

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

KİŞİLİK HAKLARININ DOĞUM ÖNCESİNDE KORUNMASI

Tülay AYDIN
2501040592

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Rona SEROZAN

İstanbul-2007

ÖZ

Hukukumuzda ceninin kişiliğinin korunması için birtakım yasal düzenlemeler getirilmiştir. Ancak ceninin kişiliğinin nasıl korunacağını belirlemek için öncelikle ceninin ne zaman kişilik kazanılmış sayılacağını tespit etmek gereklidir. Medeni Kanunumuzun 28. maddesine göre çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişilik başlar, ancak çocuğun sağ ve tam doğumla başlayan hak ehliyeti ana rahmine düştüğü ana kadar geçmişe etkili olarak hükümlerini doğurur. Ceninin kişiliğinin ana rahmine düştüğü andan başlayarak korunması söz konusu olduğundan, yaşama hakkının bulunup bulunmadığı, ana rahminde bulunduğu sırada kendisine karşı işlenen haksız fiil nedeniyle özürlü olarak doğması halinde doğumdan sonra haksız fiil failinden tazminat talep edip edemeyeceği, hekimin cenine kusurlu tıbbi müdahalede bulunması ya da tıbbi müdahalede bulunmamasına rağmen ana ve baba ile akdettiği sözleşmeden kaynaklanan özen yükümüne aykırı davranarak kusuru sonucu cenindeki tedavi edilebilir gelişim bozukluğunu gözlemleyememesi ve bu nedenle çocuğun özürlü olarak doğması halinde hekimin sorumluluğunun nasıl belirleneceği soruları gündeme gelmektedir. Çalışmamızda da bu sorunlara bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

In our law system, there are set some legal regulations for the protection of fetus' personality rights. However, in order to ascertain the means for this protection, at once it is needed to specify the time when the fetus legally accepted to acquire his personality. In the article 28 of Turkish Civil Code, from the moment of the fetus' complete and alive birth, the personality begins, however fetus' capacity to acquire rights which starts by alive and complete birth, determines its jurisdictions as far as back to the time when it has been left in the mother's womb. As it is the case that the personality protection of the womb are covered since it falls in the mother's womb, questions that whether the fetus has the right to survive, that whether he could ask for compensation from the perpetrator in the case when the fetus born disabled as a result of tort at the mother womb, that how to establish the liability of the physician in the cases such as physician's wrongful medical treatment to the fetus or his failure to abide by the provisions of medical care contract, a flaw culminating in him not to realise a curable development failure of the fetus, the disabled birth of the fetus as a result have recently been under discussion. This thesis tries to address the above-mentioned issues.

ÖNSÖZ

Kişilik haklarının doğum öncesinde korunması konulu bu çalışmamız hekimin sorumluluğu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ülkemizde, son yıllarda özürlü olarak doğan çocukların hekimlere karşı açtığı davalarda artış gözlenmektedir. Özellikle yabancı hukuklarda “wrongful life” olarak adlandırılan istenmeyen yaşam davalarında hekimin sorumluluğunun nasıl belirleneceği büyük bir sorun teşkil etmektedir. Zira hekimin insan hayatına ve sağlığına yönelik faaliyette bulunması nedeniyle bazı hallerde bir çözüme varmak güçlük taşımaktadır.

Çalışmalarım sırasında benden desteklerini esirgemeyen ve değerli fikirleriyle birçok soruna farklı açıdan bakmamı sağlayan, tez danışmanım, kürsü hocam Sayın Prof. Dr. Rona Serozan’a ve kürsü hocam Sayın Doç Dr. Baki İlkay Engin’e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışmalarım sırasında 2 aylık bir süre için Van-Calker bursu ile İsviçre’de, İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü’nde çalışma fırsatı buldum. Bu vesileyle Enstitünün müdürü Sayın Eleanor Ritaine Cashin’e ve enstitünün tüm çalışanlarına içtenlikleri, yardımları, sağladıkları rahat çalışma ortamı için teşekkürü bir borç bilirim.

Son olarak benim için her zoru kolaylaştıran kürsü arkadaşım Başak Baysal Erman’a ve Metin Ünver’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT.....	III
ÖNSÖZ.....	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM.....	3
CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASI VE CENİN STATÜSÜNE BAĞLANAN BELLİ BAŞLI SONUÇLAR	3
A. CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASI	3
1. Genel Olarak	3
2. Cenin Kavramı.....	5
3. Ceninin Kişilik Kazanması	6
a. Genel Olarak	6
b. Ceninin Kişilik Kazanmasının Şartları.....	6
(1) Tam Doğum.....	6
(2) Sağ Doğum.....	7
(3) Tam ve Sağ Doğum Dışında Başka Koşul Aranmaması	9
4. Ceninin Kişiliğinin Başlangıç Anı	11
B. CENİN STATÜSÜNE BAĞLANAN BELLİ BAŞLI SONUÇLAR	20
1. Ceninin Malvarlığı Haklarına Sahip Olması.....	20
2. Ceninin Kişi Varlığı Haklarına Sahip Olması	21
a. Genel Olarak	21
b. Cenin Adına Kayımanın Babalık Davası Açması.....	23
(1) Genel Olarak.....	23
(2) Babalık Davasının Tarafları	23
(3) Babalık Davasında Süre.....	26
c. Ceninin Yaşama Hakkı.....	27
II. BÖLÜM	33
CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI	33
A. MİRAS HUKUKUNDA CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI	33
1. Ceninin Mirasçı veya Vasiyet Alacaklısı Olabilmesi	33
a. Genel Olarak	33
b. Mirasçı veya Vasiyet Alacaklısının Miras Bırakanın Ölümü Anında Sağ Olması Gereği.....	33
(1) Kural	33
(2) İstisna.....	34
2. Cenin Nedeniyle Mirasın Paylaşımının Ertelenmesi	37
B. BORÇLAR HUKUKUNDA CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI	39
1. Ceninin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İsteyebilmesi	39
a. Genel Olarak	39
b. Destek Kavramı	39
c. Yardım Kavramı.....	41
d. Destekten Yoksun Kalma Zararının ve Tazminat Miktarının Tespiti.....	42
2. Ceninin Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Lehdar Tayin Edilmesi.....	44
III. BÖLÜM.....	47
CENİNİN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ ÜZERİNDEKİ KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI.....	47
A. CENİNİN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLAL EDİLEBİLECEĞİ ÇEŞİTLİ İHTİMALLER	47

B. VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ İHLAL EDİLEN CENİNE KARŞI SORUMLULUĞU SÖZ KONUSU	
OLABİLECEK KİŞİLER	49
1. Genel Olarak	49
2. Özel Olarak Hekimin Sorumluluğu.....	50
3. Hekimin Çocuğa Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu	52
a. Genel Olarak	52
b. Hekimin Kusurlu Tıbbi Müdahalesi Sonucunda Çocuğun Özürlü Olarak Dünyaya Gelmesi ..53	
(1) Genel Olarak.....	53
(2) Haksız Fiilin Şartları	54
i. Hukuka Aykırı Fiil	54
ii. Zarar.....	59
iii. İlliyyet Bağı.....	62
iv. Kusur	65
c. Özürlü Olarak Doğan Çocuktaki Anomaliyi Zamanında Teşhis Edemeyen Hekimin Sorumluluğu	70
(1) Hukuki Sorun	70
(2) Anomalinin Tedavi Edilebilir Olması Halinde Sorumluluk	71
(3) Anomalinin Tedavi Edilemez Olması Halinde Sorumluluk	74
i. Genel Olarak	74
ii. Ana ve babanın talebi yönünden	75
iii. Çocuğun talebi yönünden.....	78
d. Ara Sonuç	91
4. Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme Bağlamında Hekimin Çocuğa Karşı Sözleşmesel Sorumluluğu	93
a. Genel Olarak	93
b. Hekim ile Ana ve Baba Arasındaki Sözleşmenin Hukuki	94
Niteliği	94
c. Hekim ile Ana ve Baba Arasındaki Sözleşmenin.....	101
Cenine Etkisi.....	101
(1) Genel Olarak.....	101
(2) Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme Kavramı	107
(3) Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşmenin Varlığı İçin Aranılan Şartlar Ve Bu Şartların Cenin Açısından Değerlendirilmesi.....	110
SONUÇ	117
KAYNAKÇA	121

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnotu
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICLQ	: The International and Comparative Law Quarterly
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. MK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜMHEY	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	: Juristenzeitung
Karş.	: Karşılaştırmamız
K.	: Karar
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
N	: Kenar Numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
ÜYTM	: Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Yarg. Der.	: Yargıtay Dergisi
YD	: Yargı Dünyası
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Ceninin, yani ana rahminde bulunan ve henüz doğmamış olan varlığın bir kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği, kişilerin sahip olduğu hakların cenine ve bu arada embriyoya da tanınıp tanınmayacağı konusunda yoğun tartışmalar yapılmaktadır. Kişi statüsünün döllenme anıyla birlikte başlamış olacağı özellikle dinsel düşünüşte kabul edilmektedir. Böyle olmakla birlikte bilimsel düşünüşte de kişiliğin döllenme anıyla başlayacağını savunanlar bulunmaktadır¹. Bunun aksine döllenmeden itibaren ilk on dört günde sadece bir hücreler toplamının söz konusu olduğu, gebeliğin ilerleyen aşamalarında da düşük olasılığının bulunmasının, yani potansiyel bir kişinin oluşmama olasılığının yüksek olmasının cenine kişi statüsünün tanınmasını anlamsız kıldığını savunanlar da bulunmaktadır². Sonuç olarak ceninin moral statüsü hakkında bir uzlaşıya varılabilmiş değildir.

Son yıllarda tıp bilimindeki gelişmelere paralel olarak insan genetiği ile ilgili araştırmaların hız kazanması, çocuk sahibi olma gereksiniminin yapay döllenme tekniğine başvurularak karşılanmasının yaygınlaşması ise ceninin hukuksal konumunun belirlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Hukuk açısından cenin ne zaman haklara ehil bir “*kişi*” olarak kabul edilecek ve haklarının korunmasından söz edilecektir?

Medeni Kanunumuzun 28. maddesinde kişiliğin, çocuğun sağ ve tam olarak doğduğu anda başladığı, ancak sağ olarak doğumun gerçekleştiği anda kişiliğin kazanılmasının çocuğun ana rahmine düşme anına kadar geçmişe etkili olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenleme de ceninin, yani ana rahmine düşmüş olmakla birlikte henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış olan varlığın ne zaman kişiliğini kazanmış olarak kabul edileceği sorusunu akla getirmektedir. Acaba cenin ana rahmine düştüğü andan sağ olarak doğduğu ana kadar kişilik haklarının korunmasından (kendisine bir kayyım tayin edilmesi suretiyle) yararlanabilecek midir, yoksa ceninin haklarının korunması ancak sağ olarak doğduğu anda mı söz konusu olacaktır? Bu

¹ Dianne N. Irving, “When Do Human Beings Begin?”, “Scientific Myths and Scientific Facts”, International ve Journal of Sociology and Social Policy, Vol. 19, No. 3–4, s. 22–46 (Aykut Çoban, İnsan hakları bağlamında embriyonun moral statüsü, **Toplum ve Bilim**, S: 109, 2007 s. 262’den naklen).

² Gordon Graham, Genes: A philosophical Inquiry, Londra ve New York: Routledge, 2002 (Çoban, s. 262’den naklen)

maddede sadece ana rahmine düşmekten söz edildiği için, tıptaki gelişmeler sayesinde, tüpte dölleme halinde, ana rahmine yerleştirilmeden önce embriyonun hukuksal konumunun ne olacağı da yanıtlanması gereken bir diğer sorudur.

Cenin hukuksal konumunun belirlenmesi özellikle onun doğum öncesinde bir haksız fiile maruz kalması açısından önem taşımaktadır. Cenin, doğumundan önce haksız fiil teşkil eden bir davranış sonucu özürlü olarak dünyaya gelirse, acaba doğumundan sonra haksız fiil failinden zararlarının tazmin edilmesini isteyebilecek midir? Bu sorun özellikle hekimin sorumluluğu açısından gündeme gelmektedir. Hekim, kusurlu tıbbi müdahale ile ya da kusurlu tıbbi müdahalesi bulunmasa bile cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis edememesi nedeniyle ceninin özürlü olarak doğumuna neden olabilir.

Çalışmamızda ağırlıklı olarak hekimin, özürlü olarak doğan çocuğa karşı söz konusu bu hallerde sorumlu olup olmadığı incelenecek ve bu bakımdan da hekimin haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluğu ayrı ayrı ele alınacaktır.

I. BÖLÜM

CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASI VE CENİN STATÜSÜNE BAĞLANAN BELLİ BAŞLI SONUÇLAR

A. CENİNİN KİŞİLİK KAZANMASI

1. Genel Olarak

Hukuk düzeni, kişiler arasındaki ilişkileri konu edindiğinden “*kişi*” kavramı hukukun temelini teşkil etmektedir. Kişi, haklara sahip olarak bu haklardan faydalanan, yani hakkın süjesi olan varlık demektir³. Bu anlamda kişi kavramı aynı zamanda hak ehliyeti (MK m. 8) kavramını da karşılamaktadır. Hak ehliyeti hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetidir ki, hak süjesi olarak ifade edilen kişi de hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetine sahiptir⁴. Kişi kavramı, hukuk tarafından yaratılmış bir kavram olduğu içindir ki kimlerin kişi sayılayacağı da yasa koyucunun izlediği hukuk politikasına göre belirlenir⁵.

Hukukumuzda hakkın süjesi olarak gerçek ve tüzel kişiler kabul edilmiş ve Medeni Kanunumuzun 8.-46. maddeleri arasında gerçek kişiler, 47.-117. maddeleri arasında ise tüzel kişiler düzenlenmiştir.

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi Hukukumuzda da insanlar sırf insan olmaları sebebiyle hakkın süjesi olarak kabul edilmiştir⁶. MK m. 8 I’de ifade edildiği üzere “*Her insanın hak ehliyeti vardır*”. Her gerçek kişinin kişi olma niteliği ise hukuki açıdan doğumla başlar ve ölümle sona erer⁷.

³ Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar**, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994, s. 4; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, Birinci Cilt, Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Altıncı Bası, İstanbul, Beta, 2007, s. 229.

⁴ S. S. Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli Altıncı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 202; Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, **Zevkliler Medeni Hukuk; Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 207; Akipek/Akıntürk, s. 229, 230.

⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 208; Öztan, s. 5.

⁶ Böyle olmakla birlikte hukukun tarihi gelişimi içinde insanların hak süjesi değil, hak objesi olarak görüldüğü hukuk sistemleri mevcuttu. Mesela Roma Hukukunda köleler hak süjesi olarak kabul edilmemekteydi. Sadece canlı bir üretim aracı olan köleler özgür kişi ile hayvan arasında bir yere sahip olan, zekâ ve düşünme yetisinden yoksun olarak kabul ediliyordu. Ülker Gürkan, “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara, 1995, s. 46.

⁷ Doğumla başlayan kişi olma niteliğinin sağ olarak tamamıyla doğum şartıyla ana rahmine düşme anına kadar geriye etkili olması konusunda bkz. aș: s. 11; İnsanın ölümünden sonra kişi olma niteliği sona ermekle birlikte ölümlere karşı girilen küçük düşürücü söz ve fiiller Türk Ceza Kanununa göre

Hukuk düzenimizde, hukuk kurallarının gösterdiği şekle uygun olarak bir amaç etrafında toplanan kişi topluluklarının (dernek, şirket) veya bir amaca tahsis edilen mal topluluklarının da kişi sayılabilecekleri kabul edilmiştir⁸. Tüzel kişi olarak adlandırılan bu topluluklara kendisini meydana getiren kişilerden bağımsız bir kişilik tanındığı için bağımsız olarak hak iktisap edebilir ve borç altına girebilirler⁹, söz konusu toplulukların kendilerine ait bir malvarlığı vardır. Sürekli ve kalıcı olan tüzel kişiler kurucularının ve üyelerinin tüzel kişiye girip çıkmalarından etkilenmeyen, bireylerinin gelip geçiciliğini aşan hukuki varlıklardır¹⁰. Bu nedenle tüzel kişiyi meydana getiren insanlar ölse de tüzel kişinin kişiliği sona ermez; bu da insan hayatının sınırlı olması nedeniyle bu sürede ulaşılması mümkün olmayan birtakım amaçların gerçekleştirilmesine imkân vermektedir¹¹.

Kişilik kavramı ise öğretide dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı anlamda ifade edilmektedir. Dar anlamda kişilik, hak sahibi olabilme ehliyetidir; yani hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade eder¹². Bu anlamıyla kişilik, MK m. 8’de düzenlenen hak ehliyetinin karşılığıdır. Medeni Kanunumuzun 23. maddesinde “*Kişiliğin korunması*” ile ifade edilen ise geniş anlamı ile kişiliktir. Bu anlamıyla kişilik, kişinin hak sahibi olabilme niteliğinin yanında kişinin ehliyetleri, hukuk tarafından korunan maddi ve manevi bütünlüğünü ile kişisel durumlarının tümünü karşılamaktadır¹³. Kişinin hak ve fiil ehliyetleri,

suç teşkil etmektedir (TCK m. 130, 153). Bunun dışında ölümlerin hatırasına karşı girişilen saygısızca davranışlar da MK m. 24 anlamında onların mirasçılarının kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı niteliğinde kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Akipek/Akıntürk, s. 236.

⁸ Öztan, s. 7. Tüzel kişilerin haklara sahip olma ve borçları üstlenme açısından gerçek kişilerle arasında kural olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak birtakım haklar yaradılış gereği sadece insanlara yani gerçek kişilere özgüdür. Tüzel kişilerin hak ehliyetini düzenleyen MK m. 48’e göre “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklar ve borçlara ehildirler*”. Söz konusu hükümde sayılan ve yaradılış gereği insana özgü olduğu ifade edilen niteliklerin sınırlayıcı olmadığı hükmün gerekçesinde belirtilmiştir.

⁹ Öztan, s. 8; Rona Serozan, **Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 18.

¹⁰ Serozan, **Tüzel Kişiler**, s. 17.

¹¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 210.

¹² Tekinay, **Medeni**, s. 202; karş. Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku: Giriş- Hakiki Şahıslar**, Birinci Yarım, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 21, Yazar kişi kavramını hak sahibi olabilme ehliyeti olarak tanımlamakta, kişi ve kişilik kavramlarının aynı kavramın ayrı iki tarzda ifadesi olduğunu belirtmektedir.

¹³ Akipek/Akıntürk, s. 233; Öztan, s. 10; Tekinay, **Medeni**, s. 248; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 211, yazarlar, dar anlamda ve geniş anlamda kişilik hakkı ayırımını yapılmasının gereksiz olduğunu ve karışıklığa sebebiyet vereceğini savunmakta ve bu nedenle de dar anlamda kişilik yerine “kişi”

beden bütünlüğü, adı ve resmi üzerindeki hakkı, yaşamı, sağlığı, onuru, nesep, yaş, medeni hali gibi kişisel durumları geniş anlamda kişilik hakkı kavramının içerisinde yer almaktadır.

Kişi ve kişilik kavramları hakkında bu kısa açıklamalardan sonra hukuk düzeninde ceninin ne zaman hakkın süjesi, yani kişi olarak kabul edileceğinin ve kişilik haklarının korunmasının söz konusu olacağının belirlenmesi gereklidir. Çalışmamızın bu bölümünde cenin kavramını açıkladıktan sonra, hukukumuz açısından ceninin ne zaman hakkın süjesi, yani bir kişi olarak kabul edileceğini belirleyeceğiz. Daha sonra ise cenin statüsüne bağlanan sonuçları özellikle cenine tanınan haklar bağlamında ele alacağız.

2. Cenin Kavramı

Henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış çocuk, cenin (dölüt, nasciturus, fetüs, doğması gereken) olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Ana rahmine henüz düşmemiş (tüpte dölleme halinde tüpte döllememiş) olanlar için ise nondum conceptus kavramı kullanılmaktadır. Cenin ana rahminde bulunduğu süre boyunca gelişimine göre farklı isimler almaktadır: Zigot, embriyo öncesi, embriyo, fetüs (cenin). Hukukumuzda ceninin doğum öncesinde gelişim sürecine göre belirlenen bu kavramlar kullanılmamakta ve Medeni Kanunumuzda da tanımları bulunmamaktadır¹⁵. Öğretide, ana rahminde bulunan varlığın gebeliğin ilk aylarında henüz organların tam

kavramının, geniş anlamda kişilik yerine ise “kişilik” kavramının kullanılmasının yararlı olacağını belirtmektedirler.

¹⁴ Ataay, s. 41; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 17; Zahir İmre, **Medeni Hukuka Giriş: Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku**, Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 354; Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984, s. 236; Öztan, s. 14; Tekinay, **Medeni**, s. 207; Abdulkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, İstanbul, Beta, 2000, s. 7; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Yedinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 18; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, III § 1 N 3; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış Sekizinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 14.

¹⁵ Bazı hukuklarda embriyonun tanımı verilmiştir. Mesela Alman Hukukunda, Embriyonun Korunması Hakkında Kanuna göre embriyo sperm ve yumurta birleşir birleşmez oluşan döllemiş, sağlıklı, insan yumurtasıdır (8 (1)). Döllemiş yumurta hücrelerin bileştiği ilk 24 saat içinde yaşayabilecek kapasitede kabul edilir. Ergun Özsunay, “Rights Of Embryo And Foetus In Private Law”, **Convergence Of Legal Systems In The 21 Century: General Reports Delivered At The XVI International Congress Of Comparative Law**, Bruylant-Bruxelles, 2006, s. 1277’den naklen.

şekillenmediği dönem için embriyo, az çok insan şeklini aldığı ve organlarının oluştuğu dönem için fetüs adını aldığı ifade edilmektedir¹⁶.

3. Ceninin Kişilik Kazanması

a. Genel Olarak

Ceninin kişiliğini kazanması, her gerçek kişi gibi, MK m. 28'e göre gerçekleşecektir. Kişiliğin kazanılmasını düzenleyen MK m. 28 I'e göre "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar*". Bu hükme göre gerçek kişiliğin kazanılması açısından iki şart aranmaktadır: Tam doğum ve sağ doğum. Medeni Kanunumuzda bu iki kavramın açıklaması yapılmadığından, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği öğretide ve uygulamada açıklanmıştır.

b. Ceninin Kişilik Kazanmasının Şartları

(1) Tam Doğum

Doğumun ne zaman tamamlanmış olduğunu, çocuğun tam olarak doğup doğmadığını tayin etmek fizyolojik bir sorun olduğundan, doğumun hangi safhasında çocuğun anasından tamamen ayrıldığını tayin etme işi tıp bilimine aittir¹⁷. Ancak öğretide baskın görüşe göre doğumun tamamlanmış olarak kabul edilebilmesi için çocuğun bütün organlarıyla anasının vücudundan tamamen ayrılması ve anasından bağımsız olarak yaşamaya başlaması gereklidir¹⁸. Göbek bağının kesilmiş olup olmaması ise çocuğun anasının vücudundan tamamen ayrılarak bağımsız bir varlık kazanması açısından herhangi bir öneme sahip değildir¹⁹. Doğumun doğal yoldan ya

¹⁶ İsmet Sungurbey, **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2002, s. 299, yazar, Dr. Med. Kemal Sungurbey'in verdiği bilgileri aktarmaktadır.

¹⁷ Jale G. Akipek, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, Birinci Cilt İkinci Cüz (Şahsın Hukuku)**, Ankara, İstiklal Matbaası, 1961, s. 12; Köprülü, **Medeni**, s. 234; Arpacı, s. 5; Akipek/Akıntürk, s. 241.

¹⁸ Akipek, s. 12; Ataay, s. 37; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 215; Arpacı, s. 5; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 15; Akipek/Akıntürk, s. 241; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, İstanbul, 2006, s. 5; Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963, s. 175, yazar ayrıca çocuğun tamamıyla doğması için bütün azasıyla anadan ayrılması gerektiğini, sadece başın veya diğer azanın ana rahminden ayrılmasının doğumun tamamlanmış sayılması için yetmeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Öztan, s. 11; Tekinay, **Medeni**, s. 206, yazar ayaklarının bir kısmı ana vücudundan ayrılmadan önce ölen çocuğun hukuk bakımından kişilik kazanmadan ölmüş sayılacağını örnek olarak vermektedir.

¹⁹ Akipek, s. 12; Velidedeoğlu, s. 175; Ataay, s. 38; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Tekinay, **Medeni**, s. 206; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 215; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 15; Akipek/Akıntürk, s. 241;

da hekim müdahalesiyle olması veya hamileliğin normal veya invitro fertilizasyon (tüpte dölleme) yolu ile olması da tam doğumun gerçekleşmiş sayılması açısından bir fark yaratmamaktadır²⁰.

(2) Sağ Doğum

Çocuğun, kişilik kazanabilmesi için tam doğum yanında ayrıca sağ doğması da gereklidir. Sağ doğumdan maksat ise çocuğun ana bedeninden yaşayarak ayrıldıktan sonra çok kısa süre bile olsa anadan bağımsız olarak yaşamasıdır²¹. Doğumdan sonra çocuğun belli bir süre yaşaması şart değildir, yaşam belirtilerinin bir an için bile tespit edilmesi sağ doğmuş kabul edilmesi için yeterlidir²². Çocuk anasının vücudundan sağ olarak ayrıldıktan ve bağımsız olarak yaşamaya başladıktan kısa bir süre sonra ölmüş olsa dahi sağ olarak doğmuş kabul edilir²³ ve hukuken bu kısa süre boyunca haklara ve borçlara sahip olur²⁴ ki bu durum özellikle miras hukuku ve lehine yapılan bağışlamaları iktisap etmesi açısından önemlidir²⁵.

Çocuğun sağ doğmuş olarak kabul edilebilmesi için hangi yaşam belirtilerini göstermesi gerektiği konusunda ise öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre

Helvacı, **Kişiler**, s. 5; karş. Esat Arsebük, **Medeni Hukuk: Başlangıç ve Şahsın Hukuku**, İstanbul, Tan Matbaası, 1938, s. 174.

²⁰Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 215; Öztan, s. 11; Dural/ Ögüz, **Kişiler**, s. 15; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 10.

²¹Velidedeoğlu, s. 175; Ataay, s. 39; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Öztan, s. 12; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 216; Dural/Ögüz, **Kişiler**, s. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 10; Çocuğun ana karnı dışında bağımsızca yaşayacak olgunluğunun olması gerektiği yönünde bkz. Pierra Beretta, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB**, 2. Auflage, Basel- Genf- München, Helbing& Lichtenhahn, 2002, Art. 31 N 5.

²²Köprülü, **Medeni**, s. 235.

²³Arpacı, s. 6; Adnan Öztürel, “Medeni Kanunumuzun 27inci Maddesi Bakımından Çocukta Viabilite Kavramı ve Saptanması”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara, 1977, s. 313 vd., mahkemeye sunulan bir kurul raporuna konu olan olayın incelendiği bu makalede çocuğun sağ doğup doğmadığı incelenmiştir. Çocuk doğduktan sonra iki saat yaşamış ve ölmüştür. Olayda çocuğun doğduktan sonra iki saat yaşaması nedeniyle olayın düşük olarak nitelendirilemeyeceği, çünkü düşükte gebeliğin vaktinden önce sonlanması sonucunda çocuğun ölü olarak ana rahminden çıkmasının söz konusu olduğu, burada ise çocuğun sağ doğumla kişilik kazandığı ve ölümle kişiliğinin sona erdiği sonucuna varılmıştır. Bu sonucun kabul edilmesinin pratik sonucu için bkz. s. 15.

²⁴Akipek, s. 12; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 216; Akipek/Akıntürk, s. 242.

²⁵Sağ olarak tamamıyla doğmuş olan çocuğun sadece birkaç dakika yaşadıktan sonra ölmesi halinde hukuki açıdan kişilik kazanmış olarak kabul edilmesinin pratik sonucu şudur: Çocuk, sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişilik hakkını kazanmış kabul edildiğinden ölümü halinde, onun miras payı kendi mirasçılara geçecektir. Oysa kişilik kazanmış olarak kabul edilmemesi halinde onun miras payı kendisine miras bırakanın mirasçılara geçmiş olacaktı. Lehine yapılmış olan bağışlama ise kişilik kazanamadığından dolayı bağışlayanın malvarlığında kalmaya devam edecekti.

çocuğun sağ doğmuş olarak kabul edilebilmesi için nefes alması ve kalbinin çarpması gerekir²⁶. Dünya Sağlık Teşkilatı'nın 1950 yılında yayınladığı raporda da sağ doğumun kabulü için nefes alma ve kalp atışının varlığı aranmıştır. Bir başka görüşe göre²⁷ sağ doğum canlı doğumu ifade etmektedir ve canlı doğumun belirtisi nefes almaktır. Bu nedenle çocuğun canlı olarak doğmuş olup olmadığı anasının vücudundan ayrıldıktan sonra bir kez bile olsa nefes almasına bağlıdır; bu halde sağ doğumun varlığı kabul edilebilecektir. Ancak belirtilen bu görüşlerin kabul edilmesi halinde “görünüşte ölüm” (Scheintod) olgusunun açıklanması mümkün olmayacaktır. Zira görünüşte ölüm denilen halde doğan çocuğun kalbi çalışmasına rağmen solunumu bulunmamaktadır. Solunum daha sonra tıbbi müdahale ile suni olarak (masaj v.b.) sağlanabilmektedir. Tıp bilimi bu durumu sağ doğum olarak kabul etmektedir. Eğer yukarıdaki görüşlerde olduğu gibi sağ doğum için mutlaka kalp atışı ve soluk alma aranırsa hukuken bu hal sağ doğum olarak kabul edilemeyecektir. Bu nedenle öğretilde savunulan ve daha doğru gözüken görüş, sağ doğum için çocuğun yaşadığını gösteren (kalbin atması, nefes alma, çocuğun bir reflekste bulunması ya da ağlaması gibi) tıp biliminin kabul ettiği herhangi bir yaşam işaretini yeterli görmektedir²⁸. Çünkü herhangi bir ölçüye bağlı kalınarak kişiliğin başladığının ya da başlamadığının kabul edilebildiği çoğu durumda tıp bilimi bunun aksini ispat

²⁶ Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 15; Köprülü, **Medeni**, s. 234, yazar sağ doğum için nefes almayı ve kalbin atmasını bir kriter olarak aramakla birlikte ölü doğan çocuklara tıbbi müdahale ile nefes alma ve kalbin çalışması imkanının sağlandığı hallerde de sağ doğum koşulunun sağlandığını kabul etmektedir. ; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, § 3, N. 5; aynı yazar, **Gerçek Kişiler Hukuku: Kısa Ders Kitabı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, § 3, N. 6; Nefes alma ya da kalbin çarpmasının sağ doğuma işarete olacağı yönünde bkz. İmre, **Medeni**, s. 352.

²⁷ Arsebük, s. 173, yazar çocuğun tamamen dünyaya gelerek ve anasından ayrılarak müstakil bir mevcudiyet aldıktan sonra nefes almasını aramaktadır.; Akipek, s. 13; Akipek/Akıntürk, s. 242, yazarlar bu görüşü ifade etmekle birlikte aynı sayfada bir sonraki paragrafta çocuğun sağ veya ölü olarak doğmuş olduğunu tayin sorununun tıbaa ait bir sorun olduğunu ve ihtilaf halinde hâkimin tayin edeceği hakim bilirkişiler vasıtasıyla çocuğun sağ doğup doğmadığının tespit edileceğini belirtmektedir.

²⁸ Öztan, s. 13; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16; Helvacı, **Kişiler**, s. 6; Thomas M. Mannsdorfer, “Rights of Emryo and Fetus in Private Law”, **Swiss Reports Presented at the XVIth International Congress of Comparative Law**, Partie II, Part II, Brisbane, 2002, s. 517; karş. Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 14, dn. 6, yazar, özellikle sağ doğma koşulunun gerçekleşmesi açısından doğan çocuğun soluk alması, ağlaması, kalbinin atışları ve hareket etmesi gibi onun doğal yaşayışının belirtileri olan belirli yaşam belirtilerine üstünlük tanınması gerektiğini ve bu belirtilerin bulunmaması halinde de doğan çocuğun hukuken ölü doğmuş sayılacağını savunmaktadır. O halde bu görüşe görünüşte ölüm halinde, çocuk, tıp bilimi bakımından sağ doğmuş sayılırken, hukuken ölü doğmuş kabul edilecektir.

edebilir²⁹. Bu nedenle çocuğun bir an bile yaşamış olup olmadığı tıp biliminde belirlenmeli³⁰ ve tıbben sağ doğumun kabul edildiği hallerde hukuken de sağ doğumun varlığı kabul edilmelidir. Sonuç olarak tıbbi yöntemlerle sonradan hayat verilen çocuğu da sağ olarak doğmuş kabul etmek gerekir³¹. Aksi halde görünüşte ölüm halindeki gibi tıbben sağ doğumun hukuken ise ölü doğumun söz konusu olması ile mantığa aykırı sonuçlar meydana gelecektir. Görünüşte ölüm halinde bulunan çocuğun hukuk açısından da sağ doğmuş olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar, bu durumda doğan bir çocuğu sağ doğmuş olarak kabul etmenin hukuki açıdan hekime, çocuğu yaşatma çabalarını gösterme yükümlülüğünü yüklediğini belirtmektedirler³². Çocuğun ölü doğmuş kabul edilmesi ihtimalinde hekim açısından böyle bir yükümlülük söz konusu olmayacağı için müdahale mecburiyeti de olmayacak ve suni teneffüs, ciğerlere yapılacak masaj ya da başka tıbbi müdahale yoluyla yaşatılabilecek olan çocuk ölüme terkedilmiş olacaktır. Görünüşte ölüm halinde gerekli müdahaleler sonucunda çocuk tam hayat belirtilerine kavuşursa doğduğu andan itibaren kişilik kazanmış sayılacaktır³³. Eğer müdahaleler sonucunda çocuk tam hayat belirtilerine kavuşamazsa sonradan ölmüş sayılmalıdır. Yani çocuk sağ doğmuş ancak müdahalelerin sonuçsuz kaldığının tıbbi açıdan kesin olarak anlaşıldığı andan itibaren ölü olarak kabul edilmelidir³⁴. Bu durumun pratik sonucu az evvel de belirtildiği gibi görünüşte ölüm halinde hekimlerin yaşatma yükümlülüğünü kabul etmektir.

(3) Tam ve Sağ Doğum Dışında Başka Koşul Aranmaması

Gerçek kişiliğin kazanılabilmesi için sağ olarak tamamıyla doğan çocuğun herhangi bir sakatlığının bulunmaması ya da belirli süre yaşaması yani yaşama

²⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 217.

³⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 216; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 10; Arpacı, s. 6, 7; Helvacı, **Kişiler**, s. 6.

³¹ Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16.

³² Arpacı, s. 7; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16, dn.33.

³³ Aksi durumun kabulü yani çocuğun tam hayat belirtilerine kavuştuğu andan itibaren kişilik kazanmış sayılacağına kabulü halinde, çocuğun doğum anı ile tam hayat belirtilerine kavuştuğu an arasında ölü, bundan sonrası için sağ doğmuş kabul edilmesi gibi tuhaf bir durumla karşılaşmış olacaktır. Arpacı, s. 7; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16.

³⁴ Arpacı, s. 7; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 16; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 11.

kabiliyetine sahip olması (viabilite) gerekmez³⁵. Çocuğun anasının vücudundan sağ ve tam olarak ayrıldıktan hemen sonra ölmesi halinde hukuken kişilik kazanmış ve kişiliği ölümle sona ermiş olur. Alman Medeni Kanunu m. 1 ve MK m. 28'i karşılayan İsviçre Medeni Kanunu m. 31 I'de de çocuğun kişilik kazanabilmesi için yaşama kabiliyetine sahip olması aranmamaktadır. Oysa Fransız Medeni Kanununa (m. 725, 906) göre çocuğun kişilik kazanabilmesi için yaşama kabiliyetine sahip olması gerekir. Ancak Fransız Medeni Kanununda doğan çocuğun kişilik kazanabilmesi için ne kadar süre yaşayabilmesi gerektiği belirtilmemiştir.

Hukukumuzda, yaşama kabiliyetinin aranmaması yerinde olmuştur. Zira doğan çocuğun yaşama kabiliyetine sahip bulunup bulunmadığını tespit etmek çok defa zordur ve kişiliğin başlangıcı bu halde kesin olmayan bir esasa bağlanmış olur³⁶. Bu şekilde birtakım ispat güçlüklerine de yol açılmamış olur. Zira yaşama kabiliyetinin aranması delil bulmakta ve bu delillerin takdirinde büyük zorluklara neden olabildi³⁷.

Sağ olarak tamamıyla doğmuş olan varlığın insan kökeninden gelmesi yani bir kadından doğması gereklidir, ancak bu varlığın kişilik kazanabilmesi için ayrıca insan biçiminde olması gerekliliği öğretide baskın görüşe göre aranmaz³⁸. İnsan biçiminde olma koşulu aranmadığı için beyinsiz ya da kalpsiz doğan, iki başlı, üçayaklı doğan çocuklar insan biçiminde olmasa bile sağ ve tam doğum koşullarının gerçekleşmiş olması halinde kişilik kazanacaklardır³⁹. Ancak insandan doğan her varlığın mutlaka insan sayılacağı görüşü eleştirilmiş⁴⁰ ve doğan varlığın baş, kalp, beyin, damar ve sinir gibi zorunlu ana organlarının bulunmaması halinde kişilik kazanamayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple söz konusu görüşe göre kalpsiz ya da

³⁵ Arsebük, s. 173; Akipek, s. 12; Ataay, s. 39; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 15; Köprülü, **Medeni**, s. 235; Dural/Ögüz, **Kişiler**, s. 16; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 11; Akipek/Akıntürk, s. 242; Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 1, N. 3; Helvacı, **Kişiler**, s. 6; Öztürel, s. 313; Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 517.

³⁶ Ataay, s. 39.

³⁷ Tekinay, **Medeni**, s. 207.

³⁸ Akipek, s. 12; Ataay, s. 29; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 15; Öztan, s. 11; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 219; Arpacı, s. 6; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 12; Akipek/Akıntürk, s. 242; Helvacı, **Kişiler**, s. 6.

³⁹ Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 16.

⁴⁰ Mole denilen ve parazitten başka bir şey olmadığı ileri sürülen varlık ile beyinsiz, damarsız ve sinirsiz doğan varlıklar buna örnek olarak gösterilmiştir. Öztan, s. 12, yazara göre yaşama potansiyeli kalp ve beyin gibi biyolojik organların yokluğu ya da embriyonun ana rahminden çok erken atılması durumlarında yoktur; zira bu hallerde doğan varlık, kendisine yaşama imkanları sağlansa bile gelişimini tamamlayamayacağından, kişiliğini kazanmış olarak kabul edilemez.

beyinsiz doğan varlıklar insan sayılamazlar. Buna karşılık bu zorunlu ana organlar dışındaki organlarda eksiklik ya da bozukluk bulunanların (mesela kol, bacak gibi organların bulunmaması, körlük, kamburluk) insan sayılmalarına ve dolayısıyla kişilik kazanmalarına bir engel yoktur⁴¹.

4. Ceninin Kişiliğinin Başlangıç Anı

Medeni Kanun m. 28 I'e göre sağ ve tam doğumla kazanılan gerçek kişilik m. 28 II'ye göre daha önce başlamaktadır. Bu hükme göre “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder”. Bu kurala göre, ceninin hak ehliyeti doğumdan önceki bir andan itibaren yani ana rahmine düştüğü andan itibaren tanınmıştır. Bu varsayım (fiksiyon) sayesinde⁴² aslında mevcut olmayan bir olgu mevcut sayılmakta, henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış olan çocuk sanki ana rahmine düştüğü anda doğmuş olarak kabul edilmektedir⁴³. MK m. 28 II'nin ceninin kişiliğini geçmişe etkili kabul eden varsayımının cenin dışında, evlat edinme süreci henüz tamamlanmadan kendisini evlat edinecek olan kişiyi yitiren, ancak MK m. 315 gereğince evlat edinilme süreci kesilmeyip sürdürülen evlatlık adayı yararına ve mahkeme siciline tescil edilmeden önce henüz tüzel kişilik kazanamamış olan ölüme bağlı işlemle kurulmuş vakıf için de kıyasen uygulanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir⁴⁴.

MK m. 28 II'nin ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanacağına ilişkin geçmişe etkililik varsayımının kökeni Roma Hukukuna dayanmaktadır. Roma Hukukunda özgür insanın hak ehliyeti doğumla başladı. Döllenmiş ama henüz doğmamış çocuğun haklarının bulunmadığı kural olarak kabul edilmekle birlikte belirli amaçlarla yine de sanki doğmuş varsayılabilirdi. Yeter ki

⁴¹ Öztan, s. 11, yazara göre doğan varlığın zorunlu organlara sahip olmaması halinde hukuk düzeninin benimsediği “insandan yalnız insan doğar” ilkesinin sınırlı surette kabulü gerekir.; Arpacı, s. 6, dn. 4, yazara göre insan için zorunlu olan hayati organlara sahip bulunmayanların insan olarak kabulü tereddütle karşılanmalıdır. Bu nitelikte olmayan organların yokluğu veya bozukluğu, mesela körlük, el veya ayak yokluğu, kamburluk, kişilik kazanmaya engel değildir.

⁴² Çocuğun hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanması bir kesin karine olmayıp, varsayım (fiksiyon)dır. Zira burada somut yaşam gerçeğine uygunluk söz konusu değildir.

⁴³ Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, I § 1 N 16.

⁴⁴ Rona Serozan, “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 314; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, § 4 N 520.

sonradan canlı olarak doğsun⁴⁵. Paulus Digesta 1.5.7’de ana karnında olan ceninin kendi çıkarları ya da yararları söz konusu olduğu ölçüde sanki doğmuşçasına korunduğu ifade edilmiştir (Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur). Paulus’un bu tümcesinden ünlü Pandekt Hukuku kuralı türetilmiştir⁴⁶: Kendi çıkarları söz konusu olduğu ölçüde nasciturus (cenin) doğmuş sayılır (nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur).

Ceninin kişiliğini geçmişe etkili olarak kazanabilmesi için söz konusu hükme göre ana rahmine düşmüş olması yani var olması gereklidir⁴⁷. O halde çocuğun ana rahmine düştüğü anın saptanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanunumuzda ise ana rahmine düşme anını belirleyen kesin bir ölçü verilmiş değildir. Öğretide ana rahmine düşme anının cinsel ilişkinin vuku bulduğu an değil, kadının gebe kaldığı an olduğu belirtilmektedir⁴⁸. MK m. 285 I ve MK m. 302’de gebeliğin en fazla 300 gün süreceği belirtildiğinden doğumdan itibaren geriye doğru hesaplanacak 300üncü günde çocuğun ana rahmine düşmüş bulunduğu kabul edilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır⁴⁹. Ancak MK m. 285’de yer alan süre de tıp biliminin verilerine dayandığından, ceninin ana rahmine düşme anını belirlemenin tıp bilimine ait olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır⁵⁰.

Bu noktada üzerinde MK m. 28 II’nin lafzından dolayı tartışılması gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır: Medeni Kanun m. 28 II’de kişiliğin geçmişe etkili olarak kazanılmasında “*ana rahmine düşme*” anından bahsedilmektedir. O halde ceninin yasal korumadan yaralanabilmesi için ana rahmine doğal yoldan yani ana ve babanın cinsel ilişkisi sonucunda yerleşmiş olması mı gereklidir? Günümüzde yaygın olarak yapay dölleme yoluna başvurulması bu soruyu gündeme getirmektedir.

⁴⁵ Herbert Hausmaninger/Walter Selb, **Römisches Privatrecht**, 7. verbesserte Auflage, Böhlau Verlag Wien, Köln, Weimar, 1994, s. 125; Max Kaser, **Römisches Privatrecht**, 16. durchgesehene Auflage, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992, s. 73.

⁴⁶ Hausmaninger/Selb, s. 125.

⁴⁷ Akipek, s. 14; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 223.

⁴⁸ Velidedeoğlu, s. 175; Ataay, s. 42; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 17; Köprülü, **Medeni**, s. 237; Arpacı, s. 8; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 18; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 13; Helvacı, **Kişiler**, s. 7.

⁴⁹ Akipek, s. 15; İmre, **Medeni**, s. 355, dn. 10; Akipek/Akıntürk, s. 257.

⁵⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 223.

Yapay dölleme, erkek ve kadının cinsel ilişkisi söz konusu olmaksızın tıbbi müdahale yoluyla erkeğe ait sperm ile kadına ait yumurtanın dölendirilmesidir⁵¹. Hukukumuzda sadece evli çiftler arasında anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin dölendirilmesi yani homolog yapay dölleme kabul edilmiştir⁵². Heterolog yapay dölleme, yani kadının yumurtasının kimliği gizli tutulan yabancı bir erkeğin spermi ile döllenerek kadının rahmine yerleştirilmesi ise Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğince yasaklanmıştır.

Yapay dölleme, erkeğe ait spermin cinsel ilişki söz konusu olmaksızın kadının rahmine veya yumurta kanalına ya da dölyoluna aktarılması ve döllemenin kadının vücudunda gerçekleşmesi şeklinde olabileceği gibi, sperm ile yumurtanın kadının vücudu dışında, tüp içinde (in vitro) dölendirilerek embriyonun oluşturulması ve daha sonra embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesi şeklinde de olabilir⁵³. Döllemenin ana rahminde değil de dış ortamda yani tüp içinde gerçekleştirildiği hallerde cenin olarak varlığın ne zaman başlayacağı ve MK m.28 II'den yararlanmanın söz konusu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Çocuk ve babası arasında soybağının belirlenmesi açısından da MK m. 288 I'de *“ana rahmine düşmek”* ten ve aynı maddenin ikinci fıkrasında *“gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunması”*ndan, MK m. 302'de de *“davalının ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması”*ndan bahsedilmektedir. Yani kanun koyucu hem kişiliğin başlangıcı açısından hem de soybağının belirlenmesi açısından hep doğal döllemeyi dikkate almıştır. Oysa soybağı hukukunda, bilimsel gelişmeler karşısında, artık güncel, nesnel ve amaca uygun bir yasa yorumuyla soybağının oluşması için doğal dölleme ve yapay dölleme arasında bir ayırım

⁵¹ Haluk N. Nomer, “Sunı Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul 2000, s. 545.

⁵² ÜYTM (RG, 19.11.1996, No: 22822) m. 1: *“Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metodları vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanması için, bu uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları, bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşlarının, gerçek kişilerin, özel hukuk tüzel kişilerin uymakla mükellef olduğu hususlar düzenlemektir.”*; ÜYTM m. 4/f: *“Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri: Anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade eder.”*

⁵³ Nomer, **a.g.m.**, s. 545–546.

gözetilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁴. Bunun sonucu olarak da kanunda yer alan cinsel ilişki, ana rahmine düşme ifadeleri döllenme olarak anlaşılmalıdır.

Öğretide kişiliğin başlangıcı açısından söz konusu mesele tartışmalı olmakla birlikte baskın görüşe göre bu durumda dış ortamda döllenme anı dikkate alınmalı ve ileride sağ olarak tamamıyla doğmak koşuluyla, embriyo, tüp içinde döllenme tarihinden itibaren yasal korumadan yararlanmalıdır⁵⁵. Bu çözüm tarzı hem kanun koyucunun amacına uygundur, hem de embriyonun, ana rahmine yerleştirilmeden önceki dönemde basit bir eşya veya ana ve babanın vücudu ya da kişiliklerine ait bir obje durumundan kurtulmasını sağlayacaktır⁵⁶. Bu görüş çerçevesinde ana rahmine düşme anı da döllenmenin tamamlanması ile tüpteki yaşamın başlangıcı olarak kabul edilmelidir⁵⁷. Esasen Eski Medeni Kanunun yapıldığı dönemin şartları değerlendirildiğinde de kişiliğin kazanılacağı an açısından ana rahmine düşme anının dikkate alınması doğru gözükmekse bile, Medeni Kanun değişiklinin yapıldığı 2002 yılının şartları değerlendirildiğinde söz konusu ifadenin muhafaza edilmesi haklı gerekçelerle açıklanamayacaktır; zira günümüzde birçok evli çift yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olmaktadır. Kanaatimizce Medeni Kanunun 28. maddesinde Eski Medeni Kanunun 27. maddesinde olduğu gibi ana rahmine düşme ifadesi bilinçli olarak muhafaza edilmiş değildir. Bu nedenle yapay döllenme yoluyla tüpte döllenerek elde edilen embriyo açısından de lege feranda kabul edilmesi gereken embriyonun da MK . 28 II'nin yasal korumasından yararlanmasıdır. Bu nedenle MK m. 28 II'deki “*ana rahmine düşme*” ifadesi “*döllenme*” olarak anlaşılmalıdır.

⁵⁴ Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 5 N 11, N 41.

⁵⁵ Köprülü, **Medeni**, s. 238, dn. 19; Serozan, **Medeni**, II § 2, N. 2; Helvacı, **Kişiler**, s. 7, dn. 24; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 224; Arpacı, s. 9, Yazar bu hususta üç şekilde düşünülebileceğini belirtmektedir. MK m. 28 II'nin metninden (lafzından) çıkan anlam sebebiyle tüpte döllenme halinde MK m. 28 II'nin uygulanmayacağı yönündeki düşünüş tarzını adaletsiz sonuçlara yol açacağı sebebiyle reddetmektedir. Kanunda bu konuda bir boşluk (praeter legem boşluk) bulunduğu ve hâkimin bu boşluğu günümüzün gerekleri doğrultusunda doldurmasının düşünülebileceğini, ancak buna gerek olmadığını, kanundaki ifadenin geniş yorumlanması ile, yani erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleştirildiği tüpü ana rahmi gibi telakki ederek, tüpteki ceninin de MK m. 28 II'deki yasal korumadan yararlanabileceğini savunmaktadır; Özsunay, **Rights of Embryo**, s. 1385; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 13; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, 17. Karş. Öztan, s. 18, Yazara göre bu konudaki doktriner tartışmalar hukukumuz açısından pratik bir önem taşımamaktadır. Zira MK m. 27 II'de, İsv. MK m. 31 II'den farklı olarak “ilkah” kelimesine değil “ana rahmine düşme” ibaresine yer vermiştir. Yazar söz konusu ifadesiyle tüpte döllenme halinde embriyonun tüp içinde döllenme tarihinden itibaren kişilik kazanacağını kabul etmiyor gözükmektedir.

⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 13, dn. 15.

⁵⁷ Arpacı, s. 10.

Bu konuda embriyonun ya da anne ve babadan alınan sperm ve yumurtaların belirli süre dondurularak saklanmasına izin veren düzenlemeler de, ceninin hak ehliyetinin hangi andan itibaren başlayacağı sorununu gündeme getirmektedir. Türk Hukukunda yapay döllemeyi düzenleyen ÜYTMY'nin 17. maddesinin son fıkrasına göre *“Adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir. Beş yılı geçmemek şartıyla, merkez tarafından tespit edilecek süre içinde her iki eşin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir.”* Söz konusu maddenin 3. fıkrasına göre *“Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaktır. Ancak tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanabilir. Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamaz.”* Öğretide her iki durumda da ceninin hak ehliyetinin başlangıcı olarak döllenme anının esas alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁸. İsviçre’de ise bu konuya ilişkin olarak çıkarılmış bulunan Tıbben Desteklenmiş Üremeye İlişkin Kanunda⁵⁹ döllenmiş yumurtanın embriyo haline gelmesinden sonra dondurularak saklanmasına izin vermemekte, sadece bu safhadan önce saklamaya izin verilmektedir. Döllenmiş yumurtanın embriyo haline geldikten sonra muhafazası kesin olarak yasaklanmıştır (m. 17 III)⁶⁰.

Cenin kişiliğini ana rahmine düştüğü ya da tüpte döllenme halinde tüpte döllendirildiği tarihten itibaren geçmişe etkili olarak kazanacaktır, ancak cenine sağ doğmadan önce kişilik tanınmış değildir. Cenin hak ehliyetini ancak ileride sağ olarak tamamıyla doğduğu anda elde edecek ve bu hak ehliyeti ceninin ana rahmine düştüğü ya da tüpte döllendirildiği ana kadar geçmişe etkili olacaktır⁶¹. Bu nedenle ölü doğan çocuk hak ehliyetini hiçbir zaman kazanmış sayılamayacaktır.

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 14.

⁵⁹ Loi fédérale sur la procréation médicales, 18 Aralık 1998 (Kanun metnine www.admin.ch adresinden ulaşılabilir)

⁶⁰ Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 519’den naklen.

⁶¹ Ceninin MK m. 28 II’deki korumadan yararlanabilmesi için ceninin ana rahminde olağan gelişmesini sürdürerek ileride sağ olarak tamamıyla doğması gerekmektedir. Bu nedenle ana rahminde gelişimi durarak ileride doğma olasılığını yitiren varlıklar kişilik kazanamayacağından cenine ilişkin korumadan yararlanamazlar. Ancak ana rahminde olağan gelişmeden anlaşılmaması gereken ceninin tıp biliminin belirlenen süre boyunca ana rahminde kalması değildir. Çocuk tıp biliminin belirlenen

Kişilik hakkının başlangıcı yani ceninin hak ehliyetine sahip olması için gerekli olan sağ olarak tamamıyla doğma şartı öğretide baskın görüşe göre geciktirici şart olarak kabul edilmektedir⁶². Geciktirici şartın varlığını kabul eden görüş gereğince sağ doğma şartının gerçekleşmesi halinde, cenin hak ehliyetine sahip olacak, ancak ceninin sahip olduğu hak ehliyetinden doğan hukuki sonuçlar MK m. 28 II yoluyla, hükümlerini döllenme anına kadar geçmişe etkili olarak doğuracaktır.

Cenin hak ehliyetinin geçmişe etkili olarak kazanılacağına kabul edilmesi ise özellikle şu olasılıklarda önem taşımaktadır: Çocuk henüz ana rahmindeyken, bir kalp krizi veya trafik kazası sonucu ölen babasına mirasçı olabilecektir. Ya da kendisine doğumundan altı ay önce bağışlanan ve bankaya yatırılan bir miktar parayı sağ doğduğu anda kazanacak olan çocuk, hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren elde ettiğinden bu kazanma geçmişe etkili olarak sonuç doğuracak ve paranın altı aylık birikmiş faizleri de çocuğa ait olacaktır⁶³. Ayrıca ceninin kendisine karşı işlenen haksız fiilden dolayı (mesela kusurlu tıbbi müdahale ya da annesinin geçirdiği trafik kazası) özürlü olarak doğması halinde doğumundan sonra haksız fiil failinden tazminat talep edebilecektir⁶⁴. Ancak haksız fiilin işlendiği sırada hak ehliyeti bulunmayan ceninin, sağ olarak tamamıyla

süreden önce ya da sonra doğarsa veya olağan büyüklük ve ağırlıktan çok ya da az bir yapıya sahip olsa da yasada düzenlenen korumadan yararlanacaktır. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 224.

⁶² Akipek, s. 15; Velidedeoğlu, s. 176; Ataay, s. 42; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 20; İmre, **Medeni**, s. 354-355; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 221; Arpacı, s. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 14; Helvacı, **Kişiler**, s. 7; Akipek/Akıntürk, s. 245; Margrith Bigler-Eggenberger, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 2. Auflage, Basel- Genf- München, Helbing& Lichtenhahn, 2002, Art. 11 N 16. Buna mukabil öğretide ceninin sağ olarak doğması şartını bozucu şart olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır, ancak ileride sağ olarak doğmazsa ceninin kişiliği ölümle sona ermiş olacaktır. H. Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk: Şahsın Hukuku-Aile Hukuku**, Beşinci Basım, Ankara, Yeni desen Matbaası, 1963, s. 224, dn. 1; Sungurbey, s. 301; Hatemi, **Kişiler Hukuku**, § 3, N 1, 3, 4; aynı yazar, **Kişiler**, § 2, N. 28, § 3, N 4, yazara göre, de lege feranda, yapılması gereken kanun açısından, ceninin yaşama hakkı doğumdan önce başlamalı, sağ ve tam doğma şartı ise ancak malvarlığı, özellikle miras hakları açısından aranmalıdır.; Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 518, yazar, tamamlanmış gebelik anında, yani yeni, bireysel bir kalıtsal şifrenin ilk defa oluştuğu an olan üreme sürecinin başlamasından 22-30 saat sonra, kişiliğin kazanılacağını belirtmektedir.; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi “İnsan Embriyosu ve Foetuslarının Tanı ve Tedavi Amaçlarıyla, Bilimsel, Sınai ve Ticari Amaçlarla Kullanılması” hakkında 1046 sayılı Tavsiye Kararında (Recommendation 1046 (1986) şöyle denilmektedir: “Avrupa Konseyi, insan embriyosu ve foetusun, her durum ve koşulda insan onuruna gösterilen saygıya kayık olduğu inancındadır. Yumurtanın (ovule) döllendiği andan itibaren insan yaşamının sürekli bir tarzda geliştiği unutulmamalıdır.” (Sungurbey, s. 301’den naklen).

⁶³ Örnek Akipek/Akıntürk, s. 245’ten alınmıştır.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 15; Wolfgang Däubler, BGB kompakt: **Die systematische Darstellung des Zivilrechts**, 1. Auflage, 2002, s. 95 N 28.

doğduktan sonra kişilik hakkını ihlal eden kişiden zararının tazmin edebilmesi için ceninin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü ana (tüpte dölleme halinde ise tüpte dölleme anına) kadar geçmişe etkili olarak kabul eden MK m. 28 II kuralının varsayımına ihtiyaç var mıdır⁶⁵? Ceninin vücut bütünlüğünün ihlali halinde tazminat talebi öğretide tartışmasız kabul edilmekle birlikte MK m. 28 II'nin söz konusu talep açısından etkisi konusunda görüşler farklılaşmaktadır.

Öğretide bir görüş ceninin, vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkının ihlali halinde haksız fiil failinden tazminat talep edebilmesi için MK m. 28 II'nin ceninin hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kabul eden düzenlemesine ihtiyaç olduğunu savunmaktadır⁶⁶. Bu görüşe göre, ceninin, ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşulu gerçekleşmediği sürece, ana rahminde iken ya da tüpte döllendirildiği sırada hak ehliyeti bulunmadığından, vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde kendisine kayyım tayin edilerek kişilik hakkının korunmasından söz edilemez. Ancak, ana rahminde iken kendisine karşı bir haksız fiil işlenen cenin (mesela hamile bir kadına kanuna aykırı olarak kürtaj yapan hekim, cenini ana rahminden çıkaramamış ve cenin de bu müdahale nedeniyle özürlü olarak doğmuştur) sağ olarak tamamıyla doğduğunda haksız fiil faili hekime karşı zararının giderilmesini talep edebilecektir; zira bu halde sağ olarak tamamıyla doğma geciktirici koşulu gerçekleştiğinde, ana rahminde iken cenine karşı işlenen haksız fiil bir “kişiye” karşı işlenmiş olacaktır⁶⁷. MK m. 28 II'nin hak ehliyetini geçmişe etkili varsayan düzenlemesinin cenine mirasçılık hakkını sağlamak dışında asıl işlevi haksız fiil failinden zararının giderilmesini isteme imkânını vermesidir⁶⁸. Çocuk adına onun zararlarının tazmini davası ise onun kanuni temsilcisi tarafından açılacaktır.

Buna karşılık öğretide diğer bir görüş ceninin, doğumundan önce kendisine karşı gerçekleştirilen haksız fiil nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde, ceninin doğumundan önce gerçekleşen haksız fiilden ötürü doğumundan sonra tazminat isteyebilmesi için zarar gördüğü anda hak ehliyetine sahip olması gerektiği için,

⁶⁵ Ceninin kendisine karşı işlenen haksız fiilden dolayı doğumundan sonra zararlarının tazmini talebinin şartlarını üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bkz. aş: s. 53 vd.

⁶⁶ Tekinay, **Medeni**, s. 208; Öztan, s. 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 222–223; Arpacı, s. 8.

⁶⁷ Tekinay, **Medeni**, s. 208.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 15.

MK m. 28 II'nin ceninin kişiliğini ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak geçmişe etkili kabul eden düzenlemesine gereksinim olmaksızın klasik haksız fiil ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğu kapsamında tazminat isteyebileceğini şu gerekçeyle kabul etmektedir⁶⁹ : Ceninin doğum öncesinde MK m. 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımı ile haklara ehil kişi olarak kabul edilmesine ilişkin düzenleme bu dönemde talihsiz bir rastlantı sonucu kendisine düşecek mirastan yoksun kalmaması için getirilmiş bir düzenlemedir. Söz konusu yasal varsayımın bunun ötesinde herhangi bir işlevi yoktur. Çocuğun doğumundan önce gerçekleşen haksız fiil ile doğumdan sonra ortaya çıkan zarar arasındaki zamansal aralığın uzunluğu zaman aşımı açısından sorun yaratsa, nedensellik bağıını belirli ölçülerle gevşetse bile sorumluluğu ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olmaz⁷⁰.

Söz konusu görüşler değerlendirildiğinde pratik sonuç açısından iki görüş arasında bir fark bulunmadığı açıktır. Zira her iki görüşe göre cenin, doğumundan önce gerçekleşen haksız fiil nedeniyle tazminat isteyebilecektir. MK m. 28 II'de çocuğa sağ olarak tamamıyla doğması koşuluyla geçmişe etkili olarak hak ehliyeti tanınmasının amacı, gelecekteki birtakım malvarlığı menfaatlerinden yoksun kalmasını önleyerek onu korumaktır⁷¹. Böylece cenin, henüz ana rahminde iken talihsiz bir rastlantı sonucu ölen babasına mirasçı olabilecektir. Nitekim mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ doğma kuralına (MK m. 580 I ve 581 I), ceninin sağ olarak tamamıyla doğmak koşuluyla mirasçı olacağı yönünde getirilen istisna (MK m. 582 I) ve mirasın açıldığı tarihte, yani miras bırakanın öldüğü tarihte, mirasçı olabilecek bir ceninin bulunması halinde mirasın paylaşılmasının ceninin doğumuna kadar kanun gereği erteleneceğine ilişkin MK m. 643 I kuralı aslında MK m. 28 II'nin miras hukuku alanındaki izdüşümleridir. Ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde ise, söz konusu haksız fiil nedeniyle doğumundan sonra zararlarının tazminini talep edebilmesi için haksız fiilin koşullarının gerçekleşmiş olması gereklidir. Ancak doğaldır ki ceninin doğumundan önce gerçekleşen haksız fiil

⁶⁹ Serozan, **Medeni**, II § 2 N 4; aynı yazar, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm § 2 N 1, aynı yazar, **Kişiliğin Korunması**, s. 315–316.

⁷⁰ Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 316.

⁷¹ Helvacı, **Kişiler**, s. 7–8.

nedeniyle doğumundan sonra tazminat talep edebilmesi için sağ olarak tamamıyla doğması gereklidir. Cenin doğmadan önce zararlarının tazminini talep edemeyeceğine göre öğretilde yapılan söz konusu tartışmaya da gerek bulunmamaktadır.

Cenin, sağ olarak tamamıyla doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olmakla birlikte bu şartın gerçekleşmesinden önce, yani ceninin henüz ana rahminde bulunduğu sırada onun adına kanuni temsilci vasıtasıyla haklarının kullanılması mümkün değildir⁷². Ceninin geciktirici şarta bağlı olarak kişilik kazanması bu şekilde haklarının kullanılmasına engeldir. Zira cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olmakla birlikte, ana rahmine düştüğü andan sağ olarak tamamıyla doğduğu ana kadar hak ehliyetine sahip değildir ve bu nedenle onun adına hakların kullanılması da söz konusu olamaz, ancak sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişilik kazanır. Bu geciktirici şart gerçekleştiğinde de hak ehliyetinin başlangıcı ana rahmine düştüğü ya da tüpte döllendirildiği an olarak kabul edilir. Ceninin haklarının kanuni temsilci aracılığıyla kullanılamamasının istisnası ise MK m. 301 III ve 303 II’de düzenlenmiştir⁷³. Bu hükümlere göre evlilik dışında ana rahmine düşen çocuğa, babalık davası açılması için bir kayyım atanır. Ancak kayyımın yetkisi sadece babalık davası açmakla sınırlıdır⁷⁴.

⁷² Ataay, s. 43; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 20; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 225; Arpacı, s. 8; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 19; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 15; Helvacı, **Kişiler**, s. 7.

⁷³ bkz. aş: s. 23 vd.

⁷⁴ Ataay, s. 44; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 20; Arpacı, s. 8; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 19; karşı. Köprülü, **Medeni**, s. 237, yazar evlilik dışında ana rahmine düşen cenin adına, kayyımın, babalık davası açacağını kabul etmekte ve ayrıca kayyımın bir kanuni temsilci olarak cenin menfaatine olan işlemleri yapmak ve davaları açmak üzere tayin edildiğini belirtmektedir. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 225, yazarlara göre, kayyım, cenin adına babalık davası açma yanında mirasa ilişkin girişimlerde de bulunabilir.

B. CENİN STATÜSÜNE BAĞLANAN BELLİ BAŞLI SONUÇLAR

1. Ceninin Malvarlığı Haklarına Sahip Olması

Malvarlığı hakları para ile ölçülebilen değeri olan haklardır⁷⁵. Para ile ölçülebilen değer taşıyan ve malvarlığının aktif kısmını meydana getiren haklar ile malvarlığının pasif kısmını meydana getiren borçların tümü bir şahsın malvarlığını meydana getirmektedir⁷⁶. Bir şahsın malvarlığında yer alan alacak hakları, aynı haklar, maddi değeri olan yenilik doğuran haklar ve mali yönleri itibariyle fikri haklar malvarlığını meydana getirir⁷⁷.

Cenin malvarlığı haklarının korunması konusunda hukukumuzda bazı düzenlemeler bulunmaktadır:

MK m. 28 II'nin ceninin hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kabul eden kuralının miras hukukundaki iz düşümü olan MK m. 582 I'e göre cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olabilecektir. Mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde mirasın taksiminin onun doğumuna kadar erteleneceğini ifade eden MK m. 643 kuralı da MK m. 28 II'nin diğer bir uzantısıdır. Her iki kural da ceninin malvarlığı haklarını korumaya yöneliktir⁷⁸.

Borçlar hukukunda, ceninin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler arasında kabul edilmesi ve üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar olarak tayin edilebileceğinin kabul edilmesi de ceninin malvarlığı haklarını korumaya yöneliktir.

Cenin malvarlığı haklarının Miras Hukuku ve Borçlar Hukukunda korunması çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir.

Aile hukukunda cenin adına kayyımın babalık davası açabilmesi (MK m. 301 ve 303) ise bir yönüyle ceninin kişilik haklarını ilgilendirmekte, diğer yandan da babası ile arasındaki soybağını kurarak ceninin malvarlığı haklarını korumaktadır.

⁷⁵ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 13. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 96; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 141.

⁷⁶ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, § 9 N 4; Oğuzman/Barlas, s. 96; Dural/Sarı, s. 141.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 97 v.d.

⁷⁸ MK m. 582 ve MK m. 643 hakkında bkz. aş: s. 33 vd.

Ancak kişilik haklarına ilişkin yönü daha ağır bastığından bu konudaki açıklamalar ceninin kişi varlığı hakları bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2. Ceninin Kişi Varlığı Haklarına Sahip Olması

a. Genel Olarak

Kişi varlığı hakları para ile değeri ölçülemeyen ve kişinin manevi dünyasına ilişkin olan haklardır⁷⁹. Kişi varlığı haklarına saldırının maddi veya manevi bir zarara yol açması halinde bu zararın tazmin edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır; ancak bu özellik kişi varlığı hakkına maddi bir nitelik kazandırmamaktadır⁸⁰.

Kişinin yaşamı, şeref ve haysiyeti, vücut tamlığı, özgürlüğü, ismi, sırları gibi manevi varlıklarını kapsayan kişilik hakkı, anne ve babanın çocukları üzerinde sahip olduğu velayet hakkı başlıca kişilik haklarından⁸¹. Bu haklar ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak niteliğini taşıdığından herkesin söz konusu bu haklara uyma, onları ihlal etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸².

Cenin açısından önem taşıyan kişi varlığı hakları ise yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkıdır. Ayrıca cenin adına babalık davasının açılması cenine özgü kişi varlığı hakkıdır. Ceninin söz konusu kişi varlığı haklarının korunması üçüncü bölümde ele alınacaktır⁸³.

Cenin kişilik haklarından söz edilince tanıma kurumuna da burada yer verilip verilmeyeceği sorusu akla gelebilir. MK m. 295 ve devamı maddelerinde düzenlenen tanıma, kanunda öngörülmüş şekil şartlarına uygun olarak, evlilik dışı çocuğun babasının tek taraflı irade beyanı ile kendisi ve çocuğu arasındaki soybağını kurmasıdır⁸⁴. Tanıma için kanunda herhangi bir süre sınırlaması getirilmiş değildir. Bu nedenle evlilik dışı çocuğun babası, çocuk yaşadığı sürece tanıma işlemini

⁷⁹ Serozan, **Medeni**, II § 4 N22; Oğuzman/Barlas, s. 107; Dural/Sarı, s. 141.

⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 125.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, s. 109 v.d.; Öztan, s. 118; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 127 v.d.; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 98 v.d.

⁸² Hatemi, **Medeni**, § 9 N 63; Oğuzman/Barlas, s. 107; Dural/Sarı, s. 134; Kişilik haklarının mutlak hak olma özelliği MK m. 24 II'de ifade edilmiştir: “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*”

⁸³ bkz. aş: s. 48 vd.

⁸⁴ Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku**, Cilt III, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 462. Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, İkinci Cilt, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 358 v.d.

gerçekleştirebileceği gibi, ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış olan cenini⁸⁵ ya da ölümünden sonra doğacak çocuğu tanıyabilir⁸⁶. Postmortal yapay döllenme olasılığında, yani henüz ana rahmine düşmemiş olan ve kendi ölümünden sonra uzak gelecekte doğacak çocuğun tanınmasının mümkün olup olmadığı konusu ise öğretide tartışmalı olmakla birlikte, şarta bağlı tanıma ile erkeğin ileride doğacak çocuğun babası sayılsa bile onun miras bırakanı sayılamayacağı kabul edilmektedir⁸⁷.

Ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış olan ceninin tanınabilmesi için ise sadece ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşulunu gerçekleştirmiş olması yetmez; ayrıca çocuğun doğumu anında ananın bir başka erkekle evli olmaması⁸⁸ veya babalık davası MK m. 303 I'e göre çocuğun doğumundan önce de açılabilmesi için bu dava sonucunda çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı kurulmamış olması gereklidir. Zira çocuğun doğumu anında ananın bir başka erkekle evli olması halinde ya da evliliği sona ermekle birlikte henüz evliliğin sona ermesinin üzerinden üç yüz gün geçmemişse çocuk MK m. 285 I gereği evlilik içinde doğmuş bir çocuktur ve çocuğun mevcut soybağı ortadan kaldırılmadan tanınması mümkün değildir⁸⁹. Çifte soybağının olanaksızlığını ifade eden MK m. 295 III'e göre "*Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz*".

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, tanıma, cenine tanınan bir hak olmadığından onun kişi varlığı haklarından biri değildir. Bu hak cenini tanıyacak olan babasına aittir⁹⁰. Ancak ceninin hukuken tanınabilmesinin kabul edilmesi ona sağlanan bir avantajdır. Böylece kanunda yazılı olan şekil şartlarına uygun olarak tanımanın gerçekleştirilmesi halinde cenin ile babası arasında soybağı kurulmuş olacaktır.

⁸⁵ Ancak öğretide ana rahmine düşmemiş olan (nondum conceptus) çocuğun tanınamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 466, dn. 119.

⁸⁶ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm § 5 N 53, Yazara göre MK m. 303 I'de babalık davasının çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilmesi kabul edildiğine göre tanımada da aynı çözüm yolu benimsenmelidir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 466; Akıntürk, s. 361; Ingeborg Schwenzer, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 2. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2002, Art. 260, N 4-5.

⁸⁷ Serozan/Engin, § 1 N 107; Nomer, **Nesep**, s. 580, yazar bu ihtimalde hem spermin sahibinin, sağlığında henüz ana rahmine düşmemiş olan çocuğu tanıyamayacağını ve hem de çocuğun spermin sahibine mirasçı olamayacağını kabul etmektedir.

⁸⁸ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm § 5 N 53; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 466; Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 260, N 4.

⁸⁹ Yarg. 2. H.D., T: 11.7.2005, E: 2005/9833, K: 2005/10986 (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

⁹⁰ Akıntürk, s. 359.

b. Cenin Adına Kayyımın Babalık Davası Açması

(1) Genel Olarak

Medeni Kanunun 301. ve 304. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan babalık davası sonunda verilen yenilik doğurucu hüküm ile çocuk ve babası arasında soybağı geçmişe etkili olarak kurulmuş olur. Ancak babalık davası açılabilmesi için çocuğun başka bir erkeğe soybağı ile bağlı olmaması gereklidir⁹¹.

Yenilik doğuran bir dava olan babalık davası sonucunda davalı erkeğin babalığına hükmedilince, çocuğun ana rahmine düştüğü, tüpte dölleme halinde tüpte döllendirildiği andan itibaren geçerli olacak şekilde ve herkese etkili olarak, çocukla babası arasındaki soybağı kurulmuş olacaktır.

(2) Babalık Davasının Tarafları

Çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini isteyebilecek olanlar, yani babalık davasında davacı olabilecek olanlar çocuk⁹² ve anasıdır (MK m. 301 I)⁹³. Çocuk, eğer ayırt etme gücüne sahipse babalık davasını kendisi açabilecektir⁹⁴; ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk için davanın yasal temsilcisi tarafından açılması gerekmektedir.

⁹¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm § 5 N 62; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 471, Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 261, N 2; Yarg. 2. H.D., 16.2.2005, E: 2005/242, K: 2005/2196 (Kazancı), "...tanımanın iptali davası sonuçlanmadan babalık davası dinlenemez..."; Yarg. 2. H.D., T: 11.5.2005, E: 2005/5176, K: 2005/7755 (Kazancı), "...Nüfusta baba olarak görülen E'nin babalığı reddedilmeden H'nin babalığına karar verilemez. E'nin davayı kabul etmesi sonuç doğurmaz..."; Aynı yönde Yarg. 2. H.D., T: 26.2.2003, E: 2003/1284, K: 2003/2456 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 10.3.2004, E: 2004/2185, K: 2004/3013 (Kazancı).

⁹² Çocuğun ölümü halinde babalık davası açma hakkının mirasçılara intikal edip etmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Çocuğun mirasçılarının da babalık davası açabileceği yönünde bkz. Akıntürk, s. 373. Karş. Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 261, N 6, yazar bu halde annenin dava hakkının süreceğini belirtmektedir.

⁹³ Babanın dava hakkı olmadığı yönünde bkz. Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 261, N 9; Yarg. 2. H.D., T: 5.7.2002, E: 2002/8021, K: 2002/8978 (Kazancı), "...babalık davası açma hakkı ana ve çocuğa tanınmış olup, babanın, babalık davası açabileceğinden söz edilmemiş, aksine baba ve mirasçıları aleyhine dava açabilecek kişiler olarak gösterilmiştir. Diğer taraftan, aynı kanunun 291. maddesi babaya tanıma imkanı vermiştir. Bu imkan tüm sonuçlarıyla babalık hükmüne eşdeğer nitelikte olduğundan, yasada bir boşluk bulunduğundan söz edilemez. Mahkemece, baba olduğunu iddia eden kişinin aktif dava ehliyeti olmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken... ", Aynı yönde; Yarg. 2. H.D., T: 9.6.2003, E: 2003/7275, K: 2003/8520 (Kazancı).

⁹⁴ Çocuğun babalık davası açmak için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirlerken tespit edilmesi gereken husus, onun ileri ölçüde fikri olgunluğa ulaşmış olup olmadığıdır. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 449. Bu nedenle de birçok halde çocuğun babalık davası açmak için ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılacaktır. Öğretide de çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmaması açısından bir

Çocuğun ve anasının dava hakları birbirinden bağımsızdır⁹⁵ ve bu nedenle çocuğun veya anasının açtığı davayı kaybetmiş olması diğerinin dava hakkını etkilemeyecektir.

MK m. 303 I'de babalık davasının çocuğun doğumundan önce de açılabilmesi ifade edilmiştir. Bu ifade çocuğun doğumundan önce babalık davasının sadece annesi tarafından mı açılabilmesi sorusunu akla getirmektedir. Zira ceninin, sağ ve tam doğma geciktirici koşulu gerçekleşmediği sürece, ana rahminde iken ya da tüpte döllendirildiği sırada hak ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle de doğumundan önce kendisine kayyım tayin edilerek ceninin kişilik hakkının korunması mümkün değildir. Eski Medeni Kanun döneminde 298. maddenin birinci cümlesinde yer alan “*Mahkeme, evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olduğu veya böyle bir gebelik ana tarafından kendisine haber verildiği takdirde; çocuğun menfaatlerini sıyanet etmek üzere, hemen bir kayyım tayin eder*” şeklindeki düzenlemenin ceninin haklarının kanuni temsilci aracılığıyla kullanılamamasının istisnası olduğu kabul edilmekteydi. Ancak yeni Medeni Kanunumuzda söz konusu hüküm kaldırılmış ve benzer bir yeni hüküm de getirilmemiştir. Sadece MK m. 301

ayırım yapılmaksızın, çocuğun ergin oluncaya kadar dava ehliyetine sahip bulunmamasından dolayı davanın çocuğa tayin edilecek kayyım tarafından açılacağı savunulmaktadır. Akıntürk, s. 372. Ancak babalık davasında çocuğun ve anasının çıkarları çatışabileceğinden MK m. 426 b. 2 gereğince ana, kayyım olarak atanamayacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda babalık davasının anne tarafından açılması halinde annenin her zaman çocuğun yararına davranmayabileceği ve çocuk ile ana arasında her zaman bir yarar çatışması ihtimali bulunduğu gerekçesiyle MK m. 426 b. 2 “*Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*” kayyım tayin edilmesini öngören hüküm gereğince çocuğa annesinin dışında bir kayyım tayin edilmesi ve kayyımın da davaya katılmasının sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Yarg. 2. H.D., T: 12.2.2004, E: 2004/517, K: 2004/1467 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 8.3.2002, E: 2002/2141, K: 2002/3172 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 18.3.2002, E: 2002/2887, K: 2002/3829 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 2.7.2003, E: 2003/8908, K: 2003/10016 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 15.6.2005, E: 2005/8786, K: 2005/9231 (Kazancı). Böylelikle “*şu veya bu gibi düşüncelerle ana-babanın çocuk aleyhinde birleşmeleri ve onun zararına bir durumun doğumu önlenmek istenmiştir.*”, Yarg. 2. H.D., T: 31.5.2004, E: 2004/6247, K: 2004/7004 (Kazancı). Yargıtay babalık davasında annenin ve çocuğun aynı vekil ile temsil edilmesini dahi çocuk ile annenin menfaatlerinin çatışmasından dolayı kabul etmemektedir. Yarg. 2. H.D., T: 6.3.2003, E: 2003/1892, K: 2003/2982 (Kazancı), “*...1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin (b) bendi gereğince avukat, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş ise, teklifi reddetmek zorundadır. Çocuğa, ana ile arasındaki yarar çatışması ihtimali nedeniyle kayyım atandığına göre, aynı avukatın hem davacı anayı hem de çocuğu aynı işte temsil etmesi yukarıdaki kurala aykırıdır...*”; Aynı yönde Yarg. 2. H.D., T: 26.2.2004, E: 2004/1318, K: 2004/2253 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 2.3.2006, E: 2006/1223, K: 2006/2652 (Kazancı).

⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 472; Akıntürk, s. 370; Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 261, N 8; Yarg. 2. H.D., T: 27.12.2004, E: 2004/15440, K: 2004/15711 (Kazancı), “*...F’ye kayyım 5.9.2002 tarihinde atanmış, temyize konu babalık davası yasal bir yıllık hak düşürücü süresi içinde 4.4.2003 tarihinde kayyım tarafından açılmıştır. Daha önce çocuğun annesi tarafından açılıp süre yönünden reddedilen dava, bu dava için kesin hüküm oluşturmaz...*”

II’de babalık davasının ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edileceği ve 303. maddenin ikinci fıkrasında çocuğa doğumdan sonra kayyım atanması halinde çocuk hakkında bir yıllık sürenin atamanın kayyıma tebliğ edildiği tarihte işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle evlilik dışı çocuğa hangi hallerde kayyım atanacağı ve kayyımın görevlerinin kapsamının belirlenmesi öğretiyeye bırakılmış gözükmektedir. Öğretide, MK m. 301 v.d.’da düzenlenen babalık davasının, ceninin haklarının, kanuni temsilci aracılığıyla kullanılamamasının istisnası olduğu halen kabul edilmektedir⁹⁶. Kayyımlık tesisinin EMK m. 298’de olduğu gibi doğumdan önce sadece annenin talebi üzerine ve doğumdan sonra ise re’sen ve zorunlu olarak hâkim tarafından küçük çocuk için gerçekleştirileceği belirtilmektedir⁹⁷.

Bu sorun açısından MK m. 426 b. 2 kuralının dikkate alınması daha isabetli olacaktır: Anne ile çocuğun menfaati doğum öncesinde babalık davasının açılması konusunda çatışabilir. Bu çatışma özellikle annenin, çocuğun babası ile babalık davasının açılmaması konusunda anlaşmış olmaları halinde gündeme gelecektir. Bu nedenle “*Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*” çocuğa bir temsil kayyımının atanacağını ifade eden MK m. 426 b. 2 kuralı burada da uygulanmalı ve evlilik dışında ana rahmine düşen çocuğa, doğum öncesinde babalık davası açılması için bir temsil kayyımı atanmalıdır. Bununla birlikte kayyımın yetkisi sadece babalık davası açmakla sınırlı olacaktır⁹⁸.

Babalık davası babaya, eğer baba ölmüşse onun mirasçılarına karşı açılacaktır (MK m. 301 II). Babalık davasının babanın ölümünden sonra onun mirasçılarına karşı da açılabileceğinin kabul edilmesi sonucunda dondurulmuş spermle ölüm sonrasında yapay dölleme tekniğiyle dünyaya gelen çocuk için bile babalık hükmü elde edilebilecektir⁹⁹.

MK m. 301 III gereğince babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve hazineye, davanın ana tarafından açılması halinde kayyıma, kayyım tarafından açılması halinde anaya ihbar edilmesi gerekir.

⁹⁶ Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 19; Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 161.

⁹⁷ Gümüş, **Kayyımlık**, s. 161.

⁹⁸ Ataay, s. 44; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 20; Arpacı, s. 8; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 19; karş. Köprülü, **Medeni**, s. 237; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 225.

⁹⁹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 5 N 63; Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 261 N 11.

(3) Babalık Davasında Süre

Babalık davasında hak düşürücü süreleri düzenleyen MK m. 303'de doğumdan itibaren işlemeye başlayan bir yıllık süre öngörülmüştür. Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanması halinde çocuk hakkındaki bir yıllık süre atamanın kayyıma tebliği edildiği tarihten, hiç kayyım atanmaması halinde ise çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (MK m. 303 II). Çocuğa doğumundan önce kayyım atanması halinde de atamanın kayyıma tebliğ edildiği tarihten itibaren hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır. Babalık davasının açılması için çocuğa kayyım atanması halinde atamanın kayyıma tebliği tarihinden itibaren işleyecek bir yıllık hak düşürücü süre sınırlamasının getirilmesi öğretide eleştirilmektedir. Zira kayyımın söz konusu bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde babalık davasını açmadığı durumlarda (kayyımın kendisine tanınan sürede davayı açmaması onun ihmalden kaynaklanabileceği gibi, çocuğun anası ya da babasıyla anlaşarak kasden dava açmaması da ihtimal dahilindedir) çocuğun ergin olduktan sonra dava açamayacağı kabul edilirse, kayyımın ihmali nedeniyle çocuk cezalandırılmış olacaktır¹⁰⁰. Bu nedenle kayyımın, babalık davasını açmak üzere çocuğa temsilci olarak atandığının kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde davayı açmayı savsaklaması çocuğun dava hakkına etki etmemelidir¹⁰¹.

Kayyımın atamanın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren dava açması gereken bir yıllık hak düşürücü süreyi kaçırmaması, ancak bu sürenin kaçırılmasının haklı nedene dayandığı hallerde (mesela babanın ortaya çıkmaması ya da babanın oyalamaları¹⁰²) kayyıma, haklı nedenin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlayan bir aylık ek süre tanınacaktır (MK m. 303 IV)¹⁰³. Hak düşürücü süreler içinde dava açılmadığında, gecikmenin haklı nedene dayanması halinde yasa koyucu soybağının reddi davasında bir yıllık ek süre tanırken (MK m. 289 III), babalık davasında bir aylık ek süre tanımaktadır. Yasa koyucunun iki dava arasında ek süre

¹⁰⁰ M. Beşir Acabey, **Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002, s. 292.

¹⁰¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 5 N 66.

¹⁰² Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 5 N 66.

¹⁰³ Yarg. 2. H.D.: T: 18.10.2004, E: 20024/10905, K: 2004/11979 (Kazancı).

açısından farklı çözümü benimsemiş olması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁰⁴. Madde gerekçelerinde neden bu yönde bir farklılık yaratıldığı hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle babalık davasında da gecikmenin haklı nedene dayanması halinde ek sürenin haklı nedenin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl olarak kabul edilmesi menfaatler durumuna daha uygun gözükmektedir¹⁰⁵.

Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunması halinde bu soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmadıkça babalık davası açılmayacağından, bir yıllık hak düşürücü süre bu soybağı ilişkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (MK m. 303 III)¹⁰⁶.

Zamanında açılan ancak usul eksikliği sebebiyle reddedilen babalık davası açısından ise BK m. 137 uygulama alanı bulacak ve bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olmasına rağmen 60 günlük ek süre içerisinde dava açılacaktır¹⁰⁷.

c. Ceninin Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı kişinin sahip olduğu en temel haktır. Anayasa m. 17 I'de de yaşama hakkı temel haklar arasında sayılmış ve herkesin yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir: “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”. MK m. 24, 25 ile Türk Ceza Kanunu m. 81 ve devamı hükümlerinde de söz konusu hakka karşı yapılan saldırılara karşı uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir.

Cenine yaşama hakkının tanınıp tanınmayacağı meselesi ise oldukça tartışmalıdır. Ceninin yaşama hakkının kabul edilmesinin pratik sonucu şu olacaktır ki gebeliğe son verme (kürtaj) cenine tayin edilecek bir kayyım aracılığı ile engellenebilecektir.

Kürtaj kadının döl yatağının içinin kazınarak dölütü alma şeklinde gerçekleşen tıbbi müdahale ile gebeliğe son verilmesidir. Böylelikle ana rahminde şekillenmeye başlayan cenin tıbbi bir müdahale ile ortadan kaldırılmaktadır. Gebeliğin sona

¹⁰⁴ Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 5 N 66.

¹⁰⁵ Nitekim İsv. MK m. 263 III'e göre de gecikmenin önemli sebebe dayandığı hallerde sebebin ortadan kalkmasından itibaren babalık davasının açılacağı bir yıllık süre söz konusu olacaktır. Schwenzer, **Basler Komm.**, Art. 263, N 4.

¹⁰⁶ Yarg. 2. H.D., T: 16.5.2002, E: 2002/5576, K: 2002/6620 (Kazancı); Yarg. 2. H.D., T: 18.4.2005, E: 2005/3742, K: 2005/6300 (Kazancı).

¹⁰⁷ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm § 5 N 66; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 478.

erdirilmesi kadının cinsel yaşamına ilişkin kişisel değerlerinden biridir ve ancak kadının istemi ve aydınlatılmış rızasının bulunması halinde gerçekleştirilebilir¹⁰⁸.

Kürtajın kabul edilmesi ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiği gibi (mesela Suriye ve Lübnan gibi ülkelerde gebeliğe son verilmesi kabul edilmezken, Rusya ve Macaristan gibi ülkelerde tıbbi zorunluluk bulunmasa dahi gebeliğe son verilmesi serbesttir, Almanya, Fransa gibi ülkelerde ise belirli süreler içinde gebeliğe son verilmesi kabul edilmektedir) aynı ülke içerisinde sosyal gereksinimlere göre de farklılık göstermektedir¹⁰⁹. Ülkemizde de Cumhuriyetin ilk yıllarında nüfus artışının kalkınmanın itici gücü olarak görülmesi nedeniyle gebeliğe son verilmesi suç olarak kabul edilmişken, 1960'lı yıllarda ortaya çıkan hızlı nüfus artışı devlet politikasının değişmesine ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun kabul edilmesine neden olmuştur¹¹⁰. Bu kanunda sadece tıbbi endikasyon hallerinde kürtaj kabul edilmiş, isteğe bağlı olarak yapılan kürtaj ise yasaklanmıştır. Ancak isteğe bağlı kürtajın yasaklanmış olmasına rağmen gizli olarak yapılmasında artış olması, çok pahalı olması sonucu haksız kazanç sağlanması, kürtaj olan kadının yaşam ve sağlığının korunmasında özen gösterilmemesi, çocuk sahibi olmaya karar vermenin kişinin özel hayatını ilgilendiren bir hak ve özgürlük olması sebebiyle Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda değişiklik yapılarak adı geçen Kanun bugünkü halini almıştır.

Hukukumuzda Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹¹¹, bu kanuna dayanılarak çıkarılmış bulunan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük¹¹² ve Türk Ceza Kanununda düzenlenen kürtajın hukuka uygun olarak kabul edileceği haller üç başlık altında incelenmelidir:

- Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde gebelik sona erdirilebilir (NPHK m. 5 I). Bu halde bir tıbbi zorunluluk bulunması gerekli değildir; gebeliğin sona erdirilmesi için sadece annenin rızasının alınması yeterlidir. Ayrıca

¹⁰⁸ Ergun Özsunay, **Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar**, İstanbul, 1998, s. 34.

¹⁰⁹ Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî)**, Ankara, 1993, s. 57, dn. 122.

¹¹⁰ Aşçıoğlu, s. 57, dn. 122.

¹¹¹ R. G. 27.5.1983, No: 18059.

¹¹² R. G. 18.12.1983, No: 18255.

annenin evli olması halinde gebeliğin sona erdirilebilmesi için eşinin de rızasının alınması gereklidir (NPHK m. 6 II).

- Gebelik süresi on haftadan fazla ise gebeliğin sona erdirilebilmesi için annenin rızası yeterli değildir. Bu ihtimalde gebelik annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak ise on haftadan fazla olsa bile sona erdirilebilecektir (NPHK m. 5 II)¹¹³. Bu hallerde gebeliğin sona erdirilebilmesi için ayrıca doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporlarının bulunması gereklidir. On haftayı geçen gebeliklerde ağır maluliyete neden olacak hastalıklar ise Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte 2 sayılı listede sayılmıştır. Lösemi, kalp yetmezliği, solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları gibi hastalıklar gebeliğin sona erdirilmesine imkan verecektir. Bazı hastalıklar, kronik şizofreni gibi, çocuğun yaşama kabiliyeti ile ilgili değildir; ancak NPHK m. 5 II'ye göre söz konusu hastalık nedeniyle doğacak çocuk ile devam eden nesillerin ağır maluliyete uğraması tehlikesi bulunduğundan gebeliğin sona erdirilmesi bu halde de hukuka uygun sayılmaktadır¹¹⁴.
- Son ihtimal ise Türk Ceza Kanununda düzenlenmiştir. TCK m. 99 (6)'ya göre kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebelik sona erdirilebilir. Ancak gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hüküm öğretide Anayasanın yaşam hakkını koruyan hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir¹¹⁵. Bu görüşe göre yirmi haftalık

¹¹³ Söz konusu yasağa aykırılığın yaptırımı Türk Ceza Kanununda belirtilmiştir. TCK m. 99 (2)'ye göre rızaya dayalı olsa bile tıbbi zorunluluk bulunmadan gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında da bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

¹¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 131.

¹¹⁵ Yusuf Büyükkay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 22, dn 88.

süre çocuğun ana karnındaki gelişimini neredeyse tamamladığı bir süredir. Birkaç hafta sonra, örneğin yirmi dördüncü hafta sonunda gerçekleşen erken doğumlarda çocukların hayatta kalmaları mümkündür. Tecavüz sonunda gebeliğin, anne üzerinde ağır etkilerine rağmen sürenin bu şekilde uzun tutulması ceninin var olma hakkının açık ihlalidir. Gerçekten de erken doğumda çocukların tıbbi yardımla hayatta kalmaları mümkündür¹¹⁶. Ancak bu sorun hakkında varılan yargı cenine yaşama hakkını tanıma yönünden kabul edilen tutuma göre değişecektir. Aşağıda açıklayacağımız üzere ceninin geciktirici şarta bağlı bir kişiliği söz konusudur. Bunun anlamı ileride sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişiliğini kazanmış sayılacağıdır. Bu nedenle ceninin söz konusu geciktirici şart gerçekleşmeden hak ehliyetinden ve yaşama hakkından bahsedilemez.

Yasal düzenlemeler bu yönde olmakla birlikte öğretide kürtajın hukuka aykırı olduğu ve cenine yaşama hakkının tanınması gerektiği de ifade edilmektedir¹¹⁷. Bu görüşte olanlara göre ceninin kişiliği doğum anından itibaren değil, ana rahmine düşme anından itibaren tanınmalıdır¹¹⁸; yani bu görüş gereğince ceninin ileride sağ olarak tamamıyla doğma şartı bozucu olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bozucu şartın kabul edilmesi ile cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğini kazanacak, eğer sağ olarak tamamıyla doğmazsa kişiliği sona erecektir. Böylece cenine bölümsel

¹¹⁶ “Dünyanın anne karnında en kısa süre kalan bebeği olarak kabul edilen Amillia Sonja Taylor, 4 aylık tedavinin ardından hayata tutundu. 21 hafta 6 günlükken doğan bebeğin yaşamasına mucize gözüyle bakılıyordu. ABD’nin Miami kentindeki Baptist Çocuk Hastanesi’nde geçen ekimde 280 gram ağırlığında doğan Amillia’nın boyu da sadece 24 santimdi. Doktorlar, 400 gramdan az ağırlığa sahip bebeklere genellikle fazla ömür biçemiyorlar. Şimdi bile 1,8 kilo gelen Amillia’nın yaşaması mucize olarak nitelendiriliyor”, Haber için bkz. <http://www.milliyet.com.tr> (Çevrimiçi-21.02.2007).

¹¹⁷ Sungurbey, s.301.

¹¹⁸ Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 525, yazar ayrıca ceninin sağlıklı ve zarar görmemiş bir yaşam hakkına sahip olduğundan bahsetmektedir.; Ceninin kişiliğinin geciktirici şarta bağlı olduğunu kabul etmekle birlikte, MK m. 28 II’de cenine şarta bağlı bir kişilik tanınmasına rağmen NPHK m. 5 I’de hiçbir tıbbi gereklilik olmadan gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmesi ile sağ doğma şartının tahakkukunun önlenmesinin bir çarpıklık oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle bu gibi hallerde gebeliğin sona erdirilmesi sınırsız kabul edilmemeli, ancak istenmeyen gebeliklerden bazıları açısından mesela ırza tecavüz durumunda, gebeliğin tıbbi zorunluluk bulunmadan sona erdirilmesi kabul edilmelidir. Arpacı, s. 122.

hak ehliyeti tanınmış olacaktır¹¹⁹. Bir görüşe göre ise de lege feranda, yapılması gereken kanun açısından ceninin yaşama hakkının doğumdan önce başladığı kabul edilmeli, malvarlığı ve özellikle miras hakları ise sağ ve tam doğma şartına tabi olmalıdır¹²⁰. Ceninin hayatına ise ancak zaruret hali gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeple son verilebilmelidir. Bu zaruret de ancak ananın hayatı için tehlike bulunması halinde söz konusu olacaktır¹²¹. Bu görüşlerin kabul edilmesinin pratik sonucu ise ceninin kürtaj yoluyla yaşamına son verilmesinin ve embriyo üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi denemelerin kayyım tayin edilerek önüne geçilecek olmasıdır.

Öğretide daha isabetli olan diğer bir görüş ise ceninin kişiliğinin ancak sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağını; bu andan önce kişiliği söz konusu olmayacağından, onun yaşama hakkına da ancak doğumla sahip olacağını ve bu nedenle doğumundan önce cenin adına kişiliğin korunmasına ilişkin bir davanın açılmayacağını savunmaktadır¹²². Zira ceninin sağ olarak tamamıyla doğma şartı bir geciktirici şarttır ve bu şart gerçekleşmeden önce ceninin kişiliğinden söz edilmeyeceğinden onun yaşama hakkı da bulunmamaktadır. Cenine yaşama hakkının tanınması MK m. 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımı ile de bağdaşmamaktadır. Eğer ceninin sağ doğma şartının bozucu şart olduğu kabul edilmiş olsaydı MK m. 28 II'deki geçmişe etkili hak ehliyeti kazanımına ilişkin düzenlemenin getirilmesine gerek kalmazdı. Ceninin yaşam hakkının doğum öncesinde bulunduğunu ve ceninin yaşamına ancak zaruret halinde ki bu zaruret hali ananın hayatı için tehlike bulunmasıdır, son verilebileceği de kabul edilemez. Zira annenin hayatı için tehlike bulunmamasına rağmen gelecek nesillerin sağlığı açısından tehlike bulunması halinde, gelecekte doğacak çocukların sağlığı da en az anneninki kadar önemli olduğundan, kürtajın gerçekleştirilemeyeceğini söylemek pek de isabetli gözükmemektedir.

¹¹⁹ Hayvanları ve bitkileri kayyım yardımıyla koruyup kurtarma amacıyla da onlara bölümsel hak ehliyeti tanıma çabaları bulunmaktadır. Sungurbey, s. 294. Bitkilerin ve hayvanların bölümsel hak ehliyeti tanınması ile korunmalarına ilişkin bu görüş eleştirilmektedir. Bu görüşe göre hayvanın ve bitkinin hakkı varsayılmaz. Rona Serozan, “Doğal Çevrenin Özel Hukuku Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler”, **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, 1996, s. 109.

¹²⁰ Hatemi, **Kişiler Hukuku**, § 3 N 3–4; Kırkbeşoğlu, s. 31.

¹²¹ Hüseyin Hatemi, “Evrensel İlâhi-Tabîî Hukuk Açısından Hayat Kavramı ve Korunması”, **Tüm Yönleri İle Aile Planlaması Sempozyumu**, İstanbul, 1998, s. 85.

¹²² Serozan, **Çocuk Hukuku**, III § 1 N 3; Dural/Öğüz, **Kişiler**, s. 19–20.

Ceninin yaşama hakkını kabul etmek bazı hukuk düzenlemelerinde somut bir içerik kazanan ve yeni bir hak kategorisi teşkil eden “dölünü sürdürme (üreme) hakkı” ile de bağdaşmayacaktır. Niteliği tartışmalı olmakla birlikte bu hakkın Anayasa m. 17 I’de ifade edilen kişiliğini özgürce geliştirme hakkının bir görünümü olduğu söylenebilir¹²³. Bu hakkın tanınmasının bir gereği olarak gerek anne ve gerekse baba bir çocuk sahibi olup olmamaya kendileri karar vereceklerdir. Bu anlamda ceninin korunmasıyla ananın hakları arasındaki çatışmada anneye üstünlük vermek gerekecektir¹²⁴.

¹²³ Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 7.

¹²⁴ Däubler, s. 97 N 31.

II. BÖLÜM

CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI

A. MİRAS HUKUKUNDA CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI

1. Ceninin Mirasçı veya Vasiyet Alacaklısı Olabilmesi

a. Genel Olarak

Mirasçı, miras bırakanın ölümü anında onun geride bıraktığı malvarlığının yani terekesinin bir bütün olarak geçtiği kişi ya da kişilerdir. Miras bırakanın ölümü halinde, ona mirasçı olabilmek için öncelikle bir mirasçılık sebebinin bulunması gerekir. Mirasçılık sebebinin bulunması ise ya kanundan ya da miras bırakanın iradesinden doğar. Birinci halde yasal mirasçılık, ikinci halde ise atanmış mirasçılık söz konusu olur. Miras bırakanın, ölüme bağlı olarak, bir kimseye alacak hakkı niteliğinde bir malvarlığı menfaati sağlaması halinde ise vasiyet söz konusu olur¹.

Mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatının kazanılması için yasaca aranan şartların başında miras bırakanın ölümünde sağ olmak gereği gelmektedir².

b. Mirasçı veya Vasiyet Alacaklısının Miras Bırakanın Ölümü Anında Sağ Olması Gereği

(1) Kural

Miras bırakanın ölümünde, ona mirasçı olacak kimsenin sağ olması gereklidir. Mirasçılık sıfatı ancak miras bırakanın ölümü anında kazanılır, miras bırakanın ölümünden önce bu sıfatın kazanılması mümkün değildir. Bu nedenle de mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında sağ olma şartı aranmıştır. Aynı durum vasiyet alacaklısı sıfatının kazanılması açısından da söz konusudur. Bu şart MK m. 580 I'de "*Mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak*

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 259; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku**, Cilt IV, Yenilenmiş İstanbul, Yenilenmiş Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, 2006, s. 139.

² Miras bırakanın ölümü anında mirasçı veya vasiyet alacaklısı sağ olmalıdır; mirasçı veya vasiyet alacaklısı olacak kişi miras ehliyetine sahip olmalıdır; mirasçı veya vasiyet alacaklısı mirastan yoksunluk sebeplerinden biriyle bu sıfatını kaybetmiş olmamalıdır. Bülent Köprülü, **Miras Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985, s. 352 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, 1987, s. 529 vd; M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 264 vd.; Dura/Ögüz, **Miras**, s. 354 vd; Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s. 288 vd. Konumuz açısından önemi nedeniyle burada ceninin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olması bakımından sadece ilk şartı incelemekle yetineceğiz.

sağ olmak şarttır.” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu prensip vasiyet alacaklısını düzenleyen MK m. 581 I’de de tekrar edilmiştir. Bu hükme göre “Vasiyet alacaklısı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ doğmak şarttır.” Yani miras bırakan tarafından atanan mirasçı ya da lehine vasiyette bulunulan kimse, miras bırakanın ölümünde sağ değilse mirasçı sıfatını kazanamaz ve kendi mirasçıları da onun yerine geçemez³. Kanuni mirasçılar açısından da kural olarak aynı sonuç söz konusu olmakla birlikte, kanunumuzda kan hısımları arasında kabul edilen zümre sistemi nedeniyle miras bırakandan önce ölen kanuni mirasçı yerine, halefiyet yolu ile alt soyu geçmektedir (MK m. 495 III, 496 II, 497 II). Vasiyet alacaklısının miras bırakandan önce ölmesi halinde ise MK m. 581 II’ye göre, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, vasiyet yükümlüsünün yararına olarak ortadan kalkar.

Miras bırakanın ölümünde sağ olma şartı, miras bırakandan önce ölmüş olmamayı gerektirdiği gibi, miras bırakanla aynı anda ölmüş olmamayı da gerektirmektedir. Bu nedenle MK m. 29 II (birlikte ölüm karinesi) gereğince aynı anda ölmüş sayılanların birbirine mirasçı olması söz konusu olmayacaktır⁴.

Miras bırakanın ölümü anında sağ olan mirasçı veya vasiyet alacaklısının sonradan ölmesi halinde ise miras bırakandan kendisine intikal eden haklar, mirasçı ya da vasiyet alacaklısının kendi mirasçılarına geçecektir (MK m. 580 II).

(2) İstisna

MK m. 580’de mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ bulunma şartına MK m. 582 I’de bir istisna getirilmiştir. Bu hükme göre cenin, sağ olarak tamamıyla doğmak şartıyla mirasçı olacaktır.

Cenin mirasçılığını düzenleyen MK m. 582 I, ceninin sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağını düzenleyen MK m. 28’e uygun bulunmaktadır⁵. Ceninin mirasçı olabilmesi için sağ

³ Köprülü, **Miras**, s. 351; Serozan/Engin, § 1, N. 105.

⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 526; Oğuzman, s. 263; Dural/Ögüz, **Miras**, s. 352; Serozan/Engin, § 1, N. 103, 105; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, Gözde geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, § 12, N. 31; İmre/Erman, s. 288.

⁵ Köprülü, **Miras**, s. 352; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 526; Oğuzman, s. 263, Yazara göre ceninin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağını düzenleyen MK m. 580 I kuralı, ceninin sağ doğmak

olarak tamamıyla doğması gerekmektedir⁶. Zira ölü doğan çocuk mirasçı olamayacaktır (MK m. 582 II). Ceninin mirasçı sıfatını kazanması için sağ olarak tamamıyla doğduktan sonra ne kadar süre yaşamış olduğunun bir önemi yoktur⁷.

Kanuni mirasçı sıfatını kazanabilmek için miras bırakanın ölümünde hiç değilse cenin halinde mevcut bulunmak zorunlu olduğu halde, iradi mirasçılıkta durum MK m. 583 sayesinde yumuşatılmıştır⁸. Bu hükme göre “*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir*” (MK m. 583 I). Bu hüküm gereğince henüz cenin olarak bile ana rahmine düşmüş olmayan nondum conceptus, miras bırakan tarafından mirasçı olarak atanabilecek veya vasiyet alacaklısı kılınabilecektir.

Öğretide bir görüşe göre⁹ cenin olarak MK m. 580 uyarınca mirasçı olabilmek ancak miras bırakanın ölümünde ana rahmine düşmüş olanlar için söz konusudur. Miras bırakanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğanlar açısından bu husus karine olarak kabul edilir (MK m. 285 kıyasen). Acaba in vitro yani tüpte dölleme halinde embriyo, babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilmiş ve bu nedenle de çocuk, babanın ölümünden 300 gün sonra doğmuşsa babasına mirasçı olabilecek midir? Konuyu düzenleyen ÜYTMY’nin 17. maddesinin son fıkrasına göre adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak ve beş yılı geçmemek şartıyla embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir. Ancak bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir. Söz konusu hükme göre babanın ölümü halinde dondurulmak suretiyle saklanan embriyonun derhal imha edilmesi gerekmektedir. Belirtilen hükümdeki yasağa aykırı şekilde, dondurulan embriyonun babanın ölümünden sonra

koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağını düzenleyen MK m. 28 II kuralındaki prensibin bir uygulamasıdır.; Dural/Öğüz, **Miras**, s. 353, Yazarlar MK 582 hükmünü, kişiliğin sağ ve tam doğmak şartıyla ana rahmine düşme anından itibaren başlayacağını düzenleyen MK m. 28 II’nin bir sonucu olduğunu belirtmektedirler.

⁶ Sağ ve tam doğum kavramlarının açıklaması için bkz. s. 1 vd.

⁷ Uygulamada mahkemenin mütalaa talep etmesi üzerine düzenlenen bir raporda, sağ olarak tamamıyla doğan ve sadece iki saat yaşadıktan sonra ölen çocuğun, Medeni Kanunun 28inci maddesi gereğince kişilik kazandığı ve bu nedenle de trafik kazasında ölen babasına mirasçı olacağı sonucuna varılmıştır. Bunun pratik sonucu ise çocuğun, babasına mirasçı olması sıfatıyla sahip olduğu hakların kendi mirasçısı olan annesine intikalinin sağlanmış olmasıdır. Öztürel, s. 313 vd., özellikle s. 326.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 526.

⁹ Oğuzman, s. 263, dn. 12; İmre/Erman, s. 287, yazarlar miras bırakanın ölümü anında ceninin varlığını, çocuğun ana rahmine girmiş bulunmasını bir şart olarak aramaktadırlar.

ana rahmine yerleştirilmesi ve 300 günlük süre dolduktan sonra da doğumun gerçekleşmesi halinde doğan çocuğun babasına mirasçı olup olamayacağı sorusu akla gelmektedir. Öğretide savunulan görüşe göre¹⁰ bu olasılıkta çocuk, miras bırakan babasının ölümünde sağ olarak doğmuş ya da ana rahmine düşmüş (tüpte dölleme halinde tüpte döllelenmiş) değildir ki bu halde sağ olarak tamamıyla doğduğu anda mirasçı olarak kabul edilebilsin (MK 582 I). Bu nedenle de çocuğa geçmişe etkili olarak yasal mirasçı kimliği kazandırılmaz. Bizce, sperm ve yumurtanın tüpte döllendirilmesi ve embriyo oluşturulması, oluşturulan bu embriyonun dondurularak saklanması ve erkeğin ölümünden sonra dondurulan embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi halinde doğan çocuğun ölen babasına mirasçı olabilmesi gerekmektedir. Aksi halde tüpte dölleme halinde ceninin, tam ve sağ doğum şartıyla, tüpte döllendiği tarihten itibaren kişilik kazanacağının kabul edilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Zira ceninin MK m. 28 II gereği ana rahmine düştüğü andan itibaren, tıptaki gelişmeler sonucunda ise tüpte döllenen embriyonun ileride sağ olarak tamamıyla doğma şartıyla, tüpte döllendiği tarihten itibaren kişilik kazanmasının en önemli sonucu mirasçı olabilmesidir¹¹.

Sperm ve yumurta tüpte döllendirilip embriyo oluşturulduktan sonra, bu embriyonun dondurulup saklanması ve babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilmesi halinde doğan çocuğun babasına mirasçı olmasını kabul etmemize karşın, spermin dondurularak saklanması ve daha sonra spermin, sahibi olan erkeğin

¹⁰ Serozan, Engin, § 1, N. 107, Serozan'ın embriyonun sağ doğmak koşuluyla mirasçı olabilmesini kabul etmemesi, tüpte dölleme halinde embriyonun tüpte döllendirildiği tarihten itibaren hak ehliyetini kazanacağına ilişkin görüşüyle bir çelişki ortaya çıkarmaktadır.; İmre/Erman, s. 287, Yazarlar miras bırakanın ölümü anında ceninin varlığını, çocuğun ana rahmine girmiş bulunmasını bir şart olarak aramaktadırlar. Bu nedenle kanaatimizce sözü edilen olasılıkta, embriyo, miras bırakan babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirildiğinden çocuğun mirasçı olamayacağı sonucu çıkmaktadır.; Nomer, **Nesep**, s. 581, yazara göre mirasçılık açısından yumurtanın tüpte döllendirildiği an değil, ana rahmine yerleştirildiği an esas alınmalıdır. Bu nedenle eğer tüpte döllendirilen yumurta baba sağ iken henüz ana rahmine yerleştirilmemişse, babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilen çocuk babasına mirasçı olamamalıdır. Karş. Acabey, s. 186 vd, yazar yapay dölleme olasılığında, evlilik sona erdikten sonra 300 gün içinde doğan çocuğun babasına mirasçı olacağını kabul etmektedir.

¹¹ Cenin nedeniyle mirasın açılmasının ertelenmesini düzenleyen MK m. 643'ün gerekçesinde "...Zira tıp alanında, çocuğun ana rahminde olması zorunluluğunu ortadan kaldıran, henüz ana rahminde olmayıp da ana rahmine yerleştirilecek biçimde embriyo durumunda belirli yerlerde ve belirli yöntemlerle saklandığı gibi gelişmeler olmuştur." ifadesi yer almaktadır. Kanun maddelerinin gerekçeleri bağlayıcı olmamakla birlikte henüz ana rahmine yerleştirilmemiş, tüpte döllendirilerek oluşturulan embriyonun bulunması halinde de mirasın açılmasının erteleneceği kabul edildiğine göre kanun koyucunun dondurularak saklanan embriyonun da ileride tam ve sağ doğmak koşuluyla ölen babasına mirasçı olacağını kabul edeceği sonucuna varılabilir.

ölümünden sonra kadının rahmine veya yumurta kanalına veya dölyoluna aktarılması halinde ileride doğan çocuğun, babasına mirasçı olması ise mümkün olmamalıdır¹². Zira miras bırakan babanın ölümü anında ne ana rahmine düşmüş bir cenin ne de tüpte döllendirilmiş bir embriyo söz konusudur.

Cenin sağ olarak tamamıyla doğmak koşuluyla mirasçı olabileceğine göre cenin için mirası ret süresinin ne zaman başlayacağını belirlenmesi gereklidir. Cenin sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişiliğini kazanmış olmakla birlikte hak ehliyeti ceninin ana rahmine düştüğü, tüpte döllenme halinde tüpte döllendirildiği tarihe kadar geçmişe etkili olarak hükümlerini doğuracaktır. Mirası ret süresi ise 3 aydır (MK m. 606 I). Bu süre yasal mirasçıların için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçıların miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlayacaktır (MK m. 606 II). O halde cenin için 3 aylık mirası ret süresi sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren mi, yoksa ana rahmine düştüğü andan itibaren mi (ki bu halde mirası ret açıklamasının yasal temsilcisi tarafından açıklanması gerektiği düşünülebilir) işlemeye başlayacaktır? Medeni Kanunumuzda bu konuyu açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak öğretide MK m. 643 I'ın “*Mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir*” düzenlemesinden yola çıkılarak mirası ret süresinin en erken ceninin sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren başlayacağı ifade edilmektedir¹³.

2. Cenin Nedeniyle Mirasın Paylaşımının Ertelenmesi

Miras bırakanın ölümü anında birden fazla mirasçının bulunması halinde söz konusu mirasçılar arasında bir miras ortaklığı meydana gelir ve mirasçılar miras bırakanın malvarlığı üzerinde kanun gereği iştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) hakkına sahip olurlar (MK m. 640). İştirak halinde mülkiyet hakkına sahip olmalarının sonucu olarak, mirasçılar, miras bırakanın malvarlığının bütünü üzerinde

¹² karşı. Nomer, **Nesep**, s. 579, yazar kocanın sperminin onun ölümünden sonra kullanılmış olması halinde evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra dünyaya gelmiş olan çocuk açısından artık evlilik içi nesep karinesinin geçerli olmayacağını ifade etmektedir.

¹³ İlhan Helvacı, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 11, dn. 29.

hak sahibidirler, belirli ve somut hisselerle sahip olmadıklarından ötürü de malvarlığı üzerinde yapılacak işlemler açısından bütün mirasçılarının rızasının ve iştirakinin bulunması gerekmektedir.

Mirasçılar arasındaki iştirak halinde hak sahipliği mirasın paylaşılması ile sona erer. Mirasın paylaşılmasını ise mirasçılardan her biri kural olarak her zaman talep etme hakkına sahiptir. Ancak mirasçılar arasında yapılan sözleşme veya kanun gereği olarak (MK m. 642 III, 643, 664 I) mirasın paylaşılmasının ertelenmesi söz konusu olabilir. Mirasın açıldığı tarihte, yani miras bırakanın öldüğü tarihte, mirasçı olabilecek bir ceninin bulunması da mirasın paylaşılmasının kanun gereği ertelendiği hallerden biridir (MK m. 643). Mirasçı olarak bir ceninin varlığına rağmen, onun doğumu beklenilmeksizin mirasın paylaşılması, ceninin sağ olarak tamamıyla doğması halinde hükümsüz olacaktır¹⁴.

Öğretide, mirasın paylaşılmasının ertelenebilmesi için miras bırakanın ölümü anında bir ceninin var olması yani bu anda çocuğun ana rahmine düşmüş bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵. Ancak miras bırakanın ölümü anında ana rahmine düşmüş olmamakla birlikte, sperm ve yumurtanın tüpte döllendirilmesiyle oluşturulan bir embriyonun bulunması halinde de mirasın paylaşımının erteleneceğini kabul etmek gerekir. Zira tüpte döllendirilen embriyo da, ileride sağ ve tam doğmak koşuyla, ana rahmine yerleştirildiği tarihten itibaren değil daha da geri bir tarihten yani tüpte döllendirildiği tarihten itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır.

Cenin varlığı nedeniyle mirasın paylaşımının ertelenmesi için ceninin miras bırakanın çocuğu olması ise şart değildir. Mesela miras bırakanın yasal mirasçılarının ikinci zümre hısımları olması ve miras bırakandan üç ay önce ölen kardeşinin karısının hamile olması halinde de cenin mirasçı olacağından mirasın paylaşımının ertelenmesi gereklidir¹⁶. Aynı durum ceninin ölüme bağlı tasarrufla mirasçı olarak tayin edilmesi halinde de söz konusu olacaktır.

¹⁴ İmre/Erman, s. 452.

¹⁵ İmre/Erman, s. 452.

¹⁶ İmre/Erman, s. 452.

B. BORÇLAR HUKUKUNDA CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI

1. Ceninin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İsteyebilmesi

a. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiilleri düzenleyen kurallar arasında BK m. 45 II’de yer almaktadır¹⁷. Bu maddeye göre “*Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları taktirde, onların bu zararını da tazmin etmek gerekir.*” Bu hükme göre ölüm sebebiyle, ölen kişinin yardımından mahrum kalacak olan kişiler zararlarının tazminini dava edebileceklerdir.

Destekten yoksun kalma tazminatını talep eden davacının bu iddiasının kabul edilebilmesi için, ölen kişinin eğer sağ kalsa idi onun yardımından faydalanacak olan davacıya bakma gücüne sahip kalacağı veya ileride bu gücü elde edebileceği ve ayrıca ölen kişinin yardımından yararlanan (cenin açısından yararlanacak olan) davacının halen bakım ihtiyacı içinde bulunması ya da ileride bakım ihtiyacı duyacağı söylenebilmelidir¹⁸.

Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için “destek” kavramından ve BK m. 45 II’de ifade edilen ölen kimsenin “yardım”ından ne anlaşılması gerektiği ve destekten yoksun kalma zararının kapsamı açıklanmalıdır. Çalışmamızın devam eden bölümünde destekten yoksun kalma tazminatının şartlarına ana hatlarıyla değinilecek ve cenin açısından söz konusu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenecektir.

b. Destek Kavramı

Bir kimseye fiilen düzenli ve sürekli olarak bakan ve olayların olağan akışına göre de ileride bu şekilde bakması kuvvetle muhtemel olan kimse baktığı şahıs

¹⁷ Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiilleri düzenleyen kurallar arasında yer almakla birlikte öğretide bir görüş bu tazminatın sadece haksız fiil neticesinde ölen kimsenin desteğinden yoksun kalınması halinde değil, sözleşmeye aykırılığın ölümle sonuçlanması halinde sözleşmesel sorumluluk ya da vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk kapsamında da istenebileceğini kabul etmektedir. Bkz. S.S. Tekinay/S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 631 vd; Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 81.

¹⁸ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 629.

açısından “destek” olarak nitelendirilmektedir¹⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir kimsenin başka bir kimsenin desteği olarak kabul edilebilmesi için fiilen o kimseye bakıyor olması yeterlidir. Yoksa destek sayılan kimse ile onun baktığı kimsenin aynı ailenin fertleri olmaları, birinin diğerinin mirasçısı olması, kanuni veya sözleşmeye dayanan bakma yükümlülüğünün bulunması gerekli değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında destek kavramını şu şekilde tanımlamaktadır²⁰ : “...B.K.’nın 45. maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ve ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanmaz, sadece ona eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulunmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse de destek sayılır. O halde, destek sayılabilmek için bakımın (yardımın) eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür. Öte yandan, ölüm gününe kadar desteklik etmemiş olmakla beraber ilerde bakım gücüne kavuşarak belli nitelikteki bakımı yine eylemli ve düzenli olarak yerine getirmesi beklenen kimse de destek addolunur”.

MK m. 327 I’e göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanacağından ana ve babanın, çocukları için destek sayılması gerektiği yasada ifade edilmiş bulunmaktadır. Haksız fiil sonucunda ölmeseydi, ana ve baba, olayların olağan akışına göre ileride sağ olarak tamamıyla doğacak çocuklarına yasa gereği bakmakla yükümlü bulunduklarından cenin için destek olarak nitelendirilirler. Bu nedenle cenin ileride sağ olarak tamamıyla doğduğunda destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecektir²¹ . Zira ölenin

¹⁹ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 565. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 45 II’de yer verilen destek kavramı Türk Borçlar Kanununun çevirisinde m. 45 II’de tercüme eksikliği sebebiyle bu kavrama yer verilmemiştir. İsv. BK m.45 II’nin tercümesi şu şekilde olmalıdır: “Öldürme yüzünden diğer kimseler desteklerini kaybetmişlerse bu zarar için de tazminat vermek lazım gelir.” Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıparmak, s. 620.

²⁰ Yarg. HGK, T: 21.4.1982, E: 1979/4–1528, K: 1982/412 (Kazancı); Aynı yönde Yarg. HGK, T: 25.5.1984, E: 1982/9–301, K: 1984/619 (Kazancı); Yarg. HGK, T: 30.11.2005, E: 2005/4–648, K: 2005/691 (Kazancı).

²¹ Andreas Kley, **ZGB Handkommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, orell füssli Verlag AG, 2006, ZGB Art. 31; Gökyayla, s. 111, yazara göre ceninin tazminat talebine hakkı olması MK m. 28 II’nin geçmişe etkililik varsayımıdır. Karş. Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 317, yazar ceninin destekten yoksun

bakmakta olduğu kimsenin desteği sayılabilmesi için mutlaka ölüm zamanında bir kimseye bakmakta bulunması gerekli değildir; ileride söz konusu olacak bir bakma ilişkisi, yani ölüm gerçekleşmeseydi ileride kurulacak olduğu anlaşılan bakma ilişkisi, de destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için yeterlidir²². Ayrıca bir nişanlı veya çocuk öldüğünde geride kalanlar farazi destek verebilecek olan bu kişilerin ölümünden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceklerse²³ bunun tam tersine ileride destek alabilecek olan cenin ve hatta desteğin ölümü anında henüz ana rahmine bile düşmemiş olan nondum conceptus destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecektir²⁴. Uygulamada da babasının öldüğü tarihte ana rahminde bulunan ceninin sağ olarak tamamıyla doğduğu anda desteğini yitiren ceninin tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir.

c. Yardım Kavramı

BK m. 45 II'de ölen kişinin “yardımından” mahrum kalanların destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği ifade edilmiştir. Öğretide söz konusu yardımın destek olunan kişiye bakma ve onun geçimini sağlama, geçimine katkıda bulunma tarzında olduğu kabul edilmektedir²⁵. Yardımdan faydalanan kişi, desteğinin ölümü ile bu bakımın kendisine sağladığı imkânlardan yoksun kaldığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunacaktır. Destek olunan kişiye yapılan yardımın desteğin ölümünden sonra da devam edeceğinin kabul edilebilmesi için sürekli ve düzenli bir yardımın olması gerekmektedir²⁶. Ancak yardımın sürekli ve düzenli olması şartı ölenin, kendisine karşı yasa gereği bakım mükellefiyeti altında bulunmadığı kimseler için aranacaktır²⁷. MK m. 327 I'de ana ve babanın yasa gereğince çocuklarına

kalma tazminatı isteyebilmesi için MK m. 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımına gerek olmadığını ifade etmektedir.

²² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 621; Y. 11. HD 30.1.1975, E; 1974/4701,K: 1975/575 (YKD 1975, S: 6, s. 96); Farklı yönde Y. 11. HD 6.12.1974, 3301/3477 (YKD, 1976, S:3, s. 346)

²³ Nişanlının destek olabileceği yönünde: Yarg. 4. H.D., T: 16.1.1975, E: 1978/5261; K: 1979/235 (Kazancı); Yarg. 13. H.D., T: 11.6.2003, E: 2003/2559, K: 2003/7644 (Kazancı); Çocuğun destek olabileceği yönünde: Yarg. HGK, T: 21.4.1982, E: 1979/4–1528, K: 1982/412 (Kazancı); Yarg. 4. H.D., T: 20.3.1986, E: 1986/1585, K: 1986/2553 (Kazancı); Yarg. 4. H.D., T: 18.4.2002, E: 2002/757, K: 2002/5015.

²⁴ Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 317.

²⁵ Oğuzman/Öz, s. 566; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 621.

²⁶ Oğuzman/Öz, s. 565.

²⁷ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 622.

bakmakla yükümlü oldukları ifade edildiğinden, ceninin sağ olarak doğduğunda destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi için bu şartın gerçekleşmiş olması aranmayacaktır.

d. Destekten Yoksun Kalma Zararının ve Tazminat Miktarının Tespiti

Destekten yoksun kalma tazminatında zarar, çoğunlukla, destek olarak nitelendirilen kişinin ölümüyle birlikte gerçekleşmiş olacaktır²⁸. Cenin ise destek olarak nitelendirilen kişinin ölümü anında henüz kişiliğini kazanmış değildir ve destek de ona fiilen yardımda bulunmamaktadır. Ancak cenin için destek sayılan ana veya baba, eğer haksız fiil sonucu ölmüş olmasaydı, cenin sağ olarak tamamıyla doğduğunda ona yardımda bulunacağından, cenin açısından destekten yoksun kalma zararı desteğin ölümü anında değil, ceninin sağ olarak tamamıyla doğduğu anda gerçekleşmiş olacaktır²⁹.

Destekten yoksun kalma zararının kapsamının kesin olarak saptanabilmesi ise mümkün değildir. Bu nedenle tazminat miktarının tespitinde birtakım fiili karineler, halin özellikleri, destek ile onun yardımından yararlanan kişi arasındaki ilişki göz önünde bulundurulacak ve özellikle gelecekte gerçekleşecek zarar açısından bir tahmin yapılması gerekecektir³⁰.

Destek olan kişinin ölüm zamanında fiilen sağladığı ya da hayatın olağan akışına göre ileride sağlayacağı yardım zararın tespitinde dikkate alınmalıdır. Desteğin ölüm zamanında fiilen yardımda bulunuyor olması halinde yardım miktarının saptanması daha kolaydır. Ancak hayatın olağan akışına göre desteğin eğer ölmeseydi kuvvetle muhtemel olarak yapacağı yardımın miktarını tespit etmek (eğer destekten yoksun kalma tazminatını talep eden davacı tarafından yeter delillerle ispat edilemezse) hiç kolay değildir. Bu nedenle destek ile yardımda bulunacağı kişinin ilişkisi, yakınlık

²⁸ Gökyayla, s. 244.

²⁹ Gökyayla, s. 184. Yarg. 4. H.D., T: 23.10.1984, E: 1983/6447, K: 1984/7849 (Kazancı) “...Olayımızda destek olan baba 7.9.1980 tarihinde ölmüş, davacı B ise 25.12.1980 günü doğmuştur. Babanın ölüm gününde davacının kişiliği henüz gerçekleşmemiş, cenin halindedir. Sağ ve tam doğum koşulu ile medeni haklardan yararlanacağı, desteğin yitirilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebileceği benimsendiğine göre bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun gerçekleştiği 25.12. 1980 gününü kabul etmek gerekir...”; aynı yönde Yarg. 21. H.D., T: 15..2005, E: 2005/1113, K: 2005/2429 (Kazancı).

³⁰ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, s. 635.

derecesi, yardımda bulunulan kişinin yaşı, cinsiyeti, ihtiyaçları, hayat tarzı gibi unsurların değerlendirilmesi gereklidir³¹.

Cenin açısından bu şekilde bir ispat zorluğu ise söz konusu olmayacaktır. Zira çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri yapmakla yasa gereği yükümlü bulunan ana veya babanın çocuğun doğumundan önce ölümü halinde, çocuk, söz konusu yardımlardan yoksun kaldığını iddia edecek ve bu yardımlar dikkate alınarak tazminat miktarı tespit edilecektir.

Desteğin eğer ölmemiş olsaydı bakım gücünün, yardımdan faydalanan kişinin bakım ihtiyacının ve fiilen yardım ilişkisinin devam edeceği muhtemel sürenin belirlenmesi gerekir³². Destekte bulunan kişinin ekonomik faaliyette bulunma, gelir elde etme iktidarını kaybetmesi onun bakım gücünün sona erdiğini gösterir; bu nedenle istatistiklere dayanan ölçütlere başvurmak suretiyle³³, eğer destek olan kişi yaşasaydı ne zaman ekonomik faaliyette bulunma iktidarını kaybetmiş olacağının belirlenmesi gerekir. Yardımdan faydalanan kişinin bakım ihtiyacı içinde bulunacağı süreyi de belirlemek gereklidir. Desteğini kaybeden kişinin tüm hayatı boyunca bakım ihtiyacı içinde bulunacağı söylenebiliyorsa bu halde ihtiyaç süresini tayin etmek için insanların yaşayacakları kabul edilen ortalama ömür süresine ilişkin istatistiklere dayanan ölçütlere başvurmak gerekir³⁴.

MK m. 327’de ifade edilen ana ve babanın çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğünün süresinin çocuğun ergin olmasına kadar devam edeceği MK m. 328 I’de belirtilmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre eğer çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam ediyorsa ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Çocuğun hayatı boyunca ihtiyaç içinde olacağını söylemek kural olarak mümkün değildir; kendi yaşama vasıtalarını elde edinceye kadar bakım ihtiyacı devam edecektir. Ancak çocuğun tedavisi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması halinde, bedensel engelli olması durumunda hayatı boyunca ihtiyaç içinde bulunacağı söylenebilir³⁵.

³¹ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altö, s. 637.

³² Öguzman/Öz, s. 569.

³³ Y. 9. HD 2.3.1979, 2669/3174 (YKD, S: 9, 1979, s. 1303).

³⁴ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altö, s. 640.

³⁵ Gökyayla, s. 185.

Bu nedenle kanunda belirtildiği gibi, çocukların ne zaman bakım ihtiyacından kurtulacağı konusunda kesin bir ölçüt vermek yerine somut olayın özelliklerine göre karar vermek daha doğru gözükmektedir³⁶.

2. Ceninin Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Lehdar Tayin Edilmesi

Üçüncü işi yararına sözleşme BK m. 111'de düzenlenmiştir ve bu hükme göre *“Kendi namına akit yapan bir kimse, üçüncü şahıs lehine bir borç şart etmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir”*.

Üçüncü kişi yararına sözleşme kira sözleşmesi ya da satım sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme olmayıp, sözleşmenin tarafları olan alacaklı ve borçlu dışında üçüncü bir kişiye ifanın gerçekleştirilmesinin üstlenildiği durumların tümünü içeren bir kavramdır³⁷. Bunun bir sonucu olarak kendine özgü bir geçerlilik şekline tabi değildir; üçüncü kişi yararına konulan kayıt, bunu içeren sözleşmeye ilişkin şekil şartına bağlı olacaktır³⁸. Sözleşmenin herhangi bir şekle bağlı olmaması halinde ise üçüncü kişi yararına sözleşme şekle tabi olmadan gerçekleştirilecektir³⁹.

Bu sözleşme ile borç ilişkisi doğduğu anda üçüncü kişiyi kapsamına almakla birlikte, söz konusu üçüncü kişi borç ilişkisinin bir tarafı haline gelmemektedir⁴⁰. Ancak üçüncü kişi yararına sözleşmenin türüne göre kendisine ifade bulunulacak üçüncü kişi, yani lehdar, borçludan ifayı talep hakkına sahip olabilir.

Üçüncü kişinin ifayı talep hakkına sahip olup olmamasına göre üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ve üçüncü kişi yararına tam sözleşme olmak üzere bir ayırıma tabi tutulmaktadır. BK m. 111 I'de ifade edilen, üçüncü kişi yararına eksik sözleşmedir. Eğer lehdar ifayı borçludan bizzat

³⁶ Rüşt çağının bu bakımdan kesin bir kriter olamayacağı konusunda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 640; Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. H.D., T: 25.11.2004, E: 2004/2136, K: 2004/11466 (Kazancı).

³⁷ Oğuzman/Öz, s. 826.

³⁸ Yarg. 3. HD, T: 6.12.2004, E: 12296, K: 13423 (Kazancı), *“...BK. mad. 111'de üçüncü kişi yararına sözleşmenin tabi olacağı şekil düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte tarafların yapmak istedikleri sözleşme için kanun hangi şekli öngörmüşse, bunun üçüncü kişi yararına yapılması halinde de aynı şekle uyulmak gerekir...”*.

³⁹ Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976,s. 95; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 1098.

⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 818.

isteyemiyorsa, sadece alacaklı, ki alacaklı ancak ifanın üçüncü kişiye yapılmasını isteyebilir, yoksa ifanın kendisine yapılmasını isteyemez, üçüncü kişiye ifada bulunulmasını talep edebiliyorsa bu halde üçüncü kişi yararına eksik sözleşme söz konusu olur⁴¹. Üçüncü kişi yararına tam sözleşmede ise lehdara da borçludan ifayı talep hakkı tanınmaktadır⁴². Ne zaman üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin söz konusu olduğu ise BK m. 111 II'ye göre belirlenecektir: “Üçüncü şahıs veya o borçta üçüncü şahsa halef olanlar dahi, iki tarafın niyetine veya örf ve adete tevafuk ettiği taktirde, borcun ifasını şahsen talep edebilirler”⁴³. Buna göre alacaklı ve borçlu aralarında akdettikleri sözleşmede lehdarın da borçludan ifayı isteyebileceğini kararlaştırmışsa üçüncü kişi yararına tam sözleşme söz konusu olur. Ancak bu sözleşmede bütün borç ilişkisi değil, sadece bu ilişkiden doğan münferit bir alacak hakkı üçüncü kişiye ait olmaktadır⁴⁴. Üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin varlığının kabul edilebilmesi için tarafların bu konuda açıkça anlaşmaları gerekli değildir; tarafların iradelerinin yorumu ile üçüncü kişinin de ifayı talep edebileceği sonucuna varılabiliyorsa üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin varlığı kabul edilecektir⁴⁵. Sözleşmenin yorumundan bu yönde bir sonuç alınamadığı taktirde örf ve âdet gereğince lehdarın borçludan ifayı talep hakkının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.

Ceninin de üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar olarak tayin edilebileceği öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir⁴⁶. Zira üçüncü kişi yararına sözleşmede lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığı için söz konusu üçüncü kişinin sözleşmenin akdedildiği sırada fiil ehliyetine veya temyiz gücüne

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 820.

⁴² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme** (N.Kocayusufpaşaoğlu, H.Hatemi, R.Serozan, A.Arpaç, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 2 N 26; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 219; Akyol, s. 11.

⁴³ Kanunda düzenlenmiş üçüncü kişi yararına tam sözleşmeler de vardır. TTK m. 1329 gereği üçüncü kişi yararına yapılan hayat sigortasından doğan hakların doğrudan lehdara tanınması, TTK m. 791 gereğince kara taşıma sözleşmesi alanında gönderilene, taşıyıcıya karşı doğrudan dava hakkının tanınması örnek olarak gösterilebilir. Eren, s. 1100; Akyol, s. 44 v.d.; Oğuzman/Öz, s. 823.

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 27.

⁴⁵ Akyol, 25; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 220.

⁴⁶ Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 315; Eren, s. 1096; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 16; Yarg. 4. HD, T: 3.2.1959 (Dural, Ögüz, **Kişiler**, s. 20, dn. 55'den naklen), “...*Borçlar Kanununun 111. maddesi uyarınca başkası lehine yapılan akitle, ana rahmindeki bir çocuğa, hatta henüz ana rahmine düşmemiş olan ve fakat ileride dünyaya gelmesi umulan çocuğa...bir takım haklar ve menfaatler sağlanabilir...*”

sahip olması aranmadığı gibi, doğması da gerekmez⁴⁷. Önemli olan sözleşmede taahhüt edilen edimin ifa edileceği sırada üçüncü kişinin objektif olarak belirlenebilmesidir⁴⁸.

Alacaklı ve borçlu arasında sözleşmenin kurulduğu anda henüz doğmamış olan ceninin hak kazanması, beklenen hak teorisi ile açıklanmaktadır. Sözleşmenin kurulduğu sırada henüz doğmamış olan cenin yararına kurulan sözleşmeden doğan hak bekleme durumundadır⁴⁹. Lehine üçüncü kişi yararına tam sözleşme akdedilen cenin, sağ olarak doğma geciktirici şartının gerçekleşmesi ile bu sözleşmeden doğan hakkını, sözleşmede başka bir şart öngörülmediği sürece, geçmişe etkili olarak iktisap edecektir⁵⁰.

Cenin gerek üçüncü kişi yararına tam sözleşmede gerekse üçüncü kişi yararına eksik sözleşmede lehdar olarak tayin edilebilir.

Cenin lehine üçüncü kişi yararına tam sözleşme kurulması halinde cenin, ileride sağ olarak tamamıyla doğduğu ve kişiliğini kazandığı anda, taraf olmadığı bir sözleşmeden bir alacak hakkı kazanır ve borçludan ifanın kendisine yapılmasını talep edebilir. Mesela cenin yararına sağlık sigortası sözleşmesinin akdedilmesi halinde sağ olarak tamamıyla doğan çocuk, rizikonun gerçekleşmesi halinde ödemenin kendisine yapılmasını talep edebilecektir.

Cenin lehine üçüncü kişi yararına eksik sözleşme akdedilmesi halinde ise cenin bir alacak hakkı kazanmamaktadır; sadece kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisi bulunmaktadır⁵¹.

⁴⁷ Eren, s. 1096; Akyol, s. 100.

⁴⁸ Akyol, s. 100.

⁴⁹ Akyol, s. 101.

⁵⁰ Halûk N. Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2002, s. 106.

⁵¹ Eren, s. 1099; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 220.

III. BÖLÜM

CENİNİN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ ÜZERİNDEKİ KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

A. CENİNİN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLAL EDİLEBİLECEĞİ ÇEŞİTLİ İHTİMALLER

Yukarıda kişilik hakları bağlamında ceninin yaşama hakkı bulunup bulunmadığını sorunu ile ceninin babası ile soybağını kurmasına imkân veren babalık davası açma olanağını inceledik¹. Ceninin kişilik haklarını korumaya ilişkin özel bir düzenleme Hukukumuzda bulunmamaktadır. Ancak ana rahminde bulunan ceninin kişilik haklarından biri olan vücut bütünlüğü de ihlal edilebilir. Vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilen cenin, ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşulu gerçekleştiğinde ana rahmine düştüğü (tüpte dölleme halinde tüpte döllenmesi) andan itibaren geçmişe etkili olarak kişilik hakkını kazanacağından acaba kişilik hakkını ihlal eden kişiden tazminat talep edebilecek midir? Sorunu daha çarpıcı biçimde ortaya koymak için hangi hallerde ceninin vücut bütünlüğünün ihlal edilmiş olabileceği konusunda birkaç örnek vermek yeterli olacaktır:

- Cenin, annesinin trafik kazası geçirmesi ya da aile içi şiddete maruz kalması nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelirse haksız fiil failinden tazminat talep edebilecek midir?
- Ebeveynlerinin ceninin ana rahminde gelişimini izlemek için kendisine başvurduğu hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ceninin özürlü doğumuna neden olursa özürlü olarak dünyaya gelen çocuk, hekimden tazminat talep edebilecek midir?
- Hekimin, ceninin ana rahmindeki gelişimi hakkında bilgi almak için ebeveynler ile akdettiği sözleşme gereğince yerine getirmesi gereken özen yükümüne aykırı davranması, yani cenine herhangi bir tıbbi müdahalesi söz konusu olmaksızın ceninin ana rahmindeki anormal gelişimini izleyememesi ve bu konuda ebeveynleri bilgilendirememesi nedeniyle çocuk özürlü olarak dünyaya gelirse hekime karşı çocuğun tazminat hakkından bahsedilebilecek

¹ bkz. yuk : s. 23 vd.

midir? Yoksa hekimin herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmaması nedeniyle haksız fiilin koşullarının gerçekleşmediğinden mi bahsedilecektir?

- Gerek hekimin ana rahmindeki cenine kusurlu tıbbi müdahalesi gerekse herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmamasına rağmen cenindeki anomaliyi kusurlu davranışı yüzünden teşhis edememesi sonucu çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde çocuk, hekimden, sözleşmesel sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha iyi koruma sağlaması nedeniyle, ebeveynleri ve hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilecek midir? Yoksa sözleşmelerin nispiliği ilkesi uyarınca bu sözleşmenin tarafı olmadığı için hekimden sözleşmesel tazminat talep etmesi mümkün olmayacak mıdır?
- Eğer yukarıda sayılan hallerde çocuğun doğumundan önce kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle tazminat talep edebileceği kabul edilirse bu tazminatın kapsamı nasıl belirlenecektir? Özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun tüm giderleri zarar olarak kabul edilebilecek midir?
- Doğumundan önce vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelen çocuk maddi tazminatın ötesinde, söz konusu ihlal nedeniyle tatminsiz bir yaşama mahkûm edildiğini, bu şekilde yaşamaktansa hiç yaşamamayı tercih ettiğini gerekçe göstererek tazminat talep edebilecek midir?
- Bu ihtimaller dışında özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun doğum öncesinde bir zarara uğraması şu sebeplerden kaynaklanabilir²: Çocuğun özürlü olarak doğumuna yol açan sebep gebeliğin başladığı anda mevcut olabilir. Çoğunlukla kalıtsal hastalıklar ya da mesela gebelik öncesinde annenin veya babanın aşırı ölçüde radyasyona maruz kalması neticesinde genlerde bir sapmanın meydana gelmesi sonucu çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir. Ya da çocuğun özürlü olarak doğumuna yol açan sebep gebeliğin başlamasından sonra ortaya çıkıp gebelik boyunca ceninin gelişimini etkileyebilir. Bu da kızamıkçık gibi hastalıklardan, annenin bozuk yiyecekleri tüketmesi sonucu meydana gelen zehirlenmelerden kaynaklanabilir. Son olarak gebelik sırasında ya da doğum anında hekimin, doğum uzmanının veya ebelerin

² Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 548–549.

yanlış teknikleri seçmesi gibi ihmalkâr davranışları nedeniyle de çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir.

Yukarıdaki ihtimallerin gerçekleştiği anda cenin henüz kişilik hakkına sahip değildir. İleride sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kişiliğini kazanacak olan cenin, doğumundan önce kendisine karşı işlenen haksız fiil nedeniyle kişilik hakkını ihlal eden kişiden zararlarının tazmin edilmesini haksız fiilin şartlarının gerçekleşmesi halinde doğumundan sonra talep edebilecektir³.

B. VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ İHLAL EDİLEN CENİNE KARŞI SORUMLULUĞU SÖZ KONUSU OLABİLECEK KİŞİLER

1. Genel Olarak

Cenin, doğumundan önce vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkının ihlal edilmesi, annesinin aile içi şiddete maruz kalması sonucunda gerçekleşiyorsa, çocuğa karşı sorumlu olacak kişi şiddeti uygulayan, mesela çocuğu babası, olacaktır. Ya da cenin, annesinin geçirdiği trafik kazası sonucu özürlü olarak dünyaya gelirse kusuru ile kazaya sebebiyet veren sürücünden zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir⁴. Her iki halde de ceninin mutlak hakkı olan vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille ihlal edilmesi sonucu çocuk zarara uğramaktadır. Bu nedenle kişilik hakkı ihlal edilen çocuk haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zarara uğramasına neden olan kişilerden zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

³ Ceninin tazminat talebi açısından MK m. 28 II'nin etkisinin bulunup bulunmadığı konusundaki açıklamalar için bkz. yuk: s. 17 vd.

⁴ Bu konuda "Watt v. Rama" kararına konu teşkil eden olay örnek olarak verilebilir. Karara konu olayda iki aracın çarpışması sonucunda araçlardan birinin sürücüsü olan hamile kadın felç geçirir. Yedi buçuk ay sonra hamile kadın çocuğunu dünyaya getirir, ancak çocuk, beyninin kaza sırasında zarar görmesi nedeniyle bazı beyinsel bozukluklar ve sara hastası olarak doğar. Çocuk, diğer sürücünün haksız fiil teşkil eden davranışı nedeniyle söz konusu hastalığının meydana geldiğini ileri sürerek sürücüye karşı zararlarının tazmin edilmesi için dava açar. Bu davada Avustralya Yüksek Mahkemesi, davalı sürücünün, aracını sürerken kusurlu hareket etmesi sonucunda aracıyla çarpışan diğer araçta bulunan hamile kadına zarar verebileceğinin ve çocuğun bu kaza nedeniyle sakat olarak doğabileceğinin akla uygun biçimde tahmin edilebilir nitelikte olduğuna, özen gösterme yükümlülüğünün anneye karşı olduğu kadar ana rahmindeki bulunan cenine karşı da olduğuna ve bu nedenle de davalı sürücünün sorumluluğuna hükmetmiştir. . Watt v. Rama (1962) V. R. 353 (Douglas Brown, "Rights Of An Unborn Child", *ICLQ*, Volume 21, 1972, s. 789 ve devamından naklen).

2. Özel Olarak Hekimin Sorumluluğu

Ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi açısından üzerinde yoğun tartışmaların bulunduğu hekimlerin sorumluluğu konusu özel bir önem taşımaktadır. Günümüzde giderek yaygınlaşan bir şekilde dava konusu yapılan hekimin, ana rahmindeki cenine kusurlu bir tıbbi müdahalesi neticesinde ya da herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmaksızın sırf kusurlu davranışı nedeniyle cenindeki anomaliyi teşhis edememesi sonucunda çocuğun özürlü olarak doğması halinde hekimin çocuğa karşı sorumlu olup olmadığı sorunu ise kesin bir biçimde çözüme bağlanmış değildir. Bu sorun açısından öncelikle hekimin, gebelik süresince ya da doğum sırasında cenine kusurlu bir tıbbi müdahalede bulunması ve bu kusurlu tıbbi müdahale nedeniyle çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek gerekir.

Sonra, hekimin, gebelik süresince ya da doğum sırasında cenine herhangi bir tıbbi müdahalesi söz konusu olmamakla birlikte, gebelik süresince ceninin gelişimini gözlemleyen hekim, onun ana rahmine sağlıklı olarak düştüğünü, yani gebeliğin başladığı anda zaten ceninin, mesela kalıtsal bir hastalık nedeniyle sağlıklı olduğunu ya da gebelik süresince herhangi bir hastalıktan etkilenmiş olduğunu kusurlu davranışı nedeniyle teşhis edememiş ise hekimin söz konusu davranışı onun haksız fiil sorumluluğuna yol açacak mıdır ve çocuk meydana gelen zararlarının tazminini hekimden talep edebilecek midir? Bundan da ötesi özürlü olarak dünyaya gelen çocuk, gebeliğin başlangıcında veya gebelik süresince kalıtsal veya virütik bir hastalıktan etkilenmiş olduğunun hekim tarafından teşhis edilebilmiş ve sağlıklı olarak doğacağına ana ve babasına garanti edilmesi yerine gelişimindeki bozukluğun onlara bildirmiş olması halinde, onların doğum öncesinde tedavi ya da kürtaj imkânlarından birini seçecek olmaları ve böylece özürlü olarak dünyaya gelmeyeceğini iddia ederek hekime karşı dava açabilecek midir?

Hekimin sorumluluğu açısından tartışılması gereken bir sorun da şudur: Çocuk, ebeveynleri ve hekim arasında, gebelik süresince kendisinin ana rahminde gelişimi hakkında bilgi edinilmesi için akdedilen sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürerek hekimden sözleşmesel tazminat talep edebilir mi?

Hekimin sorumlu olup olmayacağının tespit için her şeyden önce hekimin özürlü olarak dünyaya gelen çocuğa karşı sorumluluğunun hangi hukuki temele dayandırılacağıının belirlenmesi gerekir⁵.

Hekim, hastalıkları önlemek, tedavi etmek veya hafifletmek için tıbbi faaliyette bulunurken hastasına hukuka aykırı bir davranışla zarar verebilir. Hekimin, bu hukuka aykırı davranışı nedeniyle özel hukuk açısından sorumluluğu ve bunun sonucu olarak da meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Burada hekimin hastası konumunda bulunan, gebelik süresince cenin hakkında bilgilendirilmek üzere hekime müracaat eden ebeveynlerdir, yoksa cenin değildir. Ancak ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı onun mutlak haklarından biridir; mutlak hak olması nedeni ile bu hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebilecektir. Bu nedenle hekim, gebelik süresince gerçekleştireceği tıbbi faaliyetler esnasında cenine hukuka aykırı olarak zarar vermiş ise bu zararı da tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Bu noktada hekimin özürlü olarak doğan çocuğa karşı hangi hükümlere göre sorumlu olacağı sorusu akla gelecektir. Hekimlerin, tıp mesleğinin icrası ile ilgili uymak zorunda oldukları hükümlere ilişkin düzenleme bulunmasına karşın⁶, hekimlerin sorumluluklarını düzenleyen özel bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle de hekimlerin sorumluluğu açısından ortaya çıkan hukuki problemler ilgili oldukları hukuk dallarının genel nitelikteki hükümlerine göre ele alınarak incelenmektedir. Çalışma konumuz açısından ise hekimin sorumluluğunda Borçlar Kanununun hükümlerine başvurulacaktır. Hekimin hukuki sorumluluğu açısından özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, onun tıbbi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğuna dayanır⁷. Bu nedenle hekim ile hasta arasında akdedilmiş geçerli bir sözleşmenin bulunması halinde BK m. 96 ve devamı kuralları (hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliği, tartışmalı olmakla birlikte,

⁵ Hekimin, ceninin ana rahmindeki gelişimi hakkında kendisine başvuran ebeveynlere karşı sorumluluğu ise konumuz dışında kalmaktadır. Bu konuda bkz. Büyükay, s. 45 v.d.

⁶ 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (R.G. 14.04.1928, No: 863); Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (R.G. 19.2.1960, No: 10436); Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (R.G. 19.11.1996, No: 22822).

⁷ Hekimin kusur sorumluluğu dışında kusursuz olarak sorumlu tutulduğu haller de söz konusu olabilir ki bu hallerde hekimin olağan sebep sorumluluğundan bahsedilir. Hekimin tıbbi faaliyetlerini yerine getirirken yardımcı şahıs kullanması durumunda, yardımcı şahısların hastaya vermiş olduğu zararlar nedeniyle BK m. 55 uyarınca kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır.

öğretide baskın görüşe göre bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden vekâlet sözleşmesine ilişkin BK m. 386 ve devamı kuralları); bir sözleşmenin bulunmaması halinde ise BK m. 41 ve devamı kuralları uygulanacaktır⁸.

Çalışmamızın devamında hekimin sorumluluğu açısından ilk olarak haksız fiil sorumluluğunu, daha sonra sözleşmesel sorumluluğunu ele alarak yukarıda sıralanan hukuki sorunlara çözüm bulmaya çalışacağız.

3. Hekimin Çocuğa Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Doğum öncesinde tıbbi müdahale ile ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını ihlal eden hekimin sorumluluğu açısından akla ilk gelen haksız fiil sorumluluğudur. Hekimin özürlü olarak dünyaya gelen çocuğa karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğunun ise bir ayırım yapılmak suretiyle incelenmesi gereklidir. Şöyle ki, hekim gebelik süresince cenine ana ve babasının rızasıyla tıbbi müdahalede bulunabilir ve hekimin tıbbi müdahalesinin kusurlu olması nedeniyle çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir. Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi doğum sırasında yanlış bir teknik uygulaması şeklinde de gerçekleşebilir. Mesela hekimin doğum sırasında yanlış teknik uygulanması nedeniyle çocuğun oksijensiz kalması onun özürlü olarak doğumuna yol açabilir. Bu hallerde hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi cenin için bir haksız fiil teşkil eder mi?

Hekimin bir tıbbi müdahalesi bulunmamakla birlikte, ceninin gebelik süresince gelişiminin izlenmesi ve ceninin gelişimine ilişkin bilgi verilmesi konusunda ana ve baba ile akdettiği sözleşmeden doğan özen yükümüne aykırı davranması sonucunda çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir. Bu halde hekim, ceninin, zaten ana rahmine sağlıklı olarak düşmüş olduğunu ya da herhangi bir hastalıktan etkilenmiş olması sebebiyle ana rahminde sağlıklı olarak geliştiğini teşhis edememekte ve bu konuda ana ve babayı bilgilendirememekte, onlar da muhtemel bir kürtaj imkânından yararlanamamaktadırlar. Hekimin, cenine herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmamasına rağmen özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun, hekimden, haksız fiile dayanan tazminat talebi kabul edilebilir mi? Bu ihtimal için

⁸ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998. s. 6.

ayrıca şu yönde bir ayırımın da yapılması gereklidir: Acaba hekim, ceninin, ana rahmine zaten sağlıksız olarak düşmüş olduğunu ya da bir hastalıktan etkilenmiş olması nedeniyle ana rahminde sağlıksız olarak geliştiğini teşhis edebilmiş olsaydı tıbbi bir müdahale ile ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesinin önüne geçebilecek miydi, yoksa hekim, cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis etmiş olsaydı bile herhangi bir tıbbi müdahale ile onun sağlıklı bir şekilde doğumu mümkün değil miydi?

Bu açıklamalar ışığında hekimin özürlü olarak dünyaya gelen çocuğa karşı haksız fiil sorumluluğunun iki başlık altında incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır: Hekimin kusurlu bir tıbbi müdahalesi sonucunda ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesi ve hekimin kusurlu bir müdahalesi bulunmaması, ancak özen yükümine aykırı davranması sonucunda ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesi.

b. Hekimin Kusurlu Tıbbi Müdahalesi Sonucunda Çocuğun Özürlü Olarak Dünyaya Gelmesi

(1) Genel Olarak

Ana rahmindeki cenine kusurlu bir tıbbi müdahale sonucunda ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde hekimin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olup olmayacağını belirlemek amacıyla haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan şartların incelenmesi gereklidir.

Haksız fiil sorumluluğu Borçlar Kanunumuzun 41 ve 60. maddeleri arasında düzenlenmiştir. BK m. 41 I'e göre “*Gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur*”. O halde haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için hukuka aykırı bir fiil, fiilin kusurlu olması, bir zararın meydana gelmiş olması ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir.

(2) Haksız Fiilin Şartları

i. Hukuka Aykırı Fiil

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için bir fiilin, davranışının olması gereklidir. Fiil, kişinin irade ürünü davranışdır⁹. Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu çoğunlukla failin aktif, olumlu bir davranışı, yani bir şey yapması ile meydana gelmektedir. Mesela, ameliyat sırasında hekim kusurlu bir tıbbi müdahale ile hastanın sakat kalmasına neden olursa haksız fiilin diğer şartlarının da gerçekleşmiş olması halinde olumlu bir davranışla işlenen haksız fiilden bahsedilecektir. Hekimin olumlu davranışının cenin açısından haksız fiil teşkil etmesi ise şu ihtimallerde söz konusu olabilir: Hekimin yanlış metot uygulaması sonucu cenin doğum sırasında oksijensiz kalabilir ve bu nedenle de beyinde hasar oluşabilir. Bazı hastalıkların doğum öncesinde teşhis edilmesi halinde ana rahminde tedavi edilmeleri de mümkün olmaktadır¹⁰. İşte hekimin teşhis edilen hastalığı tedavi ederken cenine kusurlu bir tıbbi müdahale ile zarar vermesi söz konusu olabilir. Mesela kalp hastası olduğu teşhis edilen cenini, ana rahminde iken tedavi etmek üzere ameliyat eden hekim ameliyat sırasında kusurlu bir müdahale ile cenine zarar verebilir¹¹.

⁹ Eren, s. 468; Oğuzman/Öz, s. 492; Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul, İÜMHEY, 1981, 33; Nihat Gürsel, "Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı: Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem (I)", **Yarg. Der.**, 1979, C: 5, S: 3, s. 540.

¹⁰ "Henüz anne karnındayken, Türkiye'de ilk defa gerçekleştirilen bir operasyonla akciğerindeki kist alınan minik Elif şimdilerde etrafına gülücükler saçıyor. Doğumdan sonra geçirdiği ikinci bir operasyon sonucunda tümüyle iyileşen 8.5 aylık mucize bebek Elif'in annesi Hacer Zaman 20 haftalık hamileyken ,bebeğinin akciğerinde sürekli büyüyen kist olduğu belirlendi. Tıbbi müdahale yapılmazsa bebeği kalp yetmezliği ya da vücudun su toplaması nedeniyle doğmadan veya doğar doğmaz ölecekti. Annenin gittiği tüm doktorlar, "Gebeliğini sonlandırmalıyız" önerisinde bulunurken Dokuz Eylül Üniversitesi Hastanesi Kadın Doğum ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Namık Demir, aileye Türkiye'de ilk defa gerçekleştireceği operasyonla bebeklerini kurtarabileceğini anlattı...Anne karnında ekibi ile birlikte operasyonu gerçekleştiren DEÜ Tıp Fakültesi Kadın Doğum Anabilim Dalı Başkanı Prof.Dr. Namık Demir, Türkiye'de ilk kez anne karnındaki bir bebeğin akciğerine müdahale yapıldığını ve bebeğin sağlığına kavuştuğunu söyledi. Bu gibi durumlarda doktor ve hastaların gebeliği sonlandırma yolunu tercih ettiklerini, gerçekleştirdikleri başarılı operasyonla bu tip vakalarda bebeğin yaşatabildiğini gösterdiklerini anlatan Demir, "Kararı aileye bıraktık. Anne karnındayken tıbbi müdahale yapılmasaydı bebek ya anne karnında ya da doğduktan sonra ölecekti. Türkiye'de ilk kez anne karnında bebeğin akciğerine müdahale yapıldı. Elif bebek şimdi tamamen sağlığına kavuştu" dedi.", <http://www.sabah.com.tr> (Çevrimiçi-23.03.2005)

¹¹ Doğumsal kalp hastalıkları en sık görülen doğumsal anomaliler arasında yer almaktadır. Her 1000 bebekten 8'i kalp hastasının olduğu bilinmektedir. Bu hastalıkların birçoğu bebeğin doğumundan sonra erken dönemde tedavi edilebilmekte ve bazı kalp hastalıklarının tedavisi ise anne karnında yapılan bir ameliyatla gerçekleştirilmektedir. Günümüzde fetal kalp hastalıklarının anne karnında

Öğretide, tartışmalı olmakla birlikte, failin bir şey yapmama anlamındaki pasif, olumsuz davranışının yani hareketsiz kalmasının da haksız fiil sorumluluğuna yol açacağı görüşü hakimdir¹². Yapmamanın bir fiil olarak kabul edilebilmesi için kişinin iradesine dayalı olması, istenmiş olması gereklidir¹³. Failin bir davranışta bulunması gerekirken hareketsiz kalması halinde, hareketsiz kalma yani olumsuz davranış bir fiil teşkil edecek ve haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır¹⁴. Başkasını bir zarardan korumak için müdahale etmek veya tedbir almak konusunda kanunen belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklenmiş olduğu hallerde bu davranıştan kaçınma failin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁵. Hekimin tıp mesleği gereğince acil olaylarda yapmakla yükümlü olduğu ilk yardım görevinden kaçması olumsuz davranışla haksız fiile örnek teşkil edebilir. Zira TDN m. 3 I'e göre "*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur*".

Hekimin hareketsiz kalmasının hangi hallerde cenin için bir haksız fiil niteliğini taşıyacağını ise hekimin, özürlü olarak dünyaya gelen çocuktaki anomaliyi zamanında teşhis edememesi halinde çocuğa karşı sorumluluğunu tespit ederken inceleyeceğiz¹⁶.

tedavi edilebilir en önemli grubunu ritim bozuklukları oluşturmaktadır. Kalpte yapısal bir bozukluğun olmadığı ve sadece ciddi ritim bozukluğu olan hastalarda anne karnındaki bebeğe ya direkt ya da anne yolu ile verilecek ilaçlar ile fetusta kalp yetersizliği oluşması engellenmekte ve hatta anne karnında oluşabilecek kayıplar önlenabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. http://haber.mynet.com/detail_news/?type=Health&id=X1179522884656&date (Çevrimiçi-19 Mayıs 2007)

¹² Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdî Mesuliyet**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 13; Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı, 2007, s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 484; Eren, s. 470; Oğuzman/Öz, 492; Gürsel, s. 543; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, Beta, 1996, s. 25.

¹³ Kaneti, **Kusur**, s. 35.

¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 492-493.

¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altops. 484; karşı. Eren, s. 471, yazar, belirli bir fiili yapmamanın zararlı sonucun sebebi olarak kabul edilip edilmemesinin hukuken bir şey yapma yükümlülüğünün mevcudiyetinden bağımsız olduğunu ve davranışla hukuka aykırılığın haksız fiilin bağımsız şartları olduğunu ifade etmektedir. Olumsuz davranışın sorumluluğa yol açması için şu tanımı vermektedir: "Yapılması mümkün olan bir hareket, aktif bir eylem yapılmış olsaydı zararlı sonucun gerçekleşmesi önlenecek idiyse yapmama, yani olumsuz davranış sorumluluğa neden olacaktır". Kaneti de yapmamanın bir yapma ödevinin bulunduğu ölçüde zararlı sonucun nedeni sayılabileceği görüşünü eleştirmektedir. Yapmamanın maddi bir olgu olarak ele alınması ile onun hukuk normları açısından değerlendirilmesi ayrıdır. Bir yapma ödevinin bulunması yapmamanın hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için gereklidir. Kaneti, **Kusur**, s. 35.

¹⁶ bkz. aş: s. 71 vd.

Bir kimsenin yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleşen fiilinin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için bu fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. Haksız fiillerde aranan hukuka aykırılık unsuru BK m. 41 I'de "...*haksız bir surette* ..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeden anlaşılması gereken haksız fiil failinin hakkının bulunmaması değil, fiilinin hukuka aykırı olmasıdır¹⁷. Hukuka aykırılık öğretide "davranışın hukuk düzenine aykırılığı"¹⁸ olarak kabul edilmekte ve haksız fiil failinin, hukuk düzeninin kişilerin malvarlıklarını ve şahıs varlıklarını korumak amacıyla yasakladığı bir davranışta bulunması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹. Böylece genel bir davranış kuralını ihlal eden fiil hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. İhlal edilmesi halinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı kural özel hukuk ya da kamu hukuku kuralı niteliği taşıyabileceği gibi, yazılı hukuktan ya da yazılı olmayan hukuktan doğabilir²⁰.

Mutlak hakkı ihlale yönelik her fiil, hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Hak sahibi tarafından, hakkı ihlal etmesi söz konusu olan herkese karşı ileri sürülebilen haklar olan mutlak haklara herkesin uyma yükümlülüğü vardır²¹ ve mutlak hakkın ihlali halinde fail söz konusu fiili ile mutlak hakkı ihlal etmeme konusundaki davranış kuralını ihlal etmiş olmaktadır. Mutlak haklardan biri olan kişilik hakları açısından bu kural MK m. 24 II'de belirtilmiştir. Söz konusu kurala göre "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*". Failin fiili bir başkasının mutlak hakkını ihlal etmiyor, ancak hukuk düzeninin

¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 493; Eren, s. 544.

¹⁸ Bu görüş öğretide çoğunlukla kabul edilen objektif hukuka aykırılık görüşüdür. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 18; Eren, s. 547; Kaneti, **Haksız Fiil**, s. 24; Oğuzman/ Öz, s. 471; Haksız fiil failinin bir hakka dayanmadan, böyle bir fiil işlemeye yetkili ve izinli olmadan gerçekleştirdiği her zarar verici fiili hukuka aykırı olarak kabul eden sübjektif hukuka aykırılık görüşü ise terk edilmiştir. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 25.

¹⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöps, s. 476; Eren, s. 546; Oğuzman/Öz, s. 494.

²⁰ Eren, s. 549–550; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöps, 479 v.d.; Kaneti, **Kusur**, s. 39; Ancak bir kuralın BK m. 41 açısından haksız fiil niteliği taşıması için söz konusu kuralın amacı özel hukuk kişilerini zarardan korumak olmalıdır. Bu nedenle vatana ihanet, Devletin siyasi bütünlüğünü bozmaya teşebbüs v.b. suç sayılan ve cezalandırılan fiiller BK m. 41 anlamında haksız fiil sayılmazlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöps, s. 478, 547.

²¹ Oğuzman/Barlas, s. 107; Dural/Sarı, s. 123.

kişilerin malvarlığını korumaya yönelik davranış kurallarını ihlal ediyor ise bu halde de fiilin hukuka aykırılığından söz edilecektir.

Sadece belirli bir kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilen nisbi haklara ise hakkın kendisine karşı ileri sürülebildiği kişi ya da kişiler uymak zorundadır²². Nisbi hakkın ihlal edilmesi halinde borçlu alacaklı ile arasındaki sözleşmeye aykırı davranmış olur; ancak bazı hallerde, mesela kiracının kiraladığı şeyi tahrip etmesi, nisbi hakkın ihlali aynı zamanda alacaklı için bir mutlak hakkın ihlali sonucunu da doğurur²³.

Hukuka aykırılığın, hukuk düzeninin kişilerin malvarlıkları ve kişi varlıklarını korumak amacıyla yasakladığı bir davranışa aykırılık olduğunu ifade ettik. Oysaki ahlak kurallarına aykırılığın söz konusu olduğu BK m. 41 II’de ahlaka aykırı olarak kasden başkasına zarar verme hukuka aykırılık ile bir tutulmuştur. Ancak bu hükme göre sorumlu olabilmek için BK m. 41 I’den farklı olarak failin kasden hareket etmiş olması, ahlaka aykırı olarak kasden zarar verilmiş olması gereklidir.

Tıbbi sorumluluk alanında hukuka aykırılık unsuru denilince kişi varlığını koruyan davranış kurallarına aykırılık üzerinde durulması gereklidir. Zira hekimin sorumluluğu açısından önemli olan mutlak hak ihlalinin gerçekleşmiş olmasıdır. Kişi varlığına yapılan her müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olması sebebiyle hekimin hastanın vücut bütünlüğüne yönelik her türlü müdahalesi de hukuka aykırı bir fiil teşkil edecektir²⁴. Ancak hekimin müdahalesinin hukuka aykırı sayılmaması için hastanın rızasının bulunması²⁵, hastanın menfaatine uygun hareket etme veya

²² Oğuzman/Barlas, s. 108; Dura/ Sarı, s. 135.

²³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 22; Eren, s. 556.

²⁴ Seza Resioğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 4.

²⁵ Hekimin hastasına tıbbi müdahalede bulunması aslında hukuka aykırı fiil niteliğini taşımaktadır. Zira bu halde hastanın vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkı ihlal edilmektedir. İşte, hastanın rızası hekimin fiilinin hukuka aykırılığını engellemektedir. Hukuka aykırılığı engelleyen diğer sebepler (hukuka uygunluk sebepleri) ise şunlardır:

- a. kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması
- b. özel hukuka dayanan yetkinin kullanılması
- c. meşru müdafaa
- d. ıztırar hali
- e. hakkını korumak için kuvvet kullanma
- f. üstün kamu yararı veya üstün özel yararın bulunması halleridir. Sayılan sebeplerden birinin bulunması halinde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 30 vd; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 485 vd.; Eren, s. 562 vd.; Oğuzman/Öz, s. 500 vd.

hukuka uygun bir kamu gücünün kullanılması şeklinde bir haklı sebebin bulunması gereklidir²⁶.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda hekimin davranışının hukuka aykırı olup olmadığını belirlemede şu kıstası kullanmıştır²⁷: “...Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir...”. Bu kararda Yargıtay, tıp ilminin öngördüğü, genel geçer kurallara ve tıbbi yöntemlere uygun hareket etmeyen hekimin davranışının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Oysa bir başka kararında Yargıtay bu durumda kusurlu olduğundan hareketle hekimin sorumlu olduğunu kabul etmiştir²⁸. “...Genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı bir surette uygulama veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerden tecahül göstermesi halinde, mesleki kusurda bulunmuş olacağından zarardan sorumlu olur. Yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez...”. Her iki kararda sorumluluk için farklı gerekçelerin kabul edilmesi ise aslında şu sebepten kaynaklanmaktadır: Hekimin sorumluluğu açısından hukuka aykırılık ve kusur unsurları çoğu kez iç içe bulunmaktadır²⁹. Hekimin tıbbi yardım ve el atmaları hastanın hayatı ve sağlığı üzerindeki kişilik hakkını ilgilendirmektedir. Bu nedenle tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmeyen hekimin davranışı hukuka aykırı bir nitelik taşır. Söz konusu davranış, bir davranış eksikliği olup hekimin kusurlu olduğunu da göstermektedir³⁰. Özetle, mesleki kurallara riayet etmeyen hekimin davranışı açısından hukuka aykırılık ve kusur unsurları aynı anda gerçekleşir.

²⁶ Şenocak,, s. 13.

²⁷ Yarg. 4. HD, T: 10.04.1980, E: 217, K: 4735 (Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İBD**, C: 58, S: 10-11-12, 1984, s. 605’den naklen); Aynı yönde Yarg. 4. HD, T: 7.3.1977, E: 6297, K: 2541 (Köprülü, **Hekim**, s. 607’den naklen).

²⁸ Bu yöndeki karar için bkz. Yarg. 4. HD, T: 29.6.1967, E: 2876, K: 5612 (Köprülü, **Hekim**, s. 606’dan naklen).

²⁹ Aşçıoğlu, s. 65.

³⁰ Aşçıoğlu, s. 83.

ii. Zarar

Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için haksız fiil failinin hukuka aykırı davranışı sonucunda bir başka kişinin zarara uğraması gerekir ve haksız fiil faili de sadece fiilinin doğurduğu zararlardan sorumlu olur. Sorumluluk hukukunda amaç faili cezalandırmak değil, meydana gelen zararı tazmin etmektir; bu nedenle eğer hukuka aykırı fiil sonucunda bir zarar meydana gelmemişse failin ceza hukuku açısından sorumluluğu mevcut olmakla beraber, özel hukuk açısından haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaz³¹.

Öğretide ve uygulamada zarar kavramı dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³². Dar anlamda zarar, malvarlığı zararıdır³³; yani maddi zararı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Geniş anlamda zarar ise maddi zararın yanında manevi zararı da kapsamaktadır. Bir kimsenin kişi varlığı ve malvarlığında haksız tecavüz neticesinde bir eksilmenin meydana gelmesi geniş anlamda zararı ifade eder³⁴.

Maddi zararın söz konusu olabilmesi için malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi ve bu eksilmenin zarar gören kişinin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir. Haksız fiil sonucunda malvarlığının mevcut durumu ile haksız fiil söz konusu olmasaydı malvarlığının bulunacağı durum arasındaki fark, bir eksilmenin var olup olmadığını gösterecektir³⁵.

Manevi zarar ise bir kişinin kişi varlığı haklarına, yani hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı, ismi, ticari itibarı gibi hukukça korunan değerlerine yapılan haksız tecavüz nedeniyle acı ve ıstırap duyması; şahıs varlığında iradesi dışında bir

³¹ Eren, s. 472.

³² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 547, Bununla birlikte yazarlar asıl zararın dar anlamdaki maddi zarar olduğunu, manevi zararın ise gerçek bir zararı değil duyulan acıları ve ruhi sıkıntıları anlattığını belirtmektedirler; Eren, s. 472-473, yazar zarar kavramını hem maddi hem de manevi zararı kapsayacak şekilde kullanmış; açıklık kazandırmak amacıyla zarar kavramının başına “maddi” ya da “manevi” sıfatlarını eklemiştir.; Oğuzman/Öz, s. 514, dn 82, yazarlar zarar kavramını dar anlamda zararın karşılığı olarak maddi zarar için kullanmışlardır.

³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 548; Eren, s. 472.

³⁴ Kaneti, **Kusur**, s. 41.

³⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 64; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 548; Oğuzman/Öz, s. 514; Eren, s. 474; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 32; Yarg. 4. HD 12.1.1981, 133941/1982-274 (YKD, S: 5, 1982, s. 645 vd).

eksilmenin meydana gelmesidir³⁶. Zarar gören kişinin kişilik haklarından birinin objektif olarak ihlal edilmesi manevi zararın objektif unsurunu oluşturmaktadır; ancak manevi zarardan söz edebilmek için öğretide kabul edildiği üzere ayrıca sübjektif unsurun, yani zarar gören kişinin bu ihlal sonucunda manevi varlığında meydana gelen eksilmeyi hissetmesi, bu ihlal nedeniyle acı, elem duyması gereklidir³⁷.

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ile vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilen hastanın (burada özürlü olarak doğan çocuğun) malvarlığında bir azalma meydana geleceğinden maddi bir zararı söz konusu olacaktır³⁸. Maddi zarar, hekimin yükümlülüklerine uygun şekilde teşhis koyarak başarılı bir tedavi yürütmüş olsaydı hastanın kavuşmuş olacağı sağlık durumu ile bugünkü durumu arasındaki para ile ölçülebilen zararlar şeklinde ortaya çıkar³⁹.

Hekimin faaliyeti hastanın beden bütünlüğü ve sağlık değerlerine yöneldiğinden maddi zararlar yanında manevi zarar da söz konusu olabilir⁴⁰. Hastanın tıbbi müdahale nedeniyle hayat zevkinde ve sevincinde bir azalma olması ise manevi zararı oluşturmaktadır⁴¹. Böylelikle hekimin hukuka aykırı ve kusurlu davranışı sonucunda zarar gören hastanın söz konusu fiil nedeniyle ortaya çıkan acı ve ızdırabı bir ölçüde hafifletilmiş olacaktır.

Sonuç olarak cenin, kusurlu tıbbi müdahale ile özürlü olarak doğumuna neden olan hekimden gerek maddi tazminat gerekse manevi tazminat talep edebilecektir. Hekim aleyhine hükmedilecek maddi tazminat açısından BK m. 46 gereğince tazminatın azami sınırı maruz kalınan zararların toplamı olacaktır. Çocuğun maruz kaldığı zararlar ise öncelikle sağlıklı bir çocuğa nazaran ödenmesi gerekli olan, yani özürlü olarak dünyaya gelmesi nedeniyle fazladan yapılacak tedavi, eğitim ve bakım masraflarıdır. Ancak çocuk tüm eğitim ve bakım masraflarını hekimden talep edememelidir. Zira MK m. 327 I'e göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için

³⁶ Ergun Özsunay, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler”, **Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 483.

³⁷ Eren, s. 485.

³⁸ Şenocak, s. 75.

³⁹ Werner Eduart Ott, *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, Zürich, 1978, s. 82 (Reisoğlu, **Kusur**, s. 10’dan naklen).

⁴⁰ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s. 110.

⁴¹ Şenocak, s. 77.

gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam etmekle birlikte, çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK m. 328 I, II). Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan masrafların ödenmesi, yasada, çocuğun erginliğine kadar ana ve babasının bakım yükümlülüğü olarak düzenlendiğinden sağlıklı bir çocuğa nazaran yapılacak fazladan masrafların hekimden tazmin edilmesini isteme hakkı da ana ve babaya aittir. Özürlü olarak doğan çocuğun hekimden talep edeceği tazminatı kapsamına ise onun erginliğinden sonra yapılması gerekli olan bakım, tedavi ve eğitim masrafları girmektedir. Hastane, ilaç, ameliyat, psikoterapi ve benzeri konular için yapılan masraflar talep edilecek tedavi masraflarının kapsamına girer⁴². Ayrıca çocuk, çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle meydana gelecek kazanç kaybının tazminini de talep edebilecektir (BK m. 46 I). Böylece hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda özürlü olarak doğan çocuk çalışma gücünün tamamen kaybını ya da azalmasının gelecekte yol açacağı kazanç mahrumiyetini hekimden talep edebilecektir. Ancak çocuğun meydana gelen zararın gerçek miktarını, özellikle kazanç mahrumiyeti halinde, ispat etmesi mümkün değildir. Bu nedenle hâkim, halin mutad cereyanını ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak zararın miktarını tayin için takdir yetkisini kullanacaktır (BK m. 42 II). Hâkim, tazminata hükmederken kazanç mahrumiyeti konusunda kesin bir sonuca varamazsa, iki yıl içinde kararını gözden geçirme yetkisini saklı tutabilir (BK m. 46 II). Hekimin kusurlu davranışı nedeniyle zarar gören çocuk zaman aşımı süresi içinde olmak kaydıyla haksız fiilin yol açtığı yeni zararlar (ilk dava açılırken mevcut olmayan) için tazminat davası açabilecektir⁴³. Çocuğun ileride ortaya çıkması beklenen zararları nedeniyle fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak, mevcut zararları için kısmi tazminat isteyebilmesine ise engel bulunmamaktadır⁴⁴.

⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 603.

⁴³ Ögüzman/Öz, s. 562.

⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 618.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken sebep oldukları zararlar açısından BK m. 47 manevi tazminatın tayininde dikkate alınacaktır⁴⁵. Bu maddeye göre hâkim, hususi halleri dikkate alarak, vücut bütünlüğü ihlal edilen kimsenin (burada özürü olarak doğan çocuğun) duyduğu, acı, ızdırap ve üzüntünün manevi tazminatı gerektirecek derecede olup olmadığı, eğer manevi tazminat ödenecekse bunun ağırlığı hakkında karar verecektir.

iii. İlliyet Bağı

Hukuka aykırı ve kusurlu fiiliyle bir başkasına zarar veren kimsenin haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. Hukuki açıdan illiyet bağı ise meydana gelen zararlar sorumluluğa yol açan fiil arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin olması, zararın söz konusu fiil nedeniyle meydana gelmesi, bir başka deyişle eğer söz konusu fiil olmasaydı zararın meydana gelmeyecek olduğunun kabul edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁶. Failin fiili ile meydana gelen zarar arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması nedeniyle failin haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmesi mantık kuralları gereğidir; bu nedenle fiil ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunup bulunmadığını öncelikle mantık kurallarına dayanarak tespit ederiz. Ancak hukuka aykırı fiil ile zarar arasında mantıkî illiyet bağı içinde bulunan tüm zararların fail tarafından tazmin edilmesini beklemek de adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Zira failin bir başkasına zarar veren fiilinin sonuçları, bu fiile bağlı olarak birtakım başka olayların da meydana gelmesine etkili olabilir ve bu olaylar zincirinin uzaması nedeniyle beklenmedik birçok zarar ortaya çıkabilir. Ancak faili, haksız fiilinin mantıkî illiyet bağı içerisinde bulunduğu tüm zararlardan sorumlu tutmak adil bir sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle öğretide failin sorumluluğunun sınırlandırılması için çeşitli kuramlar geliştirilmiştir. Bu kuramlardan bugün hala geçerliliğini koruyan iki kuram üzerinde durmak istiyoruz.

⁴⁵ Reisoğlu, s. 17; Şenocak, s. 78.

⁴⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 71.

Uygun illiyet bağı kuramı İsviçre ve Türk Hukukunda uygulamada⁴⁷ ve öğretide⁴⁸ hakim görüşe göre kabul edilen kuramdır. Uygun sebep, zararlı sonucun gerçekleşme olasılığını önemli ölçüde artırmış, zararlı sonuç için zorunlu şart (condictio sine qua non) olan olgudur⁴⁹. Uygun illiyet bağı ise, öğretide, hayat tecrübelerine göre, söz konusu fiilin, olayların normal akışında meydana gelen zararı getirmeye elverişli olması veya bu tür bir zararın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla zarar arasındaki bağ olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Eğer hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında söz konusu fiilin somut olaydaki zararı meydana getirebileceği sonucuna varılabiliyorsa hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğundan bahsedilecektir. Eğer bu sonuca varılamıyorsa fiilin fiili ile meydana gelen zarar arasında mantıki illiyet bağı bulunmakla beraber fail fiili ile hukuki açıdan uygun illiyet bağı bulunmayan tesadüfi bir şekilde meydana gelen atipik sonuçlardan sorumlu tutulmayacaktır⁵¹.

Hekimin haksız fiil sorumluluğunun kabul edilebilmesi için de hekimin davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir. Eğer hastanın meydana gelen zararının hayatın tecrübelerine göre olayların normal akışında hekimin fiilinin sonucu olduğu söylenebiliyorsa bu halde hekimin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının olduğu kabul edilebilecektir. Ancak uygun illiyet bağının varlığını davacı hasta ispat etmek zorunda olduğundan ve söz konusu bağın kesinlikle ispatının her zaman kolay olmamasından hareketle, öğretide, hâkimin ispat konusunda çok sıkı davranmaması gerektiği ve hastada meydana gelen zararın hekimin fiilinin sonucu olduğu büyük ihtimalle sabit olmuşsa bununla yetinilmesi ve kesin deliller aranmaması gerektiği savunulmaktadır⁵².

⁴⁷ Yarg. HGK, 6.3.1987, E: 985/4-854, K: 140 (M. Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları**, Cilt III, İstanbul, Beta, 2004, s. 991); Yarg. 4. H.D., T: 2.11.1993, 7276/12397 (Karahasan, s. 983 vd); Yarg. 4. H.D., T: 12.12.1989, 6461/9570 (Karahasan, s. 990).

⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 519; Tekinay/Akman/Burcuoğlu./Alttop, s. 574; karşı. Kaneti, **Kusur**, s. 37, yazar uygun nedensellik bağı kuramının nedensellik değil, bir sorumluluk kuramı olarak sorumluluğun sınırını belirtmeye çalıştığı ve fiille sonuç arasındaki ilişkiyi açıklamadığı için bir nedensellik kuramı olamayacağını ifade etmektedir.

⁴⁹ Atamer, **Haksız Fiil**, s. 44, yazar bu tanımın son derece belirsiz kavramları içerdiğini ifade etmektedir. Özellikle olasılık kavramı ve bu olasılığın zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde artırması hakkında bkz. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 44 v.d.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 519; Eren, s. 492.

⁵¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 77.

⁵² Reisoğlu, s. 9.

İkinci kuram ise Hukukumuzda, sorumluluğun sınırlandırılmasında uygun illiyet bağı kuramı ile birbirini tamamlayan şekilde uygulanmasının kabul edildiği normun koruma amacı (hukuka aykırılık bağı) kuramıdır⁵³. Bu kurama göre haksız fiil failinin sorumluluğunun sınırlandırılmasında başvuru uygun illiyet bağı kavramı olarak kesin ve belirli değildir. Bu belirsizliğin bir sonucu olarak uygun illiyet bağı kavramı keyfiliğe yol açmaktadır. Zira söz konusu kuramda sorumluluğun sınırlandırılması için başvuru “*hayat tecrübeleri, hayatın olağan akışı*” gibi istatistik veriler sorumluluğun dayandırıldığı kuralın amacını göz önünde bulundurmazlar. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurları, yani hukuka aykırı fiil, zarar, kusur, uygun illiyet bağı, tespit edilmeli ve sorumluluğun sınırlandırılması için hukuka aykırılık bağı tali bir kıstas olarak uygulanmalıdır⁵⁴.

Hukuka aykırılık bağı ihlal edilen hukuk kuralı ile ihlal edilen menfaat arasında bulunması gereken ilişki olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Bu kuramı savunan yazarlara göre bazı hallerde haksız fiil oluşturan hukuka aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunsa bile sorumluluğun dayandığı hukuk kuralının amacı bu gibi zararları yasaklamak olmayabilir. Fail ihlal edilen hukuk kuralının önleme amacını güttüğü zarardan sorumlu olduğu için eğer bir başkasına zarar veren fiil ihlal edilen hukuk kuralının koruma alanına girmiyorsa hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığından failin meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁵⁶. Bu nedenle de failin sorumluluğunu sınırlandırmak için uygun illiyet bağı yerine veya onun yanında sorumluluğun dayandığı kuralın amacını incelemek gereklidir.

Bu kurama göre sorumluluğun dayandığı kuralın amacı göz önünde tutulmalı, korunması gerekli olan kişiler ve hukuki varlıklar ile kendisine karşı korunmanın gerekli olduğu davranışlar, tehlikeler ve zararlar bakımından haksız fiil

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476 v.d., 576; Haluk Tandoğan, “**Hukuka Aykırılık Bağı**”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, İÜMHEY, 1977, s. 9 v.d.

⁵⁴ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 27; Eren, s. 505.

⁵⁵ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 5.

⁵⁶ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476.

failinin sorumluluğu sınırlandırılmalıdır⁵⁷. Bu nedenle haksız fiil failinin hukuka aykırı davranışıyla ihlal ettiği kuralın koruma amacını taşıdığı kişiler lehine olarak tazminata hükmedilecektir. Ayrıca zarara neden olan hukuka aykırı fiilin, ihlal edilen kuralda, kendisine karşı korumanın gerekli olduğu tehlike kapsamında bulunması gerekir⁵⁸.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda normun koruma amacı kuramına dayanarak ihlal edilen normun korumayı amaçlamadığı dolaylı olarak zarar gören kişilerin tazminat isteyemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁹.

iv. Kusur

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda failin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlardan sonuncusu fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranıştır⁶⁰. Failin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilerek hukuka aykırı sonucu istemesi ya da bu sonucu istememiş olmasına rağmen hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için gerekli önlemleri almamış olması halinde kusuru söz konusu olacaktır⁶¹. İlk halde failin kastından, ikinci halde ise ihmalden söz edilir. Medeni Hukukta kusurun türleri açısından yapılan bu ayırım ceza hukukunda olduğu kadar önem taşımamaktadır.

⁵⁷ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 9. Böyle olmakla birlikte söz konusu olaylı olarak zarar görenlerin korunması bakımından bazı hallerde belli bir ölçüde sorumluluğu genişletici bir rol oynaması da mümkündür. Bkz. Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 10 ve 11 dn 18'de anılan İsviçre Federal Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi kararları.

⁵⁸ Mesela belediye nizamlarının müsaade ettiğinden daha fazla sayıda yolcunun otobüse binmesine göz yuman otobüs şoförü, kalabalıktan yararlanarak bir yankesicinin yolculardan birinin cüzdanını çalması halinde, cüzdanı çalınan yolcu otobüs şoföründen belediye nizamlarına uymayarak otobüse fazla yolcu alınması sonucu yankesicinin kalabalıktan yararlanması ve cüzdanını çalması nedeniyle zararının tazmin edilmesini isteyemez. Otobüs şoförünün belediye nizamlarına aykırı olarak fazla sayıda yolcuyu otobüse alması ilgili kurala aykırıdır. Ancak söz konusu sınırlamayı getiren bu kuralın amacı, yolcuları hırsızlığa karşı korumak değil, trafik tehlikelerine karşı korumaktır. Söz konusu olay İngiltere'de dava konusu olmuş ve mahkeme yukarıda anılan gerekçelerle yolcunun tazminat talebini reddetmiştir. (Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 21'den naklen).

⁵⁹ Yarg. 4. HD, T: 13.3.1978, E: 1977/5312, K: 1978/3193 (YKD, C: 5, S: 1, 1979, s. 28 v.d.); Yarg. 4. HD, T: 8.1.1979, E: 977/13144, K: 970/38 (Tandoğan, **Hukuka Aykırılık**, s. 16'dan naklen), Davalıların Uludağ yolu üzerindeki arsada inşaat amacıyla temel hafriyatı yapmaları sonucu gerekli önlemleri almamaları yüzünden yol kaymasına sebep olmaları ve yolun sekiz gün süreyle trafiğe kapalı olması nedeniyle Uludağ yönünden aynı yol üzerinde davacıların otel ve birahanelerine müşteri gelmemesi sonucu davacıların uğradıkları zararın giderilmesine ilişkin davada Yargıtay uygun illiyet bağının varlığını kabul etmekle beraber dolaylı zarar gören davacıların zararlarını karşılamamanın ihlal edilen kuralın amacına girmemesi nedeniyle davacıların tazminat taleplerini reddetmiştir.

⁶⁰ Eren, s. 529.

⁶¹ Oğuzman/Öz, s. 526; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492.

Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması açısından ihmalin varlığı da yeterlidir⁶².

Kusur kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır.

Kusurun en ağır derecesi olan kastta, fail, bir hukuk kuralını ihlal ettiğini bilmekte, hukuka aykırı sonucun bilincinde olarak bu sonucun gerçekleşmesini istemektedir⁶³. Yani kast, hukuka aykırı sonucu önceden görmek ve bu sonucu istemek tarzında iki unsurdan oluşur⁶⁴. Bu tür kasta doğrudan (vasıtasız) kast denilmektedir. Doğrudan kast ile arasında bir hukuki sonuç farkı bulunmamakla birlikte, failin hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememiş olması; ancak söz konusu fiilin hukuka aykırı bir sonuç meydana getireceği ihtimalini göze alarak hareket etmesi halinde ise dolaylı (ihtimalî) kasttan bahsedilir⁶⁵.

Kusurun diğer çeşidi olan ihmal ise BK m. 41'de “..teseyyüp yahut tedbirsizlik.” olarak ifade edilmiştir. Her ikisi de ihmal kavramı içinde yer alan bu kavramlardan teseyyüp özen göstermeme; tedbirsizlik ise bir tedbiri almaktaki ihmal karşılığıdır⁶⁶. Öğretide yapılan tanıma göre ihmal, hukuka aykırı davranışının bilincinde olamayan failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli önlemleri almaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir⁶⁷. Öğretide, gösterilecek özenin objektif ölçüte göre belirleneceği kabul edilmektedir⁶⁸. Bir kimsenin ihmalî davranışının bulunup bulunmadığı belirlenirken orta seviyede, dikkatli ve makul bir insanın, Roma

⁶² Kusurun türleri açısından yapılan ayırım şu hallerde önem taşır: tazminatın tayin edilmesi (BK m. 43 I); sözleşmesel sorumluluk bazı hallerde ağır kusurun varlığını gerektirir (mesela BK m. 243); ağır kusur halinde sorumlu olunmayacağına dair sorumsuzluk anlaşmaları geçerli değildir (BK m. 99 I); BK m. 41 II hükmü gereğince ahlaka aykırı bir fiilden sorumluluk için failin kasten hareket etmiş olması gereklidir. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 55; Eren, s. 540.

⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 493; Oğuzman/Öz, s. 528; Eren, s. 535; Atamer, **Haksız Fiil** s. 31.

⁶⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 46; Kaneti, **Kusur**, s. 52.

⁶⁵ Öğretide kusur açısından yapılan bu ayırıma şu örnek verilmektedir: Otomobili kullanan şoför, otomobili kızgın olduğu şahsın üzerine sürerek ona çarptığı ve yaraladığı zaman doğrudan kast söz konusu iken, acelesi olan şoför otomobili kalabalık caddede aşırı hızla sürerken bir şahsa çarpıp onu yaraladığında hukuka aykırı sonucu istememiş olmasına rağmen kalabalık caddede birilerine çarpma olasılığını göze alarak otomobili hızla sürdüğünden ihtimalî kasttan söz edilir. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 47; Oğuzman/Öz, s. 528.

⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 529.

⁶⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 494; Kaneti, **Kusur**, s. 52; Eren, s. 537; Oğuzman/z, s. 529; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 31.

⁶⁸ Eren, s. 537.

Hukukundaki “bonus pater familias”ın göstereceği özen temel alınacak⁶⁹, failin kişiliği veya kişisel durumları ise dikkate alınmayacaktır. Ancak söz konusu objektif ölçü her durum ve her kişi için değişmez mutlak bir ölçü değildir; failin mesleği, faaliyeti veya girişimin zorluğu, arz ettiği tehlike failin göstermesi gereken özenin ölçüsü belirlenirken dikkate alınacak⁷⁰ ve bu hal ve şartlar dâhilinde makul ve ortalama bir kişi ihmalin belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁷¹. Bu nedenle tıbbi sorumluluk alanında pratisyen bir hekimden uzman bir hekimin mesleki bilgi ve becerisi tıbbi müdahaleler açısından beklenemez.

İhmal de ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin haksız fiil sorumluluğuna yol açan fiili işlerken her makul insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi ağır ihmal, ancak dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi ise hafif ihmaldir⁷². Somut olayda hangi çeşit ihmalin söz konusu olduğu belirlenirken o olayla ilgili normal insan tipi, failin yaşı, cinsiyeti ve mesleği gibi unsurlar da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır.

Hekim haksız fiil sorumluluğu açısından, kural olarak, her türlü kusurundan sorumludur⁷³. Hekimin sırf hastalık süresini uzatmak ve böylece fazla ücret almak için hastasına bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulaması⁷⁴ halinde hekimden kastı söz konusu olacaktır. Ancak hekimin sorumluluğu için kusur unsuru, hekimin kastından ziyade onun ihmali ile gerçekleşmektedir. Hekimin sorumluluğunun doğumu açısından ise ihmalin ağır veya hafif olmasının ise bir önemi yoktur; ihmalin türü açısından yapılan bu ayırım sadece tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşıyacaktır.

Somut olayda hekimin ihmalinin belirlenmesinde de objektif bir kıstas uygulanır; hekim mensup olduğu kategori içinde yer alan ortalama bir hekimin aynı

⁶⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 51.

⁷⁰ Nitelik ve uzmanlık gerektiren mesleklerde; mesela hekimlik; bunu gerektirmeyen mesleklerle oranla gösterilecek özenin ölçüsü daha yüksek olacaktır.

⁷¹ Eren, s. 539; Kaneti, **Kusur**, s. 54, Yazar, her insandan istenilen özenin ölçüsünün aynı olmadığı gerekçesiyle bu konuda soyut bir ölçüye başvurmanın kusur kavramının özüne uymadığını ifade etmektedir.

⁷² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 55.

⁷³ Hasan Erman, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, 1998, s. 149; Veysel Başpınar, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yekın Yayınları, 2004, s. 167.

⁷⁴ Şenocak, s. 80.

hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemişse ihmali söz konusu olacaktır⁷⁵. Öğretide hekimin kusuru kavramının esnek ve belirli ölçüde ayrıcalıklı ölçüler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, aksi taktirde hekimlik mesleğinin yapılması ve gelişmesinin büyük güçlükler içinde bırakılmış olacağı ifade edilmektedir⁷⁶. Hekimin her türlü kusurundan sorumlu tutulması, her tıbbi müdahalenin bir risk taşıması nedeniyle hekimlerin mesleklerinin gereğini yerine getirirken çekimser davranmalarına neden olabilecektir. Bu nedenlerle tıbbi sorumluluk alanında kusurun değerlendirilmesinde hekimin özel durumunun göz önünde tutulması, tıp biliminin genel veri ve ilkeleri çerçevesinde hareket eden ve mesleki gelişmeleri izleyen bir hekimin kaçınılmaz olan basit, insanca yanılığının kusur olarak nitelendirilmemesi gerektiği ve ancak, tıp biliminin ulaştığı düzeye göre her hekimin bilmesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hatalarının kusur olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Burada hekimin her hekimin bilmesi gereken meslek hatalarının kusur olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtildiğine göre meslek hatasının ne anlama geldiği ve hangi hallerde söz konusu olduğunu belirleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁷⁸.

Hekimlerin uymakla yükümlü oldukları meslek kurallarını belirleyen temel metinler Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁷⁹ ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir⁸⁰. TDN m. 13'e göre tabipler ve diş tabipleri ilmi icaplara uygun olarak teşhisi koyarlar ve gereken tedaviyi tatbik ederler. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Ancak ne söz konusu kanunda ne de söz konusu tüzükte meslek hatası kavramının yasal bir tanımı bulunmaktadır. Yargı kararlarında⁸¹ ve öğretide ise hekimin sorumluluğu açısından meslek hatası

⁷⁵ Ayan, s. 102; Yarg. 13. H.D., 14.10.1974, 2637/2492 (YKD, 1976, C: 2, S: 1, s. 60).

⁷⁶ Selim Kaneti, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 74.

⁷⁷ Kaneti, **İspat**, s. 68.

⁷⁸ Hata, irade bozukluğuna ilişkin bir kavramdır. Burada meslek hatası ile ifade edilmek istediğimiz şey aslında bu anlamda bir hata değil, meslek kusurudur. Çalışmamızda meslek kusuru yerine meslek hatası ifadesini kullanmamız söz konusu ifadenin tıp literatüründe yerleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

⁷⁹ R.G.: 14.04.1928, No: 863.

⁸⁰ R.G.: 19.12.1960, No: 10436.

⁸¹ Yarg. 4. H.D., T: 7.3.1977, E: 1976/6297, K: 1977/2541 (YKD, C: 4, S: 6, 1978, s. 908).

kavramının varlığından söz edilmektedir. Üzerinde görüş birliğine varılmış bir meslek hatası kavramı bulunmamakla birlikte, öğretide baskın olarak kabul edildiği üzere meslek hatası, “*hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş olan kuralları gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesi nedeniyle ihlal etmesi*”dir⁸². Yargıtay kararlarında da meslek hatası kavramı benzer şekilde ifade edilmektedir: “...*hekim...bazı meslek şartlarını yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir...*”⁸³. Hekimin tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralı ihlal etmesinin meslek hatası olarak kabul edilebilmesi için kusurlu olması, yani kasıtlı olarak ya da en azından ihmali nedeniyle tıbbi özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bunun sonucunda da tıp biliminde hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı ya da benzer hadiselerde sürekli uygulanan bir kurala aykırı davranışı söz konusu olmalıdır⁸⁴.

Meslek hatasının yukarıda yapılan tanımı dikkate alındığında hekimin sorumluluğunu kabul edebilmek için bu kavrama ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir. Zira kusurun çeşidi olan ihmal, borçlunun kendisiyle aynı durum ve şartlar altında bulunan bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermemesidir. Bu nedenle öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere meslek hatası kavramı öğreti ve uygulama tarafından geliştirilmiş olmasaydı bile hekimin davranışını, aynı türdeki olaylar için kusurun çeşidi olan ihmal kavramı kapsamında ele alarak sorumlu tutmak mümkün olacaktı⁸⁵. Sonuç olarak hekimin meslek hatası olarak ifade edilen hallerde tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak kabul edilmiş kuralları gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle ihlal etmesi aslında objektif bir kıstas uygulanarak değerlendirilen ihmal, yani özen yükümlülüğünün ihlalidir⁸⁶.

⁸² Werner E. Ott., Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich, 1978, s. 120-121 (Ayan, s. 105’den naklen); Ayan, s. 105; Şenocak, s. 84.

⁸³ Yarg. 4. HD, T: 29.6.1967, E: 2876, K: 5612 (Köprülü, **Hekim**, s. 606’dan naklen).

⁸⁴ Karl Schroeder, Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Zürich, 1982, s. 84 (Ayan, s. 106-107’den naklen).

⁸⁵ Ayan, s. 107.

⁸⁶ Hekimin tıbbi özen borcunun ihlali meslek hatası kavramına göre daha geniştir. Her meslek hatası aynı zamanda tıbbi özen borcunun ihlali iken, tıbbi özen borcunun ihlali her zaman meslek hatası oluşturmayabilir. Mesela tıp bilimi ve uygulamasında belirli bir duruma ilişkin tıp biliminde genel

c. Özürlü Olarak Doğan Çocuktaki Anomaliyi Zamanında Teşhis Edemeyen Hekimin Sorumluluğu

(1) Hukuki Sorun

Hekimin ana rahmindeki cenine kusurlu bir tıbbi müdahalede bulunması ve bu müdahale nedeniyle çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde haksız fiilin şartlarının gerçekleştiğini ve hekimin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağını ifade etmiştir⁸⁷. Ancak hekimin, cenine herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmamasına rağmen çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi ihtimali de bulunmaktadır. Şöyle ki, hekim, gebelik süresince ceninin ana rahmindeki gelişimini takip etmek ve bu konuda bilgi vermek üzere ceninin ana ve babası ile sözleşme akdetmektedir. Hekimin ana ve baba ile akdettiği sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesi, yani ceninin zaten ana rahmine sağlıklı olarak düştüğünü ya da herhangi bir hastalıktan etkilenerek ana rahminde sağlıklı geliştiğini ve bu nedenle özürlü olarak dünyaya geleceğini özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle gözlemleyememesi ve ana ve babayı bu konuda bilgilendirememesi sonucu onları muhtemel bir tedavi ya da kürtaj imkânından yoksun bırakabilir. Oysa ki hekim zamanında cenindeki anomaliyi teşhis edebilmiş olsaydı, cenin henüz ana rahminde iken tedavi ile onun sağlıklı olarak doğması sağlanabilirdi. Ya da hekim zamanında hastalığı teşhis etmiş olsaydı bile hastalığın ana rahminde tedavisi mümkün olmayacaktı, her halde çocuk özürlü olarak dünyaya gelecekti. Ancak hekimin, ana ve babayı bu konuda bilgilendirememesi nedeniyle onların muhtemel bir kürtaj imkânından yararlanamamaları sonucu özürlü çocuğun doğumunun önüne geçilememiş ve çocuk özürlü olarak dünyaya gelmiştir. İşte bu ihtimallerde çocuğun hekime karşı haksız fiil hükümlerine dayanan bir tazminat talebi söz konusu olabilecek midir?

Yukarıdaki ihtimaller dikkate alınarak kusurlu bir tıbbi müdahalesi bulunmamasına rağmen, çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde hekimin sorumluluğunun iki ayrı başlık altında incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır: Birincisi, cenindeki anomalinin tedavi edilebilir olması, ancak hekimin zamanında bu

olarak tanınıp kabul edilmiş kurallar bulunmadığı takdirde hekimin meslek hatasından bahsedilemeyeceği halde, onun daima uyması gerekli olan tıbbi özen borcu bulunmaktadır. Ott, s. 122-123 (Ayan, s. 108, dn. 489'dan naklen); Şenocak, s. 84.

⁸⁷ bkz. yuk: s. 55 vd.

durumu teşhis edememesi ve tedaviyi gerçekleştirememesi nedeniyle çocuğun özürlü olarak doğumu halinde söz konusu olan sorumluluk, ikincisi ise cenindeki anomalinin tedavi edilemez nitelikte olması, ancak hekimin cenindeki anomaliyi teşhis edememesi ve bu konuda onun ana ve babasını bilgilendirememesi nedeniyle özürlü çocuğun doğumu halinde söz konusu olan sorumluluktur.

(2) Anomalinin Tedavi Edilebilir Olması Halinde Sorumluluk

Ceninin ana rahmine sağlıksız olarak düştüğünü ya da bir hastalıktan etkilenmiş olması nedeniyle sağlıksız olarak geliştiğini özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle teşhis edemeyen hekimin davranışının haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek için öncelikle hekimin teşhis koyma yükümlülüğü hakkında bilgi vermek gereklidir.

Hekimin bir hastalık hakkında doğru teşhis koyması onun mesleki yükümlülüklerinden biridir⁸⁸. Ancak hekimin söz konusu mesleki yükümlülüğünü yerine getirirken dikkate alması gereken hususları belirleyen bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁹. Öğretide, kendisinden beklenebilen mutad ve zorunlu araştırma yöntemlerine başvuran⁹⁰ ve bir hastalığın varlığı hakkında tereddüt ettiği taktirde bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapan ve bu arada somut olayın hal ve şartları ile makul ilişki çerçevesinde koruyucu tedbirler alan hekimin buna rağmen teşhiste hataya düşmesinin sorumluluğunun doğmasına yol açmayacağı kabul edilmektedir⁹¹. Hekimin teşhis yükümlülüğü açısından önemli olan onun tıp biliminin mutad ve bilinen kurallarına riayet ederek, gerekli dikkat ve zamanı harcayarak, yeterli ve kapsamlı bir araştırma yaparak hastalığa teşhisi koymasındır⁹². Aksi şekilde davranışla hastalığa yanlış teşhisin konulması hekimin sorumlu olmasına neden olacaktır. Hastalığa doğru teşhisi koyan hekim ayrıca hastalığın tedavisi için en güvenilir ve aynı başarıyı vaat eden tedavi metotları arasında daha az

⁸⁸ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Cilt II, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989, s. 416; Ayan, s. 65.

⁸⁹ Şenocak, s. 61.

⁹⁰ Aşçıoğlu, s. 75.

⁹¹ Şenocak, s. 61.

⁹² Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 419; Yarg. 4. HD, T: 17.12.1976, E: 692, K: 11046 (YKD, C: IV, S: 4, 1978, s. 544), “....Hastasına gerekli test ve araştırmaları yapmadan röntgen ışınları uygulayan doktor doğan zararlardan sorumludur...”.

tehlikeli olanı tercih etmelidir⁹³. Hastalığa teşhisi doğru koymakla beraber yanlış ya da amaca uygun olamayan bir tedavi metodunu seçmesi nedeniyle tıbbi müdahalenin başarısızlığa uğramasına neden olan hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹⁴. Hekimin teşhis yükümlülüğünü ihlal etmesi hasta ile hekim arasında sözleşme bulunması halinde sözleşmenin ihlali, bir sözleşme bulunmaması halinde ise haksız fiil niteliğini taşımaktadır⁹⁵. Zira sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartlardan sözleşmenin ihlali, haksız fiilden doğan sorumluluğun şartlarından hukuka aykırılık unsurunu karşılamaktadır⁹⁶. O halde teşhis yükümlülüğünü ihlal eden hekim hukuka aykırı davranmış sayılacağından diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde zarar gören kişiye karşı sorumlu olacaktır.

Ceninin ana rahmindeki gelişimi hakkında bilgi vermek üzere ana ve baba ile sözleşme akdeden hekim acaba hangi halde teşhis yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır?

Ebeveynlerin sağlıklı bir çocuk sahibi olmaları için gebelik süresince birtakım testlerin uygulanması gereklidir⁹⁷. Bu testlerden bazıları tüm gebe kadınlar için ve bebeğin veya annesinin sağlığını kontrol etmek amacıyla önerilmektedir; diğerleri ise belirli risk faktörleri veya sağlık sorunları taşıyan anneler içindir. Mesela HBs AG (sarılık) testi, HIV testi, kızamıkçık testi her gebelikte yapılması gerekli olan testlerdir. Bu gibi testler dışında bebekte bir problemin varlığını veya riskini araştırmak için gebeliğin 11–14. haftaları arasında ultrasonografi ile ense plisi ölçümü ve ikili tarama testi, 16–18. haftaları arasında Alfa Feta Protein Testi, 20–24. haftasında ultrasonografik fetal anomali araştırması ve fetal biyometri yapılır. Yapılan ikili veya üçlü test sonuçları⁹⁸ pozitif (riskli olan) tespit edildiğinde, annenin

⁹³ Ayan, s. 66.

⁹⁴ Şenocak, s. 62.

⁹⁵ Böyle olmakla birlikte hasta ile hekim arasında sözleşmenin bulunması ve bu sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu hastanın zarara uğraması halinde hastanın, hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu halde sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk kurallarının yarışması söz konusu olacaktır. Hasta dilerse haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kurallara, dilerse daha avantajlı olan sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarına dayanarak zararlarının tazminini talep edebilecektir.

⁹⁶ Şenocak, s. 111.

⁹⁷ www.kadikoygazetesi.com/index.php?news (Çevrimiçi-5.07.2007)

⁹⁸ Tarama testleri ceninin kromozom bozukluğu riskini araştıran testlerdir. Bu testlerle özellikle Down sendromu ya da Mongolizm denen kromozom bozukluğu araştırılmaktadır. Bu sendromu taşıyan bebeklerde zeka geriliği olduğu için, “zeka testi” adı buradan gelmektedir. Bu testler tarama testidir. Test sonucu sadece olası risklerden bahseder. Eğer risk yüksek bulunmuşsa, o zaman tam tanı testine

yaşının 35'in üzerinde olması halinde, daha önceki gebelikte genetik hastalığın varlığı halinde, Down Sendromlu bebeği olanlarda, girişimsel testlere başvurulması ve kardiyotip analizi yapmak gereklidir.

Ceninin genetik veya virütik bir hastalıktan etkilenmiş olacağı konusunda bir risk bulunmasına rağmen hekimin gerekli testleri yapmamış olması onun özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini gösterir. Kendisinden beklenebilen mutad ve zorunlu araştırma yöntemlerine başvurmayan, herhangi bir hastalığın varlığı hakkında tereddüt ettiği halde bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmayan hekim, tıp biliminin mutad ve bilinen kurallarına riayet etmeyerek, gerekli dikkat ve zamanı harcamayarak, yeterli ve kapsamlı bir araştırma yapmayarak hastalığa doğru teşhisi koymadığı için teşhis yükümlülüğüne de aykırı hareket etmiş olacaktır. Teşhis yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışı hukuka aykırı bir fiil teşkil edecektir. Zira haksız fiil teşkil eden davranışın mutlaka bir şey yapma tarzında gerçekleşmesi zorunlu olmayıp, bir şey yapmama, hareketsiz kalma şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Tanı koymak için araç olarak kullanacağı zorunlu tüm yöntemleri tüketmek, bir hastalığın tanısı için fizik-biyolojik işlemleri, kimyasal tahlilleri ve diğer pozitif tanı verilerini kullanmak zorunda olan hekim, zorunlu araştırmaları hiç yapmadığı veya eksik yaptığı taktirde aynı zamanda kusurlu olarak da kabul edilecektir⁹⁹. Böylelikle hukuka aykırı ve kusurlu davranışıyla cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis edemeyen ve çocuğun özürlü olarak doğumuna neden olan hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranarak ceninde teşhis

ihtiyaç vardır. İşte, o tam tanı testi de amniosentezdir. Risk düşükse, amniosentez gerekmez. Bu amaçla yapılan iki test vardır:

1. Ense Kalınlığı Ölçümü ve Birinci Trimestr Tarama Testi: 11-14. Haftalar arasında yapılır. Ultrasonda bebeğin ense kalınlığı ölçüldükten sonra, anneden alınan kanda bazı hormon değerlerine bakılır. Sadece down sendromu için risk taraması yapar. Bu yönden,üçlü tarama testine göre daha hassas bir testtir.

2. Üçlü Tarama Testi (Zeka Testi): 16-20. Haftalar arasında anneden alınan kanda bakılır ve başlıca 3 bozukluğu araştırır. Bunlar nöral tüp defekti denilen, beyin ve sinir sisteminin gelişimine ait problemler ve Trisomi 18 ve Trisomi 21 (Down Sendromu) denilen kromozom bozukluklarıdır. Amniosentez: Amniosentez bebeğin içinde bulunduğu amnion sıvısından 10-20 ml kadar bir numunenin alınmasıdır. Farklı amaçlarla yapılabildiği gibi, en çok Down Sendromundan şüphe edildiğinde kesin tanıya varmak amacıyla uygulanır. Her gebeye uygulanmaz; tarama testlerinde yüksek risk saptananlara, 35 yaştan büyük gebelere ve bazı özel durumlarda yapılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.webanne.com/gebeliktekontroltestler.html-33k (Çevrimiçi-5 Temmuz 2007)

⁹⁹ Aşçıoğlu, s. 80.

edemediği gelişim bozukluğu tedavi edilebilir nitelikte ise ve hekim zamanında söz konusu gelişim bozukluğunu teşhis etmiş olsaydı cenin ana rahminde iken tedavi edilerek onun sağlıklı olarak doğumu sağlanabilecek idiyse, hekimin söz konusu olumsuz davranışı ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını ihlal edeceğinden, hekimin özürlü olarak doğan çocuğa karşı sorumlu olacağı kabul edilebilecektir. Günümüzde en sık görülen doğumsal anomaliler arasında yer alan doğumsal kalp hastalıklarının bazıları anne karnında yapılan bir ameliyatla tedavi edilebilmektedir. Doğum öncesi kalp hastalıklarının anne karnında tedavi edilebilir en önemli grubunu ise ritm bozuklukları oluşturmaktadır. Hekimin kendisinden beklenen mutad ve zorunlu araştırmaları ve testleri yapmaması nedeniyle tedavi edilebilir nitelikte olan kalp hastalığını zamanında teşhis etmemesi sonucu çocuk kalp hastası olarak dünyaya gelirse bu nedenle meydana gelen zararlarının tazmin edilmesini hekimden talep edebilecektir. Ancak hekimin gerekli araştırmaları yapmaması nedeniyle teşhis edemediği hastalık Down Sendromu¹⁰⁰ gibi tedavisi mümkün olmayan bir hastalık ise çocuk, hekimden zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyecektir.

Bu ihtimalde de özürlü olarak doğan çocuğun hekimin sorumluluğu kapsamında gündeme gelecek talepleri açısından, hekimin kusurlu bir tıbbi müdahale ile çocuğun özürlü olarak doğumuna neden olması ihtimalinden herhangi bir farklılık bulunmamaktadır¹⁰¹.

(3) Anomalinin Tedavi Edilemez Olması Halinde Sorumluluk i. Genel Olarak

Cenin ana rahmine zaten sağlıksız düşmüş olması (mesela genetik bir hastalık nedeniyle) ya da bir hastalıktan etkilenmiş olması nedeniyle ceninde gelişim bozukluğunun baş göstermesi ve söz konusu gelişim bozukluğunun tedavi edilemez nitelikte olması durumunda, özen yükümüne aykırı davranması sonucu hastalığa

¹⁰⁰ Down Sendromu insanlarda en sık görülen kromozom anomalisi türüdür. Zeka geriliğine ve erken yaşta ölüme sebep olması nedeniyle önde gelen toplumsal sorunlardan Down Sendromu olgularının tümü olmasa da önemli bir kısmı, gebelik döneminde çeşitli tanı yöntemleriyle tanınabilmekte ve ailelere gebeliği devam ettirme ya da sonlandırma seçenekleri sunulabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.gebelik.org/dosyalar/anomaliler/trizomi21.html> (Çevrimiçi-28. 03.2007).

¹⁰¹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk: s. 62.

doğru teşhisi koyamayıp bu konuda ana ve babayı bilgilendiremeyen ve özürlü çocuğun doğumuna neden olan hekimin sorumluluğundan bahsedilebilecek midir?

Belirtilen bu ihtimal açısından konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte (zira özürlü doğan çocuğun değil onun ana ve babasının tazminat istemidir) hekimin özürlü doğan çocuğun ana ve babasına karşı sorumlu olup olmayacağı konusu üzerinde de durulmalıdır. Hekime, ana rahmindeki ceninin gebelik süresince gelişimi hakkında bilgi almak üzere başvuran ve olayların büyük çoğunluğunda da çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi riskinin bulunması halinde gebeliğin sonlandırılması yolunu tercih edecek olan ana ve baba, gebelik süresince ceninin gelişimi hakkında yeterli araştırmayı özenli bir şekilde yapmayan ve bu konuda ebeveynleri bilgilendiremeyerek onları muhtemel bir kürtaj veya gebeliğe devam konusunda seçim yapma hakkından alıkoyan hekimden, özürlü olarak doğan çocuğun masrafları için tazminat talep edebilecek midir? Bu konu yabancı hukuklarda gerek yargıyı gerekse öğretiyi uzun yıllardır meşgul etmekte ve özürlü olarak doğan çocuğun bakım masraflarının ana ve baba için bir zarar olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmaktadır.

ii. Ana ve babanın talebi yönünden

Hekimin, çocuğun özürlü olarak doğacağı konusunda ebeveynleri bilgilendirememesi nedeniyle onlara karşı sorumluluğu yabancı hukuklarda “*wrongful birth*”, “*istenmeyen doğum*” davası olarak adlandırılmaktadır. İstenmeyen doğum davalarında ana ve baba, davalı hekimin, özürlü çocuğun doğumunu engellemek için tedbir alma konusunda kusuru nedeniyle başarısız olduğunu iddia etmektedirler¹⁰². Anglo-Sakson Hukukunda istenmeyen doğum talebi ilk kez Gleitman v. Cosgrove davasında gündeme gelmiştir¹⁰³. Bu davaya konu olayda hekim, gebeliğin ilk ayında kızamıkçık hastalığına yakalanan anneye bebeğinin bu hastalıktan etkilenmediğini bildirmiştir, oysaki çocuk ana rahminde iken bu hastalıktan etkilenmesi nedeniyle sağır ve kör olarak dünyaya gelmiştir. Davacı anne ve baba, eğer doğum kusurları riskini, yani çocuğun kızamıkçık hastalığından

¹⁰² Nicolette M. Priaux, “Conceptualising Harm in the Case of the Unwanted Child”, **European Journal of Health Law**, 9, 2002, s. 343.

¹⁰³ Gleitman v. Cosgrove, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689 (1967). (Wilbur L. Tomlinson, “Torts-Wrongful Birth And Wrongful Life”, **Missouri Law Review**, 1979, 44, s. 171’den naklen).

etkilenmiş olması nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelebileceğini bilselerdi gebeliği sona erdireceklerini iddia ederek, hekime karşı dava açmış ve çocuğu yetiştirmek için gereken masraflar ile duydukları acı için tazminat talep etmişlerdir. Mahkeme ise zararın ölçülmesindeki güçlük nedeniyle davacıların talebini kabul etmemiştir. İstenmeyen doğum davalarında ana ve babanın taleplerinin kabul edilmesi yönünden (ayrıca aşağıda incelenecek olan istenmeyen yaşam davalarında çocuğun talebinin kabul edilmesi yönünden de) emsal teşkil eden dava (leading case) Harbeson v. Parke-Davis davasıdır¹⁰⁴. Bu davada mahkeme, hekimin hem ana ve babaya hem de çocuğa karşı sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Alman Federal Mahkemesi de 2002 tarihinde vermiş olduğu kararda hekimin, kusuru ile cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis edememesi ve bu konuda ceninin ana ve babasını bilgilendirememiş olması sonucu çocuğun özürlü doğması halinde, ana ve babanın özürlü doğum nedeniyle yapacakları masrafları hekimden talep edebileceklerini kabul etmiştir¹⁰⁵.

Günümüzde istenmeyen doğum davaları hemen aşağıda incelenecek olan, çocuğun istenmeyen yaşam davasına oranla daha fazla kabul görmektedir¹⁰⁶. Ancak bu durum istenmeyen doğum davaları hakkındaki tartışmaları sonlandırabilmiş değildir. Öğretide hekimin cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis edememesi nedeniyle çocuğun özürlü doğumu sebebiyle yapacakları harcamaların tazmininin talep edilebileceğini savunulmaktadır¹⁰⁷. Ancak bu konuda bir yargıya varırken, ana ve babası tarafından bir zarar kaynağı olarak görülen ve kendisine yapılacak harcamaların hekimden talep edildiğini ileride öğrenecek olan çocuk için bu durumun psikolojik açıdan olumsuz sonuçlar doğurabileceği göz ardı edilmemeli ve ana ve babanın tazminat talebinin özürlü olarak doğan çocuğun tüm masraflarının

¹⁰⁴ Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wash. 2d 460, 656 P. 2d 483, 486 (1983).

¹⁰⁵ BGH, NJW 2002, s. 2638–2639; aynı yönde BGHZ 86, 240, JZ, 1983, s. 447.

¹⁰⁶ Amerika’da 22 eyalet istenmeyen doğum davalarını kabul ederken, sadece üç eyalet (Michigan, Georgia ve North Carolina) ana ve babanın açtığı davayı reddetmektedir.

¹⁰⁷ Thomas A. Burns, “When Life Is An Injury: An Economic Approach To Wrongful Life Lawsuits”, **Duke Law Journal**, 2003, 52, s. 835; Shelley A. Ryan, “Wrongful Birth: False Representations Of Women’s Reproductive Lives”, **Minnesota Law Review**, 78, 1994, s. 908; Erdem Büyüksağış, **Yeni-Sosyo Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 374, N 855, 857, 859, yazar ana ve babanın zararının özürlü doğum nedeniyle fazladan harcama yapmalarının değil, harcama yapmama fırsatından mahrum bırakılmaları ile çocuğun bakımıyla ilgilenmek zorunda kaldıkları süre boyunca yoksun kaldıkları kazanç olduğunu ifade etmektedir; Büyükkay, s. 88, yazara göre zararı, çocuğun özürlü doğumu nedeniyle ortaya çıkan malvarlığı eksilmeleri meydana getirmektedir.

değil, sadece sağlıklı bir çocuğa nazaran yapılması gereken fazladan masraflar ile sınırlı olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

Ana ve babanın çocuk sahibi olmama amacına yönelik olarak hekim ile sözleşme akdettiği hallerde, hekimin kusuru nedeniyle sterilizasyonu sağlayamaması sağlıklı bir çocuğun doğumuna neden olursa bu halde de ebeveynlerin hekime yönelttiği dava “*wrongful conception*” ya da “*wrongful pregnancy*” yani “*istenmeyen gebelik*” olarak adlandırılmaktadır. İstenmeyen doğum ve istenmeyen gebelik davaları arasındaki fark şudur: İstenmeyen doğum davalarında ebeveynler sağlıklı bir çocuk sahibi olmayı arzu etmektedirler. Ancak hekimin, çocuğun ana rahminde sağlıksız olarak geliştiğini özen yükümüne aykırı davranması sonucu teşhis edememesi ve bu konuda ebeveynleri bilgilendirememesi nedeniyle ebeveynler özürlü bir çocuk sahibi olmaktadır. İstenmeyen gebelik davalarında ise ebeveynler sağlıklı da olsa bir çocuk sahibi olmayı arzu etmemektedirler. Ancak çocuk sahibi olmama amacına yönelik olarak kendisine başvurulmuş hekimin kusurlu davranışı sonucu sterilizasyonun başarısız olması nedeniyle ebeveynler sağlıklı bir çocuk sahibi olmaktadır¹⁰⁸.

Son zamanlarda hekimlerin sorumluluğu açısından çok sık devreye sokulmaya başlanana normun koruma amacı kuramı, özellikle savsaklanmış veya başarısızlığa uğramış olan gebeliğe son verme girişimlerinde hekimin sorumluluğunu sınırlandırma amacıyla gündeme gelmektedir¹⁰⁹. Buna göre doğumu istenmemiş olan çocuğun beraberinde gelen nafaka ve benzeri parasal yükler ancak hekimle kurulan sözleşmenin sırf bu tür külfetlerden kurtulma amacıyla oluşturulduğu durumlarda hekime yüklenmektedir¹¹⁰. Öyleyse ortopedik bir ameliyat bağlamında ameliyatta sadece jinekolojik amaçlarla hazır bulundurulmuş jinekologun gebeliği tanılamamış olması onu sorumlu kılmaya yetmez, zira bu halde jinekolog sadece ananın sağlığı açısından ameliyatta bulunmaktadır. Ananın sağlığının ve yaşamının korunmasını amaçlayan bir kürtaj girişiminin başarısızlığında da nafaka yükünün tazmini söz konusu olmayacaktır¹¹¹. Ancak nafaka külfetinden kurtulma kaygılarının belirleyici

¹⁰⁸ Priaulx, s. 344.

¹⁰⁹ Lange, Schiemann, **Schadenersatz**, 3. Auflage, Tübingen, 2003, s. 157-158.

¹¹⁰ BGHZ 143, 389, JZ, 2000, 727.

¹¹¹ BGH, NJW, 1985, 2749.

(en azından birlikte belirleyici) olduğu durumlardadır ki hekimin başarısız kürtaj girişiminden ötürü bir nafaka tazminatı sorumluluğu söz konusu olabilir.

iii. Çocuğun talebi yönünden

Hekimin, ana rahminde bulunan cenindeki anomaliyi teşhis edememesi ve bu konuda onun ana ve babasını bilgilendirememesi sonucu özürlü çocuğun dünyaya gelmesi halinde çocuğun, hekime karşı açtığı dava “*wrongful life*”, “*istenmeyen yaşam*” davası olarak adlandırılmakta ve yabancı hukuklarda üzerinde yoğun tartışmalar bulunmaktadır.

İstenmeyen yaşam davasında davacı çocuk (ya da onun yasal temsilcisi) çocuğun durumu hakkında onun ana ve babasına bilgi vermekte ihmalkâr davranan hekimin, onların gebeliği sona erdirememesine neden olduğunu iddia etmektedir¹¹². İstenmeyen yaşam davalarının özelliği şudur: Ceninde gelişim bozukluğu, hekimin, kusuru nedeniyle, ceninin durumunu teşhis edememesi veya bu durumdan ceninin ana ve babasını haberdar etmesinden önce meydana gelmektedir¹¹³. Cenindeki gelişim bozukluğu da çoğu kez tedavisi mümkün olmayan Down Sendromu¹¹⁴, Tay-Sachs¹¹⁵ gibi hastalıklardır. Bu nedenle ceninin sağlıklı olarak dünyaya gelme ihtimali de bulunmamaktadır¹¹⁶. Çocuğun ya doğumu engellenecektir ve hiç doğmayacaktır ya da özürlü olarak doğacaktır. Sonuçta ceninde gelişim bozukluğunun meydana gelmesinin sebebi hekimin cenine kusurlu tıbbi müdahalede bulunması değildir. Hekimin, cenindeki gelişim bozukluğunu teşhis edememesi ve bu konuda onun ana ve babasını bilgilendirememesi özürlü çocuğun doğumuna neden olmaktadır.

¹¹² Prialx, s. 338.

¹¹³ Burns, s. 810.

¹¹⁴ bkz. yuk: s. 75, dn. 282.

¹¹⁵ Tay-Sachs, ganglioside adı verilen yağlı maddenin beyindeki dokularda toplanması sonucu meydana gelen genetik ve öldürücü bir hastalıktır. Doğum öncesinde teşhisi mümkün olmakla birlikte tedavisi bulunmamaktadır. <http://www.ninds.nih.gov/disorders/taysachs/taysachs.htm> (Çevrimiçi-15.07.2007).

¹¹⁶ Amos Shapira, “Wrongful life lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?”, **Journal of Medical Ethics**, 24, 1998, s. 369.

Amerikan Hukukunda istenmeyen yaşam nedeniyle tazminat talebi ilk kez Gleitman v. Cosgrove davasında gündeme gelmiştir¹¹⁷. Söz konusu davada mahkeme çocuğun istenmeyen yaşam nedeniyle tazminat talebini, özürlü olarak doğan çocuğun kanuni bir tazminat talebinin bulunmadığı ve çocuğun zararının ölçülmesinin imkânsız olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir. Aynı gerekçelerle ve onlara ek olarak, istenmeyen yaşam davasında çocuğun varolmama ve özürlü durumu arasındaki seçimin bir mukayeseyi gerektirdiği, ancak bu mukayeseyi yapmanın hukukun karar mekanizması dışında kaldığı ifade edilerek çocuğun tazminat talebi Becker v. Schwartz davasında¹¹⁸ da reddedilmiştir. Amerika’da birçok eyalet mahkemesi aynı gerekçelerle özürlü çocuğun açtığı tazminat davasını reddetmektedir¹¹⁹. Mahkemelerin özürlü olarak doğan çocuğun davasını reddetmelerinin sebepleri çeşitli olmakla birlikte, en yaygın olarak kullanılan sebepler illiyet bağının ya da zararın yokluğu ve zararın ölçülemez nitelikte olduğudur¹²⁰. Sadece üç eyalette (New Jersey, California ve Washington) bulunan mahkemeler çocuğun özürlü doğumu sonucu fazladan yapmak zorunda kaldığı harcamaların tazmin ettirilebileceğini şu gerekçelerle kabul etmektedirler¹²¹: Hekimlerin tedbirli ve özenli çalışma konusunda yükümlülüğü bulunmaktadır. İstenmeyen yaşam davalarında hekimler bu yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaktadır. Hekimin kusurlu davranışı ve meydana gelen zarar arasında da illiyet bağı bulunmaktadır ve zarar hekimin kusurundan kaynaklanmaktadır¹²². Mahkemeler çocuğun sadece özel zararlarını hekimden talep edeceğine, genel zararlarının tazmin edilmesini isteyemeyeceğine hükmetmiştir¹²³. Çocuğun özürlü olarak doğmaktan acı ve ızdırap duyduğu, hiç doğmamış olmayı tercih edeceğini iddia ederek tazminat

¹¹⁷ bkz. yuk: s. 77, dn. 285.

¹¹⁸ Becker v. Schwartz, 386 N.E. 2d 807 (N.Y. 1978) (Burns, s. 816’dan naklen)

¹¹⁹ Robert A: Guttman, “Wrongful Life: A Finally Recognized Tort”, **Journal Of Juvenile Law**, 8, 1984, s. 129.

¹²⁰ Tomlinson, s. 177; Guttman, s. 130.

¹²¹ Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wash. 2d 460, 656 P. 2d 483, 486 (1983); Turin v. Sortini, 643 P. 2d 954 (Cal. 1982); Procanik v. Cillo, 478 A. 2d 755 (N. J. 1984). Ancak çocuğun özürlü olarak doğmaktan acı ve ızdırap duyduğu, hiç doğmamış olmayı tercih edeceğini iddia ederek tazminat talep etmesini kabul edilmemektedir.

¹²² Guttman, s. 134.

¹²³ Common Law ülkelerinde özel zararlar (special damages) ile zarar gören şahsın hesap edilebilen kayıpları anlaşılır. Özellikle zarar görenin kazanç kayıpları ile yargılamaya kadar yaptığı harcamalar bu kapsamda yer alır. Genel zararlar (general damages) ise yaşanan acı ve üzüntü, yaşam zevklerinden yoksunluk, müstakbel kazanç kayıpları ve tıbbi harcamalardır. Özsunay, **Manevi Zarar**, s. 498.

talep etmesini kabul edilmemektedir. Öğretide de özürlü olarak doğan çocuğun fazladan yapmak zorunda kaldığı harcamaları hekimden talep edebileceği kabul edilmektedir¹²⁴.

İngiliz Hukukunda ise istenmeyen yaşam davaları Mckay v. Essex davasından beri kabul edilmemektedir¹²⁵.

Fransız Hukukunda hekimin gebelik sırasında doğru tanıyı koyamaması nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun hekimden tazminat talep edip edemeyeceği öğretide ve uygulamada tartışmalıdır. Fransa’da önceleri, anneyi sakat çocuk doğurma riskine karşı uyarmayan ve bu nedenle doğuma sebebiyet veren hekime karşı ebeveynlerin sadece kendi adlarına değil, özürlü doğmuş çocuk adına da maddi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul edilmekteydi. Bu yönde ilk karar 13 Kasım 2000 tarihli Perruche davasında verilmiştir¹²⁶. Söz konusu davaya hamileliğin başında yapılan kızamıkçık testinin sonuçlarının yorumlanmasında yapılan bir hata konu edilmiştir. Gebeliğin dördüncü haftasında iken dört yaşındaki kızının vücudunda kırmızı lekeler fark eden davacı Bayan Perruche, kızına kızamıkçık teşhisinin koyulması üzerine kendisine bu hastalığın bulaşıp bulaşmadığı, kendisine de bu hastalık bulaşmışsa bebeği için bir risk teşkil edip etmeyeceğini öğrenmek için bir hekime başvurur. Eğer kendisine de hastalık bulaştıysa özürlü bir çocuk doğurma riskine girmek istemediği için kürtajı tercih edeceğini söyler. Bayan Perruche’ye iki hafta arayla yapılan kan testinin sonuçlarının birbiriyle çelişkili olması ve daha sonraki yapılan kan testinin laboratuvarın hata yaptığını göstermesine rağmen, hekim, meselenin üzerine gitmek yerine gebeliğe devam etmenin güvenli olduğu konusunda Bayan Perruche’yi ikna eder. Ne var ki gebeliğin sonunda çocuk doğum öncesi kızamıkçık sendromlu olarak doğar. Bunun sonucu olarak çocuğun hareket kabiliyeti yoktur; çocuk körlüğe sebep olan göz problemleri, kalp problemi, işitme eksikliklerini içeren birçok doğum kusuru taşımaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesi hem hekimin hem de laboratuvarın, ana ve babaya karşı, özürlü bir çocuk dünyaya getirmemek üzere gebeliği sonlandırma şanslarını kullanmaktan

¹²⁴ Burns, s. 835; Shapira, s. 371.

¹²⁵ McKay v. Essex Area Health Authority (1982) 2 All ER 777 (Priaulx, s. 339’den naklen).

¹²⁶ Karara konu olay R. Clement, O. Rodat, “Post-Perruche: What Responsibilities For Professionals?”, **Medicine and Law**, March, 2006, s. 33 ve devamından naklen aktarılmıştır. Karar metnine <http://legifrance.gouv.fr> adresinden ulaşılabilir.

alıkoymaları için, özürlü olarak doğan çocuğa karşı ise özürlü olarak doğumundan kaynaklanan maddi zararlar için sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Fransız Yüksek Mahkemesinin bu kararı özürlü olarak doğan çocuğa doğmama hakkını tanınması ve hiç doğmamış olmayı özürlü olarak yaşamaya tercih ederek, aslında kendisinin doğumunun bir zarar teşkil ettiğini kabul etmesi nedeniyle engelli insanların haklarını savunan gruplar arasında öfkeye sebep olmuştur. Bunun üzerine Fransız Hükümeti kamuoyunun baskısına boyun eğmiş ve 10 Ocak 2002 tarihinde Perruche kararına karşı yapılan Hasta Haklarına İlişkin Kanun¹²⁷ 4 Mart 2002’de yürürlüğe girmiştir¹²⁸. Bu kanunda ana rahmine sağlıksız olarak düşmüş veya hekimin bir tıbbi müdahalesi bulunmadan ana rahminde sağlığını yitirmiş olan çocuğun özürlü doğumu nedeniyle hekimden tazminat talep edemeyeceği ifade edilmiştir. Özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun hekimden tazminat talep edebilmesi için doğum öncesinde hekim tarafından kendisine kusurlu bir tıbbi müdahalede bulunmuş olması ve söz konusu kusurlu tıbbi müdahalenin de ya doğrudan sakatlığın sebebi olması ya mevcut olan sakatlığı daha da kötüleştirmesi ya da mevcut sakatlığın iyileşmesini sağlayacak tedbirlerin alınmasını engellemesi şeklinde gerçekleşmesi aranmıştır¹²⁹. Kanunun birinci maddesinin birinci bendinin üçüncü fıkrasına göre özürlü olarak doğan çocuk değil¹³⁰, ana ve baba, gebelik süresince cenindeki bir sakatlığı teşhis etmekte başarısız olan hekimden zararlarının tazminini talep edebileceklerdir¹³¹. Ancak bu halde de ana ve babanın tazminini isteyebilecekleri zarar, çocuğun sakat doğması nedeniyle yoksun kaldıkları kazançtır. Mesela ana ve babanın özürlü olarak doğan çocuğun bakımı için harcadıkları

¹²⁷ Kanun metni için bkz. <http://admi.net/jo/20020305/MESX0100092L.html>

¹²⁸ Yeni bir Perruche kararı verilmesini engellemek üzere Kanunun birinci maddesinin dördüncü fıkrasında, Kanunun geriye dönük olarak uygulanacağına ilişkin düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvurular sonucu İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 numaralı Protokolü’nün 1. maddesine aykırı bulunmuştur (AİHM, T: 06.10.2005, 1513/03 K, ve 11810/03 K). Büyüksağış, **Zarar**, s. 356, N 818’den naklen.

¹²⁹ Clement/Rodat, s. 34, 41.

¹³⁰ Zira kanunun birinci maddesine göre hiç kimse sadece doğumundan ötürü bir zarar meydana geldiğini ileri süremez: “Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice de seul fait de sa naissance”

¹³¹ “Lorsque la responsabilité d’un professionnel ou d’un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d’un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d’une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap.”

zamanda elde edemedikleri kazançlar maddi zarar olarak nitelendirilecektir¹³². Böylece özürlü çocuğun sakatlığına bağlı olarak yapılacak olan her türlü masraf talebi devre dışı bırakılmıştır¹³³. Bu masraflar Fransa'daki özürlü insanların ihtiyaçlarını karşılamak için kurulan bir komite (la solidarité nationale) tarafından karşılanacaktır.

Alman Hukukunda, istenmeyen yaşam davasının ilk kez konu edildiği davada¹³⁴ Federal Mahkeme önce istenmeyen yaşam kavramı açıklamış, daha sonra ise hekimin herhangi bir tıbbi müdahalesinin bulunmaması, ancak ana rahminde sağlıklı gelişen cenine doğru tanı koyamaması nedeniyle çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde çocuk için uğramış olduğu bedensel ve ruhsal kayıpların tazmin edilir bir maddi zarar teşkil etmediğine karar vermiş, bu nedenle çocuğun doğmamış olması gerektiğini ileri sürerek yaptığı ve yapacağı harcamalar nedeniyle hekimden maddi tazminat talep edemeyeceğini ifade etmiştir. Federal Mahkeme şu gerekçelerle özürlü doğan çocuğun talebini reddetmiştir: İstenmeyen yaşam davalarında davalı hekim, çocuğun özürlü olarak doğmasının sebebi değildir; özel tedbirler alarak bunu engelleyebilecek durumda da değildir. Bununla birlikte anneye karşı olan borcunu ihlal etmesi, yani çocuğun ana rahminde sağlıklı olarak geliştiği ve özürlü olarak doğacağı konusunda anneyi bilgilendirememesi nedeniyle muhtemel bir kürtaj hakkının kullanılmasını engellemiş ve bu nedenle çocuğun özürlü olarak doğumuna sebep olmuştur. Ancak bir hastalıktan etkilenmesi sonucu çocuğun sakat doğacak olması ve toplumun veya çocuğun kendi düşüncesine göre bu durumun onun hayatını “değersiz” hale getirecek olması nedeniyle çocuğun doğumunu engellemek için haksız fiiller açısından hekime bir yükümlülük yüklenmemiştir. Hekimin bu davranışı da haksız fiiller açısından dikkate alınacak bir davranış değildir. İnsan yaşamı yasal olarak en üst düzeyde korunan haklardan biridir; hiç kimse onun değeri hakkında karar veremez. Hukuki açıdan hekimin cenini yaşatma görevi, onun özürlü olarak doğacak olup olmamasına bağlı değildir. Öğretide de yaşamama ve

¹³² Büyüksağış, **Zarar**, s. 356, N 819.

¹³³ Priaulx, s. 340.

¹³⁴ BGHZ 86, 240, JZ, 1983,447; bu kararda özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun zararlarının tazmini konu edilmiştir. Alman Hukukunda, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuğun zarar olarak kabul edilip edilmeyeceği ve bakım masraflarının tazmini sorunu için bkz. Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-II, Maddi Zarar Olarak «Çocuk»”, **BATİDER**, Cilt: XXI, S: 3, 2002, s. 38 v.d.

özürlü olarak yaşama arasında bir karşılaştırılma yapılamayacağı ve çocuğun doğumunun zarar olarak nitelendirilemeyeceği gerekçeleriyle çocuğun tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁵.

İsviçre Hukukunda mahkemelerde şu ana kadar istenmeyen yaşama ilişkin bir talep dava konusu edilmiş değildir¹³⁶. Ancak öğretilde özürlü olarak doğma riskinin bulunduğu çocuğun ebeveynlerine bildirilmemiş olması ve ebeveynlerin kürtaj imkânından yoksun bırakılmaları halinde, özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun doğumunu engellememiş olan hekimden özürlü olarak doğması sebebiyle yapmak zorunda kaldığı veya kalacağı harcamalarının tazmin edilmesini haksız fiil hükümlerine göre isteyebileceği kabul edilmektedir¹³⁷. Zira hekimin, ceninin gelişimi hakkında onun ana ve babasına bilgi verme konusunda özen yükümü bulunmaktadır¹³⁸, o halde özen yükümünü ihlal eden hekim, ceninin ana rahmindeki gelişimine ilişkin tanıları koyamayıp ve ceninin gelişimi ile ilgili ebeveynleri bilgilendiremeyerek sonuçta onun özürlü olarak doğumuna ve normal doğmuş birine oranla daha fazla harcamada bulunmasına neden olmaktadır.

Yabancı hukuklarda mahkeme kararlarında ve öğretilde ifade edildiği gibi istenmeyen yaşam davalarında çocuk, hekimin kusurunun “*özürlü olarak doğumuna*” neden olduğunu değil, hekimin kusurunun ki buradaki kusur çocuğun özürlü olarak doğabileceği riski konusunda ebeveynlerini yeterince bilgilendirememesidir, özürlü çocuğun “*doğumuna*” neden olduğunu iddia etmektedir¹³⁹. Hekimin herhangi bir tıbbi müdahalesi bulunmaksızın sadece ana rahmindeki ceninin anormal gelişimini özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle teşhis edememesi ve bu konuda ebeveynleri bilgilendirememesi gelişim bozukluğu bulunan çocuğun doğumunun gerçekleşmesine neden olursa acaba Hukukumuz açısından hekimin bu davranışı haksız fiil niteliği taşıyacak mıdır? Hukukumuzda hekimin söz konusu davranışının haksız fiil teşkil ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Şöyle ki, tedavi

¹³⁵ Däubler, s. 95 N 29; Reinhard Merkel, “Wrongful Birth-Wrongful Life: Die menschliche Existenz als Schaden?”, **Verantwortung In Recht Und Moral**, Stuttgart, 2000, s. 185.

¹³⁶ Mannsdorfer, **Rights of Embryo**, s. 549.

¹³⁷ Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006, N 14.04; Thomas M. Mannsdorfer, **Pränatale Schädigung**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000, N 932.

¹³⁸ Mannsdorfer, **Schädigung**, N 936.

¹³⁹ Guttman, s. 128.

imkânının bulunmadığı ihtimallerde, hekimin, ceninin ana rahmine zaten sağlıklı olarak düştüğünü ya da bir hastalıktan etkilenmiş olması nedeniyle ana rahminde sağlıklı olarak geliştiğini kusuru nedeniyle gözlemleyememesi ve bu konuda ceninin ana ve babasını bilgilendirememesi hukuka aykırı bir fiil teşkil etmektedir. Çünkü hekimin özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle ana rahmindeki ceninin sağlıklı olarak geliştiğini teşhis edememesi, onun tıp biliminin öngördüğü kurallara aykırı hareket ettiğini göstermektedir. Bu nedenle hekimin davranışı hukuka aykırıdır. Hekimin sorumluluğu açısından hukuka aykırı fiil ve kusur unsurları aynı anda gerçekleştiğinden (tıp bilimin öngördüğü kurallara aykırı hareket etmek hekimin aynı zamanda kusurlu olduğunu da göstermektedir) hekimin kusuru da söz konusudur. Ancak hekimin kusurlu ve hukuka aykırı davranışı bir zarara neden olmamaktadır, bizatihi çocuğun doğumu bir zarar olarak kabul edilemez. Ayrıca hekimin teşhis yükümlülüğü eğer mümkünse tedavinin gerçekleştirilmesi ve çocuğun sağlıklı olarak doğumunun sağlanmasıdır. Bu nedenle hekimin, özürlü olarak doğacağı anlaşılan ceninin doğumunu engellememesi normun koruma amacına da girmemektedir.

Bunun dışında çocuğun, özürlü olarak hayatını geçirmektense hiç yaşamamış olmayı, özürlü olarak doğması sebebiyle acı ve ızdırap duyduğunu gerekçe göstererek hekimden manevi tazminat talep etmesi mümkün değildir. Zira yaşam hakkı Anayasa m. 17 I'de kişilere tanınan bir haktır; yaşamama hakkı ise kişilere tanınmış yasal bir hak değildir. Bunun dışında özürlü, eksik ve tatminsiz bir yaşam sürmenin hiç yaşamamaya oranla bir zarar teşkil edeceği de söylenemez¹⁴⁰.

Öğretide de çocuğun, doğumunu engellememiş hekimden haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep etmesi hiç doğmama fırsatının kaçırılmamış olmasının tazmini mümkün bir zarar kalemi ve hukuken korunan bir menfaat olmadığı gerekçeleriyle kabul edilmemektedir¹⁴¹.

Hukukumuzda söz konusu soruna ilişkin olarak verilen 12.12.2002 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı¹⁴² ise çocuğun özürlü olarak doğması nedeniyle zararlarının tazminini hekimden talep edebileceğini kabul etmesi yönünden dikkat

¹⁴⁰ Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 319.

¹⁴¹ Büyüksağış, **Zarar**, s. 380 vd.

¹⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 12.12.2002, E: 2002/ 13–1011, K: 2002/1047, Karar metni için bkz. <http://yargitay.gov.tr/guncel/guncel.php>.

çekicidir. Konumuz açısından önemi dolayısıyla karara konu olayı kısaca özetlemek ve kararda varılan sonucun doğruluğunu irdeleyebilmek için mahkemelerin söz konusu karara ilişkin gerekçelerine yer vermek gereklidir.

E. K. 19.7.1993 tarihinde davalı şirket tarafından işletilen hastaneye başvurmuş ve hamile olduğunun saptanması üzerine doğum öncesi kontrol ve tetkiklerini davalı şirkete bağlı olarak çalışan diğer davalı hekimler C. A. ve E. C.'ye yaptırmıştır. Doğum öncesinde davacı E. K.'yi sürekli kontrol altında tutan hekimler, E. K.'ye sağlıklı bir çocuk dünyaya getireceğini söylemişlerdir. Ancak E. K. bu hastanede 31.1.1994 tarihinde erken doğum yapmış ve A. K.'yi birçok anormalliklerle dünyaya getirmiştir. A. K.'nin erkeklik organı ve anüsü bulunmamakta, dışkısını operasyonla torbaya yapmaktadır, genel olarak karın bölgesi dışarıdadır, her iki ayağının da hareket kabiliyeti yoktur ve daha birçok anormallikleri bulunmaktadır. Bunun üzerine A. K.'ya velayeten ve kendisine asaleten T. K. ve E. K. 27.1.1995 tarihinde davalılar aleyhine dava açarak, E. K.'nin hamilelik döneminde risk raporunda AFP değerinin sınırdan gösterilmiş olmasına rağmen davalıların konu üzerinde hassasiyetle durmadıklarının ve tüm bu olaylara davalıların yanlış tanımlarının neden olduğunu ileri sürerek, kendi adlarına manevi tazminatın ve A. K. adına da manevi tazminat ile iş göremezlik tazminatı ve bakıcı masrafı için maddi tazminatın 31.1.1994 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte ödetilmesine karar verilmesini, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak, istemişlerdir. 8.12.1999 tarihinde Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinden A. K.'nin %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğuna dair rapor mahkemeye sunulmuştur. Bunun üzerine davacılar 7.11.2000 tarihinde açtıkları ek dava ile A. K.'nin sürekli iş göremediği nedeniyle ve bakıcı gideri olarak tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Davalılar, davacı E. K.'nin doğum öncesi kontrol ve bakımlarının kendi hastanelerinde yapıldığı ancak olayda özensizlik ya da dikkatsizliğin bulunmadığını, bu tür vakıaların çok nadir görüldüğünü ve bunda kusurlarının olmadığını, doğum öncesinde bebekteki anormalliğin tanısı koyulmuş olsaydı bile gebeliğin tıbben sonlandırılmayacağını, zira bu tür bebeklerin doğum sonrası ameliyatlara yaşama şansının çok yüksek bulunduğunu, davacı E. K.'nin tüm aşamalarda tam bir tıbbi özenle takip edilmesine rağmen anomalili bebek doğumunun engellenemediğini

savunarak açılan davanın reddini talep etmişler; ek davaya karşı da zamanaşımı def'inde bulunmuşlardır.

Bu kararda Yargıtay, çocuğun özürlü olarak doğmasına sebebiyet veren hekimlerden ve hastaneden maddi ve manevi tazminat taleplerini kabul etmiştir. Ancak Adli Tıp Genel Kurulu Raporuna dayanılarak özürlü çocuğun sürekli olarak iş görememesi nedeniyle açılan ek davayı zaman aşımı süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle kabul etmemiştir. Bu nedenle kararda tartışılan esas mesele davacılar tarafından ek davanın zaman aşımı süresi içinde açılıp açılmadığıdır. Yoksa Yerel Mahkeme, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çocuğun ve ebeveynlerinin, hekimlerden ve hastaneden zararlarının tazminini isteyebileceği yönünde aynı görüştedirler. Kararda gerek ebeveynler gerekse özürlü olarak doğan çocuk ile hekimler ve hastane arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edildikten sonra, tazminat talebinin hukuki dayanağı olarak da hekimlerin akdedilen vekâlet sözleşmesini ifada özen borcuna aykırı davranışları gösterilmiştir. Ancak davacılar ve davalılar arasındaki hukuki ilişki açısından kararda varılan sonucun doğru olmadığı anlaşılmaktadır.

Karara konu olayda davacılar E. K. hamilelik şüphesi ile davalı hastane işletmesine başvurmuştur. Yapılan test sonucunda E. K.'nin hamile olduğunun anlaşılması üzerine doğum öncesi kontrol ve tetkiklerinin yapılması için davalı hastane işletmecisi ile E. K. arasında sözleşme akdedilmiştir. Taraflar arasında akdedilen bu sözleşme bir hekimlik sözleşmesidir. Bu sözleşme gereğince borçlu hastane işletmecisi davalı annenin hamileliği süresince kontrol ve tetkikleri yaparak ceninin gelişimini izleyecek ve durumu hakkında ebeveynleri bilgilendirecektir. Davalı hastane işletmecisi, davacılar ile akdettiği sözleşmeden doğan borcunu kararda davalı hastane işletmesine bağlı olarak çalıştığı ifade edilen hekimler aracılığı ile ifa etmektedir. Yani hekimler hastane işletmecisinin yardımcı şahıslarıdır. Hastane işletmecisi, davacılar ile akdettiği sözleşmeden doğan borcunu yardımcı şahısları olan hekimler aracılığı ile ifa etmektedir. Bu nedenle borçlu hastane işletmecisinin borcun ifasında kullandığı yardımcı şahısların, borca aykırı fiilleri nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararlardan kusursuz olarak sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hastane işletmecisinin alacaklının uğramış olduğu

zararlardan sorumlu tutulabilmesi için BK m. 100'de belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁴³.

Davalı hastane işletmecisi davacılar ile arasındaki sözleşmeden doğan borcunun ifasını yardımcı şahıslar olan ve hastaneye bağlı olarak çalışan hekimler aracılığı ile yerine getirdiğinden, vekâlet sözleşmesi gereği kendisine kanunen yüklenmiş olan özen yükümünü de yardımcı şahısları vasıtasıyla yerine getirmektedir. Bu nedenle hekimlerin, özen yükümüne aykırı davranarak, borcun ifasına aykırı fiilleri ile alacaklıya zarar vermeleri, BK m. 100 gereğince borçlu hastane işletmecisinin sorumluluğuna yol açar¹⁴⁴. Davalı hekimlerin davacı E. K.'nin doğum öncesi kontrol ve tetkikleri sırasında risk raporunda AFP¹⁴⁵ değerinin sınırdan gösterilmiş olmasına rağmen konu üzerinde hassasiyetle durmamaları ise onların gerekli tüm özeni göstermediklerini ortaya koymaktadır.

Kararda davalı hekimlerin davalı hastane işletmesine bağlı olarak çalıştıkları ifade edilmiştir. Dolayısıyla davacılar ve davalı hekimler arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığını belirlemek gereklidir.

¹⁴³ Karara konu olayda Bk m. 100'ün şartlarının gerçekleştiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Tülay Aydın, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi", **İÜHF**, C: LXIV, S: 2, 2006, s. 333 v.d.

¹⁴⁴ Davalıların BK m. 55 uyarınca yardımcı şahıs çalıştıranların sorumluluğu uyarınca davalı hastane işletmesinin haksız fiil sorumluluğuna dayanmasına ise bir engel bulunmamaktadır. Zira davalılar ile arasında bir hekimlik sözleşmesi bulunan hastane işletmesinin sözleşmeden doğan borcunun ifası sırasında kullandığı yardımcı şahsın, hastaya zarar vermesi durumunda BK m. 100 dışında, müstahdem eğer istihdam edenin emri altında, ona bağımlı olarak çalışıyorsa BK m. 55 hükmüne göre yardımcı şahıslardan dolayı haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu halde BK m. 100 ve BK m. 55 kurallarının yarışmasından söz edilir. Bu halde zarar gören dilerse haksız fiil sorumluluğu, dilerse sözleşmesel sorumluluk esaslarına dayanabilir. Ancak zarar görenin ispat külfeti, yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluk ve zaman aşımı yönünden düşünüldüğünde zarar gören hastanın sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre hekimin sorumluluğuna başvurması daha yararlı olacaktır. Zira tıbbi müdahalelerden doğan sorumlulukta hekimin kusurunun ispatı çok zor olduğundan zarar gören tazminat talep edebilmek için zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olduğu haksız fiil sorumluluğu yerine borçlunun kusur karinesine yer veren sözleşmesel sorumluluğu tercih edecektir.

¹⁴⁵ AFP (alfa fetoprotein) büyük kısmı bebeğin karaciğerinden salgılanarak anne adayının kanına geçen hormondur. Gebeliğin 16-18. haftaları arasında anne adayından alınan kanda üç ayrı hormon tetkiki (üçlü test) yapılır. Bu şekilde bebekte Trisomi 18, Down sendromu ve Nöral tüp defekti riski belirlenir. AFP de tetkiki yapılan bu üç hormondan biridir. NTD (Nöral tüp defekti) durumlarında nöral dokuyu örten yapıdaki açıklık şeklindeki defektten amnios sıvısına ve buradan da anne adayının kanına normalden fazla AFP hormonu geçer. Bu yüzden AFP değeri gebelik haftasına göre olması gerekenden daha yüksek çıkar. Yükseklik ne kadar fazla olursa bebekte NTD varolma riski o kadar yüksek olarak belirlenir. Bu konuda bkz. <http://www.gebelik.org/dosyalar/prenatal/uclytest.html> (Çevrimiçi-18.02.2007); Üçlü testte AFP estriol değerlerinin düşük olması ve HCG (Human Chorionic Gonadotropin) değerinin yüksek olması ise kromozom anomalisini (Down sendromu) düşündürür. Bu konuda bkz. <http://gebelik.org/dosyalar/anomaliler/trizomi21tani.html> (Çevrimiçi-18.02.2007).

Olayda davacı E. K.'nin hamile kaldığını öğrenmesi üzerine davalı hekimlerden herhangi birine müracaatta bulunduğu ya da davalı doktorların muayenehanelerine giderek onların özel olarak takip ettikleri hastası olduğuna dair herhangi bir açıklık yoktur. Aksine söz konusu davacının doğum öncesi kontrol ve tetkiklerini yaptırmak üzere davalı hastane işletmesine başvurduğu belirtilmektedir. Davacı E. K.'nin hastaneye müracaat ederken, doğum öncesi tetkiklerinin mutlaka hastane işletmesinin bünyesinde görevlendirdiği davalı hekimler tarafından yapılmasını istediği yönünde bir beyanı da söz konusu değildir. Yani davacı kontrol ve tetkiklerini yapmasını istediği hekimleri seçmemiştir. Davalı hastane işletmecisi de davacılar ile aralarındaki sözleşme gereği üstlenmiş olduğu borcu, olayların normal akışına göre hastane bünyesinde görevlendirdiği hekimler aracılığı ile yerine getirmektedir. Açıklanan bu nedenlerle davacılar ve davalı hekimler arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Davacılar sözleşmeyi hastane işletmecisi ile akdettiklerinden ve hekimlerle aralarında bir sözleşme bulunmadığından, davacıların hekimlerin sözleşmesel sorumluluğuna dayanmaları söz konusu değildir. Zira kural olarak, borçlunun borcun ifasında kullandığı yardımcı şahıs tarafından zarara uğratılan alacaklının, yardımcı şahıstan doğrudan doğruya zararının giderilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır; meğerki yardımcı şahsın borca aykırı fiilleri alacaklı açısından bir haksız fiil teşkil etsin¹⁴⁶. Bu halde BK m. 41'e göre yardımcı şahısların sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁴⁷.

Olayda hekimler ve davacılar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, ancak hekimlerin borca aykırı fiilleri alacaklı davacılar açısından bir haksız fiil teşkil ettiğinden hekimlerin sorumluluğuna ancak BK m. 41 aracılığı ile gidilebilir¹⁴⁸.

A. K.'nin de davalı hekimler ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak davalı hekimlerin yardımcı şahısları oldukları hastane işletmecisinin borcunu ifa ederken, bu borca aykırı davranışları, yani özen yükümüne aykırı hareketleri, davacı A. K.'nin özürlü olarak doğumuna neden olduğundan A. K. haksız fiil hükümlerine, BK m. 41 v.d., dayanarak hekimlerin sorumluluğuna başvurabilecektir.

¹⁴⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu./Alttop, s. 901.

¹⁴⁷ Reisoğlu, s. 13; Erman, s. 153; Büyükay, s. 47.

¹⁴⁸ Büyükay, s. 48.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, davalıların sorumluluklarının hukuki temeli açısından herhangi bir ayırım gözetmeksizin davacılar ile davalılar arasında vekâlet sözleşmesinin varlığını kabul etmesi isabetli gözükmemektedir.

Olaydan anlaşılacağı üzere davacılar doğum öncesi kontrol ve tetkikleri yaptırmak üzere davalı hastane işletmesine başvurdıklarından vekâlet sözleşmesi bu taraflar arasında uygulama alanı bulacaktır, davalı hekimler ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından onların söz konusu davacılar karşı yalnızca haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Özürlü olarak doğan davacı A. K. ile hastane arasında bir sözleşmesi ilişkisi bulunmamaktadır. Zira A. K. hastane işletmecisi ile ebeveynleri arasında akdedilen vekâlet sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle A. K.'nin sözleşmesel sorumluluk dayanarak hastane işletmecisinden tazminat talep etmesi, kural olarak, mümkün değildir¹⁴⁹. Davalı hekimlerin A. K.'ya karşı sorumlulukları ise haksız fiile sorumluluğuna dayanmaktadır.

Hekimlerin, özürlü olarak doğan çocuğa karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklarının kabul edilmesinden sonra zaman aşımı konusunda da haksız fiile ilişkin zaman aşımı süresinin uygulanması gerekmektedir. Haksız fiiller için zaman aşımı süresi de BK m. 60 I'e göre zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zarara sebep olan fiilin işlenmesinden itibaren on yıldır. Somut olay açısından, Yargıtay'ın zararın çocuğun doğumu anında öğrenildiğini kabul etmesi ise doğru gözükmemektedir. Zira A. K.'nin doğduğu 31.1.1994 tarihinde Yargıtay kararında ifade edildiği üzere basit bir fiziki muayene ile fark edilebilecek olan zararlar A. K.'nin erkeklik organının bulunmaması, anüsünün bulunması gereken yerde bulunmaması ve genel olarak karın bölgesinin dışarıda bulunmasıdır. A. K.'nin basit bir fiziki muayene ile anlaşılamayan, detaylı bir araştırma neticesinde ortaya çıkan (mesela sağ böbreğindeki zarar gelişimi, görme bozukluğu gibi) zararları da söz konusudur. Bu nedenle A. K.'nin gelişen bir zararı bulunmaktadır ve gelişen duruma göre zararın kapsamını tayin etmek ancak Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinin 8.12.1999 tarihinde sunduğu raporda A. K.'nin

¹⁴⁹ Özürlü olarak doğan çocuğun tarafı olmadığı sözleşmeye dayanarak davalı hastane işletmecisinden sözleşmesel tazminat talep edebileceği ihtimal için bkz. aş: s. 101 vd.

%100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğini ifade etmesi ile mümkün olmuştur. Bu nedenle yerel mahkemenin de kabul ettiği üzere zararın öğrenildiği tarih söz konusu raporun sunulduğu tarihtir ve BK m. 60'a göre zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlayan bir yıllık zaman aşımı süresi de bu tarihten itibaren başlamalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında somut olay açısından gelişen bir zararın mevcut olmadığı yönündeki kararı doktrinde şu gerekçeyle eleştirilmektedir: Hekimin kusurlu davranışının çocuğun özürlü olarak doğumuna neden olması durumunda çocuğun doğumu ile birlikte zararın bütünüyle öğrenilmiş sayılamaz. Bu görüşe göre özellikle gelişen bir zarar olması durumunda takip eden yıllardaki bakım ve tedavi giderlerinin tamamlandığı ya da kesin olarak hesaplandığı andan itibaren zaman aşımı süresi işlemeye başlamalıdır. Beden bütünlüğünün ihlalden doğan zarar, tedavi giderleri, geçici veya sürekli kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması gibi kalemlerden oluştuğundan zarar görenin dava açabilmesi için bu kalemlerden oluşan genel zararı öğrenmesi gereklidir ve bu nedenle de en son zarar kaleminin gerçekleşip genel toplam zararın öğrenildiği tarihte zaman aşımı süresi işlemeye başlamalıdır¹⁵⁰. Olayda da zararın öğrenildiği tarih olarak Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinden A. K.'nin %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğuna dair raporun mahkemeye sunulduğu 8.12.1999 tarihinin zaman aşımının başlangıcı olarak kabul edilmesi daha doğru gözükmektedir. Özürlü doğan çocuk, sürekli iş görememesi nedeniyle talep ettiği tazminata böylelikle kavuşabilecektir.

Yargıtay yeni tarihli bir kararında¹⁵¹ 23.09.2002 tarihinde meydana gelen bir trafik kazası nedeniyle 4.9.2002 tarihinde açılan maddi ve manevi tazminat davasında davacının zararının gelişme gösterdiğini ve gelişen durum sürdükçe zamanaşımının işlemeyeceğini kabul ederek Adli Tıp Raporunda davacının %100 oranında iş gücünü kaybettiğini belirten raporun mahkemeye sunulduğu tarihi BK m. 60 I uyarınca başlayacak olan bir yıllık zaman aşımı süresine esas almıştır. Yargıtay bu kararda şu gerekçelerle davanın süresinde açıldığı hükmüne varmıştır: “...Zararın gelişme gösterdiği durumlarda zamanaşımının başlangıcı olarak zararın geliştiği

¹⁵⁰ Büyükay, s. 141, özellikle s. 143.

¹⁵¹ Yarg. 4. H.D. 19.06.2006, E: 2005/9285, K: 2006/7428, YD, 2007, S: 133, s. 106–107.

günü, sona erdiği günü, gelişen durumun öğrenildiği günü önemi vardır. Gelişen durum sürdükçe zamanaşımı işlemesi söz konusu olmaz. Zira zararın giderek artması söz konusudur. Somut olayda Adli Tıp Kurumu'nun 03/12/2004 günlü raporunda; davacıda trafik kazası travması sonrasında gelişmiş ağır psikiyatrik bozukluk bulunduğu ve %100 oranında işgücü kaybı mevcut olduğu ve bu sakatlık durumunun trafik kazasıyla uygun illiyet bağı içinde olduğu belirtilmektedir. Bu rapor gözetildiğinde gelişen tıbbi zarar bulunduğundan sakatlık oranının (zarar miktarının) 03/12/2004 günlü rapora ıtıla ile bir yıllık zamanaşımı süresinin (BK'nun 60/1) başlatılması gerekmektedir. Bu durumda ise zamanaşımının dava gününde dolmadığı belirgindir..." Aynı gerekçelerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olayda da Adli Tıp Kurumunun raporunun mahkemeye sunulduğu tarihin zamanaşımı süresinin başlangıcına esas alınması gerekmektedir.

d. Ara Sonuç

Yukarıda¹⁵² haksız fiilin koşulları ayrıntılı olarak açıklandığı üzere doğumdan önce cenine kusurlu tıbbi müdahalede bulunan hekimin bu davranışı bir haksız fiil teşkil etmektedir. Zira haksız fiilin şartlarından olan hukuka aykırı fiil, zarar, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı ve kusur şartları gerçekleşmiş olacaktır. Hekimin tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmemiş olması nedeniyle kusurunun; ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki mutlak hak niteliği taşıyan kişilik hakkını ihlal etmesi nedeniyle hukuka aykırı davranışının; özürlü olarak doğan çocuğun bu nedenle malvarlığı ve kişi varlığında meydana gelen zarar ile hekimin hukuka aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağının varlığının söz konusu olması nedeniyle hekimin özürlü olarak doğan çocuğa karşı BK m. 41 ve devamı hükümlerine göre haksız fiilden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Cenine herhangi bir kusurlu tıbbi müdahalede bulunmayan, ancak onun ana rahminde sağlıksız geliştiğini özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle teşhis edemeyen ve bu konuda ebeveynleri bilgilendiremeyen hekim, ebeveynleri muhtemel bir kürtaj imkânından yoksun bırakırsa ve çocuğun özürlü olarak

¹⁵² bkz. yuk: s. 55 vd.

doğumuna neden olursa hekimin sorumluluğu açısından bir ayırım yapılması gereklidir. Şöyle ki eğer hekim cenindeki gelişim bozukluğunu ya da onun bir hastalıktan etkilenmiş olduğunu zamanında teşhis etmiş olsaydı söz konusu hastalığı ya da gelişim bozukluğunu tedavi edebilecek ve böylece çocuğun sağlıklı olarak doğumu sağlanabilecek idiyse bu halde hekimin davranışı hareketsiz kalma şeklinde haksız fiil teşkil edecektir. Zira hekimin özen yükümüne aykırı davranışı nedeniyle hastalığı ya da gelişim bozukluğunu teşhis edememesi çocuğun mutlak hakkı olan vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Ancak hekim, cenindeki gelişim bozukluğunu zamanında teşhis etmiş olsaydı bile ana rahminde yapılacak bir tedavi ile çocuğun sağlıklı olarak doğumu mümkün değilse hekimin ebeveynlere karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olmakla birlikte (zira hekim kusuru nedeniyle ebeveynleri bilgilendiremeyerek muhtemel bir kürtaj ya da gebeliğe devam kararından yoksun bırakmıştır) özürlü olarak doğan çocuğa karşı haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu bulunmayacaktır. Hekimin özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle ana rahmindeki ceninin sağlıksız olarak geliştiğini teşhis edememesi onun tıp biliminin öngördüğü kurallara aykırı hareket ettiğini göstermektedir. Bu nedenle hekimin davranışı hukuka aykırı ve aynı zamanda da kusurludur. Ancak hekimin hukuka aykırı davranışı bir zarara neden olmamaktadır. Hekim, ceninin ana rahminde sağlıksız olarak geliştiğini teşhis etmiş olsaydı bile tedavi ile çocuğun sağlıklı olarak doğumu mümkün değilse hekimin davranışının bir zarara yol açtığı söylenemeyecektir. Zira bu ihtimalde çocuğun doğumu bir zarar olarak nitelendirilemez. Ayrıca hekimin, cenin açısından teşhis yükümlülüğünün amacı eğer mümkünse tedaviyi gerçekleştirmek ve böylece ceninin sağlıklı olarak doğumunu sağlamaktır. Yoksa ana rahminde ceninin sağlıksız olarak geliştiğini ve tedavinin mümkün olmadığını teşhis eden hekimin ceninin hayatına son vermesi, onun doğumuna engel olması normun koruma amacına (teşhis yükümlülüğünün amacına) da girmemektedir.

4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Bağlamında Hekimin Çocuğa Karşı Sözleşmesel Sorumluluğu a. Genel Olarak

Çocuk bekleyen ebeveynler sağlıklı bir çocuk dünyaya getirme amacıyla çoğunlukla gebeliğin başlangıcından itibaren bir hekime müracaat ederek gebelik süresince ceninin gelişimi hakkında bilgilendirilmek isterler ve çoğu kez hekim ve ebeveynler arasında bu amaçla bir sözleşme akdedilir. Bu sözleşme gereğince hekim, gebelik süresince ceninin ana rahmindeki gelişimini gözlemleyecek, kontrollerin ve olağan testlerin yanında, ceninin gelişimi açısından bir anomaliden şüphe edilmesi halinde gerekli diğer testlerin de yapılmasını sağlayacak ve bu konuda ebeveynleri bilgilendirecektir. Hekimin ebeveynler ile akdettiği bu sözleşmeye aykırı davranması eğer ana rahmindeki ceninin özürlü olarak doğumuna yol açarsa acaba özürlü olarak doğan çocuk, tarafı olmadığı bu sözleşmeye dayanarak hekimden sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre zararlarının tazminini talep edebilecek midir?

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun ebeveynleri ile hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak tazminat talep edip edemeyeceğini şu iki ihtimal açısından incelemek gereklidir. Birincisi, hekimin kusurlu bir tıbbi müdahale ile çocuğun özürlü olarak doğumuna sebep olmasıdır. İkincisi ise hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi bulunmamasına rağmen özen yükümüne aykırı davranması sonucu, cenin henüz ana rahminde iken tedavi edilebilecek gelişim bozukluğunu teşhis edememesi ve bu nedenle ceninin özürlü olarak dünyaya gelmesidir. Bu iki hal için de özürlü olarak doğan çocuk hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurabilir. Ancak sözleşmesel sorumluluk kuralları zarar gören kişiye haksız fiil sorumluluğuna göre daha iyi koruma sağlamaktadır. Özellikle haksız fiile ilişkin kurallar tazminat açısından gerçekçi çözümler sunmamakta, söz konusu çözümleri sözleşme hukuku kuralları mümkün kılmaktadır¹⁵³. Hekim, cenindeki gelişim bozukluğunu zamanında teşhis etmiş olsaydı bile çocuğun özürlü olarak doğumu engellenemeyecek idiyse bu halde hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyeceği gibi çocuğun, ebeveynleri ile hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak tazminat talep etmesi de söz konusu edilemeyecektir.

¹⁵³ Serozan, **Haksız Fiil**, s. 716.

Bu ihtimallerde çocuğun hekimden sözleşmesel tazminat talep edip edemeyeceği sorusuna yanıt verebilmek için öncelikle hekim ve ebeveynler arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliği ve hekimin bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri belirlenmeli ve hangi hallerde hekimin sözleşmeye aykırı davranmış sayılacağıın tespit edilmesi gereklidir.

b. Hekim ile Ana ve Baba Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Hekim, genel olarak, hasta ile akdettiği sözleşme uyarınca onlara karşı bir iş görme edimini borçlanır. Ancak iş sözleşmesinden farklı olarak bu sözleşmede önemli olan hekimin belirli ya da belirsiz bir süre için¹⁵⁴ hizmette bulunması veya iş gücünü hastanın emrine tahsis etmesi değildir¹⁵⁵. Yani hekim ile hasta arasında Yargıtay kararlarında¹⁵⁶ belirtildiği gibi “...her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık...” ilişkisi mevcut değildir. Hekimin tedavide uygulayacağı metot bakımından hastanın rızası ile bir ölçüde ona bağımlı olduğu söylenebilirse de aslında hastaya bağımlılık nisbidir; hekimin bağımlılığı daha çok tıp kurallarında söz konusu olmaktadır¹⁵⁷. Bu özelliğiyle hekimlik sözleşmesi hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Hekimin hastayı tedavi etmesi belirli bir şekilde ortaya çıkan ve tek bir görüntü arz eden bir faaliyet olmadığı için istisna sözleşmesinden de ayrılmaktadır¹⁵⁸.

İşte hekim ile hasta arasında akdedilen bu sözleşme uygulamada hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılmakta ve hukukumuzda, tartışmalı olmakla birlikte,

¹⁵⁴ Öğretide hekimin hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin belirli ya da belirsiz bir süre içerisinde hizmette bulunma unsurunun ağır basması nedeniyle aile hekimliği sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı savunulmaktadır. Bkz. Resioğlu, s. 12; Süheyl Donay, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S: 10, 1968, s. 45; karş. Ayan, s. 55, dn. 43, yazara göre aile hekimliği sözleşmesi de vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır.

¹⁵⁵ Şenocak, s. 20.

¹⁵⁶ Yarg. 10. H.D., 27.2.1984, 1132/1166, (YKD, C:X, S: 6, s. 898-900).

¹⁵⁷ Aşçıoğlu, s. 17.

¹⁵⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 6. Ancak hekim ile hasta arasında belirli bir sonucun elde edilmesine yönelik estetik amaçlı müdahalelerin, ortopedist tarafından takma kol veya bacak yapımının borçlanıldığı sözleşmelerin ve diş hekimi tarafından tedavi amacı bulunmaksızın köprü, dolgu gibi sadece protez yapımının borçlanıldığı sözleşmelerin istisna sözleşmesine konu teşkil edeceği öğretide kabul edilmektedir. Şenocak, s. 23; Erman, s. 144; Donay, s. 45; karş. Ayan, s. 56, Yazar, estetik amaçlı ameliyatlarda BK m. 355 anlamında eser olarak nitelendirilemeyecekleri için vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiğini savunmaktadır.

öğretide baskın olarak kabul edildiği üzere hekim ile akdedilen sözleşme kural olarak vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir¹⁵⁹. Hakkında yasada bir düzenleme bulunmayan hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olması BK m. 386 II gereğidir. Zira BK m. 386 II'ye göre hakkında kanuni bir düzenleme olmayan tüm iş görme sözleşmeleri vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olacaktır. Öğretide vekâlet sözleşmesi “*Vekile, müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükleyen akit*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶⁰. Vekâlet sözleşmesinde iş görme borcunun konusunu hukuki işlem, hukuki işlem benzeri ya da maddi bir fiilin yapılması teşkil edebilir¹⁶¹. Hekimlik sözleşmesinde de hekim hastanın tedavi edilmesini üstlendiğinden maddi bir fiilin yapılması şeklinde bir iş görme söz konusudur¹⁶². Ancak hekimin borcu sadece hastayı muayene ederek teşhisi koymak ve bu teşhise en uygun tedavi yöntemini seçerek tedaviyi gerçekleştirmektir; yoksa istisna sözleşmesinde olduğu gibi hekim, sonucu garanti etmemekte, hastayı iyileştireceği taahhüdünde bulunmamaktadır¹⁶³. Bu nedenle de tedavinin başarılı olmaması halinde hekimin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır¹⁶⁴; meğerki tedavinin başarılı olmamasında hekimin bir kusuru bulunsun. Hekimin, iş gücünü, bu sözleşme uyarınca belirli ya da belirsiz bir süre için hastanın emrine tahsis etmesi de söz konusu değildir¹⁶⁵. Hekim sözleşmenin ifasında herhangi bir süre sınırlamasıyla bağlı olmaksızın hastanın tedavisi için gerekli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirecektir¹⁶⁶ ve ifa süresince de nisbi

¹⁵⁹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku** s. 360; Ayan, 54; Aşçıoğlu, 20; Erman, s. 143; Resioğlu, s. 13; Şenocak, s. 25; Köprülü, **Hekim**, s. 600; Donay, s. 46, Ancak yazar hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genel olarak vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini kabul ederken, hekimin hastasını ücret karşılığında bir zamanla mukayyet olarak tedavi için anlaştığı hallerde hizmet sözleşmesinin de mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. aynı eser s. 44, 48; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 68.

¹⁶⁰ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 356.

¹⁶¹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 356.

¹⁶² Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 360; Aşçıoğlu, s. 15; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 25, 33; Yavuz İpekyüz, s. 69.

¹⁶³ Aşçıoğlu, s. 16; Erman, s. 143; Yavuz İpekyüz, s. 69.

¹⁶⁴ Reşat Atabek, “Hastanelerin Sorumluluğu”, **İBD**, C: 60, S: 10–11–12, 1986, s. 632.

¹⁶⁵ Hekimin iş gücünü belirli ya da belirsiz bir süre için hastasına tahsis ettiği aile hekimliği sözleşmesinde hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönünde Resioğlu, s. 12; Donay, s. 45.

¹⁶⁶ Aşçıoğlu, s. 16; Şenocak, s. 25.

bir bağımsızlık içinde hareket edecek; yani hekim tedavi için gerekli tıbbi faaliyetlerde belli bir ölçüde karar verme serbestisine sahip olacaktır¹⁶⁷.

Hekimlik sözleşmesinin kural olarak vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olduğunu belirledikten sonra hekim ile ana ve baba arasında akdedilen sözleşmenin de vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olup olmayacağını incelemek gerekmektedir. Zira hekim, ana ve baba ile akdettiği sözleşme gereğince, belirli bir süre boyunca, yani gebelik süresince, uygulamada çoğunlukla ayda bir kez, ceninin ana rahmindeki gelişimini gözlemleyerek ebeveynlere bilgi verecektir. Söz konusu ilişkinin belirli bir zamanla sınırlı olması da taraflar arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelenip nitelenemeyeceği sorusunu akla getirmektedir¹⁶⁸. Ancak hekim ve ebeveynler arasında akdedilen bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olacağını söylemek doğru olacaktır. Hekimin ebeveynler ile akdettiği sözleşme gereğince yerine getireceği çalışma belli bir sonuca yönelmiştir; bu da ceninin gebelik süresince ana rahmindeki gelişimini takip etmek ve bir gelişim bozukluğunun teşhis edilmesi halinde tedavi edilebilir nitelikte ise hastalığı tedavi etmektir. Yapılan işin gereği olan zaman ile bir işin belirli bir süre içinde yapılması zorunluluğunu ortaya koyan süre kavramının birbirinden ayırt edilmesi gereklidir¹⁶⁹. Taraflar arasında akdedilen sözleşme gebelik süresince ana rahmindeki ceninin gelişimi hakkında bilgi almak üzere akdedildiğinden bir süre ile sınırlı olsa da taraflar arasındaki ilişkide önemli olan güven unsurudur; yoksa hekimin belirli bir süreyle sınırlı olarak sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmesi değildir¹⁷⁰. Özellikle hekim ile ana ve baba arasında, embriyo veya cenin üzerinde genetik bir tedavinin üstlenilmesi durumunda vekâlet sözleşmesinin varlığını kabul etmek zorunlu olmaktadır, zira bu halde söz konusu tedavide sonucun garanti edilmesi mümkün değildir¹⁷¹.

¹⁶⁷ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 375.

¹⁶⁸ Öğretide belirli zamanlarla, bir ücret karşılığında hastasını muayene etmeyi üzerine alan hekimin hastası ile arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir. Donay, s. 45.

¹⁶⁹ Aşçıoğlu, s. 16.

¹⁷⁰ Şenocak, s. 30, yazar hekim ile hasta arasında kendilerini bir zamanla sınırlayan ya da bir sonucun elde edilmesine yönelik bir sözleşme akdedilmesi halinde bile taraflar arasındaki ilişkide önemli olanın zaman ve sonuç unsuru değil, karşılıklı güven unsuru olması sebebiyle bu hallerde de vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağını belirtmektedir.

¹⁷¹ Büyükcay s. 43.

Taraflar arasında akdedilen hekimlik sözleşmesinin yazılı olması zorunluluğu bulunmamaktadır; kanunda vekâlet sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı aranmadığından hekimlik sözleşmesi açısından şekil serbestisi ilkesi geçerlidir (BK m. 11)¹⁷². Bu nedenle hekimin kendisine başvuran hastayı muayene etmesi, hastalığına teşhis koyması ve bir takım tedavi tedbirlerine başlaması halinde olduğu gibi sözleşmenin örtülü irade beyanıyla kurulması da mümkündür¹⁷³. Hekimlik sözleşmesinden hekim için doğan asıl borç ise tıp biliminin ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koyarak; bu teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamaktır. Ancak hekimin bu asıl borcu yanında hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme ve sır saklama gibi asıl borcunu gereği gibi yerine getirmesi için uymak zorunda olduğu yan borçları da bulunmaktadır¹⁷⁴. Hekimin hekimlik sözleşmesi ile yüklendiği bu yükümlülüklerden herhangi birini ifa etmemesi ya da gereği gibi ifa etmemesi sorumluluk için diğer şartların da gerçekleşmiş olması¹⁷⁵ halinde sözleşmenin ihlali açısından gerekli ve yeterlidir.

Hekimin, sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirirken sözleşme hükümleri yanında riayet etmek zorunda olduğu tıbbi mesleki yükümlülükler de bulunmaktadır¹⁷⁶. Hekimin sözleşmeden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa edip etmediği belirlenirken sözleşme hükümleri yanında söz konusu tıbbi meslek kuralları

¹⁷² Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 390; Şenocak, s. 34.

¹⁷³ BK m. 387'ye göre "Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır". Bu hüküm vekâlet sözleşmesinin zımnî kabulle kurulmasını düzenlemektedir. Hekimler Devletten aldıkları ruhsata dayanarak mesleki faaliyetlerini yürütürler ve kendisine başvuran hastalara karşı yerine getirdikleri tedavi faaliyetleri mesleklerinin icabıdır. Bu nedenle söz konusu hüküm gereğince hekimin, kendisine, hastalığının tedavisi için başvuran hastanın icabını derhal reddetmemesi halinde vekâlet sözleşmesi zımnî kabulle kurulmuş olacaktır. Şenocak, s. 35.

¹⁷⁴ Ayan, s. 58, 64. Burada hekimin hekimlik sözleşmesinde uymakla zorunlu olduğu özen yükümünün bir yan borç olduğunu ifa ettik. Ancak özen yükümünün hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Vekilin özen yükümünün bir edim yükümü, bir yan yüküm, yani tek başına var olabilen bir yüküm olmadığı, davranış yükümlerinin bir alt kategorisi olan özen yükümlerinin özel bir görünümü olduğu da savunulmaktadır. Mustafa Alper Gümüş, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, Beta, 2001, s. 142.

¹⁷⁵ Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin ihlali yanında zarar, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında illiyet bağı ve kusur şartlarının gerçekleşmiş olması gereklidir. Hekimin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Sözleşmesel sorumluluktaki sözleşmeye aykırılık unsuru ise haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsuruna paralel bir nitelik taşımaktadır. Ayan, s. 62.

¹⁷⁶ TDN m. 15.

da dikkate alınacaktır¹⁷⁷. Tıbbi meslek kuralları, hekimin, hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da riayet etmek zorunda olduğu kurallardır; bu nedenle hekim, sözleşme olmasa da mesleğinin gerektirdiği önlemleri almak zorundadır¹⁷⁸.

Hekimin çalışma konumuz açısından önem taşıyan borcu ise işini özenle yapma borcudur¹⁷⁹. Hekimin, hasta ile sözleşme akdetmiş olduğu hallerde ise özen yükümü vekâlet sözleşmesine ilişkin olan ve vekilin borcunu özenle yerine getirmesi gereğini ortaya koyan BK m. 390 II'ye ve hukuk düzeninin genel buyruklarına dayanır¹⁸⁰. Vekâlet sözleşmesinde sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş gören, ancak gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinden sorumlu olmayan vekil gibi, hekim de yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değildir¹⁸¹; meğerki söz konusu sonuca erişmek için gereken özeni göstermemiş olsun. BK m. 390 I'de vekilin sorumluluğu için hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna göndermede bulunulmuştur. Hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 321 I'e göre taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecbur olan işçi, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre hafif kusurundan dahi sorumludur. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında işçinin göstereceği özen bakımından biri objektif ve diğeri sübjektif olmak üzere iki kıstas öngörülmüştür¹⁸². Sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesinin göz önünde tutulması objektif kıstası; işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılması ise sübjektif kıstası ifade etmektedir¹⁸³. Böyle olmakla birlikte

¹⁷⁷ Ayan, s. 50.

¹⁷⁸ Aşçıoğlu, s. 71.

¹⁷⁹ Özen gösterme yükümünün varlığı ise hastası ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmamasına bağlı değildir; hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun ya da bulunmasın hekim, özen gösterme yükümü altındadır. Erman, s. 150.

¹⁸⁰ Kaneti, **İspat**, s. 63.

¹⁸¹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 364; Donay, s. 50; Erman, s. 143; Ayan, s. 55, 64; Başpınar, s. 158.

¹⁸² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 417–418.

¹⁸³ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 411. Öğretide, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu açısından kabul edilen sübjektif kıstasın, vekâlet sözleşmesinde taraflar arasındaki güvenin yoğunluğu, vekilin kişiliğinin taşıdığı önem, diplomalı ve ruhsatlı bir hekim ya da avukat gibi resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak yürütülen ve uzmanlığı gerektiren işler açısından sübjektif kıstasa dayanılarak müvekkil tarafından farkına varılması gereken bilgi ve yetenek eksikliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olmayacağı savunulmaktadır. Zira devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlar özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşımaktadır. Üstelik hekimin veya avukatın haksız fiil sorumluluğu açısından objektifleştirilmiş kusur

hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği tespit edilirken objektif kıstas uygulama alanı bulacak ve hekimin aynı ihtisas alanında çalışan ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni somut olayda göstermiş olup olmadığı araştırılacaktır¹⁸⁴. Mesela pratisyen bir hekimden uzman bir hekimin göstermesi gereken özen ölçüsü beklenemeyecektir.

Konusu kişilik hakkı içinde yer alan temel değerlerden beden bütünlüğü ve sağlık ile ilgili müdahaleler olan hekimlik sözleşmesinde bu değerler üzerinde tasarruf eden hekimin diğer iş görme sözleşmesi borçlularına nazaran daha özenle hareket etmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁸⁵. Çünkü diğer iş görme sözleşmesi borçlularının borca aykırı davranışları genellikle bir malvarlığı zararına yol açarken, hekimin borcuna aykırı davranışı malvarlığı zararı yanında telafisi güç kişi varlığı zararlarına yol açabilir.

Hekimin özen borcu öğretide¹⁸⁶ ve uygulamada¹⁸⁷ şu şekilde ifade edilmektedir: Genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilen, tıp sanatının kurallarına göre doğru teşhisi koyarak bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye eden ve bu tedaviyi gerekli her türlü tedbiri alarak gerçekleştiren hekim sözleşmeden doğan özen borcunu ifa etmiş sayılır. Hekim hastalığa teşhis koyarken, bu teşhise en uygun tedavi yöntemini seçerken¹⁸⁸, seçilen tedavi yöntemini uygularken ve hekimlik sözleşmesinden doğan hastayı aydınlatma, sır saklama gibi diğer borçlarını ifa ederken özenli hareket etmek zorundadır¹⁸⁹. Hekimin doğru teşhis koymasında bulguları değerlendirmedeki özel yetenekleri belirli bir ölçüde rol oynar; ancak hekimin yapması gereken şey asgari olarak teşhisin

kavramına dayanılırken sözleşmesel sorumluluğu açısından subjektif kıstasa yer verilmesi isabetli olmayacaktır. Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 411–412.

¹⁸⁴ Ayan, s. 89; Donay, s. 52, Yazar hekimin tıbbi gelişmeleri takip etmesi gerektiğini; ancak bu noktada bir köy hekimi ile bir üniversite profesörü arasında fark gözetilmesini ifade etmektedir. Bu nedenle köy hekiminin sorumluluğu ancak klasikleşmiş usulleri bilmemesi halinde söz konusu olur; üniversite profesörü ise tıptaki bütün yeni gelişmeleri takip etmelidir, bu gelişmeleri takip etmemesi nedeniyle hastanın bir zarara uğraması halinde sorumluluğu doğacaktır.

¹⁸⁵ Ayan, s. 50.

¹⁸⁶ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 416; Ayan, s. 89.

¹⁸⁷ Yarg. 4. HD, T: 7..1977, E: 6297, K: 2541 (Karahasan, s. 902 vd.); Yarg. 4. HD, T: 29.6.1967, E: 2876, K: 5612 (Karahasan, s. 907).

¹⁸⁸ Tedavi için en uygun yöntem riski en az ve başarı şansı en yüksek olan yöntemdir. Hekim daha az risk içeren geleneksel yöntem yerine daha riskli olan yeni tedavi yöntemine başvurursa bu halde seçilen tedavi yönteminin yeniliği ve denenmemişliği arttıkça hekimin göstermesi gereken özen ölçüsü de o oranda artacaktır. Ayan, s. 91–92.

¹⁸⁹ Ayan, s. 89.

zorunlu kıldığı bütün inceleme ve muayeneleri yapmak ve bundan sonra bir değerlendirmeye gitmektir. Hekim, tıp sanatının kurallarına göre asgari olan tüm zorunlu incelemeleri yaptıktan sonra özenle teşhisini koymuş ve bu teşhisine uygun tedaviyi de tavsiye ederek tedaviyi hastaya uygulatmışsa artık onun özen yükümünün ihlalden bahsedilemeyecektir¹⁹⁰. TDN m. 13'de de ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyan ve gereken tedaviyi tatbik eden tabibin bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Tıp bilimi ve uygulaması tarafından mutad usul halini almış bir kuralı ihlal eden hekim ise özen borcuna aykırı hareket etmiş olacaktır.

Hekimin özen borcunu ihlal ettiğini davacı hasta ispat edecektir. Ancak davacı, sadece sözleşmede kararlaştırılan sonucun ortaya çıkmamasını değil, hekimin mesleğinin kurallarına uygun olmayan aktif veya pasif bir davranışta bulunmasının hayatın normal akışına göre zararlı sonucun meydana gelmesinde etkili olduğunu ispatlayacaktır¹⁹¹. Öğretide tıbbi faaliyet bakımından tamamen bilgisiz olan hastanın ispat yükünün ağırlaştırılmaması gerektiği, hayat tecrübelerine göre bulunmaması gereken olumsuz bir sonucun somut olayda gerçekleştiğini ispat eden davacının hekimin özen borcunu ihlal ettiğini ispatlamış sayılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹². Hekim ise aynı ihtisas alanında çalışan ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni somut olayda göstermiş olduğunu ve bu nedenle kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁹³.

¹⁹⁰ Ancak hekimin özen ölçüsü bu şekilde belirlenirken tıp biliminin eriştiği düzey de dikkate alınacaktır; eğer teşhisin koyulduğu anda tıp biliminin düzeyine göre hastalığın teşhisi mümkün değilse ve hekim tıp biliminin uygulanması mutad usul halini almış olan ilkelerini uygulamasına rağmen bir teşhis koyamıyor ya da doğru teşhisi koyamıyor ise onun özen borcunu ihlal ettiğinden bahsedilememelidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (R.G.: 19.12.1060, No: 10436) 13. maddesinde de ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyan ve gereken tedaviyi tatbik eden tabibin bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.

¹⁹¹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 432.

¹⁹² Ayan, s. 94.

¹⁹³ Yarg. HGK, T: 28.6.1978, E: 1976/4–3596, K: 1978/696 (YKD, 1978, C: 4, S: 9, s. 1439).

c. Hekim ile Ana ve Baba Arasındaki Sözleşmenin Cenine Etkisi (1) Genel Olarak

Yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere hekim ile ana ve baba arasında akdedilen ve vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabi olan hekimlik sözleşmesi gereğince hekimin borcu ana rahmindeki ceninin gelişimini izlemek ve bu konuda onun ana ve babasını bilgilendirmektir. Hekim bu sözleşmeden doğan borcunu yerine getirirken cenine kusurlu bir tıbbi müdahalede bulunabilir. Ya da kusurlu tıbbi müdahalede bulunmamasına rağmen, onun, ana rahminde sağlıklı olarak geliştiğini, genetik veya virütik bir hastalıktan etkilendiğini teşhis edemeyebilir ve bu nedenle de çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir. Hâlbuki eğer hekim cenindeki tedavi edilebilir gelişim bozukluğunu vaktinde teşhis edebilmiş ve ana rahminde iken gerekli müdahaleyi yapmış olsaydı çocuk özürlü olarak dünyaya gelmeyecekti. Bahsedilen bu hallerde hekimin, ana ve babaya karşı sözleşmesel sorumluluğunun bulunduğu bir şüphe yoktur¹⁹⁴. Yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere söz konusu bu hallerde hekimin çocuğa karşı haksız fiil sorumluluğunun mevcut olduğu da ortadadır¹⁹⁵. Ancak haksız fiil sorumluluğu zarar gören kişiye sözleşmesel sorumluluk gibi yeterli koruma sağlamamaktadır; özellikle kusurun ispatı, zaman aşımı ve yardımcı kişilerden sorumluluk konusunda¹⁹⁶. O halde belirtilen bu ihtimallerde özürlü olarak doğan çocuk, hekimden sözleşmesel tazminat talep

¹⁹⁴ Hekimin sözleşme akdettiği ebeveynlere karşı sözleşmesel sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli şartlar sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlali, zarar, zarar ile sözleşmeden doğan borcun ihlali arasında illiyet bağı ve kusurdur. Konumuzun kapsamını genişleteceği kaygısıyla hekimin ebeveynlere karşı sözleşmesel sorumluluğunun şartlarını burada incelemeyeceğiz. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki hekimin haksız fiilden sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluğu açısından fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur şartları arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Haksız fiilde aranana fiilin hukuka aykırı olması şartı ise sözleşmeden doğan sorumlulukta sözleşmenin ihlal edilmesi şartının yerini tutar.

¹⁹⁵ bkz. yuk: s. 55 vd., 75 vd.

¹⁹⁶ Haksız fiilden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükü zarar gören kişide iken; sözleşmeden doğan sorumlulukta zarar gören kişi sözleşmeye aykırılığı ispat etmekle yetinebilir, kusursuzluğunu ispat yükü sözleşmeye aykırı davranan zarar verendir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta zaman aşımı süresi BK m. 125 gereğince kural olarak 10 yıldır; ancak haksız fiilden doğan sorumlulukta BK m. 60 gereğince zararı ve faili öğrenmeden itibaren 1 yıl ve her halde fiilin vukuundan itibaren 10 yıldır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun yardımcı şahıslardan doğan sorumluluğu BK m. 100'e tabi iken; haksız fiillerden doğan sorumlulukta haksız fiil failinin yardımcı şahıslardan doğan sorumluluğu BK m. 55'e tabidir. BK m. 100'de ise BK m. 55'den farklı olarak kurtuluş beyyinesi getirme imkânı bulunmamaktadır. Sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiilden doğan sorumluluk arasındaki ayrımın giderilmesi yönünde gerekçeler için bkz. Yeşim M. Atamer, "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini", **Yarg. Der.**, C. 22, S: 1-2, s. 101 vd.

edebilecek midir? Yoksa sözleşmenin tarafı olmayan çocuk için hekimden sözleşmesel tazminat talep etme yolu kapalı mıdır?

Ceninin ana rahminde gelişimi hakkında bilgilendirme amacına yönelik sözleşme hekim ve çocuğun ana ve babası arasında akdedilir. Borçlar Hukukunda geçerli olan sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği bir sözleşme, kural olarak, alacaklı ve borçlu arasında haklar ve borçlar doğurur¹⁹⁷, ancak üçüncü kişileri etkilemez. Böyle olmakla birlikte alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu bazı ihtimaller bulunabilir. Bu da yasadan kaynaklanabileceği gibi tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeden üçüncü bir kişinin hak kazanmasını kararlaştırmaları şeklinde ortaya çıkabilir¹⁹⁸.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de, öğretide, alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu hallerden biri olarak gösterilmektedir¹⁹⁹ ve bu sözleşme gereğince alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin, borçlunun borca aykırı davranışları nedeniyle zarara uğraması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre borçluya başvurabileceği kabul edilmektedir. Acaba özürlü olarak doğan çocuk da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğu kapsamında hekimden zararının tazmin edilmesini ana ve babası ile hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak haksız fiil sorumluluğundan daha etkin bir koruma sağlayan sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre talep edebilecek midir? Çocuğun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında hekim ile ana ve babası arasında akdedilen sözleşmeye dayanarak hekimden sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre zararının tazminini talep

¹⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 19; Oğuzman/Öz, s. 17, 24; Teoman Akünel, “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, **Yarg. Der.**, C: 14, S: 3, 1988, s. 223.

¹⁹⁸ Alacaklı ve borçlunun aralarında akdettikleri sözleşmeden doğan alacağın ve bundan doğan talep hakkının bir üçüncü kişiye ait olmasını kararlaştırmaları halinde “tam üçüncü kişi yararına sözleşme” söz konusu olur. Ebeveynler ile hekim arasında akdedilen ve gebelik süresince ceninin ana rahminde gelişimi konusunda bilgilendirmeye yönelik sözleşmenin, ebeveynlerin bu sözleşme ile cenine bir kazandırma bulundurma amacı gütmemesi ve hekimin sözleşme ile asli edim yükümünü üçüncü kişi konumundaki cenine karşı değil ebeveynlere karşı borçlanmış olması nedeniyle üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi doğru gözükmemektedir. Alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin, yasadan kaynaklanan sebeple üçüncü kişi üzerinde etkili olmasına örnek olarak BK m. 332 II verilebilir. Bu hükme göre eğer işverenin iş yerindeki tehlike taşıyan ve sağlığa aykırı durumları ortadan kaldırmaması nedeniyle işçi ölmüşse, onun yardımından mahrum kalanlar da bu yüzden uğradıkları zararlara işverene yöneltilecekleri tazminat davasını işçi ve işveren arasındaki sözleşmeye dayandırabileceklerdir. Yasa koyucu tarafından nisbilik ilkesinin bertaraf edildiği diğer haller için bkz. Atamer, **Üçüncü Kişi**, s. 100.

¹⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 29.

edebilmesi için öncelikle hekim ve ceninin ana ve babası arasında ne zaman bir hekimlik sözleşmesinin akdedilmiş olduğunu belirlemek gereklidir. Daha sonra ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramını ve unsurlarını açıklayarak özürlü doğan çocuğun bu sözleşmenin kapsamında olup olmadığının incelenmesi gereklidir.

Uygulamada doğum yapacak olan hasta, çoğunlukla, gebelik süresince ana rahmindeki ceninin gelişimi hakkında bilgi almak ve zamanı geldiğinde doğumu gerçekleştirmesi için serbest çalışan bir hekime müracaat eder. Ancak hekimin doğumu hastane ortamı dışında gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu nedenle de doğum yapacak olan hasta gebeliğin başlangıcından itibaren kendisini takip etmekte olan hekimin doğumu gerçekleştirmesini için söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi ve bundan sonra bakım hizmetlerinin sağlanabilmesi amacıyla bir hastane işletmecisine müracaat etmektedir²⁰⁰. Böylelikle doğum yapacak olan hasta, hekimlik hizmetinin verilmesi amacıyla hekim ile hekimlik sözleşmesi; tıbbi müdahalenin, burada doğumun, ancak hastane ortamında sağlanabilecek nitelikte olması nedeniyle hekimlik hizmeti dışındaki bakım ve barınma hizmetlerinin verilebilmesi için, uygulamada çoğunlukla, söz konusu hekimin irtibat halinde olduğu hastane işletmecisi ile hastaneye kabul sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşme akdetmektedir²⁰¹.

Cenin ana ve babası yukarıda olduğu gibi, serbest çalışan bir hekime müracaat etmek yerine doğrudan bir hastaneye de müracaat etmeleri de mümkündür

²⁰⁰ Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 38, dn. 48.

²⁰¹ Hastanın yatarak tedavi hizmetini almasının gerekli olduğu hallerde hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı söz konusu olacaktır. Hasta, hastane işletmecisi ile akdedeceği hastaneye kabul sözleşmesi açısından üç farklı yöntemden birini tercih edebilir. Birinci yöntemde hastane işletmecisine müracaat eden hasta, hastalığının tedavisi ile ilgili her türlü hizmeti hastane işletmecisinden talep eder. İkinci yöntemde hastalığı ile ilgili her türlü hizmeti hastane işletmecisinden almayı talep eden hasta, birinci yöntemden farklı olarak başka bir hekimle de hekimlik sözleşmesi akdederek bu hekimin, başvurduğu hastanenin hekimleriyle birlikte tedavi sürecine katılmasını istemektedir. Her iki yöntemde hastane işletmecisi ile akdedilen sözleşme hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü yöntemde ise hasta, hastalığı ile ilgili hekimlik hizmetinin verilmesi amacıyla bir hekime müracaat ederek hekimlik sözleşmesi akdeder, ancak hekimlik hizmeti dışında tedavi sürecinde gerçekleştirilecek bakım ve barınma hizmetleri ise hastanın müracaat ettiği hekimin irtibat kurduğu bir hastane işletmecisi tarafından verilecektir. Bu halde hasta hekim ile hekimlik sözleşmesi, hastane işletmecisi ile hastaneye kabul sözleşmesi akdetmektedir. Söz konusu yöntemler bakımından hastane işletmecisinin ve hekimin hastaya karşı sorumluluk düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 26 v.d.

ve bu halde hekim-hastane, hekim-hasta ve hastane-hasta arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle ana ve babanın devlet, üniversite, belediye ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait bir hastaneye müracaat etmeleri ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu ihtimalde kamu kuruluşu olan hastanede memur sıfatıyla çalışan hekim ve kendisine başvuran hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır²⁰². Bu halde hekim kamu görevini yerine getirmektedir. Hastaya tedavi sırasında verilen zararlarda hastanın muhatabı kamu kuruluşudur²⁰³. Kamu kuruluşu olan hastanede devlet memuru olarak çalışan hekimin görevi sırasında vermiş olduğu zarar nedeniyle hastanın söz konusu hekim aleyhine doğrudan doğruya dava açma hakkı yoktur. Zira Anayasanın 129. maddesinin V. fıkrasına göre *“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”*. Böylelikle devlet memuru olan hekimin tedavi sırasında hastaya kusurlu olarak vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu BK m. 41 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre söz konusu olmakla birlikte kendisine doğrudan doğruya dava açılmayacak; hekimin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu İdarenin söz konusu hekime karşı açacağı rücu davasında ileri sürülebilecektir²⁰⁴. O halde ana ve babanın bir devlet hastanesine başvurması durumunda devlet hastanesinde memur sıfatıyla çalışan hekim ve ana ve baba arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmayacağından hekimin hatalı tıbbi müdahaleleri sonucu özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında hekimden sözleşmesel tazminat isteme yolu kapalıdır. Bu ihtimalde hekimin çocuğa karşı sadece BK m. 41 ve devamında düzenlenen haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

²⁰² karş. Aşçıoğlu, s. 23, yazar, hasta ile kamuda çalışan hekim arasındaki ilişkinin gerçekleşme biçimi ne olursa olsun devlet hastanesine başvuran hastanın hekimi seçme hakkı olduğu kabul edilerek hekim ile hasta arasında özel hukuk ilişkisinin, vekâlet sözleşmesinin olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

²⁰³ Erman, s. 153; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atabek, s. 635 v.d.

²⁰⁴ Şenocak, s. 110, özellikle dn. 3.

Ana ve babanın doğrudan özel bir hastaneye müracaat etmeleri de mümkündür²⁰⁵. Bu halde özel hastaneye müracaat eden doğum yapacak hasta, hekimlik hizmetini ve doğum sonrasında verilecek olan bakım ve barınma hizmetini hastane işletmecisinden talep etmektedir. Bu nedenle sözleşme ilişkisi sadece hasta ve hastane işletmecisi arasında söz konusu olur²⁰⁶. Doğum yapacak olan hastanın bu ihtimalde doğumu gerçekleştirecek olan hekimi ve onun yardımcılarını seçme imkânı kural olarak bulunmamaktadır; doğum, hastanenin bünyesinde görevlendirmiş olduğu hekim ve yardımcılar tarafından gerçekleştirilir²⁰⁷. Hastanenin bünyesinde görevlendirmiş olduğu hekimin, iş gücünü söz konusu hastaneye tahsis etmesi, belirli ya da belirsiz süre içinde çalıştığı bu hastaneye başvuracak hastalara bakmayı üstlenmesi nedeniyle hekim ile çalıştığı hastane arasında ise hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır²⁰⁸. Bu halde hekim, mesleğinin icrası sırasında uygulayacağı tıbbi

²⁰⁵ ²⁰⁵ Hususi Hastaneler Kanununda (R.G. 5.6.1933, No: 2419) özel hastane şu şekilde tanımlanmıştır: “Devletin resmî hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususî hastaneler" den sayılır”. Özel hastane terimi öğretide “parasal menfaat sağlamak amacıyla kurulan tüm hastanelerle muayyen tesis veya vakıflar tarafından kâr temin etme amacı güdülmeyen kurulan ve işletilen hastanelerin tümü” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Atabek, s. 646.

²⁰⁶ Taraflar arasındaki bu sözleşme “hastaneye tam kabul sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 27.

²⁰⁷ Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 28; Hastanın, hastane işletmecisinin hastane bünyesinde görevlendirdiği hekimlerden herhangi birini doğumu gerçekleştirmesi için seçim yapması halinde hekim ve hasta arasında ayrı bir hekimlik sözleşmesinin akdedilmiş olduğunun kabul edilebilmesi için tarafların bir araya gelerek bu konuda bir mutabakata varmaları gereklidir. Hastanın hastane işletmecisinin bünyesinde görevlendirdiği hekimlerden birini seçmesi ihtimalinde, söz konusu hekimin hatalı uygulama yapması sonucu eğer hasta bir zarara uğramışsa, hastaneye tam kabul sözleşmesinin söz konusu olmadığı, hastane ile hastaneye kabul sözleşmesinin; seçilen hekimle hekimlik sözleşmesinin akdedilmiş olması nedeniyle hastanın meydana gelen zarar için sadece hekime müracaat edebileceği öğretide ifade edilmektedir. Bkz. Halil Akkanat, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni”, **HPD**, S: 5, 2005, s. 27; Ancak hastanın müracaat ettiği ve hastanın zararının karşılanması açısından hekime göre ekonomik açıdan daha güçlü durumda bulunan özel hastanenin bu ihtimalde de aracı olması ve yarattığı güven nedeniyle edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında hastaya karşı sorumlu olacağının kabul edilmesi daha doğru gözükmektedir. Şöyle ki; hekimlik sözleşmesinin hasta ve hekim arasında akdedilmiş olduğu kabul edilmekle beraber özel hastanenin bu sözleşmenin oluşmasında çıkarı bulunmaktadır; zira hastanın seçtiği hekim kendi bünyesinde çalışmaktadır. Hasta söz konusu hastaneye müracaat etmeseydi seçmiş olduğu hekimle de bir hekimlik sözleşmesini akdetmiş olmayacaktı; yani bu anlamda hastane hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin oluşmasını etkilemektedir. Ayrıca hastanın, söz konusu hastaneye müracaat etmesinin nedeni çoğunlukla hastaneye karşı özel bir güven duymasından kaynaklanmaktadır. Belirtilen bu gerekçelerle hasta ve hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinde üçüncü kişi konumunda bulunan hastanenin, hastaya karşı bir güven sorumluluğu bulunmaktadır. Üçüncü kişinin güven sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarının Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s. 722 v.d.

²⁰⁸ Atabek, s. 647; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 376.

yöntemler konusu hariç, çalıştığı hastaneye ait işyerinde, kendisine sağlanan araçlarla ve hastanenin emir ve talimatı altında çalışmakta ve hastanenin ifa yardımcısı konumunda bulunmaktadır²⁰⁹. Hastaneye müracaat eden hasta ile hastaneye bağımlı olarak çalışan hekim arasında bir sözleşme ilişkisi ise bulunmamaktadır²¹⁰. Bu nedenle tedavi sırasında hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde, hasta, BK m. 41 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre hekimden zararının tazminini talep edebilecektir²¹¹. Elbette hastane işletmecisinin ifa yardımcısı konumunda bulunan hekimlerin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle, zarar gören hasta, aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde BK m. 100 hükmü uyarınca hastane işletmecisinin sözleşmesel sorumluluğuna da başvurabilecektir. O halde burada da özürlü olarak doğan çocuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında zararlarının tazmin edilmesini sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre hekimden talep edemeyecektir. Zira bu ihtimalde de hekim ile çocuğun ana ve babası arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; hekimin sadece haksız fiil sorumluluğuna başvurma imkânı bulunmaktadır. Ancak çocuğun, ana ve babasının kendisiyle sözleşme akdettiği hastane işletmecisine sözleşmesel sorumluluk kurallarına başvurması, eğer çocuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilirse mümkün olacaktır.

Çocuğun ana ve babası doğumun gerçekleştirilmesi ve doğumdan sonra bakım ve barınma gibi diğer hizmetlerin verilmesi amacıyla hastane işletmecisine müracaat ederken aynı zamanda tıbbi müdahaleye katılması için başka bir hekime de müracaat edebilir. Bu halde hasta hem hastane işletmecisi hem de hekim ile ayrı ayrı hekimlik sözleşmesi akdetmiş olur. Hastane bakım hizmetlerinin verilmesinden ise sadece hastane işletmecisi sorumlu olacaktır²¹². Doğumun normal yoldan değil de

²⁰⁹ Şenocak, s. 21; karş. Aşçıoğlu, s. 22–23, Yazar, hekimin bu halde ifa yardımcısı kabul edilmesinin hekimlik mesleği ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Çünkü hizmetin asıl görevlisi hastane değil hekimdir. Bu nedenle hasta ve hastane arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi; vekil olan hastanenin işin görülmesi için durumun gereği olarak hekimi vekil olarak tıbbi yardımı gerçekleştirmek üzere atadığını BK m. 390 III'e dayanarak kabul etmek gereklidir.

²¹⁰ Akkanat, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s. 26.

²¹¹ Erman, s. 153, Hekimin özel bir kliniğe bağlı olarak çalışması ve hastanın hekimin çalıştığı bu kliniğe başvurması halinde hastaya verilen zarardan klinik sahibinin sorumlu olacağı ifade edilmiştir.; Şenocak, s. 30.

²¹² Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 37; Özel hastane kendisine bağlı olarak çalışan hekimlerin ve personelin kusurlu hareketlerinden sorumlu olmakla birlikte, hastanın talebine uygun olarak özel hastanenin, hastanede çalışan hekimler dışında başka bir hekimi tedavi için çağırması

sezeryan ile gerçekleşecek olması halinde doğum yapacak hastanın bu yöntemi tercih edeceği söylenebilir. Zira hasta, önemli tıbbi müdahalelerin hastane işletmecisinin bünyesinde görevlendirdiği hekimler arasından belirlenecek bir hekim tarafından değil de kendisinin güvendiği bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi amacıyla bu yönteme başvurmakta ve hastane işletmecisi ile hekim arasında ayrı ayrı hekimlik sözleşmesi akdetmektedir²¹³. Bu son ihtimalde çocuk, özürlü olarak doğumu nedeniyle meydana gelen zararlarının tazminini, ana ve babası ile hekimlik sözleşmesi akdetmiş olan hekimden ya da hastane işletmecisinden sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayanarak talep edebilecektir, yeter ki çocuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilebilsin.

(2) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kavramı

Bilindiği gibi bir borç ilişkisinden alacaklı ve borçlu için bu borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan asli edim yükümleri (asli borçlar) ve asli edim yükümlerinin sözleşmenin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden tali edim yükümleri (yan borçlar) doğar²¹⁴. Borçlu, alacaklı ile arasında akdettiği sözleşme gereğince borçlandığı edimi sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirerek alacaklının ifa menfaatini tam olarak gerçekleştirmekle yükümlüdür; aksi halde sözleşmenin amacına uygun bir ifayı gerçekleştirmeyen borçlu sözleşmeye aykırı davrandığı için alacaklının ifa menfaatini tazmin etmekle yükümlü olacaktır²¹⁵. Ancak bir borç ilişkisinde sadece asli ve tali edim yükümlerinin değil, ayrıca, onlardan bağımsız, koruma (davranış) yükümlerinin de bulunduğu kabul edilmektedir²¹⁶. Asli ve tali edim yükümleri alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmeden doğarken; koruma yükümlerinin hukuki dayanağı MK m. 2

halinde bu hekimin tedavi sırasındaki kusurlu davranışlarından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Atabeks. 648.

²¹³ Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 36.

²¹⁴ Bir satım sözleşmesinde satıcının satılan şeyin teslimi ve mülkiyetini devir borcu, alıcının ise semeni ödeme borcu asli edim yükümlülükleri iken, satılan şeyin teslim sırasında ambalajlanması bir yan borçtur. Oğuzman/Öz, s. 4; Rona Serozan, “«Culpa In Contrahendo», «Akdin Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, S: 3, 1968, s. 117.

²¹⁵ Akünal, s. 224.

²¹⁶ Serozan, **Edim Yükümleri**, s. 117, 119; Akünal, s. 225; Yarg. HGK, T: 6.5.1992, E: 1992/13–213, K: 1992/315 (YKD, 1992, S: 8, s. 1176).

I'de öngörülen güven ilkesidir²¹⁷ ve koruma yükümleri geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirmemektedir²¹⁸. Bu nedenle sözleşmenin hiç kurulamamış olması ya da butlanı hallerinde de koruma yükümlerinin varlığından bahsedileceği gibi²¹⁹; sözleşme müzakereleri, ifa hazırlıkları ve edimin ifası sırasında, hatta edimin ifa edilmesinden sonra bile koruma yükümleri sürecelecektir²²⁰. Koruma yükümleri gereğince borçlunun, alacaklının gerek malvarlığını ve gerekse ve şahıs varlığını korumakla yükümlü olmasının bir sonucu olarak, alacaklı, şahıs varlığına ve malvarlığına verilen zararların tazminini talep edebilecektir²²¹.

Borçlu için söz konusu koruma yükümlüklerinin alacaklıya olduğu kadar ona yakından bağlı olan ya da edime yakınlığı nedeniyle en az alacaklı kadar tehlikeye maruz bulunan²²², sözleşme taraflarının etki ve güven alanına dâhil olan kişileri de kapsadığı²²³ ve bu koruma yükümlülükleri sayesinde borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da hiç bir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan ve temeli MK m. 2 I'deki dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisinin oluştuğu kabul edilmektedir²²⁴. Her ne kadar borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında söz konusu olsa da söz konusu ilişki üçüncü kişiler üzerinde etkili olarak onların mutlak haklarının ihlaline ya da malvarlığı zararına uğramalarına neden olabilir; bu nedenle üçüncü kişileri borç ilişkisinden bağımsız düşünmek mümkün değildir²²⁵.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede de borçlu, kendisine karşı herhangi bir asli edim yükümü altında bulunmadığı birtakım üçüncü kişilere, alacaklıya karşı olduğu gibi koruma yükümü altında bulunmaktadır²²⁶. Bu halde borçlu ve

²¹⁷ Üçüncü kişiye, tarafı olmadığı sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilme imkanı tanınmasının hukuki dayanağı konusunda tarihi gelişim hakkında bkz. Akünel, **a.g.m.**, s. 229 v.d.

²¹⁸ Serozan, **Haksız Fiil**, s. 719; aynı yazar, **Edim Yükümleri**, s. 115.

²¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, "Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwiehung für Dritte» bei nichtigen Verträgen", **JZ**, 1965, s. 476, 478.

²²⁰ Akünel, s. 225.

²²¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 34; Canaris, s. 478; Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963, s. 161-162.

²²² Akünel, s. 227.

²²³ Serozan, **Edim Yükümleri**, s. 122; aynı yazar, **Haksız Fiil**, s. 719.

²²⁴ Yarg. HGK, T: 6.5.1992, E: 1992/13-213, K: 1992/315 (YKD, 1992, S: 8, s. 1176).

²²⁵ Atamer, **Üçüncü Kişi**, s. 107.

²²⁶ İsviçre ve Türk Hukuklarında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hakkında kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanununda ise iki kuraldan sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişiye sözleşmesel tazminat istemini olanaklı kılan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme

korumadan yararlanacak üçüncü kişi arasında bir edim ilişkisi söz konusu değildir²²⁷; borçlu ve üçüncü kişiler arasında koruma yükümlerine ilişkin, edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulmuş olur²²⁸. Böylece borçlunun koruma yükümlerine aykırı davranışı sonucu üçüncü kişi zarar görürse zararının tazmin edilmesini sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre borçludan talep edebilecektir²²⁹. Borçlunun koruma yükümünü ihlal etmesi nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi hukuki değerlerinde meydana gelen tüm zararların; gerek mutlak hak ihlallerinin tümü gerekse salt malvarlığı zararının; tazmin edilmesini borçludan talep edebilecektir²³⁰. Borçlunun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, alacaklıya karşı göstermek zorunda olduğu özen yükümünü aynı ölçüde olmak üzere üçüncü kişilere de göstermek zorunda olmasının hukuki dayanağı ise MK m. 2 dürüstlük kuralı gereğince borçlu ve üçüncü kişi arasında oluşan güven ilişkisi olarak kabul edilmektedir²³¹. O halde borçlunun, kendisine karşı koruma yükümlülüğü bulunan üçüncü kişilerin sınırının tespit edilmesi ve hangi hallerde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığının söz konusu olduğunun belirlenmesi gereklidir.

kavramı türetilmektedir: § 241 II BGB ve § 311 III BGB kurallarına göre “Borç ilişkisi, yerine göre, tarafları birbirlerinin haklarına, mallarına ve çıkarlarına saygı göstermekle yükümlü kılabilir. Böylesi davranış yükümleri sözleşmenin tarafı olmayan kişilere karşı da oluşabilir”. R. Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme** (N. Kocayusufpaşaoğlu, H. Hatemi, R. Serozan, A. Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, § 19 N 1, 3’den naklen.

²²⁷ Akyol, s. 53.

²²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 30; Serozan, **İfa**, § 19 N 1, 3; Son zamanlarda üçüncü kişilere yönelik sözleşmenin koruma sadece koruma yükümlerine aykırılık hallerinde değil, edim yükümlerine aykırılık hallerinde de tanınmaktadır. Buna örnek olarak da vasiyetnamenin hiç yapılmamasına ya da hükümsüz kalmasına yol açan miras bırakan vekiline karşı söz konusu vasiyetnamenin aday-lehdarının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında sözleşmeye aykırılık tazminatı isteyebileceği gösterilmektedir. Bu konuda bkz. Serozan, **Haksız Fiil**, s. 719.

²²⁹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 166; Akünel, s. 227.

²³⁰ Atamer, **Üçüncü Kişi**, s. 120.

²³¹ Canaris, s. 475, 478; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 33; Serozan, **Haksız Fiil**, s. 721; Yarg. HGK, T: 6.5.1992, E: 1992/13–213, K: 1992/315 (YKD, 1992, S: 8, s. 1176).

(3) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Varlığı İçin Aranılan Şartlar Ve Bu Şartların Cenin Açısından Değerlendirilmesi

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsedebilmek için öğretide şu koşulların varlığı aranmaktadır²³²:

- Üçüncü kişi, borçlunun ediminin tehlike alanı içinde olmalı, özellikle edimin risklerine alacaklı kadar yakın olmalıdır.
- Alacaklının söz konusu üçüncü kişinin korunmasında özel bir çıkarının bulunması, üçüncü kişinin alacaklının ilgi alanı içinde yer alması²³³ gereklidir. Böyle olmakla birlikte son zamanlarda alacaklının üçüncü kişinin korunmasındaki çıkarı göz ardı edilmekte; üçüncü kişi, alacaklıya hiç yakın olmasa bile söz konusu üçüncü kişiye sözleşmesel tazminat istemi sağlanmaktadır²³⁴.
- Borçlu, üçüncü kişinin edimin risklerine alacaklı kadar yakın olduğunu ve alacaklının üçüncü kişinin korunmasında özel bir çıkarının bulunduğunu bilebilecek durumda olmalıdır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı için yukarıda sıralanan bu koşullar dikkate alınarak, öğretide, sözleşmesel tazminat talep edebilecek üçüncü kişilere verilen örnekler ise şunlardır: Alacaklının kendilerini korumak için hukuken ya da ahlaken özen gösterme yükümlülüğü altında olduğu birlikte yaşadığı aile bireyleri, evinde ya da işletmesinde çalıştırdığı müstahdemleri, eve gelen misafirleri²³⁵, ana ve babanın hekimle kurduğu tedavi sözleşmesinde çocuk²³⁶ üçüncü kişi kavramının kapsamında kabul edilmiştir. Söz konusu üçüncü kişilerin tazminat talebinin sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayandırılması ile BK m. 125 kapsamında, kural olarak, 10 yıllık zaman aşımı süresinde borçluya karşı zararlarının tazminini ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir²³⁷.

²³² Serozan, **İfa**, § 19 N 1, 3; aynı yazar, **Haksız Fiil**, s. 719 v.d.

²³³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, § 2 N 33; Alacaklının söz konusu üçüncü kişilere karşı bir koruma yükümü altında olmasının zorunlu olmadığı; önemli olanın üçüncü kişinin, alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinin güven ortamına dahil olması gerektiği yönünde bkz. Canaris, s. 478.

²³⁴ Serozan, **Haksız Fiil**, s. 720.

²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 2 N 33.

²³⁶ Serozan, **İfa**, § 19 N 1; Akyol, s. 52; Akünal, s. 229.

²³⁷ Atamer, **Üçüncü Kişi**, s. 126; Yarg. HGK, T: 6.5.1992, E: 1992/13–213, K: 1992/315 (YKD, 1992, S: 8, s. 1176–1179).

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hakkındaki açıklamalardan sonra ceninin, ana ve babası ile hekim arasında akdedilen ve gebelik süresince ceninin ana rahmindeki gelişimi hakkında ana ve babanın bilgilendirilmesine yönelik sözleşmede “*üçüncü kişi*” olarak kabul edilip edilemeyeceği ve şahsına verilen zararlardan ötürü söz konusu sözleşmeye dayanarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında hekimden sözleşmesel tazminat isteyip isteyemeyeceğini belirlemek gereklidir. Bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için aranan koşulları incelemeliyiz:

İlk olarak, ana ve baba gebelik süresince ceninin ana rahmindeki gelişimi hakkında bilgi almak üzere hekime müracaat ettiklerinden cenin, alacaklı konumunda bulunan ana ve babanın “*ilgi alanı*” içerisinde. Aslında ana ve baba, hekim ile söz konusu hekimlik sözleşmesini ceninin sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesi için akdetmektedirler. Böylece gebelik süresince onun gelişimi hakkında bilgi sahibi olabilecekler; ceninde bir gelişim bozukluğunun baş göstermesi ya da onun bir hastalıktan etkilenmiş olması halinde, eğer mümkünse, tedavi edilmesini talep edeceklerdir. Bu anlamda söz konusu sözleşmenin amacı ceninin her türlü zarardan korunması ve sağlıklı olarak dünyaya gelmesidir, yani gebelik süresince ceninin korunması açısından ana ve babanın özel bir çıkarı bulunmaktadır. İkincisi, cenin borçlu hekimin ediminin tehlike alanı içerisinde; onun ediminin risklerine en yakın olan da aslında cenindir. Zira hekimin edimini ifa ettiği süre boyunca, yani gebelik süresince, anneye ya da cenine karşı kusurlu tıbbi müdahalede bulunması ya da özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle cenindeki tedavi edilebilir gelişim bozukluğunu teşhis edememesi çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesine neden olabilir; sonuç olarak hekimin, edimine aykırı davranışları nedeniyle asıl zarara uğrayacak olan da özürlü olarak dünyaya gelen çocuk olacaktır. Son olarak, hekim, ediminin risklerine alacaklı ana ve baba kadar ceninin de yakın olduğunu ve ana ve babanın ceninin korunmasında özel bir çıkarının olduğunu, aslında hekimlik sözleşmesinin ceninin herhangi bir zarara uğramaksızın, sağlıklı bir şekilde doğumunu sağlamak amacıyla akdedildiği bilmektedir. Sonuçta üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsedebilmek için öğretide aranan üç koşul da cenin açısından gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nedenle cenin de hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi ya da özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle özürlü olarak doğarsa

haksız fiil sorumluluğundan daha elverişli sözleşmesel sorumluluk kurallarına, anası ve babası ve hekim arasında akdedilen sözleşmeye dayanarak başvurabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1992 tarihinde vermiş olduğu kararda²³⁸ tüp gaz satımında alıcı tarafın yardım talebi üzerine onun evine yardıma gelen ve hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu patlayan tüp nedeniyle yaralanan davacının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edileceğini ve satıcı tüp gaz bayiinden sözleşme hükümlerine göre tazminat talep edeceğini kabul etmiştir. Yargıtay söz konusu kararda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamına girecek üçüncü kişiyi nitelendirirken borç ilişkisinin bünyesi gereği, edime bağlı olan bir takım tehlikelerin, en az tüpü satın alan kadar üçüncü kişi konumunda olan davacıyı da tehdit etmesi durumunu gerekçe göstermiştir. Hekim ile ana ve baba arasında kurulan sözleşmenin bünyesi gereği hekimin ediminin tehlikeleri en az borçlu kadar (ve hatta Yargıtay kararındaki örnek açısından bakılacak olursa tüp gaz satın alan alıcıya yardıma gelen kişiden daha fazla) cenini de tehdit etmektedir. Bu nedenle ceninin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

Öğretide bir görüş ise çocuğun, kendisine herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmamış ve sadece tıbbi özen eksikliği nedeniyle ana rahminde iken sağlıksız olarak geliştiğini gözlemleyemeyen hekimden ana ve babası ile hekim arasında akdedilen sözleşmeye dayanarak tazminat talebinde bulunamayacağını ifade etmektedir²³⁹. Çünkü çocuk bu sözleşmenin tarafı değildir ve lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını da taşımamaktadır. Çocuk her ne kadar sözleşmenin tarafı olmasa ve lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını taşımasa da açıkladığımız gerekçelerle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi sıfatını taşımaktadır. Çocuk, lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi

²³⁸ Yarg. HGK, T: 6.5.1992, E: 1992/13-213, K: 1992/315 (YKD, 1992, S: 8, s. 1176).

²³⁹ Erdem Büyüksagis, “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?”, (Çevrimiçi)<http://www.e-akademi.org/makaleler/ebuyuksagis-1.htm>, (13.03.2006), Parg. 15; aynı yazar, **Zarar**, s. 379, N 868, yazar ana rahmindeki ceninin anneni bir parçası sayılması nedeniyle ilerde doğacak çocuğun ana ve baba ile hekim arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisine dahil kabul edilmesini engellediği ifade etmektedir. Ancak bu görüş isabetli olarak nitelendirilemez. Zira ilerde sağ olarak doğan çocuk hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan (tüpte dölllenme halinde tüpte döllendiği tarihten) itibaren geçmişe etkili olarak kazanır (MK m. 28 II). Bu nedenle ceninin ana ve babası ile hekim arasında kurulan sözleşmenin koruyucu etkisine dahil olmadığı söylenemez.

sıfatını taşımasa bile ana ve babanın hekim ile sözleşme akdetmesinin amacının aslında ana rahmindeki cenini gebelik süresince zarardan korumak olduğu düşünüldüğünde hekimin koruma yükümünün sözleşme tarafı olan ana ve babaya olduğu kadar cenine karşı da mevcut olduğu; böylelikle edim yükümlerinden bağımsız olarak, hekim ve cenin arasında sadece koruma yükümüne ilişkin bir borç ilişkisinin meydana geldiği ve çocuğun özürlü olarak doğumuna yol açan hekimden sözleşmesel tazminat talep edebileceğinin kabul edilmesi daha doğru gözükmektedir, hatta çocuğun özürlü olarak doğumuna yola açan neden, hekimin kusurlu tıbbi müdahalede bulunması değil de sadece tıbbi özen eksikliği nedeniyle ceninin ana rahminde sağlıklı olarak geliştiğini gözlemleyememesi olsa bile. Zira hekim ve ana ve baba arasındaki sözleşmede üçüncü kişi konumunda bulunan çocuk, haksız fiil sorumluluğuna göre daha avantajlı olan sözleşmesel sorumluluk korumasını hak etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda²⁴⁰ ayrıntılarıyla incelenen 2002 tarihli kararının ise bu açıdan irdelenmesi gereklidir. Karara konu olan olayda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hekimlerin özen yükümüne aykırı davranışları sonucunda özürlü olarak dünyaya gelen A. K.'nin sanki hastane işletmecisi ile A. K.'nin annesi E. K. arasında akdedilen sözleşmenin tarafıymış gibi zararlarının tazmini talebinin de vekâlet sözleşmesine dayalı olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun söz konusu kararında özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre zararlarının tazminini isteyebileceğini kabul etmesi sonuç açısından doğru olmakla birlikte, çocuk ile hekim arasında vekâlet sözleşmesinin varlığını kabul etmesi isabetli gözükmemektedir. Zira özürlü olarak dünyaya gelen A. K., anne ve babası ile hastane işletmecisi arasında akdedilen sözleşmenin tarafı değildir. Bu nedenle sözleşmelerin nispiyeti ilkesi'ne²⁴¹ göre bir sözleşme, kural olarak, alacaklı ve borçlu arasında haklar ve borçlar doğurduğundan ve üçüncü kişileri etkilemediğinden A. K.'nin tarafı olmadığı vekâlet sözleşmesine dayanarak zararlarının tazmin edilmesini istemesi ilk bakışta mümkün gözükmemektedir. Çünkü bu ilke gereğince borçlunun, borcuna aykırı davranışı sonucu zarara uğrayan üçüncü kişinin meydana gelen zararını tazmin etme

²⁴⁰ bkz. yuk: s. 85 vd.

²⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 17, 24; Akünel, s. 223 v.d.

yükümlülüğü bulunmamaktadır; meğerki borçlunun borca aykırı davranışı aynı zamanda üçüncü kişi için bir haksız fiil veya BK m. 41 II anlamında ahlaka aykırı bir fiil teşkil etsin. Ancak yukarıda²⁴² “üçüncü kişiyi korucu etkili sözleşme”nin bu ilkenin bir istisnası olarak alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu hallerden biri olarak öğretilde kabul edildiğini ifade etmiştik. Böylece alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin, borçlunun borca aykırı davranışları nedeniyle zarara uğraması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre borçluya başvurulabilecektir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gereğince sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişinin ki, bu kişi sözleşme akdedilirken dürüstlük kuralı gereği güvenliği sözleşme taraflarınca dikkate alınması gereken ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar borçlunun ediminin tehlike alanı içinde yer alan kişidir²⁴³, tarafı olmadığı bu sözleşmenin ifası sırasında uğradığı zararlardan dolayı borçludan tazminat talep edebilmesi için alacaklının üçüncü kişinin korunmasında özel bir çıkarının bulunması ve borçlunun bu durumu bilebilecek durumda olması gereklidir²⁴⁴.

Somut olaya dönecek olursak E. K.’nin, hastane işletmecisi ile akdettiği sözleşmede A. K.’nin korunması açısından özel bir çıkarı bulunmaktadır. Aslında bu sözleşme A. K.’nin doğum öncesinde gelişimi hakkında bilgi almak ve onun sağlıklı olarak doğumunu sağlamak üzere akdedilmiştir. Borçlu hastane işletmecisi de bu durumu bilebilecek durumdadır. Bu nedenle A. K., üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında, borçlu hastane işletmecisinin yardımcı şahısları olan hekimlerin, sözleşmenin ifası sırasında özen borcuna aykırı davranışları sonucunda meydana gelen zararlarının tazmin edilmesini hastane işletmecisinin sözleşmesel sorumluluğuna dayanarak talep edebilecektir²⁴⁵. Sonuç olarak A. K.’nin tarafı olmadığı vekâlet sözleşmesine dayanarak hastane işletmecisinin sözleşmesel

²⁴² bkz. yuk: s. 108 vd.

²⁴³ Akünel, s. 227.

²⁴⁴ Serozan, *İfa*, § 19 N 3; Akyol, s. 57.

²⁴⁵ Karşı görüş için bkz. Büyüksagis, Parg. 15, yazara göre ana rahminde sağlıklı olarak geliştiği tıbbi özen eksikliği nedeniyle gözlenemeyen çocuk, doğumundan önce kendisine herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmamış hekimle ebeveynleri arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak, bu sözleşmenin tarafı olmadığı ve lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını da taşımadığı için, tazminat isteminde bulunamaz.

sorumluluğuna başvurusu mümkün değildir. Onun davalı hastane işletmesinin sözleşmesel sorumluluğuna gidebilmesi ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun varlığı ile kabul edilebilir.

Yargıtay'ın söz konusu kararında adaletsiz bir sonuç doğurması açısından incelenmesi gerekli olan bir konu da şudur: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davacı çocuk ile davalı hastane işletmecisi ve hekim arasında vekâlet sözleşmesi akdedilmiş olduğunu kabul ederek zaman aşımının başlangıç tarihinin A. K.'nin doğduğu tarih olan 31.1.1994 tarihinden başlayacağını kabul etmiş ve bu nedenle 7.11.2000 tarihinde açılan ek davanın zaman aşımı süresi içinde açılmadığı gerekçesine dayanarak ek davada ileri sürülen talepleri kabul etmemiştir.

Davalı hekimlerin özen yükümüne aykırı davranışları nedeniyle özürllü olarak dünyaya gelen A. K.'nin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında, tarafı olmadığı, ana ve babası ile hastane işletmecisi arasındaki sözleşmeye dayanarak hastane işletmecisinden sözleşmesel tazminat talep edebileceğini ifade ettik. Ancak cevaplandırılması gerekli bir soru da şudur ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede korumadan yararlanan kişi için zararlarının tazmini için geçerli olan zaman aşımı süresi nedir? Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede borçlunun üçüncü kişiye (burada çocuğa) karşı sözleşmesel sorumluluğu asıl sözleşmenin zamanaşımı süresine tabidir. Karara konu olayda taraflar arasındaki sözleşme vekâlet sözleşmesi olduğuna ve BK m. 126 b. 4'e göre de vekâlet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna göre 7.11.2000 tarihinde açılan ek davanın zamanaşımı süresi içinde açılmadığı anlaşılmaktadır. Bu çözüm tarzı ise çocuk açısından adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede amaç haksız fiilden daha etkin koruma sağlayan sözleşme hukuku kurallarını devreye sokmaktır. Öğretide de kabul edildiği üzere, cismani zararların varlığı halinde, zarar verene sözleşmesel sorumsuzluk ayrıcalıklarına ve haksız fiilden daha kısa sürmüş sözleşmesel zaman aşımı süresine dayanma şansı tanınmaz²⁴⁶. Olayda da cismani bir zararı söz konusu olan A. K.'nin taleplerine karşı davalı hastane işletmecisinin asıl sözleşmedeki beş yıllık zaman aşımı süresinin dolduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaması ve burada A. K. açısından BK

²⁴⁶ Serozan, İfa, § 23 N 2.

m. 125 gereğince on yıllık zaman aşımı süresinin uygulanması daha adil bir çözüm tarzı olacaktır.

SONUÇ

Hukukumuzda, çocuk kişiliğini sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanmaktadır. Ancak çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazandığı kişiliği ana rahmine düştüğü ana (tüpte dölleme halinde ise tüpte döllendiği tarihe) kadar geçmişe etkili hüküm doğurmaktadır (MK m. 28 I, II). Çocuğun kişilik hakkını geçmişe etkili olarak kazanması onun özellikle malvarlığı hakları açısından önem taşımaktadır. Miras Hukukunda ceninin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağını ve mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde mirasın paylaşımının onun doğumuna kadar erteleneceğini ifade eden kurallar MK m. 28'in miras hukuku alanındaki izdüşümleridir (MK m. 582, 643). Miras hukukundaki bu düzenlemeler dışında Borçlar Hukukunda da ceninin malvarlığı haklarının korunması söz konusu olmaktadır. Şöyle ki yasada bu konuda cenin için özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide, ceninin destekten yokun kalma tazminatı isteyebileceği ve üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar tayin edilebileceği kabul edilmektedir.

Ceninin kişilik haklarının korunması açısından ise MK m. 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımına ihtiyaç bulunmamaktadır. Haksız fiilin koşullarının gerçekleşmiş olması halinde cenin, kişilik hakkını ihlal eden kişiden zararlarının tazmin edilmesini isteyebilecektir.

Ceninin kişilik hakkının korunmasından söz edilince ilk akla gelen soru, ceninin yaşama hakkının bulunup bulunmadığı ve ceninin yaşama hakkının bulunması halinde kendisine tayin edilecek kayyım eliyle rahim tahliyesinin engellenebilip engellenemeyeceğidir. MK m. 28 II'de ceninin kişiliğinin geciktirici şarta bağlı olarak kabul edilmesi, menfaatler durumunun cenine yaşama hakkı tanımayı gerektirmemesi nedeniyle ceninin yaşama hakkının varlığından söz edilmesi doğru olmayacaktır. Bu noktada kişiliğini kazanmış annenin kendi hakkında karar verebilme hakkına, özellikle dölünü sürdürme hakkına, ceninin yaşama hakkı yanında üstünlük tanınması gerekmektedir.

Cenin açısından diğer önemli kişilik hakkı ise vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkıdır. Zira cenin henüz ana rahminde iken vücut bütünlüğü ihlal edilebilir ve bu nedenle çocuk özürlü olarak dünyaya gelebilir. Ceninin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi annesinin aile iç şiddete maruz kalması ya da trafik kazası geçirmesi sonucu

çocuğun özürlü olarak doğması şeklide gerçekleşebilir. Bu ihtimallerde failin hukuka aykırı ve kusurlu fiiliyle zarara uğrayan cenin, doğumundan sonra zararlarının tazmin edilmesini haksız fiil failinden talep edebilecektir. Ancak son yıllarda ceninin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi olayların büyük çoğunluğunda hekimin sorumluluğu açısından gündeme gelmektedir.

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucu özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun hekimden zararlarının tazmin edilmesini isteyebileceğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Zira hekimin, ceninin mutlak hakkı olan vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını ihlal eden davranışı yapma (olumlu) tarzında hukuka aykırı bir fiil teşkil etmektedir. Hekimin, tıp biliminin öngördüğü kurallara riayet etmemesi sonucu kusuru da söz konusudur. Hukuka aykırı ve kusurlu davranış sonucu özürlü olarak dünyaya gelen çocuk hekimden zararlarının tazminini talep edebilecektir. Ancak çocuğun zararının ne olduğunun belirlenmesi gereklidir. Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan masrafların ödenmesi, yasada, onun erginliğine kadar (ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar) ana ve babasının bakım yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. Çocuğun hekimin haksız fiil teşkil eden davranışı sonucu uğradığı zarar ise tedavi masrafları ile sağlıklı bir çocuğa nazaran yapılması gerekli olan fazla bakım ve eğitim masraflarıdır. Söz konusu masraflar ana ve babanın bakım yükümlülüğü olarak düzenlendiğinden çocuğun bu konuda bir talepte bulunması da mümkün olmamalıdır, o ancak erginliğinden sonra yapılması gerekli olan bakım, eğitim ve tedavi masraflarını talep edebilmelidir. Ancak çocuğun haksız fiil sonucu çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle meydana gelecek kazanç kaybının tazmini için (BK m. 46 I) maddi tazminat ve özürlü olarak dünyaya gelmesi nedeniyle duyduğu acı ve elem için manevi tazminat talep etmesine bir engel bulunmamaktadır.

Hekimin ana rahmindeki cenine kusurlu bir tıbbi müdahalesi bulunmaması, ancak cenindeki anomaliyi zamanında teşhis edememesi sonucu çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde sorumlu olup olmayacağı ise ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir.

Hekim, cenindeki anomaliyi zamanında teşhis etmiş olsaydı, ana karnında yapılacak bir tedavi ile çocuğun sağlıklı olarak doğumunun sağlanabileceği söylenebiliyorsa bu halde hekimin davranışının yapmama (hareketsiz kalma) şeklinde gerçekleşen bir fiili ve çocuğun vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğu söylenecektir. Hekimin gerekli özeni göstermemesi, yapılması gereken testleri yapmaması onun tıp biliminin kabul edilen kurallarına aykırı hareket ettiğini, yani kusurlu olduğunu da göstermektedir. Sonuç olarak hekim özürlü olarak doğan çocuğa karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Hekim, cenindeki anomaliyi zamanında teşhis etmiş olsaydı bile ana karnında yapılacak bir tedavi ile çocuğun sağlıklı olarak doğumunun mümkün olmadığı hallerde ise hekimin haksız fiil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Zira bu ihtimalin gerçekleştiği olayların büyük çoğunluğunda çocuktaki anomali Down Sendromu gibi tedavisi mümkün olmayan hastalıklardır. Hekim zamanında anomaliyi teşhis etseydi bile ana ve babanın sadece iki seçeneği bulunmaktadır: Ya gebeliği sona erdirecektir, ya da çocuğun özürlü olarak doğumuna izin verecektir. Hekimin söz konusu anomaliyi teşhis edememesi sadece ana ve babanın elinde bulunan bu seçim hakkını ortadan kaldırmakta ve özürlü çocuğun doğumuna yol açmaktadır; yoksa çocuk hekimin davranışı sonucu özürlü olarak doğmakta değildir. Bu nedenle hekim özürlü olarak doğan çocuğun ana ve babasına karşı sorumlu olacakken (istenmeyen doğum davaları), özürlü olarak doğan çocuğa karşı sorumlu olmayacaktır (istenmeyen yaşam davaları). Çocuğa karşı hekimin sorumlu olmayacağının kabul edilmesinin gerekçesi olarak, cenindeki anomaliyi teşhis eden hekimin onu yok etmemesi normun koruma amacına girmemektedir. Zira hekimin teşhis yükümlülüğünün amacı eğer mümkünse cenindeki anomaliyi tedavi ederek onun sağlıklı doğumunu sağlamaktır. Hekimin yapmama şeklinde gerçekleşen fiili, tıbbi mesleki yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle hukuka aykırı olsa da bu hukuka aykırı fiil sonucunda bir zarar meydana gelmemesi de hekimin çocuğa karşı sorumluluğunu kabul etmemenin diğer bir gerekçesidir. Bizatihi çocuğun doğumu bir zarar olarak nitelendirilemeyeceğinden çocuk özürlü olarak dünyaya gelmesi nedeniyle tatminsiz bir yaşam sürecektir olması gerekçe göstererek de hekimden

tazminat talebinde bulunamayacaktır. Üstelik çocuğun hiç yaşamamasına oranla özürlü olarak yaşamasının bir zarar teşkil ettiği de ispatlanamaz bir olgudur.

Kusurlu tıbbi müdahalesi ya da tedavi edilebilir anomaliyi teşhis edememesi sonucu özürlü olarak dünyaya gelen çocuğa karşı hekimin sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte her iki ihtimalde de çocuğun ergin oluncaya kadar hekimden bakım, eğitim ve tedavi masraflarını talep etmesi, ana ve babanın yasa gereği çocuğuna bakmakla yükümlü olması nedeniyle(MK m. 327), mümkün olmamaktadır. Ancak erginlikten sonra bakım, tedavi ve eğitim için yapılacak masrafları hekimden talep edebilecektir. Tedavi edilemez nitelikteki anomaliyi zamanında teşhis edemeyen hekimin ise istenmeyen yaşam davalarında özürlü olarak doğan çocuğa karşı erginlikten sonra bile sorumlu olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum ise adalete uygun gözükmemektedir. Fransa’da Perruche davasından sonra yoğun kamuoyu baskısı nedeniyle çıkarılan yasada istenmeyen yaşam davalarında çocuğun tazminat talebinin reddedilmesi, ancak özürlü olarak doğan çocuğun masraflarının ülkedeki tüm özürlülerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan komite tarafından karşılanması soruna en uygun çözüm olarak gözükmektedir. Bu nedenle Hukukumuz açısından da hekimlerin mesleklerinin gereğini yerine getirirken kendilerini baskı altında hissetmemeleri için bu yönde bir uygulamanın gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülebilir.

Hekimin sorumluluğu açısından cevaplandırılması gereken diğer bir soru da özürlü olarak doğan çocuğun hekimden tazminat talep edebileceği hallerde söz konusu tazminat talebini hekim ile ana ve babası arasındaki hekimlik sözleşmesine dayandırabilip dayandıramayacağıdır. He ne kadar cenin, hekim ile ana ve babası arasındaki sözleşmede taraf olmasa da, o, borçlunun, yani hekimin, ediminin risk alanı içerisindedir. Alacaklı olan ana ve babanın ceninin korunmasında çıkarı vardır ve hekim tarafından da bu olgular hesaba katılabilir niteliktedir. Bu gerekçelerle cenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilerek, kendisine haksız fiil sorumluluğundan daha iyi bir koruma sağlayan sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. B. : Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002.
- Akıntürk, T. : Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul, 2006.
- Akipek, Jale G. : Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Cüz (Şahsın Hukuku), Ankara, İstiklal Matbaası, 1961.
- Akipek, J./ Akıntürk, T. : Türk Medeni Hukuku, : Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Altıncı Bası, İstanbul, Beta, 2007.
- Akkanat, H. : “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, Seçkin, 2006, s. 25–40. (Hastaneye Kabul Sözleşmesi)
- Akkanat, H. : “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni”, HPD, S: 5, 2005, s. 26–30. (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi)
- Akünel, T. : “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yarg. Der., C: 14, S: 3, 1988, s. 222-237.

- Akyol, Ş. : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Arpacı, A. : Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, İstanbul, Beta, 2000.
- Arsebûk, E. :Medeni Hukuk: Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul, Tan Matbaası, 1938.
- Aşçıoğlu, Ç. : Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî), Ankara, 1993.
- Ataay, A. : Şahıslar Hukuku: Giriş- Hakiki Şahıslar, Birinci Yarım, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Atabek, : “Hastanelerin Sorumluluğu”, İBD, C: 60, S: 10–11–12, 1986, s. 628–650.
- Atamer, Y. M. : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, Beta, 1996. (Haksız Fiil)
- Atamer, Y. M. : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yarg. Der., C: 22, S: 1–2, 1996, s. 99–132. (Üçüncü Kişi)
- Ayan, M. : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

- Aydın, Tülay : “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi”, İÜHFM, C: LXIV, S: 2, 2006, s. 333 vd.
- Başpınar, V. Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2004.
- Beretta, P. : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2002. (Art. 31)
- Bigler-Eggenberger, M. : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2002. (Art. 11)
- Brown, D. : “Rights Of An Unborn Child”, ICLQ, Volume 21, 1972, s. 789–791.
- Burns, T. A. “When Life Is An Injury: An Economic Approach To Wrongful Life Lawsuits”, Duke Law Journal, 2003, 52, s. 807–839. (Wrongful Life)
- Büyükkay, Y. : İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. (Çocuk)
- Büyüksagis, E. : Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Zarar)

- Büyüksagis, E. : “Ebeveynleri tarafından dünyaya gelmesi arzu edilmemiş çocuğun doğumunu engellemek hekimin sorumluluğunu gerektirir mi?”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ebuyuksagis-1.htm> (Çevrimiçi-13.03.2006). (Hekim)
- Canaris, C. W. : “Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen”, JZ, 1965, s. 475-482.
- Clement, R./ Rodat, O. : “Post-Perruche: What Responsibilities For Professionals?”, Medicine and Law, March, 2006, s. 31-42.
- Çoban, A. : “İnsan hakları bağlamında embriyonun moral statüsü”, Toplum ve Bilim, S: 109, 2007, s. 258-295.
- Däubler, W. : BGB kompakt: Die systematische Darstellung des Zivilrechts, 1. Auflage, 2002.
- Donay, S. : “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S:10, 1968, s. 39-53. (Doktor)
- Dural, M./ Sarı, S. : Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (Medeni)
- Dural, M./ Ögüz, T. : Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, Cilt II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (Kişiler)
- Dural, M./ : Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku, Cilt IV,

- Öğüz, T. : Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (Miras)
- Dural, M./ : Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, Cilt III, Öğüz, T./ İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005. Gümüş, M. A.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Erman, H. : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, 1998,s. 143–153.
- Gökyayla, K. E. : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, Seçkin, 2004.
- Guttman, R. A. : “Wrongful Life: A Finally Recognized Tort”, Journile of Juvenile Law 8, 1984, s. 127–139.
- Gümüş, M. A. : Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. (Kayyımlık)
- Gümüş, M. A. : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, Beta, 2001.
- Gürkan, Ü. : “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara, 1995, s. 39-54.
- Gürsel, N. : “Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı, Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem (I)”, Yarg. Der., 1979, C: 5, S: 3, s. 531–555.

- Hatemi, H. : Gerçek Kişiler Hukuku: Kısa Ders Kitabı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005. (Gerçek Kişiler)
- Hatemi, H. : Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004. (Medeni)
- Hatemi, H. : Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004. (Miras)
- Hatemi, H. : Kişiler Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001. (Kişiler Hukuku)
- Hatemi, H. : “Evrensel İlahî-Tabîî Hukuk Açısından Hayat Kavramı ve Korunması”, Tüm Yönleri İle Aile Planlaması Sempozyumu, İstanbul, 1998.
- Hausmaninger, H./
Selb, W. : Römisches Privatrecht, 7., verbesserte Auflage 1994, Böhlau Verlag Wien-Köln-Weimar.
- Helvacı, S. : Gerçek Kişiler, İstanbul, 2006. (Kişiler)
- Helvacı, İ. : Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- İmre, Z./
Erman, H. : Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2006. (Miras)
- İmre, Z. : Medeni Hukuka Giriş: Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980. (Medeni)

- Kaneti, S. : “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 61–75. (İspat)
- Kaneti, S. : “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1981, s. 29–66. (Kusur)
- Kaneti, S. : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, Kazancı, 2007. (Haksız Fiil)
- Karahasan, M.R. : Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Cilt III, İstanbul, Beta, 2004.
- Kaser, M. : Römisches Privatrecht, 16., durchgesehene Auflage, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
- Kırkbeşoğlu, N. : Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Kley, A. : ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, orell füssli Verlag AG, 2006, ZGB Art. 31.

- Kocayusufpaşaoğlu, N. : Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1987. (Miras)
- Kocayusufpaşaoğlu, N. :Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme(N.Kocayusufpaşaoğlu, H.Hatemi, R.Serozan, A.Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998. (Borçlar)
- Köprülü, B. : Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985. (Miras)
- Köprülü, B. : Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, Genişletilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984. (Medeni)
- Köprülü, Ö. : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD, C: 58, S: 10–11–12, 1984, 589–613. (Hekim)
- Lange/
Schiemann : Schadenersatz, 3. Auflage, Tübingen, 2003.
- Manssdorfer, T. :“Rights of Embryo and Fetus in Private Law”, Swiss Reports Presented at the XVIth International Congress of Comparative Law, Partie II/ Part II, Brisbane 2002, s. 515–554. (Rights of Embryo)
- Manssdorfer, T. : Pränatale Schädigung, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000. (Schädigung)
- Merkel, R. : “Wrongful Birth-Wrongful Life”: Die Menschliche

Existenz als Schaden?, Verantwortung in recht und Moral, Stuttgart 2000, s. 173-192.

Nomer, H. N. : “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s. 545–594. (Nesep)

Nomer, H. N. : Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, Beta, 2002.

Oğuzman, M.K./
Barlas, N. : Medeni Hukuk: Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar
13. Bası, İstanbul, Beta, 2006.

Oğuzman, M. K./
Seliçi, Ö./
Oktay Özdemir, S. : Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, Yeniden
Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış
Sekizinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005

Oğuzman, M. K./
Öz, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden
Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.

Oğuzman, M. K. : Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul,
Filiz Kitabevi, 1995.

Oğuzoğlu, H. C. : Medeni Hukuk: Şahsın Hukuku – Aile Hukuku,
Beşinci Basım, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.

Özsunay, E. : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Genişletilmiş ve
Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, Fakülteler
Matbaası, 1979. (Gerçek Kişiler)

- Özsunay, E. : “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, İstanbul, 1998. (Hayatın Başlangıcı)
- Özsunay, E. : “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 483–508. (Manevi Zarar)
- Özsunay, E. : “Rights Of Embryo And Foetus In Private Law”, Convergence Of Legal Systems In The 21 Century: General Reports Delivered At The XVI International Congress Of Comparative Law, Bruylant-Bruxelles, 2006. (Rights Of Embryo)
- Öztan, B. : Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994.
- Öztürel, A. : “Medeni Kanunumuzun 27 inci Maddesi Bakımından Çocukta Viabilite Kavramı ve Saptanması”, Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, Ankara, 1977, s.313–329.
- Priaulx, N. M. : “Conceptualising Harm in the Case of the «Unwanted» Child”, European Journal of Health Law 9, 2002, s. 337–359.
- Ryan, S. A. : “Wrongful Birth: False Representations Of Women’s Reproductive Lives”, Minnesota Law Review, 78, 1994, s. 858-909.
- Reisoğlu, S. : “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk

- Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu,
İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 1–18.
- Schwenzer, I. : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456
ZGB, 2. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing
&Lichtenhahn, 2002, (Art. 260–263). (Basler Komm.)
- Schwenzer, I. Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil,
Vierte, überarbeitete Auflage, Bern, Stämpfli Verlag
AG, 2006. (Obligationenrecht)
- Serozan, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri,
Haksız Zenginleşme (N. Kocayusufpaşaoğlu, H.
Hatemi, R. Serozan, A. Arpacı, Borçlar Hukuku Genel
Bölüm, Üçüncü Cilt), Gözden geçirilip genişletilmiş 4
üncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (İfa)
- Serozan, R. : Medeni Hukuk: Genel Bölüm, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2005. (Medeni)
- Serozan, R. : Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
(Çocuk Hukuku)
- Serozan, R./
Engin, B. İ. : Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Serozan, R. : Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994. (Tüzel Kişiler)
- Serozan, R. : “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme
Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu
İle Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin

- Armağan, Alkım, İstanbul, 2007, s. 715-741. (Haksız Fiil)
- Serozan, R. : “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, 313–324. (Kişiliğin Korunması)
- Serozan, R. : “«Culpa İn Contrahendo», «Akdin Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, S: 3, 1968. (Edim Yükümleri)
- Serozan, R. : “Doğal Çevrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler”, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul, 1996, s. 102-111.
- Shapira, A. : “Wrongful life lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?”, Journal of Medical Ethics, 24, 1998, s. 369-375.
- Sungurbey, İ. : Medeni Hukukun Temel Sorunları, İstanbul, 2002.
- Şenocak, Z. : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998. (Hekimin Sorumluluğu)
- Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt II, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Evrim Basım- Yayım-Dağıtım, 1989. (Borçlar)

- Tandoğan, H. : Türk Mesuliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdî Mesuliyet, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961. (Mesuliyet Hukuku)
- Tandoğan, H. : Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963. (Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini)
- Tandoğan, H. : “Hukuka Aykırılık Bağı”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1977, s. 5–27. (Hukuka Aykırılık)
- Tekinay, S. S. : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli Altıncı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992. (Medeni)
- Tekinay, S. S./
Akman, S./
Burcuoğlu, H./
Altop, A. : Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tomlinson, W. L. : “Torts-Wrongful Birth And Wrongful Life”, Missouri Law Review, 1979, 44, s. 167- 183.
- Velidedeoğlu, H. V. : Türk Medeni Hukuku, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963.

- Yavuz İpekyüz, F. : Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Zevkliler, A./
Acabey, M. B./
Gökyayla, K. E. : Zevkliler Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.
- Zeytin, Z. : “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-II, Maddi Zarar Olarak «Çocuk»”, BATİDER, Cilt: XXI, S: 3, 2002, s. 33–45.