi faaliyetlerin, kendi dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan kimsenin, aksine bir kabulü gerektirecek karineler bulunmadığı sürece, diğer kimselerin de bu yükümlülüklerine uygun davranacaklarına olan güvenle hareket etmesi halinde meydana gelecek sonuçlardan sorumlu olmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu ilke, konsültasyon bakımından değerlendirildiğinde, bir tıbbi müdahaleye katılan hekimlerin, tedavi sürecine katılan diğer meslektaşlarının kurallara uygun davrandıkları, teşhis ve tedavilerinde ayıplı bir edim ifası gerçekleştirmediklerine ilişkin güvenle hareket edebilmeleridir. Tıbbi İşbirliğinde Güven İlkesinin, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini ve çerçevesini belirleme fonksiyonu vardır. Ancak, Güven İlkesinin uygulanamayacağı bazı haller vardır.

Hekimin özen borcu, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna göre belirlenir. Hasta ile bağımsız çalışan hekim arasındaki sözleşme ilişkisi genellikle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Hasta bir özel hastaneye başvurmuş ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi doğar ve bu durumda da vekâlet sözleşmesindeki özen borcu bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir. Kamuya ait bir hastanede ise, hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinden bahsedilemez. Ancak bu durumda da yine özen borcu söz konusudur. Burada da vekalet sözleşmesindeki özen borcu ile ilgili hükümler kıyasen uygulanabilecektir.

Hekimin özen borcu kapsamında, özen kavramı ve borcu, özenin ölçüsü incelenmektedir. TBK m. 506/III hükmüne göre, vekâlet sözleşmesine dayalı iş ve hizmet gördüğü hallerde vekilin özen ölçüsü, basiretli vekilin davranışdır. Bu bağlamda hekimin özen borcu, ortalama objektif hekimin aynı olayda göstermesi kendisinden beklenen özen derecesinde davranması demektir. Kısaca, hekimin tıbbi özen yükümünün ölçüsü, somut ve objektiftir, diğer bir deyişle, basiretli vekilin (basiretli hekimin) davranışdır. Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin veya uygulanan tedavinin tehlike ve risk oranı arttıkça, hekimin özen gösterme yükümü de artacaktır.

Hekim tarafından yapılan tedavi veya cerrahi müdahale beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara, bu arada özen yükümüne uygun bir müdahale yapılmış ise, hekime kusur atfedilemeyeceği için meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, aynı branştaki bir hekimin aynı durum ve şartlar altında göstereceği özenden ibarettir. Çalışmamızda, hekimin özen borcuna aykırılık örneklerinden de söz edilmiştir.

Hekimin özen gösterme borcuna aykırılığı ile ilgili hukuki sorumluluk, genel hükümlere yani Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözülmelidir. Tedavinin gereği gibi yapılmaması, tedavi sürecinde yüksek özen ve dikkatin gösterilmemesi sonucu hasta bir zarara uğramışsa, bu zarara yol açan hekim/hekimler sorumlu tutulacaklardır. Hekim, hastanın uğradığı zararların tamamını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bununla birlikte, zararın ortaya çıkmasında hastanın da kusuru varsa, TBK m. 52 hükmü uyarınca hâkim tazminattan indirim yapabilecektir.

Konsültasyondan doğan sorumlulukta, konsültan hekimin ve müdavi hekimin birlikte sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bu durumda, aynı zarardan birden fazla kişinin birlikte (müteselsil) sorumluluğu söz konusudur.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Konsültasyon, Hekimin Özen Borcu, Tıbbi İşbirliğinde Güven İlkesi, Müdavi Hekim- Konsültan Hekim, Basiretli Vekil (Basiretli Hekim).

RESPONSIBILITY ARISING FROM CONSULTATION

Prof. Dr. Yıldız ABİK

ABSTRACT

The development of medical technology and the spread of specialization in medicine have caused a particular specialist or specialization to become inadequate for patient follow-up, such as diagnosis and treatment. In this context, the need for cooperation between specialists has arisen, and consultation has become a vital component of medical practice.

Medical consultation can also be defined as the joint evaluation of the same patient by two or more physicians who are experts in different fields, upon the request of the patient or family or the need of the treating physician, in the context of an incompletely clarified case or a disease that is difficult to diagnose. A “consultant physician” is a physician who is consulted by the patient and whose information and opinion are sought. A permanent physician who has undertaken the duty of diagnosing and treating the patient whose consultation is requested due to a legal obligation arising from a contract or public duty is called a “maintaining physician (responsible physician). In the consultation activity, the main duty and responsibility in the diagnosis and treatment of the patient belongs to the maintaining physician. The consultant physician may also be involved in the medical process to the extent permitted by the maintaining physician and in a manner that does not relieve him/her of his/her responsibility. The most important principle regarding medical consultation is that the consultation is primarily for the benefit of the patient.

Medical consultation (consultation) is usually requested by the maintaining physician. However, according to the relevant legislation, the patient or the patient's relative may also request a consultation. Consultation is usually requested from a physician who is an expert in a field or subspecialty outside the attending physician's area of expertise. The form of the consultation request is as follows: According to the relevant article of the TTB Medical Professional Ethics Rules, the attending physician's request for consultation must be made in writing.

It is also necessary to examine the legal nature of the consulting physician's opinion. The consultant physician's opinion is not binding for the attending physician. It can be said that the consultation process is similar to an expert witness institution. In this context, the consultant physician's report is also an expert report.

Various legal problems may arise from medical consultations. The most important of these are not seeking consultation despite the need, making recommendations contrary to medical standards, and the lack of due diligence of the consultant physician.

Within the scope of liability arising from medical consultation, the problem of apportioning fault in medical procedures involving more than one person should also be considered. In this context, the “principle of trust in medical collaboration” and the “duty of care of physicians” should be examined.

The fact that medical treatment is carried out within the framework of cooperation brings with it the question of who will bear the legal liability arising from this medical intervention. Two principles need to be discussed to share the fault in medical cooperation. The first of these principles is the principle of trust developed within the discipline of criminal law, and the second principle is the duty of care of physicians.

The principle of trust in medical collaboration is a principle that was originally developed in the field of medical criminal law but can also be used in determining medical compensation liability. This principle is based on the principle of honesty and the duty of care of physicians. The principle of trust in medical collaboration can be defined as the fact that a person who acts by his/her duty of care and attention in risky medical activities carried out in cooperation by more than one specialist is not responsible for the consequences that will occur if he/she acts with confidence that other people will also act by these obligations, unless presumptions are requiring a contrary acceptance.

When this principle is evaluated in terms of consultation, it means that physicians participating in a medical intervention can act with confidence that other colleagues participating in the treatment process are acting following the rules and that they have not performed any faulty acts in their diagnoses and treatments. The principle of trust has the function of determining the breach of the duty of care and diligence, and its framework. However, there are some cases where the principle of trust cannot be applied.

The physician's duty of care is determined according to the duty of care of the agent in the agency contract. The contractual relationship between the patient and the independent physician is generally accepted as an agency contract. If the patient applies to a private hospital, a contractual relationship arises between the patient and the hospital, and in this case, the duty of care

in the agency contract should be accepted as an obligation. In a public hospital, a contractual relationship cannot be mentioned between the patient and the physician. However, in this case, the duty of care is still in question. Here, the provisions regarding the duty of care in the agency contract can be applied by analogy.

Within the scope of the physician's duty of care, the concept and duty of care, and the measure of care are examined. According to the provision of Article 506/III of the TCO, in cases where the agent receives work and services based on a contract of agency, the measure of care of the agent is the behavior of a prudent agent. In this context, the physician's duty of care refers to acting at the level of care expected from an average, objective physician in the same case. Briefly, the measure of the physician's medical duty of care is concrete and objective in other words, it is the behavior of a prudent agent (prudent physician). As the danger and risk ratio of the medical intervention or treatment applied by the physician increases, the physician's duty of care will also increase.

Even if the treatment or surgical intervention performed by the physician does not yield the expected good result, if an intervention was made by all the rules accepted by medical science, including the duty of care, the physician cannot be held responsible for the resulting result, as no fault can be attributed to the physician. The measure for accepting the existence of negligence and recklessness in the intervention is the care that a physician in the same branch would show under the same situation and conditions. Examples of violations of the physician's duty of care have also been mentioned in our study.

The legal liability regarding the physician's breach of the duty of care should be resolved according to general provisions, namely the provisions of the Turkish Code of Obligations (TCO). If the patient suffers damage as a result of the treatment not being performed properly and a lack of high care and attention during the treatment process, the physician/physicians who caused this damage will be held responsible. The physician will have to compensate the patient for all the damages he/she suffers. However, if the patient is also at fault in the occurrence of the damage, the judge may reduce the compensation by Article 52 of the TCO.

In the liability arising from the consultation, the consultant physician and the attending physician may also be jointly liable. In this case, more than one person is jointly liable for the same damage.

Keywords: Medical Consultation, Duty of Care of Physicians, The Principle of Trust in Medical Collaboration, Maintaining Physician, Prudent Agent (Prudent Physician).

TİBBÎ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN DAVALARDA İSPAT YÜKÜ VE BİLİRKİŞİ RAPORLARININ MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Merve HAYRAN POLAT*

Tıbbî müdahaleler, doğrudan insan sağlığına yönelik etkileri nedeniyle hukukî açıdan titizlikle düzenlenmesi gereken alanlardandır. Genel olarak bir hekimin, insan sağlığının korunması, teşhisi, tedavisi veya rehabilitasyonu amacıyla, mesleki bilgi ve yetki çerçevesinde gerçekleştirdiği her türlü teşhis, tedavi, operasyon ve benzeri uygulamalar “tıbbî müdahale” kavramı içinde değerlendirilir. Bu çalışmada ise, tıbbî müdahaleye ilişkin sorumluluk halleri özelinde, yalnızca özel çalışan hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmeye dayalı ilişkiden kaynaklanan hukukî sorunlara odaklanılmakta; kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerin idare ile olan kamu hukuku ilişkisine dayalı sorumlulukları inceleme dışında bırakılmaktadır.

Türk hukukunda, özel hekim ile hasta arasındaki ilişki çoğunlukla vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilir. Bu ilişki kapsamında hekimin bir sonuç garanti etmediği, ancak mesleki standartlara uygun bir özen göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, tıbbî müdahaleye dair özel hukuk sorumluluğunda temel sorun, hekimin bu özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin ve bu ihlalin zarar ile illiyet bağıni oluşturup oluşturmadığının ortaya konulmasıdır. Bu süreçte, Türk Borçlar Kanunu’nun vekâlete ilişkin hükümleri (m. 506 ve devamı), Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları birlikte değerlendirilmelidir.

Söz konusu davalarda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun genel ispat kuralını düzenleyen 190. maddesi uyarınca, iddiasını ileri süren taraf, dayandığı vakıaları ispatla yükümlüdür. Bu doğrultuda, hastanın zararın oluştuğunu, müdahale ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ortaya koyması gerekir. Ne var ki, tıbbî müdahalenin teknik doğası ve müdahale sürecine ilişkin bilgilerin büyük ölçüde hekimin kontrolünde olması, hastanın delil toplama gücünü ciddi şekilde sınırlamakta; bu da adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalar doğurabilmektedir. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılık iddiasıyla açılan davalarda, hastanın sözleşmeye aykırılık oluşturan durumu ispat ederken, kesin ve zorunlu ispat araçlarını

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

sunmasının beklenmemesi gerektiği yönündeki yaklaşım gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında kabul görmektedir.

Özellikle bazı durumlarda, ispat yükü hasta lehine yeniden düzenlenmekte ya da hasta lehine karineler oluşturulmaktadır. Örneğin, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, hastanın onam verdiğini ispat yükü hekime aittir. Aynı şekilde, tıbbî kayıtların tutulmaması veya eksik tutulması durumunda, müdahalenin hiç yapılmadığı yönünde karine doğar; bu karinenin aksini ispat yükü de hekime geçer. Ayrıca, “ilk görünüş ispatı” (res ipsa loquitur) olarak adlandırılan ilke uyarınca, açık ve ağır bir tıbbî hata mevcutsa, hastanın kusuru ayrıca ispatlamasına gerek kalmaksızın hekimin sorumluluğu doğabilir. Ameliyat sonrası vücutta yabancı cisim unutulması gibi bariz ihmal vakaları, bu kapsama girmektedir.

Tıbbî müdahale davalarında, olayın çözümü genellikle özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden, bilirkişi raporları yargılamanın merkezinde yer alır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 266 ve devamı maddeleri uyarınca, çözümü hukuk dışında uzmanlık bilgisi gerektiren hâllerde bilirkişi görüşüne başvurulması zorunludur. Uygulamada, bilirkişi olarak sıklıkla Adli Tıp Kurumu veya üniversitelerin tıp fakültelerinden uzman heyetler görevlendirilmektedir. Bilirkişi raporları, mahkemenin tıbbî müdahalenin özen borcuna uygun olup olmadığını değerlendirmesinde temel rol oynamaktadır. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesine göre bilirkişi raporları hâkimi bağlamasa da uygulamada bu raporlar çoğu zaman davanın sonucunu belirleyen delil niteliği taşımaktadır.

Yargıtay kararlarında, bilirkişi raporlarının bilimsel dayanaklara dayanması, gerekçeli olması ve değerlendirmeyi yaparken açık ifadeler kullanması gerektiği vurgulanmaktadır. Eksik, yüzeysel veya çelişkili raporların hükme esas alınamayacağı, taraf itirazlarının değerlendirilmeden karar verilmesinin ise usule aykırı olduğu belirtilmektedir. Gerekli hâllerde mahkemenin ek rapor aldırması ya da yeni bilirkişi görevlendirmesi, yargılamanın sağlıklı yürütülmesi açısından önem arz etmektedir.

Sonuç olarak, tıbbî müdahaleden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu davalarında ispat yükü kural olarak hastaya ait olmakla birlikte, bu yükün adil şekilde dağıtılabilmesi amacıyla içtihatlarla şekillenen istisnai yaklaşımlara ve delil kolaylaştırıcı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan bilirkişi raporları, teknik yönü ağır basan bu davalarda hâkimin kararını yönlendiren en önemli delillerden biri olarak öne çıkmaktadır. Bu nedenle hem ispat yüküne ilişkin esaslar hem de bilirkişi raporlarının

değerlendirilme biçimi, medenî usûl hukuku çerçevesinde dikkatle ele alınmalı; yargılamanın hakkaniyete ve adil yargılanma ilkesine uygun biçimde yürütülmesi sağlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahale, İspat Yüğü, Bilirkişi Raporu, Medenî Usûl Hukuku.

EVALUATION OF THE BURDEN OF PROOF AND EXPERT REPORTS IN CIVIL PROCEDURE LAW REGARDING MEDICAL INTERVENTIONS

Dr. Öğr. Üyesi Merve HAYRAN POLAT

ABSTRACT

Medical interventions are among the areas that must be regulated with great care from a legal perspective due to their direct impact on human health. In general, any diagnosis, treatment, operation, or similar medical procedure performed by a physician within the scope of their professional knowledge and authority for the purpose of protecting, diagnosing, treating, or rehabilitating human health is considered a “medical intervention.” In this study, the analysis is limited to legal disputes arising from the contractual relationship between a privately practicing physician and a patient; the responsibility of physicians employed in public hospitals, which stems from administrative law, remains outside the scope of this evaluation.

Under Turkish law, the relationship between a privately practicing physician and a patient is generally governed by the provisions of a mandate (agency) contract. In this context, the physician is not obliged to guarantee a result but is expected to act with due care in accordance with professional standards. Therefore, the central issue in private law liability arising from medical interventions is whether the physician has breached this duty of care and whether a causal link can be established between the breach and the damage. In resolving such disputes, the provisions of the Turkish Code of Obligations concerning mandate (Art. 506 et seq.), the Patient Rights Regulation, the Regulation on Medical Deontology, and the Code of Medical Ethics must be jointly evaluated.

In these lawsuits, according to Article 190 of the Turkish Code of Civil Procedure, which governs the general rule of burden of proof, the party asserting a claim must prove the facts on which they rely. Accordingly, the patient must demonstrate the existence of harm and a causal connection between the harm and the medical intervention. However, the technical nature of medical procedures and the physician's control over information related to the process significantly limit the patient's ability to collect evidence, which may pose challenges in terms of the right to a fair trial. For this reason, both legal scholarship and the jurisprudence of the Court of Cassation have acknowledged that in claims of contractual breach, the patient should not be expected to present conclusive and exclusive means of proof.

In certain circumstances, the burden of proof may shift in favor of the patient, or presumptions may be established to assist them. For instance, if the physician fails to fulfill their duty to inform, the burden of proving that the patient gave informed consent rests with the physician. Similarly, if medical records are not kept or are incomplete, it is presumed that the intervention did not take place, and the physician bears the burden of proving otherwise. The principle of "res ipsa loquitur" (the thing (matter) speaks for itself) is also applied in cases of obvious and serious medical errors, relieving the patient of the obligation to prove fault. For example, leaving a foreign object inside a patient's body after surgery is considered a case of clear negligence where the physician's liability may arise without further proof.

Since the resolution of medical intervention disputes generally requires technical and specialized knowledge, expert reports play a central role in the litigation process. According to Articles 266 et seq. of the Code of Civil Procedure, the court must seek an expert opinion when the resolution of a case requires knowledge beyond the legal field. In practice, expert opinions are often provided by the Forensic Medicine Institute or by expert panels from university hospitals. These reports assist the court in assessing whether the physician acted in accordance with the required standard of care. Although Article 282 of the Code states that the court is not bound by expert opinions, such reports often determine the outcome of the case in practice.

The Court of Cassation emphasizes that expert reports must be based on scientific reasoning, be well-justified, and clearly express evaluations. Reports that are superficial, insufficiently reasoned, or contradictory are considered inadequate for forming the basis of a decision. It is further highlighted that the court must evaluate objections to such reports, and if necessary, obtain supplementary or new expert opinions to ensure the proper conduct of proceedings.

In conclusion, although the burden of proof in private law disputes arising from medical interventions primarily lies with the patient, there is a need for exceptional approaches and evidentiary facilitations shaped through case law to ensure fairness. Moreover, expert reports are one of the most critical evidentiary tools in these technically complex cases, often guiding the judge's decision. Therefore, both the principles concerning the burden of proof and the manner in which expert reports are evaluated should be carefully addressed within the framework of civil procedure law to ensure that legal proceedings are conducted in accordance with the principles of fairness and the right to a fair trial.

Keywords: Medical Intervention, Burden of Proof, Expert Report, Civil Procedure Law.

TÜRKİYE'DE SAĞLIK TURİZMİNİN DURUMU VE GELİŞİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SAYDAM*

Türkiye, sağlık turizmi alanında küresel ölçekte hızla büyüyen bir güç olarak ön plana çıkmaktadır. Modern sağlık altyapısı, uluslararası standartlarda yüksek kaliteli hizmetler, deneyimli sağlık personeli, gelişmiş teknolojiler ve rekabetçi fiyatlar, Türkiye'yi uluslararası sağlık turizmi pazarında tercih edilen bir destinasyon haline getirmiştir. Sağlık turizmi, bireylerin tedavi veya rehabilitasyon amacıyla yaşadıkları bölgeden başka bir yere seyahat etmesini ifade eden bir kavramdır ve Türkiye'nin bu sektördeki başarısı, çok yönlü bir stratejiye dayanmaktadır. Sağlık turizmi kapsamında Türkiye'de sunulan tedavi hizmetleri geniş bir yelpazeye sahiptir. Özellikle saç ekimi, estetik cerrahi, diş tedavileri, organ nakli ve tüp bebek gibi hizmetler uluslararası sağlık turistleri tarafından yoğun talep görmektedir. Bunun yanı sıra termal turizm ve wellness (zindelik) hizmetleri de Türkiye'nin sağlık turizmi potansiyeline katkı sağlamaktadır. Sağlık turistleri genellikle Almanya, İngiltere, Suudi Arabistan, Katar ve Libya gibi ülkelerden gelmektedir. Türkiye'nin coğrafi konumu, bu hasta gruplarını çekmek açısından büyük avantaj sağlamakta ve ulaşım kolaylıkları ile sağlık turizminin gelişimine destek olmaktadır. Türkiye'nin sağlık turizmi alanındaki büyümesi, ekonomik verilerle açıkça görülmektedir. TÜİK verilerine göre, 2002 yılında sağlık turizmi gelirleri sadece 147 bin dolar iken, bu rakam 2023 yılında 3 milyar dolar sınırını aşmıştır. Sağlık turizmi sektörü yıllar içinde düzenli bir büyüme göstermiş, ancak 2024 yılı verileri sektörün karşılaştığı bazı zorlukları ortaya koymuştur. 2024 yılında sağlık turizmi gelirleri yaklaşık 1,6 milyar dolar seviyesine gerilemiştir. Bu düşüş, küresel rekabetin artması, döviz kurlarındaki dalgalanmalar ve pandemi sonrası değişen hasta ihtiyaçları gibi nedenlere bağlanmaktadır. Ancak sektörün genel olarak sunduğu ekonomik faydalar, bu düşüşlere rağmen Türkiye'nin sağlık turizmindeki lider konumunu koruyabilmesi açısından umut vericidir. Sağlık turizmi mevzuatı, Türkiye'nin sektördeki başarısında kritik bir rol oynamaktadır. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, sağlık turizmi uygulamalarının düzenlenmesi ve denetlenmesi için temel bir yasal çerçeve sunmaktadır. Sağlık Turizmi Daire Başkanlığı, sektörün koordinasyonunu sağlamak ve hizmetlerin uluslararası standartlara uygun şekilde

* Giresun Üniversitesi Dereli Meslek Yüksek Okulu Otel, Lokanta ve İkram Hizmetleri Bölümü Turizm ve Otel İşletmeciliği Anabilim Dalı.

sunulmasını temin etmektedir. Türkiye ayrıca, JCI akreditasyonuna sahip 113 sağlık kuruluşu ile uluslararası hasta güvenini artırmaktadır. Bu durum, uluslararası sağlık turistlerinin Türkiye’yi güvenilir bir destinasyon olarak tercih etmelerine olanak tanımaktadır. Akademik çalışmalar ise sağlık turizmi mevzuatının daha kapsamlı hale getirilmesi gerektiğini ve dijital sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılmasının sektöre büyük katkı sağlayabileceğini öne sürmektedir. Türkiye’nin sağlık turizmindeki başarısında rekabetçi fiyatlar ve çeşitli tedavi seçenekleri büyük bir rol oynamaktadır. Bununla birlikte, Malezya, Hindistan ve Güney Kore gibi küresel ölçekte güçlü sağlık turizmi destinasyonlarıyla rekabet eden Türkiye, inovasyona dayalı bir yaklaşım benimsemeli ve pazarlama stratejilerini güçlendirmelidir. Ayrıca, çevre dostu uygulamalar ve sürdürülebilirlik politikalarının benimsenmesi, Türkiye’nin uluslararası pazardaki yerini daha da sağlamlaştıracaaktır. Dijital sağlık hizmetleri, uluslararası hasta iletişimini kolaylaştırmak ve hasta memnuniyetini artırmak açısından önemli bir avantaj sağlayabilir. Sağlık turizmi sektöründe kamu ve özel sektör iş birliği büyük önem taşımaktadır. Kamu, sektöre yönelik politikalar ve stratejiler oluştururken, özel sektör bu politikaların uygulanması ve hizmetlerin geliştirilmesi noktasında kritik bir rol üstlenmektedir. Türkiye’de bu sinerji, sağlık turizmi alanında hedeflere ulaşılması açısından etkili olmuştur. Ancak, altyapı yatırımlarının yetersiz kalması ve iş birliklerinin zayıflaması, sektörün potansiyelinin tam olarak kullanılamamasına yol açabilir. Sağlık turizmi sektöründe hasta memnuniyeti odaklı hizmetlerin geliştirilmesi, uluslararası hasta çekme kapasitesini artırabilir. Sonuç olarak, Türkiye, sağlık turizmi alanında güçlü bir pozisyona sahiptir. Sağlık turizmi, ekonomik büyümeye sağladığı katkılarla Türkiye’nin genel turizm altyapısını desteklemekte ve uluslararası sağlık hizmetleri alanındaki prestijini artırmaktadır. Ancak, sektördeki başarının sürdürülebilir kılınması için inovasyona dayalı uygulamalar, dijital sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve kalite odaklı stratejik düzenlemeler gerekmektedir. Sağlık turizmi, Türkiye’nin ekonomik kalkınmasına ve küresel tanınırlığına önemli katkılar sağlayan bir sektör olmaya devam edecektir. Gelecekte, sağlık turizminin daha büyük bir ivme kazanması için stratejik yatırımlar, uluslararası iş birlikleri ve çevre dostu politikaların önemi artacaktır. Türkiye, bu alandaki liderliğini daha sağlam bir temele oturtturarak, sağlık turizmi sektöründe küresel ölçekte daha büyük bir oyuncu haline gelmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Turizmi, Uluslararası Hasta Güveni, Dijital Sağlık Hizmetleri.

THE STATE AND DEVELOPMENT OF HEALTH TOURISM IN TÜRKİYE

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SAYDAM

ABSTRACT

Turkey stands out as a rapidly growing power in the field of health tourism on a global scale. Modern health infrastructure, high-quality services at international standards, experienced health personnel, advanced technologies and competitive prices have made Turkey a preferred destination in the international health tourism market. Health tourism is a concept that refers to individuals traveling from their home region to another place for treatment or rehabilitation purposes, and Turkey's success in this sector is based on a multifaceted strategy. The treatment services offered in Turkey within the scope of health tourism have a wide range. In particular, services such as hair transplantation, cosmetic surgery, dental treatments, organ transplantation and in vitro fertilization are in high demand by international health tourists. In addition, thermal tourism and wellness services also contribute to Turkey's health tourism potential. Health tourists generally come from countries such as Germany, England, Saudi Arabia, Qatar and Libya. Turkey's geographical location provides a great advantage in terms of attracting these patient groups and supports the development of health tourism with its transportation facilities. Turkey's growth in the field of health tourism is clearly seen in economic data. According to TÜİK data, while health tourism revenues were only \$147,000 in 2002, this figure exceeded \$3 billion in 2023. The health tourism sector has shown steady growth over the years, but data for 2024 revealed some of the challenges the sector faces. In 2024, health tourism revenues decreased to approximately \$1.6 billion. This decline is attributed to reasons such as increased global competition, fluctuations in exchange rates, and changing patient needs after the pandemic. However, the economic benefits offered by the sector in general are promising in terms of Turkey maintaining its leading position in health tourism despite these declines. Health tourism legislation plays a critical role in Turkey's success in the sector. Decree Law No. 663 provides a basic legal framework for the regulation and supervision of health tourism practices. The Health Tourism Department coordinates the sector and ensures that services are provided in accordance with international standards. Turkey also increases international patient trust with 113 healthcare institutions that have JCI accreditation. This allows international health tourists to choose Turkey as a reliable destination. Academic studies suggest that health tourism

legislation should be made more comprehensive and that the widespread use of digital health services can contribute greatly to the sector. Competitive prices and a variety of treatment options play a major role in Turkey’s success in health tourism. However, Turkey, which competes with globally strong health tourism destinations such as Malaysia, India and South Korea, should adopt an innovation-based approach and strengthen its marketing strategies. In addition, the adoption of environmentally friendly practices and sustainability policies will further solidify Turkey’s place in the international market. Digital health services can provide a significant advantage in terms of facilitating international patient communication and increasing patient satisfaction. Public and private sector cooperation is of great importance in the health tourism sector. While the public sector creates policies and strategies for the sector, the private sector plays a critical role in the implementation of these policies and the development of services. This synergy in Turkey has been effective in terms of achieving targets in the field of health tourism. However, inadequate infrastructure investments and weakening of cooperation may lead to the sector not being able to fully utilize its potential. Developing patient satisfaction-focused services in the health tourism sector can increase the capacity to attract international patients. As a result, Turkey has a strong position in the field of health tourism. Health tourism supports Turkey's general tourism infrastructure with its contributions to economic growth and increases its prestige in the field of international health services. However, innovation-based applications, dissemination of digital health services and quality-focused strategic regulations are required to ensure the sustainability of success in the sector. Health tourism will continue to be a sector that makes significant contributions to Turkey's economic development and global recognition. In the future, the importance of strategic investments, international cooperation and environmentally friendly policies will increase for health tourism to gain greater momentum. Turkey aims to become a bigger player in the health tourism sector on a global scale by establishing its leadership in this field on a more solid foundation.

Keywords: Health Tourism, International Patient Trust, Digital Health Services.

TIP HUKUKU KAPSAMINDA DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA DAİR YARGILAMALARDA GÖREVLİ MAHKEMELER VE İHTİSASLAŞMA HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Burcu ÇAVUŞ ERYENDİ*

Sağlık kavramı insanın tam bir iyilik hali olarak tanımlanmaktadır; insanın yaşam hakkını ve sağlığını etkileyen hususlardaki her türlü yardım ve hizmetler ile tıbbi girişimler ise sağlık hizmetlerinin kapsamına girmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında “sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibariyle ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir.” ifadeleri ile sağlık hizmetlerinin Anayasa m. 56’da devlete yüklenen yükümlülükler kapsamında olduğunu kabul etmekte ve sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak değerlendirmektedir (AYM, E. 2014/61, K. 2014/166, T. 07.11.2014).

Halkın sağlık bakımından hizmetlerden yararlanma haklarını, genel sağlığın korunması için gereken önlemlerin alınması ve toplum sağlığının korunmasını, sağlık bakım hizmetlerinin düzenlenmesini, sağlık personeli ile hasta ilişkilerini ve bu bağlamda hak, yükümlülük ile sorumlulukları vb. kapsayan hukuk dalı sağlık hukuku olarak ifade edilmektedir. Sağlık hukuku; tıp hukuku, sağlık bakım hukuku, kamu sağlığı hukuku ve sağlık hizmetlerinin yönetimi hukuku olarak çeşitli bölümlere ayrılmaktadır. Bu bölümlerden olan tıp hukuku ise hekim ile hasta arasındaki ilişkileri ve bu ilişkilerin hukuki niteliği ile hak ve yükümlülükleri ile sorumlulukları düzenlemektedir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiler ve bunların nitelikleri hekimin çalışma şekline göre farklılık arz etmektedir. Kamuda çalışan hekim idare hukuk rejimine ve kurallarına tabi sağlık hizmet sunumu gerçekleştirmektedir; serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ilişkisi olabileceği gibi vekaletsiz iş görmeye ya da haksız fiile dayanan bir borç ilişkisi olabilmektedir; özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler ise iş sözleşmesi ile istihdam edilmekte ve hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında yapılan hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hekim vekaletsiz iş gören özel sağlık kuruluşunun ifa yardımcısı konumunda olabilmektedir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkilerin çeşitliliği doğrultusunda tıp hukukundan doğan uyuşmazlıklar yargı yolu itibarıyla özelliğidir. Özel hastane-hasta, serbest çalışan hekim-hasta, özel hastanede çalışan sağlık çalışanı-hasta arasındaki bir hukuki uyuşmazlık nedeniyle açılan davalar adli yargı koluna tabi iken kamu hastaneleri (devlet, üniversite, vakıf) söz konusu olduğunda husumet Sağlık Bakanlığı'na yöneltilmekte ve idari yargıya tabi olmaktadır.

Hukuki bir uyuşmazlığın çözümüne dair davaya hangi yargı kolunda bulunan hüküm mahkemelerinden hangisinin bakacağına belirlenmesi görev kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Görev kurallarının temel dayanağı Anayasa m. 142'de yer alan "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." şeklindeki hüküm olup, HMK m. 1'de de mahkemelerin görevinin ancak kanunla düzenleneceği ve görevle ilgili kuralların kamu düzeninden olduğu belirtilerek görevle ilgili düzenlemelere kamusal kutsallık atfedilmektedir.

Görevin belirlenmesine ilişkin temel düzenleme HMK'da yer almakla birlikte çeşitli özel kanunlar ile kurulan özel mahkemelerle ilk derece yargılamalarında görevli mahkemeler belirlenmiş bulunmaktadır. Mevzuat hukuk sistemlerinde ise göreve ilişkin hükümlerin tek bir yerde toplandığı kanuni düzenlemeler mevcuttur. Alman hukuk sisteminde mahkemelerin görevlerine dair Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu, Avusturya hukuk sisteminde de benzer şekilde Avusturya Mahkeme Teşkilatı Kanunu mevcuttur, İsviçre hukuk sisteminde ise federal yönetim kapsamında görevin kantonal olarak belirlenmesi öngörülmüş ve bu husus Federal Usul Kanunu m. 4'te hüküm altına alınmıştır.

Hukuk sistemimizde kanun yolu yargılamalarında görevli olan mahkemelerde daireler arası görev ayrımlarında ihtisaslaşma dikkate alınmaktadır. Ayrıca ilk derecede görevli mahkeme ayrımları yanı sıra HSK tarafından mahkemelerin ihtisasına dair ayırım kararları da mevcuttur (finans ile ilgili davalar, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenen davalar, kamulaştırma davaları, asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren davalar, tüketici mahkemesinin görev alanına giren davalar).

Tıp hukuku kapsamında doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler, hukuki ilişkilerin niteliklerindeki farklılıklar nedeniyle hukuk sistemimizde çeşitlilik arz etmektedir. Tüm kamu hastaneleri ile kamu sağlık kuruluşlarının ve buralarda görev yapmakta olan hekimlerin hatası nedeniyle tıbbi müdahalelerden doğan zararlar açılan tam yargı davaları idare mahkemelerinde görülmektedir. Özel hastane veya özel muayenehanede

gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan zararlar için hekim ile hasta arasındaki ilişkiye uygulanan sözleşmeler vekalet veya eser sözleşmesi olduğundan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmakta ve davalar tüketici mahkemesinde açılmaktadır. Hekimlerin tıbbi uygulama hatalarına karşı menfaatlerini sigortalayan şirkete karşı açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında ise Asliye Ticaret Mahkemeleri görevlidir.

Mehaz hukuk sistemlerinde ise her ülkenin hukuk sistemine ve sağlık politikalarına bağlı olarak tıp hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüne dair usuller farklı şekiller ve isimlerde varlık göstermektedir. Sağlıkla ilgili davaların daha hızlı ve uzmanlaşmış bir şekilde çözülmesini amaçlayan bazı ülkelerde özel görevli mahkemeler ve yüksek mahkemelerde özel görevli daireler bulunmaktadır; Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde "Medical Malpractice Courts", Avustralya'da tıbbi uygulama hataları davaları için bazı eyaletlerde "Health Professions Tribunals", Japonya'da tıbbi kötü uygulama davalarına yönelik bazı bölge adliye mahkemelerinde özel daireler mevcuttur. Bazı ülkelerde ise tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için sağlık hizmetlerinin kalitesini ve hastaların haklarını koruma amacıyla farklı yaklaşımlar benimsemektedir; İsveç'te sağlık hizmetlerine yönelik uyuşmazlıklar için daha spesifik bir çözüm yolu olan İsveç Sağlık Sigorta Kurumu (Patientförsäkringen) devreye girmekte, Yeni Zelanda'da ve Danimarka'da ise tıbbi uygulama hatası uyuşmazlıkları çoğunlukla sigorta sistemleri aracılığıyla çözülmektedir.

Türk hukuk sisteminde de görevli mahkemelere dair dağınık düzenlemelerin tek başlık altında toplanarak bir Mahkeme Teşkilat Kanunu düzenlemesinin yapılması ihtiyacının yanı sıra bu kanun ile ihtisaslaşmanın detaylarının düzenlenmesi gereklidir. Özellikle arz eden ve her somut olayın farklı dinamikleri olması nedeniyle uzmanlık gerektiren tıp hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için tıbbi alt yapıya sağlık ihtisas mahkemeleri oluşturulması yahut hekimlerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırımlarına dair mevzuattaki mevcut düzenlemeler kapsamında tıbbi uygulama hatası uyuşmazlıklarının çözümünde mehaz hukuk sistemlerindeki benzer şekilde sigorta tahkim ve sağlık ihtisas mahkemesi birleşimi bir uyuşmazlık çözüm yönteminin düzenlenmesi, sağlık hukukunun da bir ihtisas alanı olarak belirlenmesi ve üst derece mahkemelerinde sağlık ihtisas dairelerinin oluşturulması hususlarında hukuk sistemimizde değişiklikler yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu çalışmada tıp hukuku uyumsuzluklarında hukuk sistemimizdeki görevli mahkemelere dair ayrımlar ele alınmış, bu ayrımların yerindeliği ve uygulamada görev ayırımından kaynaklı sorunlar incelenmiş, mehzaz hukuk sistemlerindeki tıp hukuku uyumsuzluk çözüm yöntemleri incelenmiş, hukuk sistemimizde sağlık hukukunun bir ihtisas alanı olarak belirlenmesi ve sağlık ihtisas mahkemelerinin kurulması hususu değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hukuku, Tıp Hukuku, Sağlık İhtisas Mahkemeleri, İhtisaslaşma.

COMPETENT COURTS IN TRIALS CONCERNING DISPUTES ARISING WITHIN THE SCOPE OF MEDICAL LAW AND EVALUATION OF THE ISSUE OF SPECIALIZATION

Arş. Gör. Burcu ÇAVUŞ ERYENDİ

ABSTRACT

The concept of health is defined as a state of complete well-being; all kinds of assistance and services and medical interventions affecting the right to life and health fall within the scope of health services. In one of its judgments, the Constitutional Court acknowledges that health services are within the scope of the obligations imposed on the state under Article 56 of the Constitution and considers it as a requirement of the principle of social state with the statements “human health and life, which is the main objective of health services, has a feature that cannot be postponed or substituted due to its nature.” (AYM, E. 2014/61, K. 2014/166, T. 07.11.2014).

The branch of law that covers the rights of the public to benefit from health care services, taking the necessary measures for the protection of general health and the protection of public health, the regulation of health care services, the relations between health personnel and patients, and rights, obligations and responsibilities in this context, etc. is referred to as health law. Health law is divided into various sections as medical law, health care law, public health law and health services management law. Medical law, which is one of these sections, regulates the relations between physicians and patients, the legal nature of these relations, their rights, obligations and responsibilities.

The relations between the physician and the patient and their qualifications differ according to the type of employment of the physician. Physicians working in the public sector provide health care services subject to the administrative law regime and rules; the relationship between the self-employed physician and the patient may be a contractual relationship subject to the provisions of private law or a debt relationship based on acting without an attorney or tort; physicians working in private health institutions are employed with an employment contract and within the scope of the hospital admission agreement between the patient and the private health institution, the physician may be in the position of the performance assistant of the private health institution acting without an attorney.

In line with the diversity of the relationships between the physician and the patient, disputes arising from medical law are specific in terms of

jurisdiction. While the lawsuits filed due to a legal dispute between a private hospital and a patient, a self-employed physician and a patient, or a health care worker and a patient working in a private hospital are subject to the judicial jurisdiction, in the case of public hospitals (state, university, foundation), the hostility is directed to the Ministry of Health and is subject to administrative jurisdiction.

The determination of which of the judicial courts in which jurisdiction will hear the case regarding the resolution of a legal dispute is carried out within the framework of the rules of jurisdiction. The main basis of the rules of jurisdiction is the provision in Article 142 of the Constitution stating that "The establishment, duties and powers, functioning and judicial procedures of the courts shall be regulated by law." Article 1 of the CCP states that the jurisdiction of the courts shall only be regulated by law and that the rules on jurisdiction are of public order, thus attributing public sanctity to the regulations on jurisdiction.

Although the basic regulation regarding the determination of the duty is included in the CCP, the courts in charge of the first instance proceedings are determined by special courts established by various special laws. In the host legal systems, there are legal regulations where the provisions on jurisdiction are gathered in a single place. In the German legal system, there is the German Law on the Organization of the Courts, in the Austrian legal system there is the Austrian Law on the Organization of the Courts, and in the Swiss legal system, within the scope of the federal administration, it is envisaged that the task is determined by the cantons and this issue is stipulated in Article 4 of the Federal Code of Procedure.

In our legal system, specialization is taken into consideration in the division of duties between the departments of the courts in charge of remedy proceedings. In addition to the division of the court in charge at first instance, there are also decisions of the HCJP on the specialization of the courts (cases related to finance, cases regulated by the Law on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements, expropriation cases, cases falling within the jurisdiction of the commercial court of first instance, cases falling within the jurisdiction of the consumer court).

The courts in charge of disputes arising within the scope of medical law vary in our legal system due to differences in the nature of legal relations. Full remedy lawsuits for damages arising from medical interventions due to the fault of all public hospitals and public health institutions and the physicians working in these institutions are brought before administrative courts. For

damages arising from medical interventions performed in private hospitals or private practices, since the contracts applied to the relationship between the physician and the patient are contracts of attorney or work contract, the provisions of the Law No. 6502 on the Protection of Consumers are applied and the lawsuits are filed in the consumer court. The Commercial Courts of First Instance are in charge of material and moral compensation lawsuits to be filed against the company insuring the interests of physicians against medical malpractice.

In the host legal systems, depending on the legal system and health policies of each country, the procedures for resolving disputes arising from medical law exist in different forms and names. In some countries aiming to resolve health-related cases in a faster and more specialized manner, there are courts with special jurisdiction and chambers with special jurisdiction in high courts; there are “Medical Malpractice Courts” in some states in the United States of America, “Health Professions Tribunals” in some states for medical malpractice cases in Australia, and special chambers in some district courts of justice for medical malpractice cases in Japan. Some countries adopt different approaches to resolving disputes arising from medical malpractice in order to protect the quality of healthcare services and the rights of patients; in Sweden, the Swedish Health Insurance Agency (Patientförsäkringen) is a more specific remedy for healthcare disputes, while in New Zealand and Denmark, medical malpractice disputes are mostly resolved through insurance systems.

In the Turkish legal system, it is necessary to regulate the details of specialization with this law, as well as the need for a Court Organization Law by gathering the scattered regulations regarding the courts in charge under a single title. Establishment of specialized health courts with a medical infrastructure for the resolution of medical law disputes that require specialization due to the different dynamics of each concrete case, or the regulation of a dispute resolution method that combines insurance arbitration and health specialization courts, similar to those in predecessor legal systems, for the resolution of medical malpractice disputes within the scope of existing regulations in the legislation on compulsory financial liability insurance for physicians, We are of the opinion that changes should be made in our legal system in order to determine health law as a specialization area and to establish health specialization departments in the higher courts.

In this study, the distinctions regarding the competent courts in our legal system in medical law disputes are discussed, the appropriateness of these distinctions and the problems arising from the distinction of competence in

practice are examined, the medical law dispute resolution methods in the predecessor legal systems are examined, and the issue of determining health law as a field of specialization and the establishment of health specialization courts in our legal system is evaluated.

Keywords: Health Law, Medical Law, Health Specialized Courts, Specialization.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
İKİNCİ GÜN
ALTINCI OTURUM

ORGAN TİCARETİ İLE MÜCADELE YOLLARI

Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYASLAN AKDEMİR*

İnsan onurunun korunmasını hedefleyen organ ticareti suçu ile mücadele çok yönlü bir bakış açısı gerektirmektedir. Cezaların artırılması tek başına bir çözüm olmayıp, organ ticaretinin ortaya çıkış sebeplerinin ortadan kaldırılması en etkili mücadele yöntemi olacaktır. Suçun temel sebeplerinden olan organ yetersizliğinin azaltılması ve fakirlikle mücadele konusunda devletin adımlar atması gerekecektir. Organ yetersizliğinin azaltılması için özellikle ölüden organ bağışının artırılması gerekir. Ölüden organ bağışının az olmasının sebepleri ortadan kaldırıldığında bağışa hazır olan organ sayısı da artacağından, insanlar hayatta kalmak için başkasının organını satın almaya gerek duymayacaktır.

Varsayılan rıza yöntemine geçmek ölüden bağış sayısını artırıcı bir etki yapabilirse de, uluslararası araştırmalarda tek başına varsayılan rıza yöntemine geçmenin bağış oranını önemli ölçüde artırmadığının tespit edilmesi, yalnızca bu sisteme geçişe bağlanan umudun hayal kırıklığı yaratabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu bakımdan araştırmalarda da öngörüldüğü üzere, varsayılan rıza sistemi ile birlikte, toplumun ulusal sağlık sistemine güveni, nakil sistemi ve yapısı, etik, sosyo-kültürel ve dini meseleler, organ bağışına yönelik toplumsal farkındalık ile toplumun genel tavrının hep birlikte göz önüne alınarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim ölüden organ bağışı konusunda dünya birincisi olan İspanya'nın bağış oranı, varsayılan rıza sistemine geçtikten sonra değil, toplumsal eğitime güçlü ve uzun soluklu yatırımları ve yoğun bakım hemşire ve doktorlarına sunduğu özel eğitim programları sayesinde artmıştır.

Organ ticareti ile mücadeleye yönelik sosyal ve ekonomik tedbirler alındıktan sonra, ceza hukuku devreye girecektir. Organ teminine yönelik olan ilan veya reklamların cezalandırılması, organ ticaretinin henüz anlaşma sağlanmadan önlenmesine yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Gerek Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi gerekse ceza kanunumuz bu fiilin suç haline getirilmesini öngörmektedir. Kolluk kuvvetlerimiz organ ticaretinin somut herhangi bir zarar tehlikesi doğmadan önlenmesi için bahsedilen maddeye sıklıkla başvurmaktadır.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

Türkiye’de merdiven altı tabir edilen yasadışı nakil yerlerinde gerçekleştirilen organ nakli vakıalarına rastlanmamaktadır. Organ ticareti amacıyla kurulan örgütler ise, organ mafyası veya uluslararası örgüt şeklinde olmayıp, genellikle diyaliz merkezlerinde hayattan umudu kalmamış hastaları tespit etmek suretiyle bunlara diğer suç ortakları vasıtasıyla organ ayarlayan ve sahte belge ve beyanlarla legal nakil sistemini kullanarak organ ticareti yapılması konusunda alıcı ve vericiye yardımcı olan küçük ölçekli örgütleri ifade etmektedir.

Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde suçun örgütlü işlenmesinden başka, çocuğa veya savunmasız bir kimseye karşı işlenmesi ile görevini kötüye kullanan bir kimse tarafından işlenmesi ağırlatıcı sebepler arasında sayılmışken, Türk Hukukunda bu şekilde ağırlatıcı sebeplerin olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmekteyiz. Bunun dışında, organ ticareti suçuna ilişkin tanımların örtüştüğü sonucuna varmak mümkündür.

Türk doktrininde organ satıcısına yönelik şahsi cezasızlık veya ceza indirimi gerektiren özel bir zorunluluk halinin olması, suçlulukla mücadeleyi güçleştireceği düşüncesiyle eleştirilse de, biz hükmün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizce, suçun kök sebepleri araştırılmadan suçlulukla mücadele etkin bir surette gerçekleştirilemeyeceği gibi ceza adaleti de sağlanamaz. Organını satmaya karar verecek kadar maddi yönden zor durumda olan bir kimseye ceza vermek, onu daha çok mağdur edecektir. Organını satan kimsenin temel amacı suç işlemek değil, borçlarını kapatmak olduğundan, kendisinde kanuna karşı gelme iradesi zayıftır. Dolayısıyla kanunun bunu ödüllendirmesi gerekir kanaatindeyiz. Devletin ticareti önlemek için cezaları şiddetlendirmek yerine, organ yetersizliğine bir çözüm bulması ve potansiyel vericiler olan ekonomik yönden dezavantajlı insanların yaşam seviyelerini yükseltmesinin daha etkili olacağı düşüncesindeyiz. Ceza hukuku sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmedikçe etkili olamayacaktır. Zira kişi sosyal şartların da etkisiyle suç işlemektedir.

Organ ticareti suçunda asıl kötüniyetli kişi, organ vericisinin ve alıcısının zor durumlarından kâr etmeye çalışan aracı kimsedir. Dolayısıyla kanaatimizce en ağır cezayı hak eden odur. Kanunumuz satıcı, alıcı ve aracı arasında cezalandırmada ayırım yapmamıştır, ancak kanaatimizce Mahkemeler aracı kimseye cezayı üst sınırdan uygulamalıdır.

Tıp hukukunu ilgilendiren diğer suçlarda olduğu gibi organ ticaretinde de, hekimlerin sorumluluğu belirlenirken, etik ilkelere ne derece uyulduğu konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira tıp hukukunun temeli etik

değerlere dayanır. Hekimin kusurunun ağırlığı, kanun ile birlikte etik ilkelere ne ölçüde aykırı hareket ettiğine göre belirlenmelidir.

Türk Sisteminde organ ticareti suçu, gerek Türkler gerekse sağlık turizmi kapsamında tedavi amacıyla ülkeye gelen yabancılar tarafından, sahte belge ve beyanlarla, aslında öyle olmadıkları halde birbirlerini akraba olarak göstermeleri veya Etik Komisyonundan uygunluk kararı alabilmek için birbirlerini duygusal anlamda yakın (arkadaş, dost vb.) olarak göstermeleri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu sebeptir ki, hukukumuz Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 13/11 ile organ ticareti şüphesi bulunan riskli bölgelerden gelen kimselerin, aralarında akrabalık olsa dahi ancak Etik Komisyon kararıyla organ nakli olabileceklerine yönelik düzenleme yapması konusunda Sağlık Bakanlığına yetki vermiştir.

Etik Komisyon incelemesi, bir prosedürel işlem olmaktan öte, organ ticaretinin tespit edilmesi ve yasadışı naklin önlenmesi bakımından önemli bir aşama niteliğindedir. Bu konuda farkındalık artırılmalı, komisyon üyeleri taraflar arasındaki yakın bağ veya (bazı ülke vatandaşları için) akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti konusunda tatmin olmadan nakle yönelik olumlu görüş bildirmemelidir. Benzer surette, hastanenin nakil aşamasında görevli sekreterinden doktoruna tüm görevlilerinin, organ ticaretinin işlenme şekilleri, kimlikte veya evrakta sahteciliğin tespiti yöntemleri konularında eğitim almaları, herhangi bir bedensel zarar oluşmadan suçun tespit edilmesi ve suçla mücadele açısından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Organ Ticareti, Ölüden Organ Bağışı, Varsayılan Rıza Sistemi, Etik Komisyon.

WAYS TO COMBAT ORGAN TRAFFICKING

Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYASLAN AKDEMİR

ABSTRACT

Combating the crime of organ trafficking, which aims to protect human dignity, requires a multifaceted approach. Increasing penalties alone is not a sufficient solution; the most effective method of combating organ trafficking is to eliminate the underlying causes of its emergence. The state must take steps to reduce the fundamental causes of this crime, namely organ shortages and poverty. In particular, increasing deceased organ donation is essential to reducing organ shortages. Once the reasons for the low rate of deceased organ donation are eliminated, the number of available organs will increase, and people will no longer feel compelled to purchase another person's organ to survive.

Although shifting to a presumed consent system may increase the number of deceased organ donations, international studies reveal that presumed consent alone does not significantly raise donation rates. This finding suggests that relying solely on this system could lead to disappointment. Therefore, as also predicted by research, presumed consent should be considered together with factors such as public trust in the national healthcare system, the structure of the transplantation system, ethical, socio-cultural, and religious issues, public awareness of organ donation, and the general attitude of society. Indeed, Spain, the world leader in deceased organ donation, increased its donation rates not by adopting presumed consent, but through long-term investment in public education and specialized training programs for intensive care nurses and doctors.

Once social and economic measures to combat organ trafficking are in place, criminal law should come into play. Criminalizing advertisements or announcements seeking organ procurement plays an important role in preventing organ trafficking before any agreements are reached. Both the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and the Turkish Penal Code criminalize such acts. Law enforcement frequently relies on these provisions to prevent organ trafficking before any tangible harm arises.

In Turkey, no cases of organ transplants performed in illegal, so-called "back-alley" clinics have been observed. Organizations involved in organ trafficking are not international "organ mafias" but rather small-scale groups. These groups typically identify terminally ill patients in dialysis centers and,

through accomplices, arrange organs for them, assisting buyers and sellers in exploiting the legal transplant system with forged documents and false declarations.

While the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs lists aggravating circumstances such as committing the offense in an organized manner, against a child or vulnerable person, or by abusing one's authority, the absence of such aggravating factors in Turkish law is seen as a shortcoming. Other than this, the definitions of the crime largely overlap.

Although some scholars in Turkish doctrine criticize the existence of special grounds for exemption from punishment or sentence reduction for organ sellers—arguing that it weakens efforts to combat crime—we believe this provision is appropriate. In our view, without addressing the root causes of the crime, effective crime prevention and criminal justice cannot be achieved. Punishing someone who is financially so desperate that they decide to sell an organ would further victimize them. Since the primary aim of such a person is not to commit a crime but to repay debts, their intent to contravene the law is weak. Therefore, we believe the law is correct in rewarding this situation. Instead of intensifying penalties, the state should solve the problem of organ shortages and improve the living conditions of economically disadvantaged individuals who may become potential donors. Criminal law cannot be effective unless supported by social and economic measures, as individuals commit crimes under the influence of social conditions.

In organ trafficking, the truly malicious party is the intermediary who exploits the desperation of both the donor and recipient for profit. Thus, we believe intermediaries deserve the harshest punishment. Although Turkish law does not differentiate between seller, buyer, and intermediary in terms of penalties, courts should impose the maximum penalty on intermediaries.

As in other crimes concerning medical law, determining the liability of physicians in organ trafficking cases requires evaluating their adherence to ethical principles. Medical law is fundamentally grounded in ethics, and the degree of a physician's fault should be assessed based not only on legal provisions but also on the extent to which they violated ethical standards.

In Turkey, organ trafficking offenses are typically committed by both Turkish citizens and foreigners who come to the country for treatment under health tourism. They achieve this by using forged documents or declarations, pretending to be relatives, or claiming to have close emotional relationships (such as friends or companions) in order to obtain approval from the Ethics

Committee. For this reason, Article 13/11 of the Regulation on Organ Transplant Services authorizes the Ministry of Health to require Ethics Committee approval for organ transplants involving individuals from high-risk regions where there is suspicion of organ trafficking, even if the parties are related by blood.

The Ethics Committee review is more than a procedural step; it is a crucial safeguard for detecting organ trafficking and preventing illegal transplants. Awareness on this matter should be raised, and committee members should not issue favorable opinions unless convinced of the genuine relationship or kinship between the parties (particularly for nationals of certain countries). Likewise, all hospital staff involved in the transplantation process, from administrative clerks to physicians, should receive training on the methods of detecting organ trafficking and document forgery. Such training is essential for detecting crimes before any physical harm occurs and for effectively combating organ trafficking.

Keywords: Organ Trafficking, Deceased Organ Donation, Presumed Consent System, Ethics Committee.

ÖLÜ VERİCİDEN ORGAN VE DOKU NAKLİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatma HIZIR ASRAV*

Organ ve doku nakli şüphesiz sadece hekimleri değil, hukukçuları da ilgilendiren önemli bir konudur. Zira yaşayan bir kişiden ya da cesetten (ölü verici) organ ya da doku aktarımı söz konusu olduğu için kişilik hakkına müdahale gerçekleşmektedir. Bununla birlikte bu müdahalenin amacı sağlık kazandırma gibi üstün ve ahlaki bir amaçtır. Dolayısıyla burada iki menfaat çatışmaktadır ve bu sebeple bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda bu iki menfaat arasında dengeyi sağlayarak söz konusu problemleri çözmek için kısa adıyla 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu (ONK) çıkarılmıştır. Ayrıca İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ceset üzerinde bilimsel çalışma yapılmasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Organ Nakli Kanunu yaşayan bir kişiden ve cesetten organ ve doku aktarımını farklı şartlara tabi tutarak ayrı ayrı düzenlemiştir. Yaşayan bir kişiden organ ve doku naklinden farklı olarak, çalışmamızın konusunu teşkil eden cesetten organ ve doku nakli hem tedavi amacıyla hem de bilimsel araştırma amacıyla gerçekleştirilebilir. Cesetten organ ve doku naklinde ölüm anının tespiti oldukça büyük önem arz eder. Çünkü ölüm anının tespiti her şeyden önce organ ve doku naklinin sağlık kazandırma, diğer bir tabirle tedavi amacına olanak sağlaması açısından önemli olup, aynı zamanda sırf organ ve doku nakli için vericinin ölümüne sebebiyet vermemek açısından da önem arz etmektedir. Bu sebeple ODK m. 11'de bir kardiyolog, bir nörolog, bir nöroşirürjiyen ve bir de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik uzman hekim kurulunun oybirliğiyle ölüm olayının saptanması yasal bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki ölüm olayının ve zamanının tespiti hekimlerin uzmanlığı ve yetkisindedir. Hukukçular ise hekimlerin yaptığı tıbbi tespitin hukuki etkileri ve sonuçları ile ilgilenirler. Bu kapsamda cesetten organ naklinde ölenin mirasçılarının ve yakınlarının rızasının gerekip gerekmeyeceği meselesi önemli bir husustur. ODK m. 14 gereğince cesetten organ aktarımı için her şeyden önce kişi sağlığında buna rıza gösterdiğini bir ölüme bağlı tasarrufla açıklamış olmalıdır. Hükümde her ne kadar sadece resmi ve el yazılı vasiyetnameden bahsedilmiş olsa da, bir kimseyi sağlığına kavuşturma üstün amacı göz önünde bulundurulduğunda, sözlü vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle de bu rızanın geçerli olacağının

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

kabulü gerekir. Eğer ölen kişinin böyle bir rıza açıklaması yoksa, ODK m. 14 kademeli bir çözüm getirerek sırasıyla ölmüş kişinin eşi, ergin çocukları, annesi, babası, kardeşlerinden biri; bu kişiler yoksa herhangi bir yakınının rızasıyla cesetten organ ve doku naklini mümkün kılmıştır. Bununla birlikte kişi hayattayken cesedinden organ ve doku alınmasını istemediğini açıkça belirtmişse artık bahsi geçen kişilerin rızası olsa dahi kural olarak cesetten organ ve doku nakli mümkün olmaz. Ancak kornea gibi cesette değişiklik yapmayan dokuların bu ihtimalde de nakli mümkündür. ODK’da ayrıca cesetten organ ve doku nakli için rızanın aranmayacağı durumlar da düzenleme altına alınmıştır. ODK m.14/IV gereğince kaza ya da doğal afet sonucu ölüm olayı gerçekleşmiş ve vücut ağır harabiyet almışsa, vericinin vasiyeti ve yakınlarının rızası aranmaksızın, cesetten organ ve doku nakli yapılabilir. Ölümün gerçekleşme şekline göre vericinin vasiyetinin ya da yakınlarının rızasının aranmaması mirasçıların kişilik hakkını ihlal edebilecek nitelikte olduğundan eleştiriye ODK eleştiriye açık bir hüküm getirmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda kanunda öngörülmüş olan ölü vericiden organ ve doku naklinin nasıl, hangi şekilde ve hangi hukuki kurallar çerçevesinde gerçekleştirebileceğinin ortaya konulması amaçlanmıştır. Ayrıca söz konusu kanundaki eksikler incelenerek, çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Organ ve Doku Nakli, Ölü Verici, 2238 sayılı Kanun, Kişilik Hakkı.

ORGAN AND TISSUE TRANSPLANTATION FROM A DECEASED DONOR

Dr. Öğr. Üyesi Fatma HIZIR ASRAV

ABSTRACT

Organ Transplantation Law No. 2238 (ODK) was enacted to solve the problems in question by providing a balance between these two interests. In addition, the Regulation on Scientific Research on Human Corpses introduced regulations regarding scientific studies on corpses. The Organ Transplantation Law regulates organ and tissue transplantation from a living person and a corpse separately, subject to different conditions. Unlike organ and tissue transplantation from a living person, organ and tissue transplantation from a corpse, which is the subject of our study, can be performed for both treatment and scientific research purposes. Determining the moment of death is great importance in organ and tissue transplantation from a corpse. Because determining the moment of death is important first of all in terms of enabling organ and tissue transplantation to provide health, in other words, for the purpose of treatment, and it is also important in terms of not causing the death of the donor just for organ and tissue transplantation. For this reason, in Article 11 of the ODK, the determination of the event of death has been regulated as a legal obligation by the unanimous decision of a four-person board of specialist physicians consisting of a cardiologist, a neurologist, a neurosurgeon and an anesthesiology and reanimation specialist. It should be noted that determining the event and time of death is within the expertise and authority of physicians. Lawyers, on the other hand, are interested in the legal effects and consequences of the medical determinations made by physicians. In this context, the issue of whether the consent of the deceased's heirs and relatives is required for organ transplantation from a corpse is an important issue. According to Article 14 of the ODK, for organ transplantation from a corpse, first of all, the person must have declared his/her consent to this while he/she is alive with a death-related act. Although only official and handwritten wills are mentioned in the provision, when the superior purpose of restoring a person to health is taken into consideration, it should be accepted that this consent will also be valid with an oral will or inheritance contract. If the deceased person does not have such a consent statement, Article 14 of the ODK has provided a gradual solution and made it possible to transplant organs and tissues from a corpse with the consent of the deceased person's spouse, adult children, mother, father, one of the siblings; or if these persons are not available, with the

consent of any relative. However, if the person clearly stated that he/she did not want organs and tissues taken from his/her corpse while he/she was alive, organ and tissue transplantation from the corpse is not possible as a rule even with the consent of the aforementioned persons. However, transplantation of tissues that do not cause changes in the corpse, such as cornea, is possible in this case. ODK also regulates the situations in which consent is not required for organ and tissue transplantation from a corpse. According to Article 14/IV of the ODK, if death occurs as a result of an accident or natural disaster and the body is severely damaged, organ and tissue transplantation from the corpse can be performed without the consent of the donor and the consent of the relatives. Since the failure to seek the will of the donor or the consent of the relatives, depending on the manner in which the death occurred, may violate the personal rights of the heirs, the ODK has introduced a provision that is open to criticism. In this context, our study aims to reveal how, in what form and within what legal framework the organ and tissue transplantation from a dead donor, as foreseen in the law, can be carried out. In addition, the deficiencies in the said law have been examined and solution suggestions have been made.

Keywords: Organ and Tissue Transplantation, Dead Donor, Code n. 2238, Personality Right.

ALLOJENEİK KÖK HÜCRE NAKLİNDE VERİCİ ÇOCUĞUN HUKUKİ DURUMU

Dr. Öğr. Üyesi Reyhan TUHAN BOZ*

Kök hücre nakli, kan hastalıkları, bağışıklık yetmezlikleri ve bazı kanser türleri başta olmak üzere, çocuklarda görülen birçok önemli hastalığın tedavisinde kullanılan bir yöntemdir. Bu tedavi yöntemi ile hastanın hasarlı veya işlevsiz kemik iliği sağlıklı kök hücrelerle değiştirilerek normal kan üretiminin yeniden tesis edilmesi amaçlanmaktadır. Kök hücre kaynağı kemik iliği, periferik kan veya kordon kanı olabilir. Kök hücre nakli, otolog ve allojeneik olmak üzere iki şekilde yapılabilir. Otolog kök hücre naklinde kök hücreler, hastanın kendisinden alınıp depolanıp daha sonra hastaya geri verilir. Allojeneik kök hücre naklinde ise, kök hücreler, hastanın kardeşi başta olmak üzere akrabalarından veya akraba dışı bir vericiden alınmaktadır.

Kök hücre nakli, çocuklarda hayat kurtarıcı özellikleri ile öne çıkan bir tedavi yöntemidir. Özellikle çocukluk çağı lösemilerinde, konvansiyonel tedavilere yanıt alınamayan veya nükseden vakalarda, sağ kalım oranlarını önemli ölçüde artırabilmektedir. Bununla birlikte çocuklarda kök hücre nakli süreci, yetişkinlere kıyasla kendine özgü hukuki ve etik sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların temelinde çocukların karar verme yeteneklerinin henüz tam olarak gelişmemiş olması yer almaktadır. Allojeneik kök hücre naklinde sağlıklı bir çocuğun verici olması; çocuğun üstün yararı bağlamında ele alınması gereken bir hukuki mesele olduğu gibi nakil bekleyen de çocuk olduğu veya verici çocuğun ailesinden biri olduğu durumda çatışan menfaatler arasında bir denge kurulması önem arz etmektedir. Örneğin, çocuktan kök hücre alınmasının mı çocuğun kardeşinin ya da annesinin hayatta tutulmasının mı çocuğun üstün yararına olduğu tartışmaya değerdir.

Türkiye'de çocuklarda kök hücre naklini doğrudan düzenleyen özel bir kanun bulunmamakla birlikte, bu alandaki uygulamaları etkileyen hukuki düzenlemeler mevcuttur. Bu hukuki düzenlemeler, tedavi sürecinin yasal ve etik standartlara uygun bir şekilde yürütülmesini sağlama amacını taşır. Bu düzenlemelerin başında genel olarak organ ve doku nakillerini düzenleyen 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) gelmektedir. Literatürde kök hücreler de doku

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

tanımı kapsamında değerlendirilmektedir. Kanunda, organ ve doku nakli süreçleri, şartları ve sınırları detaylı bir şekilde belirlenmiştir. Kanunun 5. maddesi, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını açıkça yasaklamaktadır. İlgili hüküm, canlı çocuklardan kök hücre naklinin de yasal sınırlarını çizmektedir. Ayrıca Kanunun 6. maddesi, canlıdan organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya sözlü beyanının bir hekim tarafından onaylanması zorunluluğunu getirmektedir. Kanunda yer alan söz konusu sınırlamalar, kendi kararlarını verme yeteneklerinin sınırlı olmasını dikkate almakta ve esas olarak çocukların korunmasını gözetmektedir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde ise çocuklardan organ ve doku nakline istisnai olarak müsaade edilmektedir. Sözleşmenin, "Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasında, istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden yenilenebilir dokuların alınmasına izin verilebileceğini öngörmektedir. Bu istisna, muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcının vericinin kardeşi olması, naklin alıcı için potansiyel olarak hayat kurtarıcı olması, Sözleşmenin 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması ve potansiyel vericinin bir itirazının bulunmaması koşullarına bağlanmıştır. Türkiye, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne taraf olmakla birlikte, Sözleşme'nin 36. maddesi uyarınca, muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan hükmüne, ODNK'nın 5. maddesi ile uyumlu olmaması nedeniyle çekince koymuştur.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a dayanılarak 2010 yılında çıkarılan İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "Gönüllü verici: İnsana uygulanmak amacıyla doku ve hücrelerini bağışlamak için Bakanlık tarafından onaylanan bilgilendirilmiş onam formunu imzalamış; 18 yaş üstü vericiyi, kordon kanı için anneyi, yasal temsilcilerinin onayı alınmış 18 yaşından küçük vericiyi veya kısıtlı kişi" olarak tanımlanmıştır. Çocuklardan kök hücre nakli kanunda yasaklanmış olmasına rağmen ikincil mevzuatla bu tür nakillerin önü açılmıştır.

Çocukların korunması ve karar verme yeteneklerinin sınırlılığı, bu alanda kanuni düzenlemeleri zorunlu kılarken diğer yandan da kök hücre naklinin hayat kurtarıcı bir işlem olduğu ve çocukların bazı durumlarda bağış yoluyla kendi aile bireylerinin veya başka çocukların hayata tutunmaları bakımından bir umut sağlayabileceği göz ardı edilmemelidir. Çocuk haklarının temel ilkesi olan çocuğun üstün yararını ön planda tutan, çocuğun katılma hakkını gözeten ve etik değerlere uygun bir çözümün Türk hukukuna kazandırılması bir ihtiyaçtır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Üstün Yararı, Allojeneik Nakil, Biyotıp Sözleşmesi, Kök Hücre Nakli.

LEGAL STATUS OF THE DONOR CHILD IN ALLOGENEIC STEM CELL TRANSPLANTATION

Dr. Öğr. Üyesi Reyhan TUHAN BOZ

ABSTRACT

Stem cell transplantation is a technique employed in the treatment of several significant illnesses in children, including haematological disorders, immunodeficiencies, and some cancers. This form of treatment aims to restore normal blood production by substituting the patient's damaged or malfunctioning bone marrow with healthy stem cells. You can source stem cells from bone marrow, peripheral blood, or umbilical cord blood. There are two methods for performing stem cell transplantation: autologous and allogeneic. Autologous stem cell transplantation involves harvesting stem cells from the patient, preserving them, and then reintroducing them to the patient. In allogeneic stem cell transplantation, stem cells are sourced from relatives, particularly the patient's sibling, or from an unrelated donor.

Stem cell transplantation is a treatment method characterised by its lifesaving properties for children. It can markedly enhance survival rates, particularly in paediatric leukaemias that are refractory to standard treatment or have relapsed. Nonetheless, the stem cell transplantation procedure for paediatric patients presents distinct legal and ethical challenges compared to adults. The root of these issues lies in the incomplete development of children's decision-making abilities. In allogeneic stem cell transplantation, whether a healthy child can be a donor is a legal issue that must be considered in the context of the child's best interests. Where the person seeking a transplant is also a child, or the donor is a family member of the child, it is crucial to balance conflicting interests. For example, it is worth discussing whether it is in the child's best interest to receive stem cells from the child or to keep the child's sibling or mother alive.

While Turkish law lacks particular legislation governing stem cell transplantation in minors, there exist legislative rules that influence activities in this domain. These regulations seek to ensure that the treatment procedure adheres to legal and ethical norms. The first provision of these rules is Law No. 2238 about the Law on the Retrieval, Preservation, Implantation, and Transplantation of Organs and Tissues, which governs organ and tissue transplantation comprehensively. In the literature, stem cells are assessed in the context of tissue definition. The legal framework delineates the methods, criteria, and limitations governing organ and tissue transplantation. Article 5

of the law explicitly prohibits the extraction of organs and tissues from individuals under the age of eighteen or those who lack sound mind. The pertinent paragraph delineates the legal boundaries of stem cell transplantation from living children. Additionally, Article 6 of the law requires that for getting organs and tissues from living donors, a clear and voluntary statement must be made in advance, either in writing and signed or spoken aloud, in front of at least two witnesses, and it must be approved by a doctor. These legal restrictions primarily protect children by taking into account their lack of independent decision-making capacity.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine enables organ and tissue transplantation from minors under specific circumstances. The second paragraph of Article 20 of the Convention on Human Rights and Biomedicine addresses the protection of persons not able to consent to organ removal. Under exceptional circumstances and in accordance with legal protections, the extraction of renewable tissues may be permitted from an individual who is unable to provide permission. This exemption applies where there is no compatible donor available who has the capacity to consent, the recipient is a sibling of the donor, the donation must have the potential to be life-saving for the recipient, the authorisation provided for under paragraphs 2 and 3 of Article 6 has been given specifically and in writing, in accordance with the law and with the approval of the competent body; and the potential donor concerned does not object. The Republic of Türkiye, as a signatory to the Convention on Human Rights and Biomedicine, has invoked reservations under Article 36 regarding the provision permitting the extraction of self-regenerating tissues from individuals lacking the capacity to consent, citing incompatibility with Article 5 of the Law No. 2238.

Article 4, entitled definitions, of the Regulation on Human Tissues, Cells, and the Quality and Safety of Related Centres, promulgated in 2010 pursuant to Law No. 2238, defines the concept of voluntary donor as an individual who has signed the informed consent form sanctioned by the ministry to donate their tissues and cells for human use; this definition encompasses individuals over the age of eighteen, mothers donating cord blood, minors under the age of eighteen with the consent of their legal guardians, or individuals with restrictions. Thus, the pathway for stem cell transplantation from minors, previously banned by law, has been established with the enactment of the aforementioned regulation.

The safeguarding of children and their restricted capacity for autonomous decision-making necessitate legal constraints. Conversely, we should not overlook the life-saving nature of stem cell transplantation and the potential for children to contribute, providing hope to other children or family members of the child. Therefore, it is crucial to consider these factors when making decisions about paediatric transplants. It is imperative to introduce a solution to Turkish law that prioritises the child's best interests, which is the fundamental principle of children's rights, respects the child's right to participation, and complies with ethical values.

Keywords: Best Interests of the Child, Allogeneic Transplantation, Convention on Human Rights and Biomedicine, Stem Cell Transplantation.

ÇOCUKLARDA ORGAN NAKLİNDE SIRA VE ÖNCELİK

Dr. Esin YAVAŞOĞLU*

Av. Gül Yağmur YAVAŞOĞLU**

Organ nakli, özellikle çocuk hastalar için hayati öneme sahip bir tedavi yöntemidir. Ancak uygun organ bulunamaması, ya da pozitif ayrımcılık tanınarak önceliklendirme yapılmaması çocukların uzun süre bekleme listelerinde kalmasına neden olmaktadır. Bu durum yalnızca tıbbi değil, aynı zamanda hukuki bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Organ bağışı ve nakli süreci, özellikle ülkemizde yeterli yerli organ bağışı olmaması sebebiyle kıt bir kaynağın paylaşımına dayandığından adalet, eşitlik ve üstün yarar gibi temel ilkelerle ve kanunlarla belirlenen herkese eşit imkan prensibine göre şekillenir. Çocuk hastalar söz konusu olduğunda, organ dağıtımında kimin öncelikli olması gerektiği sorusu yalnızca tıbbi değil, aynı zamanda çocuk hakları çerçevesinde ele alınmalıdır. Organ nakli bekleyen çocuklar, gelişimlerinin en kritik evresinde hem yaşama hem de büyüme hakkından mahrum kalma riski taşımaktadır. Bu bağlamda, organ dağıtımında çocuklara öncelik tanınıp tanınmaması konusu, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda yeniden değerlendirilmelidir.

Tıbbi perspektiften yapılan değerlendirmeler, çocuk hastaların organ nakline duyduğu ihtiyacın diğer hastalara göre daha fazla olduğunu ortaya koymaktadır. Bunu sadece mevcut sağlık durumlarının kötüleşmesiyle sınırlı tutmamak gerekir. Uzun bekleme süreleri, onların büyüme ve gelişme süreçlerinde telafisi güç kayıplara yol açmaktadır. Pediatrik hastalarda beden ölçüleri ve doku uyumu gibi kriterler nedeniyle uygun organ bulmak daha zor olmakta; bu da bekleme süresinin uzamasına yol açmaktadır. Diğer ülkelerdeki yasal öncelik düzenlemelerine nazaran ülkemizde nakil sırasında çocukların öncelikli olmaması çocukların anayasayla güvence altına alınmış olan yaşam hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir. Nakil sonrası, çocukların daha uzun ve kaliteli bir yaşam sürebilmeleri mümkündür. Bu yönüyle, pediatrik hastalara organ tahsisinde öncelik tanınması yalnızca insani değil, aynı zamanda bilimsel ve hukuki bir gereklilik olarak öne çıkmaktadır. Buna rağmen, özellikle ülkemizde çocuklara yapılan organ nakli oranı toplam nakiller içinde oldukça düşüktür. Bu durum, birçok çocuğun uzun yıllar

* Bilkent Şehir Hastanesi Pediatri Bölümü.

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi.

beklemesine ve önemli bir kısmının uygun organ bulunamadan hayatını kaybetmesine neden olmaktadır.

Hukuki düzenlemeler göz önüne alınarak incelendiğinde ise organ nakli sistemi, mevzuat çerçevesinde belirlenmiş kriterlere göre yürütülmektedir. Organ tahsisinde tıbbi aciliyet, uyumluluk ve bekleme süresi gibi objektif ölçütler esas alınmakta; kural olarak bireysel önceliklere izin verilmemektedir. Ancak bu genel sistem içerisinde çocuklara özgü bir öncelik tanımlamasına dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Oysaki çocukların özel durumu ve uluslararası yükümlülükler doğrultusunda, uygulamaların bu farklılığı dikkate alacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Çocukların yaşama ve sağlık hizmetine erişim hakkı, hem anayasa hem ulusal hukuk hem de taraf olunan uluslararası sözleşmeler kapsamında devletin koruması altındadır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde çocuk hastaların organ nakline erişiminde karşılaştıkları hukuki engellerin kaldırılması; onların sağlık hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlayacak adımların atılması büyük önem taşımaktadır.

Organ nakli ve dağılımında özellikle çocuk hastaların özel durumunu dikkate alan bir hukuki düzenleme yapılması gerekmektedir. Çalışmanın amacı çocukların yaşama ve sağlık hakkının daha güçlü biçimde korunması ve organ nakli sırasının çocukların özel durumlarını göz önüne alarak yapılacak düzenlenmelerin yasal ve tıbbi açıdan incelenerek değerlendirilmesidir. Çocuklarda organ nakli bekleme süresi, yalnızca bir tıbbi bir mesele olarak değil, aynı zamanda hukuki bir sorumluluk alanı olarak ele alınmalıdır. Tıp, çocuğun fiziksel ihtiyaçlarını ve aciliyetini ortaya koyarken; hukuk, bu ihtiyaçların karşılanmasını sağlayacak yasal zemini hazırlayarak, çocuğun üstün yararı ve yaşama hakkı kapsamında bir koruma oluşturmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Organ Nakli, Bekleme Süresi, Çocuk Hukuku, Yaşam Hakkı.

ORDER AND PRIORITY IN ORGAN TRANSPLANTATION FOR CHILDREN

Dr. Esin YAVAŞOĞLU
Av. Gül Yağmur YAVAŞOĞLU

ABSTRACT

Organ transplantation is a vital treatment especially for pediatric patients. However, the lack of suitable organs or the lack of positive discrimination and prioritization causes children to remain on waiting lists for a long time. This situation is not only a medical but also a legal problem. Since the organ donation and transplantation process is based on the sharing of a scarce resource, especially in our country due to the lack of sufficient local organ donations, it is shaped by basic principles such as justice, equality and best interest, and the principle of equal opportunity for all as determined by law. In the case of pediatric patients, the question of who should be prioritized in organ distribution should be addressed not only from a medical perspective but also from a child rights perspective. Children waiting for organ transplants are at risk of being deprived of their right to live and grow at the most critical stage of their development. In this context, the question of whether children should be given priority in organ distribution should be re-evaluated in line with the principle of the best interests of the child.

From a medical point of view, paediatric patients have a greater need for organ transplantation than other patients. This should not be limited to the deterioration of their current health status. Long waiting times result in irreparable losses in their growth and development. In the case of paediatric patients, it is more difficult to find a suitable organ due to criteria such as body size and tissue compatibility, resulting in a longer waiting time. Compared to the legal priority rules in other countries, children in Turkey are not prioritised for transplantation, which violates their constitutionally guaranteed right to life. After transplantation, children can live a longer and better quality of life. In this regard, prioritizing pediatric patients in organ allocation is not only a humanitarian, but also a scientific and legal necessity. Despite this, the rate of organ transplantation for children in Turkey is very poor. As a result, many children have to wait for years and a significant number die before a suitable organ is found.

From a legal perspective, the organ transplantation system operates according to criteria set out in the legislation. Organ allocation is based on objective criteria such as medical urgency, compatibility and waiting time; as

a rule, individual priorities are not allowed. However, within this general system, there is no provision for a priority definition specific to children. However, in line with the special situation of children and international obligations, practices should be organized to take this difference into account. Children's right to life and access to health care is under the protection of the state under the constitution, national law and international conventions to which the state is a party. In this context, it is of great importance to remove the legal obstacles that pediatric patients face in accessing organ transplantation and to take steps to ensure that they can effectively exercise their right to health.

It is necessary to make a legal regulation that takes into account the special situation of pediatric patients in organ distribution. In this context, a legal basis should be prepared for the implementation of international conventions by examining the regulations in foreign legislation. Arrangements should be made to ensure the active participation of physicians specialized in pediatric transplantation in the process and that decisions are taken in line with transparent rules. As a result of such regulations, children's right to life and health should be protected more strongly and the organ transplantation queue should be organized taking into account the special circumstances of children. The waiting period for organ transplantation in children should be treated not only as a medical issue but also as an area of legal responsibility. While medicine should address the physical needs and urgency of the child, the law should prepare the legal basis for meeting these needs and establish a basic regulation within the scope of the child's best interest and right to life.

Keywords: Children's Rights, Organ Transplantation, Waiting Period, Child Law, Right To Life.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
İKİNCİ GÜN
YEDİNCİ OTURUM

ESTETİK TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Prof. Dr. Turan ŞAHİN*

Son yıllarda teknolojik, sosyal ve ekonomik gelişmeler, kişilerin gerek dış görünüş gerekse sağlık açısından kendilerini iyi hissetmelerini temin için estetik tıbbi müdahalelere olan talebi artırmıştır. Yapılan estetik tıbbi müdahalelerde, gerek ayıplı ifa gerekse doğan zararların tazmini bakımından günlük yaşamda sıkça ihtilaflar çıkmaktadır. Tıbbi müdahaleyi yapan açısından sorumluluğun şartları, sorumluluğun dayanağı ve iş sahibinin (hastanın) seçimlik haklarının neler olduğunun belirlenmesi meselesi önemlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/g maddesine göre; tıbbi müdahale tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder. Yine yönetmeliğin 5/a maddesinden hareketle; bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğu değerlendirildiğinde, estetik müdahaleler, kişinin kendini beden ve ruhen iyi hissetmesini temin ettiğinden tıbbi müdahale sayılır.

Buradaki tıbbi müdahalenin kişilik hakkına saldırı sayılmaması ve hukuka aykırı olmaması için hastanın rızasının alınması, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak, hekim tarafından yapılması gerekir. Estetik ameliyatlar bakımından yetkili hekimin kim olduğu “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’ten hareketle belirlenebilir. Anılan yönetmelik ek madde 1-14’e göre; “Bu Yönetmelikte poliklinik odası için tanımlanmış gerekli fiziki mekân ve asgari tıbbi donanımın sağlanması şartıyla, tıp merkezi, poliklinik ve muayenehaneler bünyesinde; tabiplerce eğitim müfredatları ve sertifika ile edinilmiş yetkinlikleri kapsamında, bulunduğu sağlık kuruluşunda izin verilen tıbbi uygulamalar çerçevesinde, estetik amaçlı sağlık hizmetleri sunulabilir.”. Yönetmeliğin bu maddesinde daha önce yer alan; “deri ve zührevi hastalıkları uzmanları, plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahî uzmanları ile Bakanlıkça onaylı medikal estetik sertifikası bulunan” ifadesi 7 Ocak 2025 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan “Ayakta Teşhis ve Tedavi

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile hükümden çıkarılmıştır. Bugün için eğitim müfredatları ve sertifika ile edinilmiş yetkinlikleri kapsamında tabipler estetik müdahale gerçekleştirebilirler.

Saç ekimi; saç ekimi birimleri hakkında yönetmelik kapsamında saç ekimi uygulayıcı sertifikasına sahip tabip tarafından yapılır. (Yönetmelik m. 4/c) Bakanlıkça tescili yapılmış medikal estetik sertifikasına sahip tabiplerden/uzman tabiplerden, plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi ile deri ve zührevi hastalıkları uzmanlarından ayrıca saç ekimi uygulayıcı sertifikası istenmez. (Yönetmelik m. 9/2) Saç ekimi yardımcı uygulayıcı sertifikasına sahip sağlık meslek mensubu da işleme yardımcı olur. (Yönetmelik m. 4/ç) Bu yardım, yönetmelik m. 9/3 kapsamında saç foliküllerinin kanallara yerleştirilmesi aşamasındadır.

Güzellik salonları konusunda ise İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik J-16.3. maddesine göre; “Güzellik salonlarında lazer veya IPL ile akne, cilt yenileme, vasküler damar tedavisi, pigmentli lezyon tedavisi ve benzeri hiçbir tıbbi işlem yapılamaz ve bunlara ilişkin hiçbir surette reklam ve diğer tür tanıtım faaliyetlerinde bulunulamaz.”.

Estetik amaçlı müdahalenin hukuki niteliği hususunda farklı değerlendirmeler söz konusudur. Nitekim hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi mi olduğu ya da eser sözleşmesi mi olduğu veyahut karma bir sözleşme mi olduğu sorusunun yanıtı, müdahaleyi yapanın sorumluluğunun belirlenmesi ve uygulanacak olan hükümler açısından önem arz eder.

Estetik müdahale sonucu ortaya çıkan eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim ya da ücretsiz onarım isteme olarak ifade etmek mümkündür. (TBK m. 475) Ayrıca iş sahibinin genel hükümlere göre maddi-manevi tazminat isteme hakkı da vardır.

Yargıtay; estetik müdahalenin ayıplı olması halinde uygulanacak olan hüküm olarak eser sözleşmesinde iş sahibinin seçimlik haklarına ilişkin TBK m. 475 hükmünü göstermektedir. Ancak estetik müdahalenin ayıplı hizmet olarak düşünülmesi halinde TKHK m. 15 hükmünün de dikkate alınması söz konusu olabilir. Estetik müdahale bakımından tüketici sıfatının varlığında görevli mahkeme tüketici mahkemesidir.

Yargıtay kararlarında estetik tıbbi müdahalelerde ortaya çıkan sorunlarda “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp

Sözleşmesi” hükümleri de dikkate alınmaktadır. Sözleşmenin “mesleki standartlar” başlıklı 4. maddesine göre; “Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”. Tıbbi standartlara aykırılık teşhis ya da tedavide veya müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. Yapılan müdahalenin tıbbi standartlara uygun olması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Estetik Tıbbi Müdahale, Eser Sözleşmesi, Ayıp, Tazminat.

LEGAL LIABILITY ARISING FROM AESTHETIC MEDICAL INTERVENTIONS

Prof. Dr. Turan ŞAHİN

ABSTRACT

In recent years, technological, social, and economic developments have increased the demand for aesthetic medical interventions, both for appearance-related and health-related reasons, in order to ensure that individuals feel well. Aesthetic medical interventions frequently give rise to disputes in daily life, particularly concerning defective performance and compensation for damages. Determining the conditions of liability for the physician, the legal basis of such liability, and the options available to the patient (the client) is of significant importance.

According to Article 4/g of the Patient Rights Regulation, a medical intervention is defined as a physical or psychological intervention carried out within the scope of medicine by persons authorized to practice the medical profession, in accordance with relevant professional obligations and standards, for the protection of health, diagnosis, and treatment of diseases. Based on Article 5/a of the same Regulation, since the right to live in a state of complete physical, mental, and social well-being is regarded as the most fundamental human right, aesthetic interventions, which ensure that individuals feel well both physically and mentally, also qualify as medical interventions.

For a medical intervention not to be considered an infringement of personal rights and unlawful, patient consent must be obtained, the intervention must be for therapeutic purposes and in accordance with medical science, and it must be performed by a licensed physician. Regarding aesthetic surgeries, the competent physician is determined by reference to the "Regulation on Private Health Institutions Providing Outpatient Diagnosis and Treatment." According to its Additional Article 1-14, "Provided that the necessary physical facilities and minimum medical equipment defined for a polyclinic room are met, aesthetic health services may be provided in medical centers, polyclinics, and private practices by physicians within the scope of their curriculum-based training and certified competencies, limited to the medical practices permitted in the respective health institution." The earlier wording of this provision, which specified "dermatology specialists, plastic, reconstructive and aesthetic surgery specialists, and physicians holding a Ministry-approved medical aesthetics certificate," was repealed by the

amendment published in the Official Gazette on January 7, 2025. At present, physicians with curriculum-based training and certified competencies may perform aesthetic interventions.

Hair transplantation is carried out by a physician holding a hair transplantation practitioner certificate under the Regulation on Hair Transplantation Units (Art. 4/c). For physicians with a Ministry-approved medical aesthetics certificate or who are specialists in plastic, reconstructive and aesthetic surgery or dermatology, no additional hair transplantation certificate is required (Art. 9/2). A healthcare professional holding an auxiliary hair transplantation practitioner certificate may also assist in the procedure (Art. 4/ç). Such assistance is limited to the placement of hair follicles into channels, pursuant to Art. 9/3 of the Regulation.

As for beauty salons, Article J-16.3 of the Regulation on Opening and Operating Licenses for Workplaces states: "In beauty salons, no medical procedures such as laser or IPL for acne, skin rejuvenation, vascular treatments, pigmented lesion treatments, or similar procedures may be performed, and no advertising or promotional activities regarding these procedures are permitted."

There are different approaches regarding the legal nature of aesthetic interventions. The question of whether the legal relationship is a mandate contract, a contract for work, or a mixed contract is important in determining the liability of the practitioner and the applicable provisions.

If the result of an aesthetic intervention is defective, the patient's rights arising from defect may include rescission of the contract, a reduction of the fee proportionate to the defect, or a demand for free rectification (Turkish Code of Obligations, Art. 475). In addition, under general provisions, the patient may claim pecuniary and non-pecuniary damages.

The Court of Cassation has held that in cases of defective aesthetic interventions, Article 475 of the Turkish Code of Obligations, which governs the options available to the client in a contract for work, shall apply. However, if the intervention is considered a defective service, Article 15 of the Consumer Protection Law may also be relevant. Where the patient qualifies as a consumer, jurisdiction lies with the consumer courts.

In its rulings, the Court of Cassation has also referred to the provisions of the "Convention on Human Rights and Biomedicine" (Oviedo Convention) in disputes arising from aesthetic medical interventions. According to Article 4 of the Convention, entitled "Professional standards," "Any intervention in

the health field, including research, must be carried out in accordance with relevant professional obligations and standards.” Non-compliance with medical standards may occur at the diagnostic or therapeutic stage, or in the post-intervention process. The intervention must conform to medical standards.

Keywords: Medical Intervention, Aesthetic Medical Intervention, Contract for Work, Defect, Compensation.

**YABANCI MAHKEME KARARLARINDAN ÖRNEKLERLE
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA BOŞANMA HALİNDE
EMBRİYONUN HUKUKİ STATÜSÜNE UYGULANACAK
HUKUKUN TESPİTİ**

Dr. Öğr. Üyesi Özlem BURDURLU AHLAT*

Embriyo dondurma (kryoprezervasyon), modern tıbbın doğal yollarla ya da kişisel sağlık engelleri nedeniyle bulundukları anda çocuk sahibi olamayan, olmak istemeyen çiftlere ileride soylarını sürdürmeleri için sunduğu bir olanaktır. Erkek ve kadından alınan biyolojik materyalin laboratuvar ortamında döllenmesi sonucunda oluşturulan embriyolar, henüz vücuda nakline ihtiyaç duyulmuyorsa bazı özel merkezlerde yıllarca saklanabilir. Türkiye’de de Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (‘Yönetmelik’)’in 20. maddesinde aranan kriterler dahilinde, evli çiftlerden alınan materyal ile embriyo üretilmesi ve embriyonun saklanması mümkündür.

Ülkemiz, sağlık personelinin profesyonel yetkinliği ve bazı tıbbi işlemlerin diğer ülkelere kıyasla daha uygun fiyatlarla sağlanması sebebiyle sağlık turizmine açık bir ülkedir. Bu sebeple yabancı çiftler ya da bir Türk vatandaşı ile evli olan yabancı kişiler ülkemizde embriyo dondurmayı tercih edebilmektedir. Türk vatandaşları da yurtdışında bir merkezde in vitro fertilizasyon işlemi çerçevesinde elde edilen embriyoların dondurulmasını sağlayabilir. Ülkemizde yalnızca evli çiftler embriyo dondurma imkânına sahip ise de Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde evli olmayan çiftler de bu imkândan faydalanabilmektedir. Yine, ülkemizde yasal düzenlemeler çerçevesinde evliliğin eşlerden birisinin ölümü ya da eşlerin boşanması hâlinde son bulmasıyla embriyoların imha edileceği belirtilmekteyken yabancı ülkelerde taraflardan birisinin ölümü ya da çiftin ayrılığı veya evliliğin yasal olarak son bulması, doğrudan embriyoların imha edilmesi sonucunu doğurmamaktadır.

Yukarıda örneği verilen yabancılık unsuru taşıyan ayrılık ilişkileri açısından Türk hukuku ile karşılaştırmalı hukuktaki farklılıklar, boşanma ve evlilik benzeri ilişkilerde ayrılık hâlinde embriyonun hukukî statüsünü belirleme gereğini önemli kılmaktadır. Bu statüyü belirleyecek hukuku tespit

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

etmeden önce yukarıda adı zikredilen Yönetmelik'in Türk mahkemelerinde açılan davalar bakımından etkisi açısından konuyu iki temelde incelemek önemlidir. Embriyonun Türkiye'de veya yurtdışında saklanmasına bağlı olarak ayrı tespitlerin yapılması gerekir.

İlk olarak, yabancılık unsuru taşıyan bir evlilik ilişkisi çerçevesinde Türkiye'de embriyosu saklanan ve sonradan boşanan çift bakımından embriyonun akıbetinin ne olacağı öncelikle değerlendirilmelidir. Bize göre, Yönetmelik hükümleri, Türk ve yabancı kişiler arasında ayrım yaratmadan kamusal düzen ve sağlık açısından bazı koruyucu hükümler içerdiği için milletlerarası özel hukuk bakımından doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda yabancılık unsuru taşıyan boşanma ilişkileri açısından embriyonun yasal statüsünü belirlemek için uygulanacak hukuku tespit etmeye ihtiyaç duyulmadan Yönetmelik m. 20'ye göre boşanmaya karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi hâlinde embriyoların imha edilmesi gerekecektir.

İkinci olasılıkta, embriyo yurtdışında saklanıyor olabilir. Bu olasılığı da çeşitli kurgular dahilinde ele almak gerekir. İlk ihtimale göre evli olan bir Türk çift veya Türk vatandaşı ile yabancı kişi Türk mahkemelerine boşanmak için başvurmuş olabilir. İkinci ihtimale göre ise, evlilik bağı bulunmayan fakat kendi ülke hukuklarına göre evlilik benzeri bir kayıtlı birliktelik yaşayan yabancılar, yasal olarak ayrılmak için Türk mahkemelerine başvurabilir. Son ihtimale göre de aralarında yasal hüküm ve sonuçlar bağlanan herhangi bir hukukî bağı bulunmayan bir çift yurtdışında bulunan kendilerine ait embriyo hakkında bir talepte bulunmak üzere Türk mahkemelerine başvurabilir. Bu paragrafta sayılan tüm hâllerde embriyo yurtdışında saklandığı için Yönetmelik kapsamındaki doğrudan uygulanan kuralın etkisi dikkate alınmayabilecektir. Bu hâlde mahkemenin embriyonun hukukî statüsünü belirleyecek hukuku tespit etmesi gerekir.

Yabancılık unsuru taşıyan ilişkiler açısından Türk mahkemelerinde henüz verilmiş örnek bir karar bulunmadığı için boşanma ve ayrılık ilişkileri açısından embriyonun hukukî statüsünü tayin etmek bakımından yabancı mahkeme kararlarından faydalanıldığında embriyonun vasıflandırılmasında bazı ihtilâflar ile karşılaşılacaktır. Bazı kararlarda embriyo bir evlilik malı olarak vasıflandırılmış ve evlilik mallarına uygulanan hukukun tespiti gerekmiştir. Bazı örnek kararlarda embriyonun hukukî statüsüne boşanma statüsü, diğerlerinde ise velayet statüsü uygulanmıştır.

Boşanma ve ayrılık neticesinde embriyoya yönelik hak ve taleplerin farklı ülkelerde farklı şekilde vasıflandırılması, milletlerarası özel hukuk açısından vasıf ihtilâfları doğurmaktadır. Vasıf ihtilâflarının olduğu ilişkilerde hakimin ilişkiyi hangi vasıflandırma yöntemine göre vasıflandıracağı önemlidir. Çalışmada boşanan veya ayrılan çiftlerin dondurulmuş olan embriyolarının hukukî statüsüne yönelik Türk mahkemelerinde açılacak davalar açısından yönlendirici olabileceği düşünülerek yabancı mahkemelerin uygulanacak hukukun tespiti için izlediği metod ve yaklaşımlar incelenecektir. Yabancı mahkemelerin kararları üzerinden Türk mahkemeleri'nde görülebilecek bazı davalar için tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Embriyo, Evlilik, Boşanma, Kayıtlı Birliktelik, Yabancılık Unsuru.

**THE APPLICABLE LAW TO THE LEGAL STATUS OF THE EMBRYO
IN CASE OF DIVORCE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
ANALYSIS WITH EXAMPLES FROM FOREIGN COURT
DECISIONS**

Dr. Öğr. Üyesi Özlem BURDURLU AHLAT

ABSTRACT

Embryo freezing (cryopreservation) is a method offered by modern medicine to couples who are unable or unwilling to conceive at the present time due to natural or health-related reasons, enabling them to preserve their reproductive potential for the future. Embryos created through the fertilization of biological material obtained from a man and a woman in a laboratory environment can be stored for many years in specialized centers if immediate implantation is not required. In Türkiye, the Regulation on Assisted Reproductive Treatment Procedures and Assisted Reproductive Treatment Centers ("the Regulation") allows for the creation and storage of embryos using material obtained from married couples, provided that the criteria set forth in Article 20 are met.

Due to the professional competence of Turkish healthcare personnel and the relatively lower costs of certain medical procedures compared to other countries, Türkiye is an increasingly popular destination for health tourism. Consequently, foreign couples or foreign nationals married to Turkish citizens may choose to undergo embryo freezing procedures in Türkiye. Turkish nationals may also have embryos frozen abroad through in vitro fertilization procedures. While Turkish law allows only married couples to benefit from embryo freezing, in countries such as the United States, unmarried couples can also access these services. Moreover, under Turkish regulations, the death of one spouse or the dissolution of the marriage through divorce results in the destruction of stored embryos. In contrast, in some foreign jurisdictions, such events do not automatically necessitate the destruction of embryos.

Given the divergences between Turkish law and foreign legal systems in regulating embryo-related issues upon separation, particularly in cases involving foreign element, it becomes essential to determine the legal status of embryos in the event of divorce or the breakdown of relationships similar to marriage. Before identifying the applicable law that will determine this legal status, it is necessary to analyze the impact of the aforementioned

Regulation on cases brought before Turkish courts, distinguishing between whether the embryo is stored in Türkiye or abroad.

Firstly, in cases where an embryo is stored in Türkiye within the context of a marriage involving a foreign element and the couple subsequently divorces, the fate of the embryo must be examined. In our view, the provisions of the Regulation—containing public policy and health-related protective measures—should be considered as overriding mandatory rules in private international law, regardless of whether the parties are Turkish or foreign nationals. Therefore, in cases of a divorce involving foreign element, there is no need to determine the applicable law separately. Pursuant to Article 20 of the Regulation, once a final divorce judgment is rendered, the embryos must be destroyed.

In the second scenario, the embryo may be stored abroad. This situation should be addressed through various hypothetical configurations. One possibility is that a married Turkish couple or a Turkish citizen married to a foreign national may apply to Turkish courts for divorce. Another possibility involves foreign nationals in a legally recognized union similar to marriage under their national laws who apply to Turkish courts for separation. A final scenario includes a couple without any legal relationship recognized under Turkish or foreign law, but who apply to Turkish courts with a request related to their embryo stored abroad. In all of these scenarios, as the embryo is stored outside Türkiye, the overriding mandatory effect of the Regulation may not be invoked. In such cases, the court must determine the law applicable to the legal status of the embryo and apply it.

As there are no Turkish court decisions addressing the legal status of embryos in separation or divorce proceedings involving foreign element, reference to foreign court decisions becomes necessary. However, these decisions reveal classification conflicts (qualification issues) regarding how the embryo should be legally characterized. Some courts have treated embryos as marital property, thereby requiring the determination of the law applicable to matrimonial property regimes. Others have applied the law governing divorce, while some have approached the matter from the perspective of child custody law.

The varying legal classifications of embryos following separation or divorce across different jurisdictions give rise to characterization conflicts under private international law. In such cases, the characterization method employed by the judge is of critical importance. This study aims to analyze the methods and legal approaches adopted by foreign courts in determining

the applicable law to the legal status of frozen embryos following the separation or divorce of couples. Drawing from these decisions, the study seeks to offer guidance for future cases that may be brought before Turkish courts and to provide proposals and recommendations accordingly.

Keywords: Embryo, Marriage, Divorce, Registered Partnership, Foreign Element.

TAŞIYICI ANNEDEN DOĞAN ÇOCUĞUN SOY BAĞINA UYGULANACAK HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Gamze AYDOĞDU*

Dünya genelinde meydana gelen teknolojik gelişmelerin ve küreselleşmenin etkisiyle yardımcı üreme teknikleri hızla çoğalmış ve yaygınlaşmıştır. Bu yöntemler sayesinde infertilite nedeniyle doğal yoldan hamile kalamayan, hamile kalması veya doğum yapması sakıncalı olan, genetik hastalık riski olan, tamamen kişisel gerekçelerle hamilelik sürecini yaşamak istemeyen ya da tek başına ebeveyn olmak isteyen kişiler çocuk sahibi olabilmektedir. Tüp bebek (in vitro fertilizasyon), aşılama, yumurta donasyonu, embriyo donasyonu gibi bu yöntemler arasında taşıyıcı annelik de yer almaktadır. Taşıyıcı annelik temelde ikiye ayrılır: gestasyonel ve geleneksel taşıyıcı annelik. “Rahim kiralama” (womb leasing) olarak da adlandırılan gestasyonel taşıyıcı annelikte, müstakbel anneden (genetik anne) alınan yumurtalar ve erkekten (müstakbel baba ya da donör) alınan spermiler ile döllenmiş yumurta oluşturularak taşıyıcı anneye transfer edilir. Bu türde taşıyıcı anne yalnızca çocuğu karnında taşıdığından biyolojik anne olur ve çocukla hiçbir genetik bağı yoktur. Buna karşın, geleneksel taşıyıcı annelikte taşıyıcı annenin yumurtaları ile erkeğin spermeleri döllenir ve taşıyıcı anne çocuğun hem genetik annesi hem de biyolojik annesi olur.

Taşıyıcı annelik sosyolojik, ahlaki, etik, dini, hukuki açılardan tartışmalara neden olan dinamik bir konudur. Bu kapsamda, devletlerin her birinin kendi kültürünün, ahlaki ve toplumsal değerlerinin, alışkanlıklarının bulunması bu devletlerin taşıyıcı annelik konusundaki hukuki düzenlemelerinin de farklılaşması sonucunu doğurmaktadır. Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, Norveç gibi bazı devletler taşıyıcı annelik uygulamalarını yasaklarken, Hollanda, Birleşik Krallık, Portekiz gibi devletler yalnızca fedakar taşıyıcı anneliğe (alturistic surrogacy) izin vermek gibi belirli kısıtlamalar getirmekte, Rusya, Ukrayna, Gürcistan gibi devletler ise bu hususta tam bir serbestlik tanımaktadırlar. Taşıyıcı annelik uygulamalarında çocuğu doğuran biyolojik anne ile yumurtaları dölenen genetik anne farklılaşabildiğinden hangi kadının hukuken anne olacağı, diğer bir ifade ile hangi kadınla soy bağının kurulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda ise Roma hukukundan bu yana kabul edilen “çocuğu doğuran kadın anadır” (mater serter certa est) karinesi geçerliliğini

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

korumaktadır (TMK m. 282). Bunun bir sonucu olarak Türkiye, taşıyıcı annelik yapmanın ve bu yöntemden faydalanarak çocuk sahibi olmanın yasaklandığı ülkeler arasında yer almaktadır. Ancak bu yasak Türk vatandaşlarının taşıyıcı annelik uygulamalarının serbest olduğu ülkelere giderek çocuk sahibi olmalarına ya da bu ülkelerde gelir elde etmek üzere taşıyıcı annelik yapmalarına engel olmamaktadır. Bu durum milletlerarası ya da yabancı unsurlu taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocuğun soy bağının kurulması konusunda uyuşmazlıklar çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Bu uyuşmazlıkların ise doğrudan TMK'nın soy bağına ilişkin hükümlerine göre çözüme kavuşturulmaması gerekir. Zira 5718 sayılı MÖHUK m. 2 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk bu kanun hükümlerine göre tespit edilir.

Doktrinde taşıyıcı anneden doğan çocuğun soy bağına uygulanacak hukukun tespitinde “soy bağının kurulması” başlıklı MÖHUK m. 16 hükümlerinin ve “evlat edinme” başlıklı m. 18 hükümlerinin uygulanacağı yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır. 18. maddenin uygulanmasını savunan görüşe göre bağlama konusunun vasıflandırılması Türk hukukuna göre yapılacağından ve taşıyıcı annelik Türk hukukuna aykırı kabul edildiğinden anne ile çocuk arasındaki ilişki soy bağı değil evlat edinme olarak nitelendirilmelidir. İlk görüş ise taşıyıcı anneden doğan çocuğun soy bağının kurulmasının m. 16'nın kapsamında bulunduğunu belirtmekle birlikte bu hükmün, çocuğun müstakbel ana ve baba ile soy bağının kurulmasına imkan verecek şekilde düzenlenmediğini, soy bağı kuracak bir hukuka ulaşılmış olsa dahi Türk kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceğini savunmaktadır. Zira MÖHUK m. 16'da çocuğun kimden ürediğinin diğer bir ifade ile tabii soy bağının belli olduğu varsayımından hareketle “çocuğun doğumu anındaki milli hukuku, ana veya babanın milli hukukları, ana ve babanın müşterek mutad mesken hukuku” şeklinde bağlama kuralları öngörülmektedir. Oysaki taşıyıcı annelik uygulamalarında bu varsayım geçerliliğini yitirebilmektedir. Bu koşullar altında MÖHUK m. 16'nın gözden geçirilerek taşıyıcı anneliğe ilişkin özel bir hükme yer verilebileceği önerilmektedir. Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk verileri ve doktrin görüşleri çerçevesinde, Türk hukukuna göre milletlerarası taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocuğun müstakbel anne ve baba ile soy bağının kurulmasının mümkün olup olmadığı, mümkün değilse nasıl bir çözüm geliştirilebileceği konusunda değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcı Annelik, Genetik Anne, Biyolojik Anne, Soy Bağı, Uygulanacak Hukuk.

THE LAW APPLICABLE TO THE PARENTAGE OF A CHILD BORN FROM A SURROGATE MOTHER

Dr. Öğr. Üyesi Gamze AYDOĞDU

ABSTRACT

Assisted reproductive techniques have rapidly increased and become widespread with the effect of technological developments and globalization. Thanks to these methods, people who cannot get pregnant naturally due to infertility, who are inconvenient to get pregnant or give birth, who are at risk of genetic diseases, who do not want to experience the pregnancy process for purely personal reasons or who want to be parents alone can have children. Surrogate motherhood is one of these methods such as in vitro fertilisation, insemination, egg donation, embryo donation. Surrogacy is basically divided into two types: gestational and traditional surrogacy. In gestational surrogacy, also called 'womb leasing', eggs from the intended mother (genetic mother) and sperm from the man (intended father or donor) are used to create a fertilised egg, which is then transferred to the surrogate mother. On the other hand, in traditional surrogacy, the surrogate's own eggs are fertilized by the male's sperm, and the surrogate mother becomes both the genetic and biological mother.

Surrogacy is a dynamic issue that causes debates from sociological, moral, ethical, religious and legal perspectives. In this context, the fact that each state has its own culture, moral and social values and habits results in different legal regulations on surrogacy. While some states such as Germany, France, Switzerland, Italy, Norway prohibit surrogacy practices, states such as the Netherlands, the United Kingdom and Portugal impose certain restrictions such as allowing only altruistic surrogacy, while states such as Russia, Ukraine and Georgia allow complete freedom in this regard. In surrogacy practices, since the biological mother who gave birth to the child and the genetic mother may differ, the problem of which woman is legally the mother, in other words, with which woman the genealogical bond is established, arises. In Turkish law, the presumption that 'the woman who gives birth to the child is the mother' (*mater serter certa est*), which has been accepted since Roman law, remains valid (Art. 282 of the TCC). As a result, Turkey is among the countries where surrogacy and having a child by using this method is prohibited. However, this prohibition does not prevent Turkish citizens from travelling to countries where surrogacy practices are permitted to have children or to act as surrogate mothers in order to earn income in these countries. This situation paves the way for disputes regarding

the establishment of the parentage of the child born as a result of international or foreign surrogacy. These disputes should not be resolved directly according to the provisions of the TCC regarding paternity. Because according to article 2 of the PIPL No. 5718, the law applicable to private law transactions and relations having a foreign element shall be determined in accordance with the provisions of this law.

There are two different views in the doctrine that the provisions of art. 16 of the PIPL entitled “establishment of parentage” and art. 18 entitled “adoption” shall be applied in determining the law applicable to the parentage of the child born to a surrogate mother. According to the view advocating the application of Article 18, since the qualification of the subject matter of the bonding will be made according to Turkish law and surrogacy is considered contrary to Turkish law, the relationship between the mother and the child should be characterised as adoption, not parentage. The first view, on the other hand, states that the establishment of the parentage of the child born from a surrogate mother is within the scope of art. 16, but argues that this provision is not regulated in a way to allow the establishment of the parentage of the child with the future mother and father, and that even if a law establishing the parentage is reached, the Turkish public order intervention may come to the fore. This is because, in art. 16 of PIPL, the assumption is made that the biological parentage of the child is already known, and the rules for establishing parentage are based on the child’s nationality at birth, the nationalities of the mother or father, and the common habitual residence of the parents. However, in surrogacy practices, this assumption may no longer be valid. Under these circumstances, it is suggested that art.16 of PIPL be reviewed and a specific provision for surrogacy be included. In this study, within the framework of comparative law data and doctrinal views, it will be evaluated whether it is possible to establish the paternity of the child born as a result of international surrogacy with the future mother and father according to Turkish law, and if not, what kind of solution can be developed.

Keywords: Surrogacy, Genetic Mother, Biological Mother, Parentage, Applicable Law.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
İKİNCİ GÜN
SEKİZİNCİ OTURUM

TIBBİ MALPRAKTİS VE HUKUKİ SONUÇLARI

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

Hekimlik mesleği, TDK tarafından “belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş” şeklinde tanımlanmıştır. Hekimlik mesleği de yoğun eğitim süreciyle harmanlanmış, üstün bilgi ve becerilere dayanan hizmet temelli ve kuralları belirlenmiş riskli bir meslektir. Hekimlik mesleğinin riskli olmasının sebebi, en başta tıbbi müdahaleler kapsamında kişinin yaşam hakkına dokunmasıdır. Mesleğin bu denli risk barındırması hekim ile hasta arasındaki ilişkinin ve hekimin sorumluluğunun ayrıca incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Malpraktis kelimesi “Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi, beceri ile uygulaması sonucu hizmetten yararlanan kimseye zarar vermesi” şeklinde tanımlanmıştır. Meslek uzmanından kasıt görevini yaparken başarıyla tamamladığı eğitim aşamasında edindiği bilgiye dayanarak karar veren ve eylemde bulunan, kendisinden hizmet alanların ise söz konusu kararlara güvendiği kimselerdir. Bu anlamda hekimler meslek uzmanıdır. Tıbbi malpraktis ya da tıbbi uygulama hataları ise meslek uzmanlığı kapsamında gerçekleştirilen hatalı faaliyetlerdir. Malpraktis ifadesi uygulamada tıp mesleği ile özdeşleşmiş olsa da çalışmamız bakımından tıbbi malpraktis ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz. Zira malpraktisin yalnızca tıp mesleğinde değil; mühendislik, mimarlık yahut avukatlık gibi pek çok meslek grubunda meydana gelmesi mümkündür.

Tıbbi malpraktis hekimliğin kötü uygulaması anlamında hekimin mesleğini icra ederken tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına riayet etme noktasındaki eksikliği yahut beceri eksikliği nedeniyle hastanın beden ya da ruh sağlığında meydana gelen zarar olarak tanımlanabilir. Black’s Law Dictionary tıbbi malpaktisi “Bir doktorun, aynı tıbbi uzmanlığa sahip bir hekim veya cerrahın benzer şartlar altında kullanacağı bakım ve yetenek derecesini kullanamaması” ifadeleriyle tanımlamaktadır.

Hekimin hukuki sorumluluğu hekimin özel hastanede veya kamu hastanesinde çalıştığı haller dışında genel itibarıyla sözleşme sorumluluğu bünyesinde meydana gelmektedir. Hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü hâkimdir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Dolayısıyla hekimin “tıbbi kötü uygulama” kapsamında değerlendirilen davranışları kusura dayalı sözleşme sorumluluğunu meydana getirecektir. Sözleşme sorumluluğunun doğması için aranan şartlar ise borcun ihlal edilmesi, kusur, zarar, illiyet bağıdır. Tıbbi malpraktisten kaynaklanan sorumluluk bakımından borcun ihlali ve kusur şartları ayrıca inceleme konusu yapılmalıdır. Burada borcun ihlal edilmesi, sözleşmede bulunan borç yükümlülüklerinin borçlunun kusurlu davranışı nedeniyle ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Borcun ihlalinin sözleşme sorumluluğundaki karşılığı sözleşmenin ihlali şeklinde karşımıza çıkar ki bu da sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelir. Sözleşmenin ihlali türleri ise borcun hiç ifa edilmemesi, bağımsız yapmama borçlarının ihlali borçlunun vaktinden önce ifadan kaçınması ve gereği gibi ifa etmemedir.

Gereği gibi ifa etmeme yahut sözleşmenin müspet ihlali şeklinde ifade edilen halde borçlunun olumlu bir davranışla sözleşmeden doğan borcu ihlal etmesi söz konusudur. Başka bir deyişle borçlunun davranışı sebebiyle ifa edilen edimle borçlanılan edimin niteliğinin birbirine uymamasıdır. Gereği gibi ifa etmeme halleri ise kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalidir. Kötü ifa edimin borç ilişkisindeki niteliklerine uygun olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmemesidir. Tıbbi uygulama hatasının varlığı halinde de kötü ifadan bahsedilir. Hekimin sözleşme sorumluluğu kapsamında tıbbi malpraktis gereği gibi ifa etmemenin türlerinden kötü ifanın tıptaki görünüm şeklidir. Diğer bir deyişle tıbbi uygulama hatası hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Hekimin kusuruyla sebebiyet verdiği tıbbi kötü uygulama genellikle tedavinin kabul edilen standartların altında kalması, borç ilişkisinin niteliklerine tam ve doğru şekilde yerine getirilmemesi anlamını taşımakta ve kötü ifa gerçekleşmektedir.

Hekimin sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur. Bu kapsamda tanımlardaki anlamda bir tıbbi müdahale hatasından bahsedebilmek için hekimin kusurunun varlığı gerekmektedir ancak hekimlerin faaliyetlerinin konusunu oluşturan insan vücudunun anatomik, fizyolojik ve ruhsal anlamda bu denli karmaşık olması karşısında hekimin kusuruna ilişkin unsurların ayrıca belirlenmesi önem kazanmaktadır. Yoksa tıbbi kusur kavramı sorumluluğun şartlarından olan kusur kavramından ayrı düşünülmemelidir. Tıbbi malpraktisin tanımında bahsedilen hekimin “tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması” ve “beceri eksikliği ile hastayı tedavi etmemesi” hususları tıbbi kusurun iki farklı yönünü oluşturmaktadır.

Hekimin tıbbi müdahale kapsamında gerçekleştirdiği faaliyetinin tıbbi kusur bakımından değerlendirilmesinde başlıca iki unsur öne çıkmaktadır. Tıbbi kusurun unsurlarından birini hekimlik mesleğinin özel davranış standartları olan tıbbi standartlar oluşturmaktadır. Zira burada tıp biliminin ulaştığı düzey esas alınmakta bu da kusurun değerlendirilmesine objektiflik katmaktadır. Diğer unsur ise hekimin bilgi ve birikimin ve özen derecesinin önem taşıdığı hekimin özen yükümlülüğüdür.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Kusur, Hekim, Hasta, Hukuki Sorumluluk.

MEDICAL MALPRACTICE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

ABSTRACT

The medical profession is defined by the Turkish Language Association as “a job with defined rules, based on systematic knowledge and skills acquired through a certain education, to produce useful goods for people, to provide services and to earn money in return”. The medical profession is also a risky profession with defined rules, based on service and based on superior knowledge and skills, blended with an intensive education process. The reason why the medical profession is risky is primarily because it violates the person's right to life within the scope of medical interventions. The fact that the profession carries so much risk requires the relationship between the doctor and the patient and the responsibility of the doctor to be examined separately.

The word malpractice is defined as “the harm caused to the person benefiting from the service by a professional who practices his profession with the knowledge and skills that an average prudent and respected member of the profession should apply under all circumstances in society.” Professional experts are those who make decisions and take actions based on the information they have acquired during their successfully completed education while performing their duties, and those who receive services from them trust these decisions. In this sense, physicians are professional experts. Medical malpractice or medical application errors are erroneous activities carried out within the scope of professional expertise. Although the term malpractice is identified with the medical profession in practice, we will prefer to use the term medical malpractice for our study. Because malpractice can occur not only in the medical profession; it can also occur in many professional groups such as engineering, architecture or law.

Medical malpractice can be defined as the harm to the physical or mental health of a patient caused by a physician's failure to comply with the generally accepted rules of medical science or lack of skill while performing his/her profession. Black's Law Dictionary defines medical malpractice as “the failure of a physician to exercise the same degree of care and skill that a physician or surgeon of the same medical specialty would exercise under similar circumstances.”

The legal liability of the physician generally occurs within the scope of contractual liability, except for cases where the physician works in a private or public hospital. The prevailing view is that the nature of the contract between the patient and the physician is a contract of agency. The decisions of the Supreme Court also support this. Therefore, the physician's behaviors that are considered within the scope of "medical malpractice" will create fault-based contractual liability.

The conditions sought for the emergence of contractual liability are breach of obligation, fault, damage, and causal relationship. In terms of liability arising from medical malpractice, breach of obligation and fault conditions should be examined separately. Here, breach of obligation means the breach of the debt obligations in the contract due to the faulty behavior of the debtor. The counterpart of breach of obligation in contractual liability is breach of contract, which means the breach of obligations arising from the contract. The types of breach of contract are failure to perform the obligation at all, violation of independent non-performance obligations, premature avoidance of performance by the debtor, and failure to perform as required.

In the case of failure to perform properly or positive breach of contract, it is the case that the debtor violates the obligation arising from the contract with a positive behavior. In other words, it is the failure of the performed act to match the nature of the obligation owed due to the behavior of the debtor. The cases of failure to perform properly are malpractice and violation of secondary obligations. Malpractice is the failure to perform the act fully and correctly in accordance with the characteristics of the debt relationship. Malpractice is also mentioned in the presence of medical malpractice. Medical malpractice within the scope of the physician's contractual liability is the appearance of malpractice in medicine, which is one of the types of malpractice. In other words, medical malpractice means the physician's violation of his/her obligations arising from the contract. Medical malpractice caused by the physician's fault generally means that the treatment falls below the accepted standards, the characteristics of the debt relationship are not fully and correctly fulfilled, and malperformance occurs.

The physician's liability is a liability based on fault. In this context, in order to talk about a medical intervention error in the sense of the definitions, the physician's fault must exist, but considering that the human body, which is the subject of physicians' activities, is so complex in anatomical, physiological and spiritual terms, it is important to determine the elements related to the physician's fault separately. Otherwise, the concept of medical

fault should not be considered separately from the concept of fault, which is one of the conditions of liability. The issues mentioned in the definition of medical malpractice, the physician's "failure to apply standard practice during treatment" and "failure to treat the patient due to lack of skill" constitute two different aspects of medical fault.

There are two main elements in the evaluation of the activity carried out by the physician within the scope of medical intervention in terms of medical fault. One of the elements of medical fault is the medical standards, which are the special behavioral standards of the medical profession. Because the level reached by medical science is taken as the basis here, and this adds objectivity to the evaluation of the fault. The other element is the physician's duty of care, in which the physician's knowledge and experience and degree of care are important.

Keywords: Medical Malpractice, Medical Fault, Physician, Patient, Legal Liability.

TIBBÎ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİĞORTASINDA ÖNEM ARZ EDEN BAZI ÖZELLİKLİ HALLER

Doç. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ*

Sorumluluk sigortaları ile sigortalının malvarlığının pasif kısmında ortaya çıkabilecek artış riski teminat altına alınmaktadır. Sorumluluk sigortalarının ihtiyari olması kural olmakla beraber kamu yararının gerektirdiği hallerde zarar göreni korumak amacıyla bazı sorumluluk sigortalarının yapılması zorunlu kılınmıştır. 2010 yılından itibaren ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 12. maddesi ile hekim, diş hekimi ve uzman hekimlerin, tıbbi kötü uygulama sebebiyle meydana gelecek zararlara karşı sigorta yaptırmaları zorunlu kılınmış ve bu sigorta, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası olarak adlandırılmıştır. Hekimler için mesleki sorumluluk sigortasının zorunlu olarak ihdas edilmesinin temel amacı sigortalı hekimin menfaatini korumaktan ziyade hekimlerin uyguladığı tıbbi uygulama sebebi ile zarar görenlerin tazminat alacağına daha çabuk kavuşmasını sağlamaktır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile 1219 sayılı Kanunun Ek 12'nci maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların polişe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlanmaktadır.

Tebliğ sunumu sırasında Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası bakımından önem arz eden bazı hususlara değinilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle kamu ve özel sektörde faaliyet gösteren hekimlerin zorunlu sigorta yaptırmamasının yaptırımı üzerinde durulacaktır.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası bakımından önem arz eden bir diğer husus ise “mesleki faaliyet” ile ne anlaşılması gerektiğidir. Bu kapsamda mesleğin icra edildiği yerin neresi olması gerektiği; acil müdahalelerin, hatır için yapılan tıbbî müdahalelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de çalışmamızda incelenecektir.

“Tıbbî kötü uygulama” arz eden hallerin tespiti de anılan sigorta teminatının kapsamı açısından önemlidir. Örneğin zarar, komplikasyondan meydana gelmiş ise sigortacının sorumluluğu doğacak mıdır? Tebliğde bu sorunun cevabına ilişkin de değerlendirmeler yapılacaktır.

Tebliğ sunumunda üzerinde durulması planlanan bir diğer husus ise sigorta sözleşmesi ile rizikonun belirlenmesinde temel alınan esasın ne olduğudur.

Yargı kararları ile şekillenen ve incelenecek bir diğer husus ise sigortacının sorumluluğu bakımından zamanaşımı süresinin tespitidir. Bu kapsamda zararın devamlılık arz etmesinin zamanaşımının başlangıcını nasıl etkilediği değerlendirilecektir. Yargıtay özellikle down sendromlu doğumlarda hekimin sorumluluğu söz konusu ise hekimin sigortacısına başvurulması halinde zamanaşımı süresinin başlangıcında etkili olan zararın doğumu anının nasıl tespit edileceği konusunda zarar göreni koruyucu bir yorum tarzını benimsemektedir. Söz konusu kararlar tebliğ sunumunda değerlendirilecektir.

Türk Ticaret Kanunun 1478’inci maddesi gereğince zarar görenlerin, doğrudan talep hakkını haiz olması sebebi ile, bu haklarına binaen Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında sigortacıya karşı açacakları davalarda görevli mahkeme ve arabuluculuk konusuna da tebliğ sunumunda değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Tıbbî Kötü Uygulama, Sigortacı, Zarar Gören.

CERTAIN NOTABLE ASPECTS OF THE COMPULSORY LIABILITY INSURANCE FOR MEDICAL MALPRACTICE

Doç. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ

ABSTRACT

Liability insurance provides coverage for the risk of an increase in the liabilities of the insured's assets. Although liability insurance is generally optional, in cases where public interest necessitates it, certain types of liability insurance have been made mandatory to protect injured parties. Since 2010, pursuant to Article 12 of the Law No. 1219, physicians, dentists, and specialist physicians are required to obtain insurance against damages arising from medical malpractice. This insurance is referred to as Compulsory Liability Insurance for Medical Malpractice. The primary objective of making professional liability insurance mandatory for physicians is not merely to protect the insured physician but rather to ensure that patients who suffer harm due to medical practices receive compensation more swiftly.

Under the Compulsory Liability Insurance for Medical Malpractice, within the framework of Article 12 of Law No. 1219, physicians, dentists, and specialists working independently or in public and private healthcare institutions are provided coverage within the limits specified in the policy. This coverage applies to claims made during the policy period for damages caused by their professional activities, whether arising from acts committed within the ten years preceding the contract date or during the policy period. The insurance also covers litigation costs, court-awarded interest, and reasonable expenses related to compensation claims brought against the insured.

The presentation aims to address certain significant aspects of the Compulsory Liability Insurance for Medical Malpractice. In this regard, the first point of discussion will be the consequences of non-compliance with the mandatory insurance requirement for physicians practicing in both the public and private sectors.

Another crucial issue concerning this compulsory insurance is the definition of "professional activity." The scope of the study will include discussions on the locations where medical practice must be performed to fall within coverage and whether emergency interventions or medical procedures performed out of goodwill (e.g., as a favor) should be considered within this framework.

The determination of circumstances constituting "medical malpractice" is also essential in defining the coverage of this insurance. For instance, if the damage results from a medical complication, will the insurer be held liable? The presentation will also address evaluations regarding this question.

Another key topic to be discussed is the fundamental principle used in determining the insured risk under the insurance contract.

Additionally, the statute of limitations regarding the insurer's liability, as shaped by judicial decisions, will be examined. In this context, the impact of continuous damages on the commencement of the statute of limitations will be evaluated. The Court of Cassation (Yargıtay) particularly adopts an interpretation favoring the injured party in cases involving physicians' liability for births resulting in Down syndrome, considering how the moment of birth influences the statute of limitations when a claim is filed against the insurer. These judicial precedents will be analyzed during the presentation.

Finally, given that Article 1478 of the Turkish Commercial Code grants injured parties a direct right to claim, the presentation will also discuss issues concerning jurisdiction and mediation in lawsuits that may be filed against insurers within the scope of the Compulsory Liability Insurance for Medical Malpractice.

Keywords: Compulsory Liability Insurance, Medical Malpractice, Insurer, Injured Party.

İDARENİN MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ***

Latince kökenli “malpraktis” terimi, “male” (kötü) ve “praxis” (uygulama) sözcüklerinden türetilmiştir. Türk hukukunda malpraktis, tıbbi olarak yanlış veya hatalı uygulama anlamına gelmektedir. Günümüzde bu kavram, “tıbbi uygulama hataları” ifadesiyle karşılık bulmaktadır. Malpraktis sorumluluğu, hekimin tıbbi müdahalelerde yaptığı yanlışlar olarak da ifade edilebilir. Tıbbi müdahale hataları her zaman hekimin hatasından kaynaklanmayabilir. Hekim dışında farklı etkenler nedeniyle de planlanan tıbbi işlem gerçekleştirilememiş ya da hatalı bir şekilde uygulanmış olabilir. Bu durumun tamamen kusura dayalı olduğunu söylemek gerekir. Tıbbi müdahale yanlışları çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında malpraktisi kapsamlı bir şekilde tanımlamıştır: Hekimin, tedavi sürecinde veya tedavi sonrasında gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü kişisel ya da mesleki yetersizlik nedeniyle yerine getirememesi ve bu sebeple hastada bir zararın meydana gelmesine yol açan tıbbi müdahale hataları olarak tanımlanmıştır. Malpraktis kavramının merkezinde yer alan tıbbi uygulama hatası yalnızca hekimin kişisel kusurundan kaynaklanmayabilir. Uygulamanın gerçekleştirildiği sağlık kurumu, ekipman eksikliği, yanlış, eksik veya artık işlevini yitirmiş araçların kullanılması gibi pek çok farklı etken de bu hatalara neden olabilir. Malpraktis sorumluluğu, özellikle uygulama hatası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hatalar tedavi öncesi, tedavi sırası ve tedavi bitiminin ardından olmak üzere farklı zamanlarda, farklı hata türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Malpraktis sorumluluğu, yani hekimin yanlış tıbbi uygulaması sonucu hekimin kamu veya özel hastanelerde çalışmalarına göre yargı yolu açısından farklılık göstermek üzere tazmin sorumlulukları doğmaktadır.

Malpraktisle önemli bir diğer kavram olarak da tıbbi standart kavramı karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi meslek standartlarının belirlenmesi her somut olaya göre farklılık arz etmektedir. Hekimin tedavi yaparken önceden yapılanlara, deneyimlenen, ispatlanan, tıp biliminin oluşturduğu standartlar olarak tanımlanmıştır. Tıbbi standartların hekimlerce bilinmesi öngörülmektedir. Söz konusu standartlara uygun hareket edilememesinin temelinde hekimlerin bilgi yetersizliği, dikkat ve özen yükümlülüğün

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

ihlallerin oluşturmaktadır. Yapılan tıbbi uygulamanın beklenen netice aksini oluşturması her daim hekimin saf hatasını gösterdiği varsayımı doğru değildir. İşte tıbbi standartlar bu noktada devreye girmektedir. Tıbbi standartlar doğrultusunda hareket edilip edilmediğinin tespiti ile birlikte hekimin tıbbi müdahalesinin hatasında bahsedilebilmektedir. Bahse konu standartlar çerçevesinde yapılan uygulamaları neticesi beklenilenin aksi olsa da hekimin sorumluluğu içinde değildir.

İdareye bağlı kamu sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşlardaki sağlık çalışanları, bireylerin sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla kamu görevlerini yerine getirmektedir. Ancak, vatandaşların sağlık hizmeti aldığı süreçte gerçekleştirilen tıbbi uygulamalar her zaman beklenen sonucu vermeyebilir. Malpraktis sorumluluğu, hekimin genel kabul görmüş tıbbi standartları bilmemesi ya da bu standartlara uygun şekilde hareket etmemesi, ayrıca her hekimen beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu doğan kusurlu davranışlarına dayanmaktadır. Bu tür bir kusurun varlığı halinde, hekimin malpraktis sorumluluğunun doğduğundan söz edilebilir.

Kamu sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık çalışanları tarafından verilen hizmetin eksik, hatalı veya hiç sunulmamış olması durumunda, hastada meydana gelen zarar somut olayın özelliklerine göre maddi veya manevi tazmin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Bu tür bir sorumluluk, kamu hastaneleri bakımından doğrudan idareye aittir. Zira malpraktis nedeniyle ortaya çıkan zarar, idarenin işlem ya da özellikle eylemlerinden kaynaklanan bir hizmet kusuru niteliğindedir ve bu kapsamda idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu tür durumlarda tam yargı davaları, doğrudan idareye karşı açılmaktadır.

Çalışmamızın temel amacı, malpraktis kaynaklı olarak idarenin sorumluluğunu, güncel yargı kararları ışığında değerlendirmek ve hizmet kusurunun sınırlarını ortaya koymaktır. Çalışmamızda, bahse konu tıbbi müdahale hataları içerisinde idare hukuku kapsamında idarenin malpraktis sorumluluğuna yer vermektedir. Bahse konu malpraktisten kaynaklı idarenin tazminat sorumluluğu koşulları, tarafları, süreleri, idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında detaylı değerlendirmeleri ilgili güncel Danıştay kararları kapsamında değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, İdarenin Sorumluluğu, Tıbbi Standart, Komplikasyon, Hizmet Kusuru.

LIABILITY OF THE ADMINISTRATION RESULTING FROM MALPRACTICE

Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ

ABSTRACT

The term “malpractice” is derived from the Latin words “male” (bad) and “praxis” (practice). In Turkish law, malpractice means medical malpractice or faulty practice. Today, this concept is equivalent to the expression "medical malpractice". Malpractice liability can also be expressed as mistakes made by the physician in medical interventions. Medical intervention errors may not always result from the physician's error. The planned medical procedure may not be performed or may be performed incorrectly due to factors other than the physician. It must be said that this situation is entirely based on fault. Medical intervention errors can occur in various ways.

The Criminal General Assembly of the Supreme Court of Appeals has defined malpractice comprehensively in one of its decisions: It is defined as medical intervention errors that result in the physician's failure to fulfill the necessary care and attention obligations during or after the treatment due to personal or professional inadequacy, and therefore cause harm to the patient. Medical malpractice, which is at the center of the concept of malpractice, may not result only from the personal fault of the physician. Many different factors can cause these errors, such as the health institution where the application is performed, lack of equipment, the use of incorrect, incomplete or obsolete tools. Malpractice liability appears especially as an application error. These errors appear as different types of errors at different times, including before treatment, during treatment and after the end of treatment. Malpractice liability, that is, compensation responsibilities arise as a result of the physician's incorrect medical practice, differing in terms of judicial remedies depending on whether the physician works in public or private hospitals.

Another important concept in malpractice is the concept of medical standard. Determination of medical professional standards varies depending on each concrete case. It is defined as the standards created by medical science, what has been done before, what has been experienced, what has been proven by the physician while treating. It is envisaged that medical standards should be known by physicians. The basis of failure to comply with the standards in question is the lack of knowledge of physicians and violations of the duty of care and attention. It is not correct to assume that a

medical practice that produces the opposite of the expected result always indicates pure error on the part of the physician. This is where medical standards come into play. The error of the doctor's medical intervention can be mentioned by determining whether or not the medical standards were acted upon. Even if the results of the practices carried out within the framework of the standards in question are contrary to expectations, it is not within the responsibility of the physician.

Health workers in institutions and organizations that provide public health services under the administration fulfill their public duties in order for individuals to live a healthy life. However, medical practices performed during the process when citizens receive health care may not always produce the expected results. Malpractice liability is based on the physician's faulty behavior arising from his ignorance of generally accepted medical standards or his failure to act in accordance with these standards, as well as his failure to fulfill the duty of care and attention expected from every physician. In the presence of such a defect, it can be said that the physician is liable for malpractice.

If the service provided by healthcare professionals working in public institutions and organizations providing public health services is incomplete, faulty or not provided at all, the damage incurred to the patient may result in material or moral compensation liability depending on the characteristics of the concrete incident. Such responsibility lies directly with the administration in terms of public hospitals. Because the damage caused by malpractice is in the nature of a service defect resulting from the administration's transactions or especially its actions, and in this context, the administration is responsible. In such cases, full jurisdiction cases are filed directly against the administration.

The main purpose of our study is to evaluate the responsibility of the administration due to malpractice in the light of current judicial decisions and to reveal the limits of service defect. In our study, we include the malpractice liability of the administration within the scope of administrative law among the medical intervention errors in question. The conditions, parties, duration of the administration's compensation liability arising from the malpractice in question, and detailed evaluations within the scope of the administration's strict liability are evaluated within the scope of the relevant current Council of State decisions.

Keywords: Medical Intervention, Management Responsibility, Medical Standard, Complication, Service Defect.

ÖZEL HASTANE AÇMAYA VE İŞLETMEYE YETKİLİ KİŞİLER BAĞLAMINDA YENİ ÖZEL HASTANELER YÖNETMELİĞİNİN VE DAYANAĞI ÜST NORMUN İNCELENMESİ

Av. Arb. Yasin ORÇAN*

Sağlık hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde sunumu, yaşam hakkının daha özeldir sağlık hakkının hayata geçmesinde kritik öneme sahiptir. Hastanelerin sundukları hizmetin niteliği ve önemi, bu hastanelerin belli bir mevzuata göre düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan, kamu hastanelerinin bazı yerlere yayılmama ve her alanda uzmanlaşamayacağı ihtimali ile serbest piyasa koşulları gibi nedenlerle özel hastanelerin varlığı bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir. Bunun farkında olan kanun koyucu, çeşitli mevzuatlar ile özel teşebbüslerin de hastane açmasına ve bu alanda faaliyet göstermesine izin vermiştir.

Özel hastaneler ile ilgili olarak temel düzenlemeler, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Özel Hastaneler Yönetmeliği dikkat çeken düzenlenmeler olarak ön plana çıkmaktadır. Şüphesiz, özel hastaneler ile ilgili olarak başkaca birçok mevzuat vardır. Örneğin, Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in6., 25. ve Ek 1. maddesinde, özel hastanelere dair düzenlemeler vardır. Diğer bir örnek, Yataklı Sağlık Tesislerinde Yoğun Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğ'dir. Tebliğin 2. maddesine göre, "Özel sağlık tesisleri Özel Hastaneler Yönetmeliğinin yoğun bakım servislerine ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Tebliğ hükümlerine tâbidir." Örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, bu çalışmada, "özel hastane açmaya ve işletmeye yetkili kişiler" ile sınırlı olmak üzere, 30.01.2025 tarihli ve 32798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinin üst normlara uygunluğu incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, Yönetmeliğin dayanaklarının da Anayasa'ya uygunluğu ayrıca ele alınacaktır.

Böyle bir ayırım yapılmasının nedeni ise, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya uygunluğu ile Yönetmeliğin kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesine uygunluğunun ve denetim yollarının farklı konular olmasıdır. Kanunun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki

* Ankara Barosu.

denetimi, Anayasa Mahkemesine ait iken, ülke geneli düzenleyici işlemin hukuki denetimi Danıştay tarafından yapılmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinin *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez."* hükmü, Cumhurbaşkanı kararnamesinin konusunda ciddi bir sınırlandırma yapılmaktadır. Bu sınırlandırmaya göre, örneğin yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı gibi temel haklarda, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenleme yapılmaz.

İlaveten, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bireysel işlemin iptaline engel olmaz. Halbuki, kanun veya Cumhurbaşkanı kararnamesi iptal veya ilga edilmediği ve değiştirilmediği sürece uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir senaryoda, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile ilgili, Anayasa'nın 104. maddesinin *"Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."* hükmü bir istisna teşkil edebilir. Zira, uygulamada, bu hükümsüzlüğün veya öncelikle uygulanması gereken düzenlemenin tespiti her zaman kolay olmayabileceği gibi böyle bir tespitin kim tarafından yapılacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Burada, belki şunu söyleyebiliriz; idari makamlarca, kendileri açısından en uygun yolu seçmesi ve Cumhurbaşkanı kararnamesi uygulanması, böylece kişi aleyhine bir durum ortaya çıkması halinde, bireysel işleme karşı dava açılırken, kanun hükmünün uygulanması gerektiği söylenebilir ve ayrıca Cumhurbaşkanı kararnamesine Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulabilir. Elbette, her iki argümanı da değerlendirecek olan ilgili yargı merci olacaktır.

Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde, özel hastane açmaya ve işletmeye yetkili kişilerin taşınması gereken şartları yönünden kanunda, Cumhurbaşkanı kararnamesinde ve mülga 2002 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde bir düzenleme yapılmadığı ve 1 nolu Cumhurbaşkanı kararnamesinin 335/1-c maddesinin *"Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kurum ve kuruluşlarına izin vermek ve ruhsatlandırmak, bu izin ve ruhsatları gerektiğinde süreli veya süresiz iptal etmek,"* düzenlemesi ve 3359 sayılı Kanunun 9/1-c maddesinin *"... bu Kanunla ilgili diğer hususlar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir."* düzenlemesi ile yetkinin idari makama bırakıldığı görülmektedir.

Bu yetkiye istinaden, 30.01.2025 tarihli ve 32798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 7. maddesinde bu hususa dair hüküm ihdas edilmiş ve belli şartlar altında bazı kişilere, özel hastane açma ve işletme izni verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu izin, yaşam (sağlık) hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti ile mülkiyet hakkı kapsamında kalmaktadır. Bu çalışmada, yeni Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 7. maddesinin ve dayanaklarının, normlar hiyerarşisi karşısındaki durumu Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da dikkate alınarak incelenmiş ve bu hususun hukuk devleti ilkesine uygun olarak Kanunla düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Yeni Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin söz konusu maddesi, ilk defa düzenlendiğinden, Anayasa ve İdare Hukuku temalı bu çalışmanın ilgili taraflara yol gösterici olabileceği ve mevzuatın Anayasa'ya uygun olarak tekrar hazırlanmasına katkıda bulunabileceği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hastane, Kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yönetmelik, Normlar Hiyerarşisi.

REVIEW OF THE NEW PRIVATE HOSPITALS REGULATION AND ITS UNDERLYING HIGHER NORM IN THE CONTEXT OF PERSONS AUTHORIZED TO SET UP AND OPERATE PRIVATE HOSPITALS

Av. Arb. Yasin ORÇAN

ABSTRACT

The effective and efficient delivery of health care is of critical importance in the realization of the right to life, and more specifically the right to health. The nature and importance of the health care provided by hospitals necessitate that these hospitals be regulated according to certain legislation. On the other hand, due to the possibility that public hospitals may not spread to some areas and may not specialize in every field, and free market conditions, the existence of private hospitals presents itself as a necessity. The legislator, aware of this, has allowed private enterprises to set up hospitals and operate in this field.

The basic regulations regarding private hospitals are the Private Hospitals Law No. 2219, the Health Services Fundamental Law No. 3359, the Presidential Decree No. 1 on the Organization of the Presidency and the Private Hospitals Regulation. Undoubtedly, there are many other regulations regarding private hospitals. For example, there are regulations regarding private hospitals in Articles 6, 25 and Annex 1 of the Regulation on Private Healthcare Institutions Providing Outpatient Diagnosis and Treatment. Another example is the Communiqué on the Application Methods and Principles of Intensive Care Services in Inpatient Healthcare Facilities. According to the Article 2 of the Communiqué, *“Private healthcare facilities are subject to the provisions of this Communiqué, without prejudice to the provisions of the Private Hospitals Regulation regarding intensive care units”*. Although it is possible to multiply examples, in this study the compliance of the Private Hospitals Regulation published in the Official Gazette dated 30.01.2025 and numbered 32798, limited to *“persons authorized to set up and operate private hospitals”*, with the upper norms will be examined. While this review is being conducted, the constitutionality of the basis of the Regulation will also be separately addressed.

The reason for such a distinction is that the compliance of law and Presidential decree with the Constitution and the compliance of regulation with law and Presidential decree and the means of control are different issues. While the legal control of law and presidential decree belongs to the

Constitutional Court, the legal control of country-wide regulatory act is carried out by the Council of State.

The provision of Article 104 of the Constitution, *"The fundamental rights, individual rights and duties included in the first and second chapters and the political rights and duties listed in the fourth chapter of the second part of the Constitutions shall not be regulated by a presidential decree"*, imposes a serious limitation on the subject of Presidential decree. According to this limitation, fundamental rights such as the right to life and the right to property cannot be regulated by a Presidential decree.

In addition, the fact that regulatory act has not been annulled does not prevent the annulment of individual act. However, as long as law or Presidential decree is not annulled or repealed and amended, it will find application. In such a scenario, the provision of Article 104 of the Constitution, *"No presidential decree shall be issued on the matters which are stipulated in the Constitution to be regulated exclusively by law. No presidential decree shall be issued on the matters explicitly regulated by law. In the case of a discrepancy between provisions of the presidential decrees and the laws, the provisions of the laws shall prevail. A presidential decree shall become null and void if the Grand National Assembly of Turkey enacts a law on the same matter."* may constitute an exception. Because, in practice, it may not always be easy to determine this invalidity or legislation that should be implemented first, and who will make such a determination is a separate subject of discussion. Here, we can perhaps say that; if the administrative authorities choose the most appropriate path for themselves and implement the Presidential Decree, and thus a situation arises against the person, it can be said that the law should be applied when filing a lawsuit against the individual act, and also an objection can be made to the Presidential Decree regarding its unconstitutionality. Of course, the relevant judicial authority will be the one to evaluate both arguments.

When the legislations in question are examined, it is seen that there is no article in the law, the Presidential Decree and the repealed Private Hospitals Regulation dated 2002 regarding the conditions that the persons authorized to establish and operate private hospitals must meet, and that the authority is left to the administrative with the Article 335/1-c of the Presidential Decree No. 1, *"To grant permission and license to health institutions and organizations belonging to public and private legal entities and real persons, and to cancel these permissions and licenses for a certain period or indefinitely when necessary."* and the Article 9/1-c of the Law No. 3359 *"... Other matters related to this Law are*

determined by the regulation to be issued by the Ministry of Health and Social Assistance."

Based on this authority, a provision was established regarding this issue in Article 7 of the Private Hospitals Regulation published in the Official Gazette dated 30.01.2025 and numbered 32798, and it was regulated that certain persons will not be granted permission to establish and operate private hospitals under certain conditions. This permission falls within the scope of the right to life (health), freedom to work and contract, and the right to property. In this study, the status of the Article 7 and its bases of the new Private Hospitals Regulation against the hierarchy of norms was examined, also taking into account the decisions of the Constitutional Court and the Council of State, and it was concluded that this issue should be regulated by law in accordance with the principle of the rule of law.

Since the article in question of the new Private Hospitals Regulation is regulated for the first time, it is evaluated that this study themed on Constitution Law and Administrative Law may guide the relevant parties and contribute to the re-preparation of the legislation in accordance with the Constitution.

Keywords: Private Hospital, Law, Presidential Decree, Regulation, Hierarchy of Norms.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
İKİNCİ GÜN
DOKUZUNCU OTURUM

UYGULAMADAKİ GÜNCEL SORUNLAR IŞIĞINDA AYDINLATILMIŞ ONAMA YAKLAŞIM

Prof. Dr. Nesligül YILDIRIM*

Hekimlerin meslekleri dolayısıyla ifa etmek zorunda oldukları en önemli yükümlülüklerinden birisi tıbbi müdahalede bulunmalarıdır. Tıbbi müdahale kavramı hekim perspektifinden genel itibarla girişimsel tedavi yöntemleri gibi anlaşılsa da esasen Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen her türlü fiziki ve ruhi girişimi kapsama alanına almaktadır. Bu bağlamda örneğin hekimin hastasına önerdiği diyet kadar hastalığının teşhisine yönelik istediği tahlil ve tetkikler, uyguladığı medikal ya da cerrahi tedaviler de tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir. Gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hastanın sağlığı açısından yararına olsa dahi; vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı açısından temel bir kişilik hakkı ihlaline yol açacağından; hukuk düzeni tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bazı şartları barındırmasını istemektedir. Bir tıbbi müdahale ancak tıbbi endikasyon dahilinde, tıbbi standartlara uygun olarak, yetkili kişilerce ve hastanın aydınlatılmış onamı alındıktan sonra uygulandığı takdirde hukuka uygun olmaktadır.

Tıp eğitimleri boyunca ve sonrasındaki klinik uygulamalarında hastaların teşhis ve tedavisine odaklanmış olan hekimlerin en sık karşılaştıkları sorunlardan birisi de hukuki pencereden hastaya yaklaşım olmaktadır. Hastanın aydınlatılmış onamı, bir tıbbi müdahale öncesinde konu ile ilgili hastanın bilgilendirilmesi sonrası tıbbi müdahaleye rıza göstermesi anlamına gelmektedir. Burada tek başına rıza yeterli olmamakta; hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi, eleştirel olarak idrakına varabilmesi gerekmektedir. Ne var ki tıbbi konularda hasta ve hekim arasındaki bilgi ve tecrübe farkı, aydınlatmanın sınırları hususunda hekimleri zorlamaktadır. Hastalar arasındaki sosyokültürel farklılıklar da eklendiğinde hekimlerin aydınlatmayı standart bilgiler üzerinden değil de hastanın anlayabileceği şekilde ve önem verdiği konularda ayrıca yoğunlaşarak yapması gerektiği savunulmaktadır.

* Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Dahili Tıp Bilimleri Bölümü Kardiyoloji Anabilim Dalı.

Mevzuatımız her ne kadar tıbbi müdahalelerin çoğunda rıza için bir şekil şartı aramasa da ispat külfeti açısından gerek sağlık kurum ve kuruluşları gerekse hekimler, aydınlatılmış rızayı yazılı olarak almayı tercih etmektedirler. Bu durum, hekimler arasında aydınlatmanın sadece yazılı olarak yapılmasının yeterli olacağı şeklinde anlaşılrsa da yargı kararlarında hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde hastanın bizatihi ilgili hekim tarafından tıbbi müdahaleye dair bilgilendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Aydınlatılmış rıza ile ilgili karşılaşılan bir başka sorun da aydınlatmanın tıbbi müdahaleden ne kadar önce yapılması gerektiğidir. Buna ilişkin standart bir süre vermek mümkün gözükmemektedir. Zira her tıbbi müdahalenin hasta özelinde karar verme süreci farklı olabilmektedir. Burada hekimlerin en fazla dikkate alması gereken husus, tıbbi müdahale öncesinde hastanın yeterince bilgi sahibi olup olmadığıdır. Tıbbi müdahalenin aciliyeti yoksa, hastanın tereddütüne mahal vermeyecek bir aydınlatma süresinin hekim tarafından hastaya göre biçilmesi önerilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahale.

APPROACH TO INFORMED CONSENT IN LIGHT OF CURRENT PROBLEMS IN PRACTICE

Prof. Dr. Nesligül YILDIRIM

ABSTRACT

One of the most important obligations that doctors have to confront due to their profession is to perform medical intervention. Although the concept of medical intervention from physicians' perspective is generally understood as interventional treatment modalities; it essentially encompasses all kinds of physical and mental interventions carried out within the boundaries of medicine in accordance with professional obligations and standards for the protection of health, diagnosis and treatment of diseases as stated in Patient Rights Regulation. In this context, for example, the diet recommended by the doctor to the patient or the tests and examinations requested to diagnose the disease, and the medical or surgical treatments performed are also considered as medical interventions. Even if the medical intervention is beneficial for the patient's health, it will lead to a violation of a fundamental personal right in terms of the inviolability of bodily integrity; therefore, the legal order requires that medical interventions meet certain conditions in order to be lawful. A medical intervention is accepted as lawful if it is performed within a medical indication, in accordance with medical standards, by authorized persons and after the informed consent of the patient is obtained.

One of the most common problems encountered by doctors who focus on the diagnosis and treatment of patients during their medical education and subsequent clinical practice is approaching patients from a legal perspective. Informed consent of the patient means that the patient gives consent to a medical intervention after being informed about the medical intervention. Here, the consent alone is not sufficient; the patient must know what he or she is consenting to and be able to critically comprehend it. However, the difference in knowledge and experience between patients and doctors in medical matters challenges them regarding the limits of enlightenment. Considering the sociocultural differences between patients, it is argued that doctors should provide information not based on standard information about medical intervention but rather in a selective way that the patient can understand and by focusing on the issues that are important to him/her.

Although our law rules do not require a spesific shape of requirement for consent for most medical interventions, both healthcare institutions and doctors prefer to obtain written informed consent in terms of the burden of

proof. Although it is generally understood among doctors that informing patients only in writing will be sufficient, judicial decisions emphasize that the patient should be informed about the medical intervention by the relevant physician himself or herself, within the framework of the trust relationship between the doctor and the patient.

Another problem encountered with informed consent is how long before medical intervention the information should be obtained. It is not possible to give a standard timeframe for this, as the decision-making process for each medical intervention may differ from patient to patient. The most important consideration for doctors here is whether the patient is sufficiently informed before proceeding with medical intervention. If the medical intervention is not urgent, the doctors may be recommended tailoring the information to the patient's needs, allowing for a timeframe that will not cause hesitation.

Keywords: Informed Consent, Medical Intervention.

ÇOCUĞUN AYDINLATILMIŞ RIZA SÜRECİNE KATILIMI

Arş. Gör. Ülkü Ceren BAĞCI*

Yakın geçmişe kadar çocuklar ebeveynlerinden bağımsız bir varlık olarak görülmemiştir. Bu sebeple çocuklara ilişkin her türlü karar veli/vasileri tarafından alınmıştır. Ancak bu düzen çocuk haklarının gelişmesiyle birlikte tartışılmaya başlanmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de şemsiye haklar olarak kategorize edilen “katılım (katılma) hakkı” ve “çocuğun üstün yararı” kavramları çocuğun aile ve toplumdaki bağımsız birey olma rolünü güçlendirmiştir. Buna bağlı olarak önceleri sorgulanmadan kabul edilen ve uygulanan birçok durum hukuki bir sorun olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır. Karşılaşılan hukuki sorunlara değinmeden önce “çocuk” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 11 uyarınca kural olarak 18 yaşını doldurmayan herkes çocuk (küçük) olarak kabul edilir. Bu bilgi ışığında meydana gelen hukuki sorunlardan birisi de çocukların kişilik hakkı kapsamına dahil olan tedavi sürecinde, çocuktan aydınlatılmış rızasının alınmasına ihtiyaç olup olmadığı meselesidir.

Aydınlatılmış rıza, kişinin yapılacak tıbbi müdahaleye serbest iradesiyle karar vermesi esasına dayanır. Bu kapsamda aydınlatılmış rıza iki aşamadan meydana gelir. Bu aşamalardan ilki, hekimin tıbbi girişimde bulunulacak hastaya söz konusu girişimin neden bir seçenek olarak sunulduğu, yararları, zararları ve sonuçları hakkında bilgi vermesidir. İkinci aşama ise karar aşamasıdır. Yapılan bilgilendirilme sonrasında hasta tedaviyi kabul edebileceği gibi red de edebilir. Hastanın tedaviyi reddetmesi halinde hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş, ancak hasta tarafından tedaviyi ret hakkı kullanılmış olur. Hastanın tedaviyi kabul etmesi ihtimalinde ise aydınlatılmış rıza söz konusu olur ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından birisi gerçekleşmiş olur. Aydınlatılmış rızanın hukuka uygun olarak meydana gelebilmesi için başlıca unsurlar gönüllük ve yeterliliklerdir. Yeterlik unsuru, hastanın kendisine yapılan bilgilendirmeleri anlayabilecek düzeyde olmasını ifade eder. Bu bakımdan yeterlik unsuru, ehliyet unsurlarından “ayrıt etme gücüne sahip olma” unsuruna karşılık gelmektedir. Yaş küçüklüğü de ayrıt etme gücünü olumsuz yönde etkileyen nedenlerden birisi olarak hem Türk Medeni Kanunu m. 13 hem de Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 kapsamında sayılmıştır. Ancak yaş küçüklüğünün

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

her halükârda ayırt etme gücünü etkileyeceğini kabul etmek doğru olmayacak her somut olay bakımından ayrı bir inceleme yapılması gerekecektir. Bu bakımdan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların “yeterlik” unsurunu sağladığı öne sürülebilecektir. Aydınlatılan hastanın tek başına rıza vermesi ise ancak hastanın tam fiil ehliyetine sahip olması halinde söz konusu olabilecektir. Ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama şartlarından “ergin olma” şartını sağlamayan ayırt etme gücüne sahip küçüklerin rıza verip veremeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Bu tartışmalar ele alınmadan önce hekim ve hasta arasında hangi hukuki işlemin olduğu belirlenmelidir.

Hasta ile hekim arasında kurulan ve karşımıza sıklıkla çıkan hukuki işlem hekimlik sözleşmesidir. Bir hekimin hastaya teşhis ve tedaviye yönelik fiiller meydana getirmeyi hastanın da bu hizmetin karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği ilişki bir hukuki işlem olan “tedavi sözleşmesi/hekimlik sözleşmesi”ni meydana getirir. Hekim ve hasta arasındaki söz konusu hukuki ilişki bir sözleşmeye vücut verdiği için kural olarak tarafların tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin, örneğin velayet altındaki bir küçüğün tedavi sözleşmesini tek başına yapıp yapamayacağı meselesi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hekimlik sözleşmesindeki asli edim küçüğün beden bütünlüğü veya manevi bütünlüğü üzerinde sonuç meydana getireceğinden kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kapsamına girmektedir. Bu sebeple TMK m. 16’nın ikinci cümlesi uyarınca yasal temsilcinin rızası gerekli olmadığından küçüğün sözleşmenin tarafı olarak yer alması mümkündür. Diğer bir görüşe göre ise de tedavi olacak kişinin sınırlı ehliyetsiz olması halinde yasal temsilcinin rızasının alınması zorunludur. Zira bu durum farklı kanun metinlerinde emredici bir nitelikte düzenlenmiştir. 1219 Sayılı Kanun’un 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 uyarınca açık bir şekilde hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde veli ya da vasisinden onay alınması gerektiği belirtilmiştir. Hatta bu durumda tedavi sözleşmesinin taraflarının veli/vasi ve hekim olduğu, bununla birlikte söz konusu sözleşmede hekimin edimini küçüğün şahıs varlığı üzerinde gerçekleştirmesi sebebiyle nitelik olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevzu bahis olduğu öne sürülmektedir. Kanaatimizce, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin sözleşmenin tarafı olarak yer alması TMK m. 16 anlamında mümkündür.

Hekimlik sözleşmesinin taraflarının kimler olduğu bakımından hangi görüşün benimsendiğinden bağımsız olarak, aydınlatılması gereken kişi hastadır. Ancak sadece hastanın mı hasta ile hasta yakınlarının da mı aydınlatılması gerektiği, özellikle hastanın küçük olması halinde önem arz etmektedir. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Küçüğün

korunmasını temel alan bir görüşe göre aydınlatılmış rızada mutlaka yasal temsilcinin rızası da alınmalıdır. Keza, yasal düzenlemeler de bu görüşü desteklemektedir. Ne var ki, her küçüğü rıza yeterliği bakımından aynı kefeye koymak adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu sebeple ileri sürülen diğer görüşe göre, küçüğün ayırt etme gücünün (yeterliğinin) olması halinde yasal temsilciye başvurulmaması, sadece yeterliğe sahip çocuktan (sınırlı ehliyetsiz kimseden) onay alınması geçerli olmalıdır. Zira, bu durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı mevcuttur.

Yukarıda sözü edilen hukuki sorun kapsamında bazı çözüm önerileri öne sürülmüştür. Örneğin, rıza ehliyeti (yeterlik) bakımından 15 yaşından küçük hastaların aydınlatma “yeterliğine” sahip bulunmadığı ancak 15-18 yaş arası hastalarda aydınlatılmış rızanın bulunmasının yeterli olduğu öne sürülmüştür. Bir başka örnek uyarınca, sadece riskin yüksek olduğu tıbbi müdahalelerde yasal temsilcinin rızasının aranması gereklidir.

Her ne kadar farklı kanun ve yönetmelik maddelerinde çocuğun aydınlatılmış rızasına ilişkin düzenlemeler olsa da uygulamadaki ihtiyaçlara cevap veren bir hukuki dayanak henüz mevcut değildir. Bu bakımdan, çocukların aydınlatılmış rıza sürecine katılımı hakkında kanun koyucunun karşılaştırmalı hukuku da göz önüne alarak bir düzenleme yapması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Çocuk, Rıza, Yeterlik.

PARTICIPATION OF THE CHILD IN THE INFORMED CONSENT PROCESS

Arş. Gör. Ülkü Ceren BAĞCI

ABSTRACT

Until the recent past, children were not considered as an independent being from their parents. For this reason, all decisions regarding children were taken by their parents/guardians. However, this situation has started to be discussed with the development of children's rights. The concepts of "right to participation" and "best interests of the child", categorized as principles in the United Nations Convention on the Rights of the Child, have strengthened the role of the child as an independent individual in the family and society. Accordingly, many situations that were previously accepted and practiced without being questioned have started to appear as legal problems. Before addressing the legal problems encountered, it should be determined what should be understood from the concept of "child". Pursuant to Article 11 of the Turkish Civil Code, as a rule, anyone under the age of 18 is considered a child (minor). In the light of this information, one of the legal problems that arise is whether the informed consent of the child is required during the treatment process, which is within the scope of the personality rights of children.

Informed consent is based on the principle that the person decides on the medical intervention to be performed with his/her free will. In this context, informed consent consists of two stages. The first of these stages is the physician's informing the patient about why the medical intervention is presented as an option, its benefits, harms and consequences. The second stage is the decision stage. After being informed, the patient can either accept or refuse the treatment. If the patient refuses the treatment, the obligation to inform is fulfilled by the physician, but the right to refuse the treatment is exercised by the patient. In the event that the patient accepts the treatment, informed consent is in question and one of the conditions of lawfulness of the medical intervention is realized. The main elements for informed consent to occur in accordance with the law are voluntariness and competence. The element of competence refers to the patient's ability to understand the information provided to him/her. In this respect, the element of competence corresponds to the element of "having the power of capacity of judgement" among the elements of capacity. Minority is listed as one of the reasons that negatively affect the power of capacity of judgement under both Article 13 of the Turkish Civil Code and Article 4 of the Patient Rights Regulation.

However, it would not be correct to accept that the minority of age will affect the power of capacity of judgement in any case, and a separate examination will be required for each concrete case. In this respect, it may be argued that minors or restricted persons who have the power of capacity of judgement meet the element of “competence”. The consent of the informed patient alone can only be given if the patient has full capacity to act. It is controversial whether minors with the power of capacity of judgement who do not fulfill the condition of “being an adult” among the conditions of having the power of capacity of judgement, being an adult and not being restricted can give consent. Before addressing these discussions, it should be determined which legal transaction exists between the physician and the patient.

The most frequently encountered legal transaction between a patient and a physician is the medical contract. The relationship in which a physician undertakes to perform diagnostic and therapeutic acts for the patient and the patient undertakes to pay a fee in return for this service constitutes a “treatment contract/physician contract”, which is a legal transaction. Since the legal relationship between the physician and the patient constitutes a contract, as a rule, the parties must have full capacity to act. The issue of whether a person with limited capacity, such as a minor under custody, can enter into a treatment contract on his/her own is controversial. According to one opinion, since the primary performance in the medical contract will have consequences on the physical integrity or moral integrity of the minor, it falls within the scope of the strictly personal rights. For this reason, since the consent of the legal representative is not required pursuant to the second sentence of Article 16 of the Turkish Civil Code, it is possible for the minor to be a party to the contract. According to another opinion, if the person to be treated is lack of capacity, the consent of the legal representative must be obtained. This is because this situation is regulated in a mandatory manner in different legal texts. Article 70 of the Law No. 1219 and Article 24 of the Patient Rights Regulation clearly states that if the patient is a minor or restricted, the consent of the parent or guardian must be obtained. In this case, it is even argued that the parties to the treatment contract are the parent/guardian and the physician, and that the contract in question is a contract for the benefit of a third party since the physician performs his/her performance on the personal property of the minor. In our opinion, it is possible for a person with limited capacity to be a party to a contract within the meaning of Article 16 of the Turkish Civil Code.

Regardless of which view is adopted in terms of who are the parties to the medical contract, it is the patient who should be informed. However,

whether only the patient or also the patient and the patient's relatives should be informed is important, especially if the patient is a minor. Different opinions are put forward in the doctrine on this issue. According to an opinion based on the protection of the minor, the consent of the legal representative must also be obtained in the informed consent. Likewise, legal regulations also support this view. However, putting all minors in the same category in terms of their capacity to consent will lead to unfair results. For this reason, according to the other opinion put forward, if the minor has the power of capacity of judgement (competence), it should be valid not to apply to the legal representative, but only to obtain consent from the competent child (limited capacitated person). This is because, in this case, there is the exercise of a right strictly dependent on the person.

Within the scope of the aforementioned legal problem, some solution proposals have been put forward. For example, in terms of capacity (competence) to consent, it has been argued that patients under the age of 15 do not have the “competence” to inform, but it is sufficient to have informed consent in patients between the ages of 15-18. According to another example, the consent of the legal representative should only be sought in medical interventions where the risk is high.

Although there are regulations on the informed consent of the child in different laws and regulations, there is not yet a legal basis that meets the needs in practice. In this respect, it is necessary for the legislator to make a regulation on the participation of children in the informed consent process, taking into account the comparative law.

Keywords: Medical Intervention, Child, Consent, Competence.

HEKİMİN DİĞER SAĞLIK PERSONELİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Esin ÖZTEN*

Hekimler ve diğer sağlık personelinin tıbbi müdahalede bulunurken tıbbi standartlara uygun davranması gerekmektedir. Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken hukuka aykırı olarak hastalara verilen zararlardan dolayı sağlık personelinin hukuki sorumluluğu doğmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ve sağlık personeli, kamu personeli olduğundan ve verilen tıbbi hizmet, kamu hizmeti niteliğinde olduğundan, tıbbi müdahalelerden kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde doğrudan hekimden ya da diğer sağlık personelinin tazminat talep edilmesi mümkün değildir. Bu hallerde kamu kurum ve kuruluşlarına, idari yargıda tam yargı davasının yöneltmesi gerekmektedir. Bu tebliğin temel amacı ise, hekimin sorumluluğunun özel hukuka dayandığı hallerde, hekime veya özel hastaneye bağlı olarak çalışan ancak hasta ile aralarında doğrudan sözleşme ilişkisi bulunmayan yardımcı sağlık personelinin fiillerinden doğan sorumluluğu değerlendirmek ve tespit etmektir.

Özel hastane ve kliniklerde bir organizasyon içinde hizmet veren sağlık personeli, hasta ile bizzat sözleşme ilişkisi kurmadığı takdirde olağan akışta hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaktadır. Bu durumda tıbbi müdahalede mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olmayan ve zarara yol açan bir fiilden dolayı, sözleşmeye aykırılıktan dolayı doğrudan hastane sorumlu olmaktadır. Hastanenin tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararı gidermesi durumunda, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personeline rücu etmesi mümkündür.

Kendisi adına, özel muayenehanesinde çalışan bir hekimin, hasta ile arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bazı hallerde eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Akdedilen sözleşme kapsamında hekimin şahsı göz önüne alınarak sözleşme yapılması söz konusu olan tıbbi müdahaleleri, hekimin bizzat gerçekleştirmesi gerekir. Bu hallerde yardımcı kişi kullanılması mümkün değildir. Ancak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi sırasında, ifaya yardımcı olarak diğer sağlık personelinin bulunması mümkün olan hallerde, örneğin hemşire, anesteziist, asistan vb. sağlık personeli tıbbi

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

müdahalede bulunabilir. Bu durumda hekimin, yardımcı kişileri gözetim ve denetiminde bulundurması ve uygun talimat ile yönlendirmesi gereklidir. Tebliğde, ifaya yardımcı olan diğer sağlık personelinin fiillerinden kaynaklanan bir zarar meydana gelmesi durumunda sorumluluğun sujesi ve kapsamı, Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Tıbbi standartlara aykırı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde sağlık personelinin kusuru veya ihmali bulunması durumunda hukuki sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin ifasına yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116 hükmüne göre hekimin yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumluluğunun doğması için, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunması gerekir. Sözleşmeden doğan borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılmasının mümkün olması ve yardımcının verdiği zararın, kendisine bırakılan işin görülmesi sırasında gerçekleştirilmiş olması gerekir. Her ne kadar TBK m. 115'e göre, yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun kaldırılması hakkında sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün olsa da hekimlik mesleğinin uzmanlığı gerektiren bir meslek olmasından dolayı tıbbi müdahalelerde verilen zararlar hakkında sorumsuzluk anlaşması yapılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle hekim, tıbbi müdahalede bulunan diğer sağlık çalışanlarının fiillerinde hafif kusurlu olmaları halinde dahi sorumlu tutulacaktır.

Tebliğde, yardımcı sağlık personelinin hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmadığından bu kişilerin sadece hekimin sözleşme kapsamında gerçekleştirdiği edimi ifaya yardımcı konumunda olduğu sonucuna varılmıştır. Hekim ile sözleşme ilişkisi bulunan hastaya yönelik bir zarar söz konusu olduğunda sözleşme sorumluluğunun doğacağı ve TBK m. 66 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı kanaatine varılmıştır. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin söz konusu olmadığı hallerde, örneğin rıza alınması mümkün olmayan bir durumda vekaletsiz işgörme kapsamında gerçekleştirilen tıbbi müdahale sırasında yardımcı sağlık personeli bir zarara yol açmış olursa, bu halde TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğunun gündeme gelebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, İfaya Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluk, Yardımcı Sağlık Personeli, Hukuki Sorumluluk, Malpraktis.

PHYSICIAN'S LIABILITY FOR THE ACTS OF OTHER HEALTH PERSONNEL

Arş. Gör. Esin ÖZTEN

ABSTRACT

Physicians and other health personnel must act in accordance with medical standards when performing medical interventions. The legal liability of the healthcare personnel arises due to the damages caused to patients in violation of the law while performing medical interventions. Since physicians and healthcare personnel working in public institutions and organisations are public personnel and the medical service provided is in the nature of public service, it is not possible to claim compensation directly from the physician or other healthcare personnel when a damage arising from medical interventions occurs. In such cases, public institutions and organisations must be sued for full remedy in administrative jurisdiction. The main purpose of this communiqué is to evaluate and determine the liability arising from the acts of the auxiliary health personnel who work under the physician or private hospital but do not have a direct contractual relationship with the patient, in cases where the physician's liability is based on private law.

In private hospitals and clinics, if the healthcare personnel providing services within an organisation do not establish a contractual relationship with the patient personally, a contractual relationship between the hospital and the patient is in question in the ordinary course. In this case, the hospital is directly liable for breach of contract due to an act that does not comply with professional obligations and standards in medical intervention and causes damage. In the event that the hospital compensates the damage arising from the medical intervention, it is possible to recourse to the health personnel who performed the medical intervention.

It is accepted that the contract between a physician working on behalf of himself/herself in his/her private practice and the patient is within the scope of an agency contract. In some cases, it may be considered as a contract of work. Within the scope of the contract concluded, the physician must personally perform the medical interventions that are subject to the contract by considering the physician's person. In these cases, it is not possible to use an assistant. However, in cases where it is possible to have other health personnel to assist in the performance of the medical intervention, such as nurses, anaesthetists, assistants, etc., health personnel may perform medical interventions. In this case, the physician is required to keep the assistants

under his/her supervision and control and to direct them with appropriate instructions. In this Communiqué, the subject and scope of liability in the event of a damage arising from the acts of other healthcare personnel assisting in the performance will be evaluated in the light of the decisions of the Court of Cassation.

The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine Art. 4 stipulates that any intervention in the field of health should be carried out in accordance with the relevant professional obligations and standards. In medical interventions performed in violation of medical standards, legal liability arises in the event of a defect or negligence of the healthcare personnel. According to Article 116 of the TBK, which regulates the liability for the acts of the person assisting the performance of the contract, in order for the physician to be liable for the acts of the person assisting the performance of the contract, there must be a contractual relationship between the physician and the patient. It must be possible to leave the performance of the contractual obligation to the assistant, and the damage caused by the assistant must be realised during the performance of the work left to him. Although it is possible to conclude an irresponsibility agreement regarding the removal of liability arising from the acts of the assistant according to Article 115 of the TBK, it is accepted that it is not possible to conclude an irresponsibility agreement regarding the damages caused during medical interventions, since the profession of medicine is a profession that requires expertise. Therefore, the physician will be held liable even if other healthcare professionals who perform medical interventions are slightly negligent in their acts.

In the Communiqué, since there is no contractual relationship between the auxiliary health personnel and the patient, it is concluded that these persons are only in the position of assisting the physician to perform the performance performed by the physician within the scope of the contract. It is concluded that in the event of a damage to the patient who has a contractual relationship with the physician, contractual liability will arise and Art. 66 of the TBK will not be applicable. In cases where there is no contractual relationship between the physician and the patient, for example, in a situation where it is not possible to obtain consent, if the auxiliary health personnel causes a damage during the medical intervention performed within the scope of work without a power of attorney, it has been concluded that the liability of the employer may arise within the scope of Article 66 of the TBK.

Keywords: Medical Intervention, Liability For The Acts Of The Person Assisting In The Performance, Auxiliary Health Personnel, Legal Liability, Malpractis.

BİOHUKUK SEMPOZYUMU
İKİNCİ GÜN
ONUNCU OTURUM

BARNUM VE PLASEBO ETKİLERİNİN ALTERNATİF TIP TANI VE TEDAVİ YÖNTEMİ OLARAK SUNULMASININ KRİMİNOLOJİ VE CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Burak BOZ*

Barnum etkisi, bireylerin genel ve belirsiz ifadelere kişisel anlamlar yükleme eğilimi olarak tanımlanır. Alternatif tıp bağlamında, bu etki, bireylerin kendi sağlık durumlarına uygun olduğunu düşündükleri açıklamalara karşı daha savunmasız hale gelmelerine neden olabilir. Diğer tarafta, plasebo etkisi, bir tedavi veya aracın etkisiz olmasına rağmen, bireyin beklentileri nedeniyle faydalı bir sonuç yaratmasıdır. Bu iki fenomen bir araya geldiğinde, özellikle alternatif tıp uygulamalarında ciddi bir manipülasyon aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Barnum etkisi; önceleri falcılar, özellikle geniş kitlelere örneğin aynı ayda doğan insanlara tek bir fal sunan astrologlar gibi kimselerce bireysel manipülasyon yeteneklerine bağlı olarak kullanılabilmekteydi. Bugün ise gelişen teknoloji, mağdurların gözünde daha güvenilir bir imaja sahip tıbbi görünümlü cihazlar yoluyla bu etkinin oluşturulmasına olanak vermektedir. Üstelik, gelişen yapay zeka araçları ve kişiselleştirilmiş pazarlama yöntemleri bu alandaki tehlikeyi giderek tırmandırmaktadır. Son yıllarda; biorözenans ve biofrekans gibi yöntemler kullanılarak bireylere hastalıklarını teşhis etme veya tedavi etme vaatlerinde bulunduğu görülmekte bir damla kandan ya da bir saç telinden vücuttaki tüm hastalıkların teşhisini gerçekleştirdiği iddia edilen cihazlar, bilimsel bir temele sahip olmamasına rağmen yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu tür sözde bilimsel cihazların ikna edici bir şekilde sunulması, bireylerin umutlarından yararlanmayı ve dolayısıyla bu süreçlerde elde edilen kazancı artırmayı hedeflemektedir. Elde edilen kazançlar yalnızca teşhis cihazlarıyla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda aktarlarda satılan bitkisel ürünler, doğal taşlar gibi maddelerin ticareti ile daha da geniş bir alana yayılmaktadır.

Manipülatif teşhis yöntemleri ve bu yöntemlere dayalı sözde tedaviler, yalnızca dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebilecek ekonomik zararlara yol açmakla kalmaz, aynı zamanda bireylerin sağlık ve yaşam haklarına yönelik ciddi tehditler oluşturur. Alternatif tıp uygulamalarında

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

düzenleme eksikliği, bu tür manipölasyonların daha da yaygınlaşmasına olanak sağlamaktadır. Sağlık kuruluşlarında dahi standardizasyonun olmaması, bireylerin korunmasızlığını artırmaktadır. İnsanlar; hastane ve tıp merkezlerinde de uygulandığını gördükleri yöntemlerle aynı adla sunulan yöntemlere büyük bir güvenle başvurmaktadır. Kaldı ki bu tür uygulamaların yeterli regölasyonunun olmaması sağlık kuruluşlarının da kar elde etmek için bu yollara başvurmalarının önünü açmaktadır.

Ceza hukuku açısından ele alındığında, bu tür faaliyetlerin dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin, teşhis cihazlarının yanıltıcı reklamlarla pazarlanması veya bu cihazların kullanılması suretiyle maddi kazanç elde edilmesi somut olayda manevi unsurların da varlığı halinde suç teşkil eder. Öte yandan, mevcut hukuki çerçeve içerisinde, bu tür suçların etkili bir şekilde önlenmesi ve cezalandırılması noktasında birçok boşluk bulunmaktadır. Üstelik, özel hukuk düzenlemeleri bu tür durumlarda yetersiz kalmaktadır. Aktar raflarındaki ürünlerin veya doğal taş olarak adlandırılan materyallerden yapılma takıların, sözde tanılar ve tedaviler üzerine pazarlanmasının öncelikle idari yaptırımlarla karşılanması ve kimi ekstrem durumlarda cezalandırılması için gerekli yasal düzenleme yapılmalıdır. Mevcut ceza kanunlarının eksikliklerini giderecek şekilde, pazarlama ve teşhis faaliyetleri daha sıkı bir şekilde denetlenmelidir. Bilimsel gelişmelerin önünü kapatmayacak bir yaklaşımla, bu cihazlara dair standartların belirlenmesi ve etkin bir kontrol mekanizmasının oluşturulması gereklidir ve bunu sağlamak için kapsamlı ve disiplinler arası yaklaşımlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Biorezonans, Biofrekans, Tanı Cihazları, Barnum Etkisi, Plasebo Etkisi.

**THE ASSESSMENT OF HYPING THE BARNUM AND PLACEBO
EFFECTS AS A FORM OF ALTERNATIVE MEDICINE
DIAGNOSTIC AND THERAPEUTIC APPROACHES WITHIN
CRIMINOLOGY AND CRIMINAL LAW**

Dr. Öğr. Üyesi Burak BOZ

ABSTRACT

This study seeks to perform a comprehensive analysis of the depiction of Barnum and placebo effects as diagnostic and therapeutic approaches within alternative medicine, examined through a criminological and criminal law lens. The Barnum and placebo effects exploit individuals' cognitive and psychological predispositions, establishing a foundation for strategies that yield financial profit through deceptive diagnoses and treatment approaches. The susceptibility of these alternative medicine methods to misuse presents numerous legal and ethical challenges. The Barnum effect refers to the inclination of individuals to attribute personal significance to ambiguous and general statements. Within the realm of alternative medicine, this effect may render individuals more susceptible to interpretations they deem appropriate for their health issues. The placebo effect refers to the generation of a positive outcome resulting from an individual's expectations, despite the ineffectiveness of a treatment or intervention. When these two phenomena converge, they manifest as a significant instrument for manipulation, particularly within alternative medicine practices. The Barnum effect has always been employed by fortune tellers, particularly astrologers, who provide one generalised prediction to large groups, such as individuals sharing the same zodiac sign, leveraging their personal manipulation abilities. Currently, advancing technology facilitates the generation of this effect through medical apparatus that possess a more credible appearance in the perception of the victims. Furthermore, the advancement of artificial intelligence tools and tailored marketing strategies is progressively heightening the risks in this domain. In recent years, techniques such as biorresonance and biofrequency have been employed to promise individuals a diagnosis or treatment of their comprehensive ailments. Devices purporting to diagnose all bodily diseases from a drop of blood or a strand of hair gain popularity despite the absence of scientific validation. The compelling promotion of these pseudo-scientific devices seeks to capitalise on individuals' aspirations for a healthy life and fears of illness, thereby augmenting the profits derived from these ventures. The profits generated extend beyond selling and using fees of diagnostic devices; they are also

diversifying into a wider domain through the commerce of herbal products sold in herbalist shops and natural stones. Deceptive diagnostic techniques and fraudulent treatments derived from these methods not only result in economic harm that can be categorised as fraud but also present significant risks to individuals' health and right to life. The absence of regulation in alternative medicine practices facilitates the proliferation of such manipulations, while the lack of standardisation within healthcare institutions heightens individuals' susceptibility. Individuals trust practitioners under the counter because their techniques are designated by the same nomenclature as those employed in hospitals and medical facilities. Furthermore, the absence of sufficient regulation for these methods, such as biorresonance and biofrequency, encourages healthcare institutions to employ some pseudo-treatments for profit. From the standpoint of criminal law, such activities may be categorised as fraud. Marketing diagnostic devices with deceptive advertisements or profiting from their use constitutes a crime in this specific instance if the subjective elements of the crime type are also involved. Conversely, the current legal framework contains numerous deficiencies in effectively deterring and penalising such offences. Furthermore, private law provisions are inadequate in these instances. Legal regulations must focus on regulating such devices and their usages, incorporating administrative sanctions and, in severe instances, punitive measures. To rectify the deficiencies in the current penal laws, marketing and diagnostic activities must be subjected to more stringent oversight. To facilitate scientific advancements without obstruction, it is essential to establish standards for these devices and implement an effective regulatory framework, necessitating comprehensive and interdisciplinary strategies to accomplish this goal.

Keywords: Bioresonance, Biofrequency, Diagnostic Instruments, The Barnum Effect, The Placebo Effect.

HIV TAŞIDIĞI TESPİT EDİLEN EŞ BAKIMINDAN HEKİMİN DİĞER EŞE HABER VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Sibel CAN*

HIV enfeksiyonu kronik aktif bir hastalıktır. Bu hastalık bulaşıcı olması yönüyle toplum sağlığını tehdit etmenin yanı sıra bireyi özel hayatından çalışma hayatına kadar pek çok alanda derinden etkileme potansiyeline sahiptir. Hasta mahremiyetini ve kamu sağlığını koruma arasında hassas bir denge kurmak zorunda olan hekim, özellikle HIV gibi stigmaya (damgalanma) yol açabilen hastalıklarda, daha dikkatli davranmak durumundadır. Bununla birlikte HIV/AIDS gibi bulaşma şekilleri ve bulaşmanın nasıl önleneceği hakkındaki bilginin gelişmeye ve değişmeye devam ettiği bir alanda böyle bir denge kurmak fazlasıyla zordur. Bu noktada hekim açısından bir rehber niteliğinde olan partner bildirim programları, yıllardır birçok ülkede bulaşıcı hastalıklarla mücadelede bir halk sağlığı koruma stratejisi olarak kullanılmaktadır. Bu tür programlar ile enfekte bireylerin cinsel partnerlerinin bilgilendirilmesi sağlanarak hastalığın yayılmasını engelleme amaçlanmaktadır. Türkiye’de ise mevcut mevzuatta açık bir düzenleme olmaması, hekimlerin hukuki riskler olmaksızın karar vermesini zorlaştırmaktadır. Söz konusu süreçte hekimin karşılaşılabileceği suç tiplerinin başında, kişinin sağlık durumuna yönelik bilgilerin hassas kişisel veri niteliğinde olması sebebiyle “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136)” suçu gelmektedir. Söz konusu suç tipi açısından özellikle hastanın mahremiyeti ile üçüncü kişileri koruma yükümlülüğünün çatışması halinde seçimin hangi ölçütlere göre yapılacağının hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde tartışılması gerekmektedir. Yine, diğer eşe virüsün bulaştığı hallerde bildirimde bulunmayan hekim açısından Türk Ceza Kanununda düzenlenen “Kasten yaralama (TCK m. 86-87-88)”, “Taksirle yaralama (TCK m. 89)”, “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (TCK m. 280)”, “Görevi kötüye kullanma (TCK m. 257)” gibi suç tipleri değerlendirme konusu yapılabilecektir. Nitekim HIV pozitif bireyin suç teşkil eden eyleminden dolayı hekimin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığının suç teorisine ilişkin genel ilkeler ışığında tespit edilmesi mümkündür. Ancak özellikle görünüşte ihmali suçlar için aranan “belli bir yönde icrai harekette bulunma

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

yükümlülüğü”nün mevcudiyetinin yasal çerçevesinin çizilmesi zorunludur. Esasen bu tespit kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi ile taksirle yaralama suçlarının tipiklik değerlendirmesinde temel nokta niteliğindedir. Aynı şekilde diğer eşe yapılacak bildiriminin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçu açısından zorunlu unsur olan “görevin gerekleri” olgusunun kapsamında olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Ayrıca HIV pozitif bireyin eyleminin en azından suça teşebbüs aşamasına varmış olması halinde hekimin suçu bildirme yükümlülüğü de TCK m. 280 çerçevesinde ele alınacaktır. Bahse konu suçlar dolayısıyla cezai sorumluluk belirlenirken özellikle Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Millet gibi uluslararası kuruluşların partner bildirim konusunda tavsiye ettikleri aşamalı yaklaşımın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ayrıca Türkiye Ulusal AIDS Komisyonunun yayınladığı ilkeler çerçevesinde somut vakanın ele alınması, hekimin meslek etiğine uygun olarak seçim yapıp yapmadığını tespiti yardımcı olacaktır. Nitekim virüsün bulaşma riskinin bağlı olduğu pek çok faktör mevcut olup, her olayda uygulanacak genel geçer bir kalıp belirlemek, kimi zaman hasta haklarını ihlal ederken kimi zaman da kamu sağlığını tehlikeye atabilecektir. Her iki durum ise görevli hekimin cezai yaptırımla karşı karşıya kalmasına sebebiyet verebilecektir. Bu çalışmada, hekimin HIV pozitif bir hastasının partnerine bildirimde bulunma yükümlülüğü etik ilkeler göz ardı edilmeksizin ceza hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: AIDS, HIV, Hasta Mahremiyeti, Partner Bildirim Programları, Kamu Sağlığı.

THE EVALUATION OF THE PHYSICIAN'S OBLIGATION TO NOTIFY THE OTHER PARTNER IN TERMS OF CRIMINAL LAW IN THE CASE OF A PARTNER FOUND TO HAVE HIV

Dr. Öğr. Üyesi Sibel CAN

ABSTRACT

HIV infection is a chronic active disease. In addition to threatening public health due to its contagious nature, this disease has the potential to deeply affect individuals in many areas from their private life to their working life. The physician, who has to strike a delicate balance between protecting patient privacy and public health, has to act more carefully, especially in diseases such as HIV, which can lead to stigmatization. However, it is extremely difficult to strike such a balance in a field such as HIV/AIDS, where knowledge about modes of transmission and how to prevent transmission continues to evolve and change. Partner notification programs, which serve as a guide for physicians at this point, have been used for years in many countries as a public health protection strategy in the fight against infectious diseases. Such programs aim to prevent the spread of the disease by informing the sexual partners of infected individuals. In Turkey, the lack of a clear regulation in the current legislation makes it difficult for physicians to make decisions without legal risks. One of the most important types of crimes that physicians may face in this process is the crime of "Unlawfully giving or obtaining data (Article 136 of the Turkish Penal Code)", as information on the health status of a person is sensitive personal data. In terms of the crime type in question, especially in the event of a conflict between the patient's privacy and the obligation to protect third parties, it is necessary to discuss the criteria according to which the choice will be made within the framework of the reasons for compliance with the law. Again, in cases where the other partner is infected with the virus, the types of crimes regulated in the Turkish Criminal Code such as "Intentional injury (TPC art. 86-87-88)", "Negligent injury (TPC art. 89)", "Failure of healthcare professionals to report a crime (TPC art. 280)", "Abuse of duty (TPC art. 257)" may be subject to evaluation. As a matter of fact, it is possible to determine whether the physician is criminally liable for the criminal act of the HIV-positive individual in the light of the general principles of the theory of crime. However, it is imperative to draw the legal framework of the existence of the "obligation to act in a certain direction", which is sought especially for seemingly negligent crimes. In fact, this determination is the basic point in the evaluation of the typicality of the crimes of intentional injury with negligent behavior and negligent injury.

Likewise, it is important to determine whether the notification to be made to the other partner is within the scope of the fact of “the requirements of the duty”, which is a mandatory element for the crime of misconduct committed by showing negligence or delay in performing the requirements of the duty. In addition, if the act of the HIV-positive individual has reached at least the stage of attempted crime, the physician's obligation to report the crime will also be addressed within the framework of Article 280 of the TPC. While determining criminal liability for the crimes in question, the progressive approach recommended by international organizations such as the World Health Organization and the United Nations regarding partner notification should be taken into consideration. In addition, addressing the concrete case within the framework of the principles published by the Turkish National AIDS Commission will help to determine whether the physician has made a choice in accordance with professional ethics. As a matter of fact, there are many factors on which the risk of transmission of the virus depends, and determining a general pattern to be applied in every case may sometimes violate patient rights and sometimes endanger public health. In both cases, the physician in charge may face criminal sanctions. In this study, the obligation of a physician to notify the partner of an HIV-positive patient will be discussed in the context of criminal law without ignoring ethical principles.

Keywords: AIDS, HIV, Patient Privacy, Partner Notification Programs, Public Health.

HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SINIRLARI

Arş. Gör. Uğur DOĞRU*

Hekim, mesleği gereği tedavi sürecinde hastasının sır veya sırlarını öğrenebilir. Hekimin bu sırları öğrenmesi ya tedavi süreciyle ortaya çıkar yada hastanın hekime söylemesiyle mümkün olur. Hekim ile hasta arasındaki tedavi sürecinde, hem hastanın korunması hem de hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmaması amacıyla, hekimin hastasına dair öğrendiği sır veya sırları saklama yükümlülüğü vardır. Hekimin bu yükümlülüğü mutlak olmayıp, sınırları da söz konusudur. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün sınırını, hastanın rızası, zorunluluk hali, bilirkişilik, tanıklık ve kanuni bildirim yükümlülükleri oluşturur. Başka bir deyişle, bu hallerin varlığı halinde hekimin sır saklama yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bu çalışmada, hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamı ve sınırı anlatılmaya çalışılıp, doktrinde tartışılan konulara çözüm önerileri özellikle bildirim yükümlülüklerinden, hekimin suçu bildirme yükümlülüğü açısından ele alınacaktır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamını belirleyebilmek için sır kavramının öncelikle tanımı yapılması gerekir. Sır kişinin gizli kalmasını istediği ve üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediği konular veya olaylardır. Bununla birlikte, hekimin sır saklama yükümlülüğünden bahsedebilmek için sırrın mesleki sır da olması gerekir. Mesleki sır kavramından maksat, hekimin görevi sırasında, görevi gereği öğrendiği sırlardır.

Hekimin görevini yapmasına yardım eden kişilerin de örneğin, hasta bakıcı, hemşire, idari personel gibi, öğrendikleri sırları saklama yükümlülüğü vardır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü tedavi süreciyle başlamakla birlikte, yükümlülüğün sona ermesi bakımından bir süre yoktur. Hasta öldükten sonra dahi sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün ilk sınırı hastanın rızasıdır. Bu bakımdan hastanın rızası mevcut ise, hekimin hastanın sırrını üçüncü kişilere açıklaması, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmez. Kişinin rızası olsa dahi, üzerinde tasarruf edilemeyecek haklar bakımından bu rıza geçerli değildir. Örneğin, sırrın açıklanması kişilik haklarına aykırı ise rıza geçerli değildir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Hekimin bir diğer sır saklama yükümlüğünün sınırını zorunluluk hali oluşturur. Bu zorunluluk hali hekimin yasal olarak kendini savunması gereken hallerde ortaya çıkar.

Hekimin tanıklık yapması gereken hallerde ise, gerek HMK. m. 250/1, gerek CMK. m. 46/1 uyarınca, hekime tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Hekimin, tanıklık yapması halinde, hastasının sırrını açıklaması ve açıklama sebebiyle hastasının zarar görmesi muhtemel ise, tanıklıktan çekinmesi, hekim açısından ileride aleyhine doğması muhtemel sonuçlara karşı faydalı olacaktır.

Bilirkişiler açısından ise, tanıklıkta olduğu gibi, çekinme hakkı vardır. Fakat bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şayet atanan bilirkişi tedavisini üstlendiği hastası hakkında bilirkişilik yapması için görevlendirilmiş ise, bu durumda, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi olası olduğundan bilirkişilikten çekilmesi uygun olur. Şayet bilirkişi tedavi sürecinin bir parçası olmadığı bir vaka için bilirkişilik görevine davet edilmiş ise, bu durumda bilirkişinin araştırmasını yaptığı sırada öğrendiği bilgiler, kişinin sırrı kapsamında değerlendirilse dahi, sır saklama yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmaz.

Hekimlere, çeşitli kanuni düzenlemelerle bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bildirim yükümlülüklerinden en önemlilerinden biri suçu bildirme yükümlülüğüdür. Hekimler karşılaştıkları vakaların teşhis ve tedavisi süresince bir suçun işlendiği konusunda kanaat getirirlerse, bunu ilgili makamlara bildirmek zorundadır. Kanunkoyucu, hekimin suçu bildirmemesini bir yükümlülük olarak hekime yüklemekle kalmamış, ayrıca bildirmemesi halinde bunu TCK. m. 278-280 maddeleri arasında bir suç olarak düzenlemiştir. Kanunkoyucu toplumsal ve bireysel yarar çatışmasında, tercihini toplumsal yarardan yana kullanmıştır. Suçu bildirme yükümlülüğünün mutlak olması sebebiyle, kişinin tedavi sürecinden kaçınmasına neden olacağı ve bu sebeple kişinin sağlığının olumsuz etkileneceği yönlerinden doktrinde eleştirilmekte çözüm olarak hekime bir takdir yetkisi tanınması gerektiği ileri sürülmektedir.

Sır saklama yükümlülüğü, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sağlıklı şekilde yürütülmesi için gerekli bir yükümlülüktür. Sır saklama yükümlülüğünün en tartışılan sınırlarından biri hekimin suçu bildirme yükümlülüğüdür. Her ne kadar doktrinde, bu hususta hekime bir takdir yetkisi tanınması gerektiği ifade edilse de; hekimin bir suç işlendiği kanaatine ulaşması, istisnai hallerde ve bazı uzmanlık konuları bakımından söz konusu olur. Bu sebeple, hekimlere suçu bildirme konusunda, bir takdir yetkisi

tanınması gerektiği hususuna katılmıyoruz. Bununla birlikte, hekime suçun bildirilmesi konusunda bir takdir yetkisi verilmesi halinde, kimi durumlarda işlenen suçun cezasız kalmasına sebep olabilmesi ihtimali de söz konusudur.

Anahtar Kelimeler: Sır Saklama Yükümlülüğü, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Hekimin Suçu Bildirme Yükümlülüğü.

DOCTOR'S OBLIGATION TO KEEP SECRET AND ITS LIMITS

Arş. Gör. Uğur DOĞRU

ABSTRACT

The doctor may learn the patient's secret or secrets during the treatment process due to the nature of his profession. The doctor's learning of these secrets either occurs during the treatment process or is possible when the patient tells the doctor. During the treatment process between the doctor and the patient, the doctor has the obligation to keep the secret or secrets he learns about his patient, both for the protection of the patient and to prevent the breach of trust between the doctor and the patient. This obligation of the doctor is not absolute, and it also has limits. The limits of the doctor's obligation to keep secrets are formed by the patient's consent, state of necessity, expert witness, witness and legal notification obligations. In other words, in the presence of these situations, the doctor's obligation to keep secrets does not come into question. In this study, the scope and limits of the doctor's obligation to keep secrets will be tried to be explained, and solution proposals for the issues discussed in the doctrine will be discussed, especially in terms of notification obligations and the doctor's obligation to report crimes.

In order to determine the scope of the doctor's obligation to keep secrets, the concept of secret must first be determined. Secrets are matters or events that the person wants to keep secret and does not want to be known by third parties. However, in order to speak of the doctor's obligation to keep secrets, the secret must also be a professional secret. The concept of professional secret refers to secrets that the doctor learns during the course of his/her duty. People who help the doctor perform his/her duty, such as patient care nurses and administrative staff, also have an obligation to keep the secrets they learn. Although the doctor's obligation to keep secrets begins with the treatment process, there is no time limit for the obligation to end. The obligation to keep secrets continues even after the patient dies.

The first limit of the doctor's obligation to keep secrets is the patient's consent. In this respect, if the patient's consent is present, the doctor's disclosure of the patient's secret to third parties does not violate the obligation to keep secrets. Even if the person consents, this consent is not valid for rights that cannot be disposed of. For example, if the disclosure of the secret violates personal rights, the consent is not valid.

The state of necessity constitutes another limit of the doctor's obligation to keep secrets. This state of necessity arises in cases where the doctor must legally defend himself.

In cases where the doctor is required to testify, the doctor is given the right to refrain from testifying, both in accordance with Article 250/1 of the Civil Procedure Code and Article 46/1 of the Criminal Procedure Code. If the doctor discloses the patient's secret and the patient is likely to be harmed due to the disclosure, refraining from testifying will be beneficial for the doctor against possible consequences that may arise against him/her in the future.

As for experts, there is a right to refrain, as in testimony. However, a twofold distinction must be made in this case. If the appointed expert is assigned to be an expert on a patient for whom he/she is treating, then it would be appropriate for the doctor to withdraw from the expert role, as he/she is likely to breach the obligation of confidentiality. If the expert is invited to be an expert on a case in which he/she is not a part of the treatment process, then even if the information the expert learns during his/her research is considered to be within the scope of the person's secret, there is no breach of the obligation of confidentiality.

Doctors have been given the obligation to report by various legal regulations. One of the most important of these obligations to report is the obligation to report a crime. If doctors come to the conclusion that a crime has been committed during the diagnosis and treatment of the cases they encounter, they must report this to the relevant authorities. The legislator has not only imposed an obligation on doctors to report a crime, but has also regulated failure to report a crime as a crime in articles 278-280 of the Turkish Penal Code. Doctors' obligation to report a crime is absolute and there is no exception in the laws. In the conflict between the interests of society and individuals, the legislator has made a choice in favor of the benefit of society. The absolute obligation to report a crime is criticized in the doctrine because it will cause the person to avoid the treatment process and therefore the person's health will be negatively affected, and it is suggested that the doctor be given a discretionary power as a solution.

The obligation to keep secrets is a necessary obligation for the healthy conduct of the relationship between the doctor and the patient. One of the most controversial limits of the obligation to keep secrets is the doctor's obligation to report a crime. Although it is stated in the doctrine that the doctor should be given a discretionary power in this regard; the doctor's belief that a crime has been committed is an issue in exceptional cases and in terms

of certain specialized subjects. For this reason, we do not agree that doctors should be given a discretionary power in reporting a crime. However, if the doctor is given a discretionary power in reporting a crime, there is a possibility that in some cases the crime committed may go unpunished.

Keywords: Obligation to Maintain Confidentiality, Doctor's Obligation to Maintain Confidentiality, Doctor's Obligation to Report Crime.

AKILCI İLAÇ KULLANIMI VE AKILLI İLAÇLAR: SAĞLIK HUKUKU BAĞLAMINDA FARKLILIKLAR VE UYGULAMA ALANLARI

Arş. Gör. Dr. Oğuzhan ERTEKİN*

Tüm tedavilerin amacı hastanın sağlık durumunun iyileşmesi, iyileşmenin mümkün olamayacağı durumlarda hastalığın semptomlarının kontrol altına alınması ve hastanın yaşam kalitesinin artırılmasıdır. Bu amaca ulaşmaya çalışılırken kullanılan ilaçlar ise vücudun çalışma şeklini etkileyen kimyasal veya biyolojik bileşiklerdir. İlaçlar insanlar için olmazsa olmaz, vazgeçilmez ve ikame edilemez nitelikteki ürünlerdir. Günümüzde hastalıkların tedavisinde en çok kullanılan yöntem, farmakoterapi (ilaç tedavisi) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her yıl binlerce insanın hayatı ilaçlar sayesinde kurtulmakta ve yine binlerce insan ilaç kullanarak hayata tutunmaktadır. Buna karşılık hayat kurtaran ilaçların insan sağlığı bakımından taşıdığı potansiyel riskler, bir paradoksa da sebep olmaktadır. Dozajı ayarlanmış zehir niteliği taşıyan ilaçlar, her yıl binlerce insanın hayatını kaybetmesine ya da yaralanmasına yol açmaktadır. İlaçların bünyesinde taşıdıkları muhtemel tehlikelerin yanı sıra ilaç çeşitlerinin artması ve tedavi yöntemlerindeki alternatiflerin çoğalması gibi sebepler ilaç seçiminin önemini artırmıştır. Çünkü ilaç seçimi ve kullanımında bilinçli davranılmaması sonucu hastalar çeşitli zararlara uğrayabilmektedir. Bu zararlar, gerekli olmamasına rağmen ilaç kullanılması, ilaç endikasyonu bakımından yanlış, ya da yetersiz ilaç seçimi sebebiyle yanlış tedavinin uygulanması, farmakolojik etkisi şüpheli, ilaçların kullanılması, endikasyona uygun olsa bile ilacın uygun olmayan dozlarda ve zaman aralıklarında kullanılması gibi sebeplerden doğabilmektedir. İlaç seçiminden ve kullanımından kaynaklanan zararların önlenmesi ya da en azından asgari düzeye indirilebilmesi gerektiği için son zamanlarda sıklıkla “akılcı ilaç kullanımı” ve “akıllı ilaç” kavramları gündeme gelmektedir.

Akılcı ilaç kullanımı, hastanın biyolojik yapısı, yaşam kalitesi ve ödeme gücü gibi faktörler dikkate alınarak hastalığın tedavi edilebilmesi için mevcut olan ilaçlar içinden en uygun olanının seçilmesi ve kullanılmasıdır. Akıllı ilaç ise hedefe yönelik çalışan, biyoteknoloji veya genetik mühendisliği kullanılarak geliştirilen ilaçlara verilen genel bir isimdir. Buna göre, akılcı ilaç

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

kullanımı, ilaçların etkili ve güvenli şekilde kullanılmasıyla ilgili genel bir yaklaşımı ifade eder. Akıllı ilaç ise teknolojik olarak geliştirilmiş ve genellikle hedefe yönelik tedavi sağlayan biyoteknolojik özelliklere sahip ilaçları tanımlar. Akılcı ilaç kullanımı, her türlü ilaç (antibiyotikler, ağrı kesiciler, tedavi edici ilaçlar vb.) tedavisinde etkinliği ve kaliteyi artırmayı amaçlar. Aynı zamanda ilacın hastaya nasıl verilmesi gerektiği ile ilgilidir. Akıllı ilaçlar ise genellikle belirli bir hastalık için özel olarak tasarlanmış ilaçlardır. Özellikle kanser, geriatrik hastalıklar ve genetik hastalıklarda ya da immünoterapiler gibi tedavi yöntemlerinde kullanılmaktadır.

Akılcı ilaç kullanımı, ilaçların doğru bir şekilde seçilmesini ve doğru dozda kullanılmasını sağlamak amacıyla yan etkilerin ve istenmeyen sonuçların azaltılmasına yardımcı olmaktadır. Ancak bu, ilaçların hastada genetik veya moleküler düzeyde daha spesifik olarak hedeflenmesini içermemektedir. Geleneksel ilaçlardan farklı olarak akıllı ilaçlar, doğrudan hastalıklı hücreleri veya belirli biyolojik mekanizmaları hedef alarak daha etkili bir tedavi sağlamakta ve yan etkileri en aza indirmektedir. Bu ilaçlar, biyolojik işaretleyiciler (biomarker) kullanarak vücutta doğru bölgeye yönlendirilmekte ve tedavi sürecini optimize etmektedir. Akıllı ilaçlar yalnızca hastalıklı hücrelere etki etmekte ve sağlıklı hücrelere zarar vermemektedir.

Akılcı ilaç kullanımı, reçetelerin doğru yazılmasını, ilaçların doğru dozda ve doğru şekilde kullanılmasını sağlamayı amaçladığı için ilaç hukuku mevzuatı kapsamında denetlenmektedir. Yeni ilaçların onay sürecine tabi olan akıllı ilaçlar ise sağlık otoriteleri tarafından sıkı bir denetimden geçmektedir. Ayrıca akıllı ilaçlar genellikle yenilikçi biyoteknolojik ürünler oldukları için patent ile korunmaktadır. Bununla birlikte akılcı ilaçlar, yoğun bir araştırma-geliştirme faaliyeti sonucunda ortaya çıktıkları için patent ve pazarlama giderleri dikkate alındığında mali yükleri çok fazladır. Bu sebeple belirli kıstaslar dahilinde geri ödeme sistemine dahil edilmektedir.

Akılcı ilaç kullanımına ilişkin hukuki sorumluluklar genellikle hastaların doğru tedavi almasını sağlama ve yan etkilerden kaçınma ile ilgilidir. Sağlık profesyonelleri tarafından doğru ilaçların doğru şekilde kullanılması gerektiği için yanlış ilaç yazılması ya da aşırı dozda ilaç kullanımı gibi sebeplerle hastaların zarar görmesi durumunda tıbbi hatalar ve ihmal davaları gündeme gelebilmektedir. Akıllı ilaçlar ise daha yenilikçi ve teknolojik ürünler oldukları için ihmal, patent ihlali, tıbbi ürün sorumluluğu ve güvenlik ihlalleri gibi hukuki davalara konu olabilmektedir. Ayrıca, bu

ilaçların pazara sunulmasından önceki klinik deneyler ve etik onay süreçleri de hukuki bir bağlam oluşturmaktadır.

Akılcı ilaç kullanımı hukuken daha çok ilaçların doğru, güvenli ve etkili kullanımı ile ilgili düzenlemeleri ifade etmektedir. Sağlık hizmetleri sağlayıcıları bu konuda belirli yükümlülükler taşımaktadır. Akıllı ilaçlar ise daha çok biyoteknolojik ve yenilikçi ilaçlar olarak geliştirilme, onay, patent hakları ve tedarik süreçleri açısından hukuki düzenlemelere tabidir. Bu bağlamda her iki kavram da farklı yönlerden hukuki düzenlemeler gerektirmekte ve farklı yasal sorumlulukları ve prosedürleri içermektedir. Akılcı ilaç kullanımı ile akıllı ilaç kavramları arasında tanım, kapsam, uygulama alanı ve ilişkin oldukları hukuki düzenlemeler bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple her iki kavramın net şekilde birbirinden ayırt edilmesi, kapsamlarının ve uygulama alanlarının belirlenmesi ve farklılıklarının ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İlaç, Akılcı İlaç Kullanımı, Akıllı İlaç, Sağlık Hukuku.

RATIONAL DRUG USE AND SMART DRUGS: DIFFERENCES AND APPLICATION AREAS IN THE CONTEXT OF HEALTH LAW

Arş. Gör. Dr. Oğuzhan ERTEKİN

ABSTRACT

The primary goal of all treatments is to improve the patient's health condition, to control the symptoms of the disease when recovery is not possible, and to enhance the patient's quality of life. The drugs used to achieve this goal are chemical or biological compounds that affect the functioning of the body. Drugs are indispensable, irreplaceable, and essential products for humans. Today, the most common method in disease treatment is pharmacotherapy (drug therapy).

Every year, thousands of lives are saved thanks to medications, and thousands more manage to hold onto life through their use. However, the potential risks posed by life-saving drugs to human health also create a paradox. Medications, which can be described as poisons in adjusted doses, cause the death or injury of thousands of people each year. In addition to the inherent dangers of drugs, factors such as the increasing variety of medications and the proliferation of alternative treatment methods have underscored the importance of proper drug selection. Because failure to act consciously in the selection and use of drugs can result in various harms to patients. These harms may arise from unnecessary drug use, incorrect or inadequate drug selection in terms of indication, administration of incorrect treatment, use of drugs with questionable pharmacological effects, or even the administration of appropriate drugs at inappropriate doses and intervals. Since it is necessary to prevent or at least minimize the harms caused by drug selection and use, the concepts of “rational drug use” and “smart drugs” have recently come to the forefront.

Rational drug use refers to the selection and use of the most appropriate drug from among available options, taking into account factors such as the patient's biological structure, quality of life, and financial capacity. Smart drugs, on the other hand, is a general term for drugs developed using biotechnology or genetic engineering that work in a targeted manner. Accordingly, rational drug use represents a general approach to the effective and safe use of medications. Smart drugs, however, are technologically advanced, often designed for targeted therapy, and possess biotechnological features. Rational drug use aims to enhance efficacy and quality in all types of drug therapies (antibiotics, painkillers, therapeutic drugs, etc.). It also

concerns the correct administration of the drug to the patient. Smart drugs, on the other hand, are often designed specifically for certain diseases, particularly in the treatment of cancer, geriatric diseases, genetic disorders, or in therapies like immunotherapies.

Rational drug use helps reduce side effects and undesirable outcomes by ensuring the correct selection and appropriate dosage of medications. However, it does not include the specific targeting of drugs at the genetic or molecular level in patients. Unlike traditional drugs, smart drugs provide more effective treatment by directly targeting diseased cells or specific biological mechanisms and minimizing side effects. These drugs are directed to the correct area in the body using biological markers (biomarkers) and optimize the treatment process. Smart drugs affect only diseased cells and do not harm healthy cells.

Rational drug use aims to ensure accurate prescriptions and the correct and safe use of medications and is therefore regulated under pharmaceutical law. Smart drugs, which are subject to approval processes as new medications, are rigorously monitored by health authorities. Moreover, as innovative biotechnological products, smart drugs are often protected by patents. However, the research and development efforts that lead to rational drug use are highly costly, considering patent and marketing expenses. Therefore, they are included in reimbursement systems under certain criteria.

Legal responsibilities regarding rational drug use generally focus on ensuring that patients receive appropriate treatment and avoiding side effects. Since health professionals are expected to use the correct medications appropriately, cases of medical errors and negligence may arise if patients are harmed due to incorrect prescriptions or overdoses. Smart drugs, being more innovative and technological products, may be subject to legal disputes involving negligence, patent infringement, medical product liability, and safety violations. Additionally, the clinical trials and ethical approval processes required before the market launch of these drugs also create a legal context.

From a legal perspective, rational drug use primarily refers to regulations on the correct, safe, and effective use of medications. Healthcare providers bear certain responsibilities in this regard. Smart drugs, on the other hand, are subject to legal regulations regarding their development, approval, patent rights, and supply processes as biotechnological and innovative drugs. In this context, both concepts require different legal regulations and involve distinct legal responsibilities and procedures. There

are differences between the concepts of rational drug use and smart drugs in terms of definition, scope, application area, and associated legal regulations. Therefore, it is essential to clearly distinguish between the two concepts, define their scopes and application areas, and highlight their differences.

Keywords: Drug, Rational Drug Use, Smart Drug, Health Law.



BİOHUKUK SEMPOZYUMU

6-7 MAYIS 2025
KIRIKKALE



BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI