

CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDE MADDİ ZARARININ TAZMİNİ

COMPENSATION OF PECUNIARY DAMAGE IN CASE OF BODILY INTEGRITY OF UNBORN CHILD

DOI: 10.21492/inuhfd.403025

Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR*

Özet

Cenin, anne karnında olan ancak doğumu henüz gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Ceninin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin, hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararını talep edebilecektir. Cenin, sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hakkın süjesi olur (TMK madde 28/II). Beden bütünlüğü hakkının korunması da en az yaşam ve sağlık hakkı kadar önemlidir. Ceninin de beden bütünlüğü hakkının korunması vazgeçilmez bir gerçektir. Ceninin anne karnında olduğu dönemde nadiren de olsa doğrudan cenine yönelik tıbbi müdahale nedeniyle ya da anneye yönelik tıbbi müdahale nedeniyle beden bütünlüğü ihlal edilebilir. Ayrıca üçüncü kişilerin, trafik kazası gibi, anneye yönelik haksız fiilleri nedeniyle de ceninin beden bütünlüğü ihlal edilebilir. Ceninin beden bütünlüğü ihlalinde doğan maddi zararın hukuki dayanağı farklı durumlara göre üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da haksız fiil hükümleri olabilir.

Anahtar Sözcükler: Cenin, bedensel bütünlük, hak ehliyeti, ceninin bedensel bütünlük ihlali.

Abstract

Unborn child is a creature existent in mother's womb who has not born yet and whose acquisition of personality is conditional upon being born alive. The legal status of unborn child is important regarding determination of its rights. Unborn child, who does not have legal personality because of not being born yet, may claim compensation as the subject of right, for damage it has suffered due to violation of bodily integrity. Unborn child becomes subject of right starting from conception with the condition of being born fully and alive (Turkish Civil Code Article 28/2).

Protection of bodily integrity is as important as the protection of the right to life and health. The protection of the bodily integrity of unborn child is an indispensable reality. During the period when the unborn child is in mother's womb, due to medical

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

E-mail: ozcanbuyuktanir@gmail.com

Makale Gönderilme Tarihi: 07.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 04.06.2018

interventions directed at mother, the bodily integrity of embryo may rarely be violated. Also, the bodily integrity of unborn child may be violated as a result of torts of third persons directed at mother, such as traffic accidents. Depending on different situations, the legal ground of compensation claims for pecuniary damage resulting from the violation of bodily integrity of unborn child may be contract for the benefit of third person, contract with the protecting effect towards third person or tort law rules.

Keywords: Unborn child, bodily integrity, capacity to have rights, violation of bodily integrity of unborn child

I. GİRİŞ

Kişinin sağlığının ve beden bütünlüğünün korunmasında hukuki yararı olduğu kaçınılmaz bir gerçektir. Sağlığın korunması da beden bütünlüğünün korunması kapsamındadır. Beden bütünlüğünün ve sağlığının korunmasının iki yönü vardır: fiziksel bütünlüğün korunması ve ruhsal bütünlüğün korunması. Kişinin yaşamının, beden bütünlüğünün ve sağlığının korunması onun en temel kişilik haklarını oluşturur. Çocuk gibi anne karnındaki ceninin de beden bütünlüğü hakkı vardır.

Beden bütünlüğünün korunmasının hukuki dayanaklarının belirlenmesinde, ceninin hak süjesi olması ve hukuki statüsü önemlidir. Bir adım ileride tüpte yapay dölleme, hak ehliyetinin başlangıç anı, beden bütünlüğünün korunmasının ne zamandan başlayacağı sorusunun yanıtını oluşturur. Ceninin kişiliğinin başlangıcı ve hak ehliyeti, onun hukuki statüsünü oluşturur. Hak ehliyeti, bir anlamda ceninin hukuksal kişiliğidir.

Ceninin hak ehliyetinin başlangıç anı, onun haklarının korunmasının ne zamandan itibaren başlayacağı sorusunun da yanıtını verir. Çalışmada anne karnındayken bedensel bütünlük ihlalinde ceninin bu ihlale bağlı maddi zarar kalemleri ile bunların talebinin hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır. Öncelikli olarak ceninin hukuki statüsü anlatılacak daha sonra ise ceninin bedensel bütünlük ihlali ve ceninin istemlerinin hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır. En son olarak ise bedensel bütünlük ihlaline bağlı olarak talep edilecek maddi zarar kalemleri incelenecektir.

II. TÜRK HUKUKUNDA CENİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Ceninin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalinde doğan zararını talep edebilecektir.

A. Cenin Kavramı

Cenin, anne karnına düşmüş ancak doğmamış olan çocuktur¹. Cenin, anne karnında olan ancak doğumu gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Embriyo ise, ceninin anne karnındaki ilk döneminde henüz organların tam olarak şekillenmediği halidir². Embriyo, yumurta ile spermin döllenenmesinden (doğal yolla döllene ya da tüpte yapay dölleneyle) sonra cenin olma aşamasına kadar geçen süreçteki hücreler topluluğudur. Döllenenmeden itibaren anne karnında 8. haftaya geçen sürede insan organizması embriyo iken, 8. haftadan sonra cenin adını alır³.

B. Ceninin Hak Ehliyeti

Kişilik sağ doğumla başlar. Ancak ceninin hak ehliyeti, sağ ve tam doğmak koşuluyla ceninin anne karnına düştüğü andan itibaren başlar (bkz. TMK madde 28/II)⁴. Hak ehliyeti, bir anlamda ceninin hukuksal kişiliğidir⁵.

¹ ÖZTAN, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2001, 10. Baskı, s. 14; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 15; ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (Gerçek Kişiler), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 4. Bası, s. 17; ZEVKLİLER/ ACARBEY/GÖKYAYLA, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, 6. Baskı, s. 220; HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina, E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008, Art. 31 N. 03.12.

² HONSELL/VOGT/ GEISER, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-46 ZGB, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 Basel, Art. 31 III 2 N.14; AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 8.; DÖLEN, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 35.

³ HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 2 N.14; AYDIN ÜNVER, S. 9; KURT, Müjde Leyla, "Cenin Malvarlığı Hakları," İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2011, s. 180; DÖLEN, s. 35; KESKİN, Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Yıl 2013, S. 1-2, s. 745; KRIARI-CATRANIS, Ismini, (ÖZSUNAY, Ergun, General Rapporteur, Topic IV, Human Rights), Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law, International Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative Law, 14-20 July 2002, s. 1.

⁴ SEROZAN, Rona, Doğum Öncesi (Pretanal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, (Kişiliğin Korunması) Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 313. Alman hukukunda ceninin hak ehliyetine ilişkin genel bir düzenleme olmayıp hak ehliyetinin başlangıcını da doğum anıdır (§1 BGB). Ancak ceninin korunması gerekliliği karşısında çocuğun anne karnında olduğu dönem için 823§ BGB'ye dayanarak zararının giderilmesini isteme olanağı tanınmıştır. Cenini korumaya yönelik düzenlemelerle somut olaya göre sağ doğum koşuluna bağlı olarak ceninin hak ehliyetinin olduğu kabul

Cenin adına doğum öncesi bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararının tazmininin talep edilmesi gerektiğinin savunulması halinde ceninin anne karnındayken gördüğü zararın tazminini isteyip isteyemeyeceği onun hak ehliyetinin başlangıç anı ile ilintilidir. Çünkü anne karnında olan cenin zarar gördüğü sırada henüz hak süjesi değildir. Ceninin de korunmaya değer yaşam ve sağlık hakkı olduğu da gerçektir⁶. Ceninin anne karnındayken uğradığı zararların tazmini sağ doğması koşuluna bağlıdır⁷. Sağ doğan cenin anne karnındayken uğradığı zararlarının giderilmesini sanki yaşarken meydana gelmiş gibi talep edebilecektir⁸. Cenin, sağ doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak anne karnına düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır⁹. Ceninin

edilmektedir (örneğin §1912, § 1913 ya da § 2108 Abs. 1 BGB, § 1923 Abs. 2 BGB gibi). Ayrıca ceninin üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında korunması da mümkündür. Üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmede sözleşmenin tarafı ceninin doğumunda önce ölürse, borçlu cenine ifadan sadece sözleşmede bu hakkını saklı tutmuşsa cenine ifadan kaçınılabılır (§331 Abs. 2 BGB). Ceninin § 844 Abs. 2 BGB'ye göre haksız fiil sonucu ölen kişinin desteğinden yoksun kalacağı gerekçesi ile henüz doğmamış olmasına karşın haksız fiil failinden tazminat isteme hakkı vardır. Ayrıca § 823 BGB 'ye dayanarak ceninin en azından doğrudan zararlarına yönelik olarak korunması mümkündür. Cenin, henüz anne karnındayken olan olaylar nedeniyle doğumdan sonra § 844 Abs. 2 ya da § 823 BGB'ye dayanarak zararının tazminini yasal temsilcisi aracılığıyla talep edebilecektir. Alman hukukunda ceninin haklarının korunması bu şekilde gerçekleştirilmektedir (bkz. ELLENBERGER, Jürgen, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010,, § 1, N.1; HAHN, Dieter, Kindheits, Jugend- und Erziehungsrecht, Alle Rechtsfragen von der Entstehung des Menschen bis zur Volljährigkeit, München 2004, N. 1-5; N.11-13; WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Rechts, München 2016, 11. Auflage, 2 § 11 IV N. 12).

⁵ SEROZAN, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, 4. Bası, §1 I P. 4; SEROZAN, Kişiliğın Korunması, s. 313.

⁶ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.20; ÖZTAN, s. 17.

⁷ ÖZTAN, s. 17.

⁸ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.21; HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 5 N. 25.

⁹ Ceninin anne karnına düştüğü andan itibaren sağ ve tam doğması koşulunun gerçekleşmesi anına kadar bekleyen bir hakka sahiptir. ceninin geciktirici koşula bağlı olarak anne karnına düştüğü andan itibaren korunmasıyla, cenine kişiye tanınan haklar sağlanmıştır. Öztan'a göre ceninin bozucu koşula bağlı olarak ya da geciktirici koşula bağlı olarak hak ehliyetine sahip olmasının pratik sonucu açısından fark yoktur. Her iki halde de ceninin hak ehliyetine sahip olması, doğum olayına bağlıdır (ÖZTAN, s. 14, 15); Ceninin sağ doğması ile birlikte geçmişe dönük olarak hak ehliyetini kazanmasının geciktirici şart benzeri bir şart olduğu görüşü için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011, 8. Baskı, s. 245; Geciktirici koşulun olduğu hakkında ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 3. Bası, s.

hak ehliyetinin geçmişe dönük ve sağ doğma koşuluna bağlı olması önemini ceninin sağ doğmaması halinde gösterir. Sağ doğmayan cenin adına anne karnında olduğu dönemde herhangi bir hukuki istemde bulunulamayacaktır¹⁰.

Ceninin anne karnına düştüğü anı tıp bilimi belirleyecektir. Bugün tıp biliminin geldiği noktada konuya ilişkin yasal düzenlemelerin (TMK madde 287/II'nin ve TMK 302/I'in) kıyasen uygulanması sonucunda ceninin, doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında ana rahmine düştüğü kabul edilebilir¹¹. Ancak amaç cenini korumak olduğu için daha uzun süre olan 300 gün önce ana rahmine düşmüş olmayı kabul etme, ceninin yararına olacaktır. Aksi kanıtlanmadıkça ceninin doğumdan 300 gün önce ana rahmine düşmüş olduğu kabul edilmelidir¹². Günümüz koşullarında bilimin de gelişmesiyle birlikte ana rahmine düşmenin bir adım ilerisine giderek tüpte yapay dölleme, hak ehliyetinin başlangıç anı dölleme anına kadar götürülebilir. TMK madde 28/II'deki “ana rahmine düşme” ifadesini geniş yorumlanarak günümüz koşullarında yapay dölleme “dölleme anı” olarak kabul etmek ceninin haklarının korunması açısından önemlidir¹³⁻¹⁴. Tüpte döllemenin¹⁵ sağ doğum

272; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.20; DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 19; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 15; ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 221.; Yargıtay'a göre de ceninin hak ehliyeti geciktirici koşula bağlıdır: Y21.HD, 04.04.2014 T., 2013/13684 E., 2014/3834 K.; Y21.HD, 30.04.2014 T., 2014/7579 E., 2014/9615 K.; Y4.HD, 23.10.1984 T., 1983/6447 E., 1984/2849 K sayılı kararları (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.02.2018); Ceninin geciktirici koşula değil de bozucu koşula bağlı olarak doğmadan önce hak ehliyetine sahip olacağı yönündeki tartışma ve görüşler için bkz. Öztan, s. 14 dipnot 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.15, dipnot 32.

¹⁰ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.15.

¹¹ KURT, s. 183.

¹² Bkz. KURT, s. 184, dipnot 27.

¹³ Aynı görüşte OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 13; SEROZAN, Medeni Hukuk §1 I N. 7c; SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315; ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 224; aksi görüşte Öztan'a göre, kanun koyucu “ana rahmine düşme”den söz ettiği için yapay dölleme embriyonun ana rahmine transferinden sonra sağ ve tam doğumla hak ehliyeti kazanılacağı yönündedir (ÖZTAN, s. 18); Kılıçoğlu'na göre dışarıda yapay dölleme ile oluşturulan embriyonun hak ehliyeti sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine transfer yapıldığı andan itibaren başlar (KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara 2016, Turhan Kitabevi, s. 203); aynı şekilde dışarıda yapay dölleme ile oluşturulan embriyonun sağ ve tam doğmak koşuluyla hak ehliyetinin ana karnına transfer ile başlayacağı yönünde HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 2 N. 17; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.26.

koşuluyla hak ehliyetinin başladığı ana kadar yürümesi ceninin mirasçılık haklarını da etkileyecek ve döllenmenin yapıldığı an mirasçılığın başladığı an olacaktır¹⁶. Bu durumda babanın ölümünden sonra annenin rahmine yerleştirme halinde de cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacaktır¹⁷.

III. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ

Gebelik sürecinde anneye yönelik üçüncü kişinin haksız fiiliyle ya da hekimin hatalı tıbbi müdahalesi ile ceninin bedensel bütünlüğünün zarar görmesi ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle istenmeyen gebeliğin yaşanması cenine ilişkin temel hukuki problemlerdir. Ceninin doğum sırasında yine hekimin hatalı tıbbi uygulaması nedeniyle zarar görmesi söz konusu olabilir. İstenmeyen gebelik aile planlamasıyla ilgili olup, ceninden bağımsız bir konudur.

¹⁴ Yapay döllenme için verilen yumurta ve sperm onu veren kişinin beden bütünlüğü içinde değerlendirilir. Vücuttan ayrılan parçaların beden bütünlüğü içinde değerlendirilmesinde önemli olan nokta kişinin egemenlik alanı içinde olmasıdır (FUCHS, Maximilian, Deliktsrecht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2009, 7. Auflage, s. 10, 11). Vücutun ayrılabilir parçalarının tümüyle ayrılması ve parça olma özelliğini yitirmesi halinde artık, söz konusu parça kişinin beden bütünlüğü içinde değerlendirilmez. Geçici olarak vücuttan ayrılan ve tekrar takılacak olan şeyler ile fonksiyonel olarak ayrılma da vücutun bir parçası sayılan sayılan şeyler (organ nakli için organın alınması, yapay döllenme için yumurta ve sperm verilmesi, kan bağıışı için kan verilmesi) beden bütünlüğü içinde değerlendirilir (SPRAU, Hartwig, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010, § 823 N. 4 ; SCHULZE, Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014, N. 7.) Kişinin kesilen saçı üzerindeki kişilik hakkı ise, kişilik hakkının koruma alanının sadece beden bütünlüğüne dayanmaması, kişilik değerlerinin korunması olması nedeniyle (SCHULZE , N.5).

¹⁵ Tüpte yapay döllenme, evli kişiler için hukukumuz tarafından kabul edilen yöntemdir. Tüpte yapay döllenme “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Merkezleri Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir (30/09/2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan yönetmelik, madde 1). Yapay döllenme yöntemleri ve yapay döllenmeyle ilgili hukuki sorunlar için açısından bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 57 vd.; ÖZPINAR, Berna, Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 33 vd.

¹⁶ KURT, Cenin s. 186.

¹⁷ KURT, Cenin s. 186; aksi görüşte NOMER, Haluk N., Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 580, 581. Nomer, yapay döllenmede (yazar suni döllenme kavramını kullanır) çocuğun evlilik ürünü sayılabilmesi için dışarıda döllenmiş yumurtanın evlilik sona ermeden önce ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğini söylemektedir.

A. Bedensel Bütünlüğün İhlali

Zarar görenin fiziksel bütünlüğünde ya da ruh sağlığında oluşan maddi ya da manevi eksiklikler bedensel bütünlük ihlalidir¹⁸. Kişinin fiziksel bütünlük ihlali dışarıdan fark edilecek şekilde olabileceği gibi iç organlarına yönelik de olabilir¹⁹. Herhangi bir ağrı ya da acı olmasa da kişinin organlarının hukuka aykırı fiille zarar görmesi ve işlevlerini tam olarak ya da hiçbir şekilde yerine getirememeleri halinde beden bütünlüğü ihlali vardır²⁰. Ayrıca kişinin tıp bilimi tarafından sağlığının bozulduğunun tespit edildiği durumlarda da bedensel bütünlük ihlali vardır²¹. Aynı durum fiziksel bütünlük ihlali olmasa bile ruh sağlığının bozulduğu ihlaller için de söz konusudur. Ruh sağlığının bozulması sadece sıradan bir üzüntü yaşanması, bir olayın etkisi ile kısa süreli bir elem yaşanması değildir. Zarar görenin zekâsında, duygusal durumunda ya da irade yeteneklerinde bir değişiklik olması halinde ruh sağlığının bozulduğu kabul edilecektir. Ruh sağlığının bozulması sonucunda kişi, yaşamını eskisi gibi idame ettirememekte, duygusal bir değişim yaşamakta ya da iradesini etkileyecek nitelikte yaşam yeteneklerinden mahrum kalmaktadır²².

B. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali

Ceninin bedensel bütünlük ihlali, onun iç organlarının ya da dışarıdan fark edilecek şekilde uzuvlarının zarar görmesi ve işlevlerini tam olarak ya da hiç yerine getirememesi halidir. Cenin, sağ doğum gerçekleşikten sonra tedavi edilebilir ya da tedavi edilemez nitelikte bedensel zarara uğramış olabilir. Uğranılan bedensel zarar, doğumdan sonra yaşamsal desteğe gereksinim duyulmasını ya da özel eğitim alınmasını gerektirecek düzeyde de olabilir. Ceninin bedensel bütünlüğü, dışarıdan anneye yönelik hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ihlal edilebileceği gibi, hekimin, cenin anne karnındayken ya da doğum sırasında anneye ya da cenine uyguladığı tıbbi müdahale nedeniyle de ihlal edilebilir.

Ceninin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmediği iki durum söz konusudur: Bunlardan biri, hekimin cenindeki anomaliyi fark etmemesi

¹⁸ FUCHS, s. 93, 94; OĞUZMAN/ÖZ, s. 92; EREN, s. 744.

¹⁹ OFTINGER /STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995, s. 275.

²⁰ FUCHS, s.10.

²¹ FUCHS, s.10.

²² EREN, Kişiye İlişkin Zarar, s. 61.

hali, diğeri ise Alman hukukunda tartışılan ve kabul gören aile planlamasına ilişkin tıbbi müdahalenin hatalı uygulanması nedeniyle sağlıklı da olsa istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesidir²³. İlk durum yukarıda anılan hekimin cenindeki anomaliyi tespit edip edememesi noktasındadır. Burada sadece anne karnında müdahale ile ceninin sağlığına kavuşması mümkünken bunun hekimin tıbbi hatası nedeniyle anomaliyi fark edememesi nedeniyle gerçekleştirilememesi halinde cenin bedensel bütünlük ihlali olabilir. Ancak bu halde hekiminin anomali hakkında anne babayı bilgilendirmemesi, cenin bedensel bütünlük ihlalinin bağımsız olup hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranması söz konusudur²⁴. Hekimin cenine karşı sorumluluğu, sadece giderme olanağına sahip olabileceği anomaliyi gebelik sürecinde fark edemeyeceği için doğacaktır. İkinci durumda sorun, ceninin vücut bütünlüğü ihlali değil; ceninden tümüyle bağımsız anne babanın aile planlaması hakkı ve bunun kişilik hakkı olup olmadığı sorunu ile ilgilidir.

IV. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNE BAĞLI TAZMİNAT İSTEMİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Cenine yönelik bedensel bütünlük ihlalleri daha çok hatalı tıbbi müdahaleye dayanır. Bunun dışında üçüncü bir kişinin anneye yönelik haksız fiilinden cenin de zarar görebilir²⁵. Hukuka aykırı davranışın tıbbi müdahaleden kaynaklanması halinde söz konusu tıbbi müdahale doğrudan cenine yönelik olabileceği gibi, anneye yönelik bir tıbbi müdahale nedeniyle de ceninin zararı doğabilir. Tıbbi müdahale nedeniyle hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını sözleşme ya da haksız fiil sorumluluğu oluşturabilir. Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığı hallerin dışında da anneye ya da cenine yönelik hukuka

²³ Bkz. ŞENOCAK, Zariye, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk), Ankara 2009, Turhan Kitabevi, s.62-90.

²⁴ Hekim, TBK madde 502 gereğince kendisiyle aynı konumdaki hekimden beklenen en yüksek özeni göstermelidir. Hekim özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak cenindeki anomaliyi tespit edip anne babayı bilgilendirmelidir (bkz. ŞENOCAK, s. 39vd.). Anne baba gebeliğe devam edip etmeme kararını bu bilgi ışığında verecektir. Hekimin anomalinin varlığını tespiti yönelik tetkikleri gerçekleştirmeli ve sonuçları hakkında anne ve babayı tam olarak bilgilendirmelidir. Ancak anne ve baba, konu hakkında bilmeme haklarını²⁴ kullanacaklarını açıkça hekime bildirmişlerse hekimin bilgi verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Hekimin anomaliyi fark edememesi ya da fark etse dahi bilgi vermemesi hekimlik sözleşmesinin ihlalini oluşturacaktır. Ayrıca bkz. KESKİN, s. 751.

²⁵ WOLF/NEUNER, 2 § 11 IV N. 12.

aykırı fiille, bir şekilde cenine zarar verilmesi halinde ise, failin haksız fiil sorumluluğu olacaktır.

Ceninin hak ehliyetinin ana rahmine düştüğü ana kadar geriye yürümesi sayesinde ceninin kişilik hakkı korunmaktadır. Bedensel bütünlüğün korunması da onun temel kişilik hakkıdır. TMK madde 28’de, sağ ve tam doğmak koşuluna bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyeti tanınmıştır²⁶. Sağ ve tam doğan cenin, beden bütünlüğü ihlaline neden olan fiilin gerçekleştiği anda hak ehliyetine sahip olmasa da geciktirici koşula bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağı için, beden bütünlüğü ihlaline dayanarak doğan zararının da tazminini talep edebilecektir²⁷. Cenini hukuken korumak için ona, sağ ve tam doğmak koşuluyla hak ehliyeti tanınmıştır. Ceninin hakkın süjesi olabilmesi doğum olayına bağlıdır. Sağ ve tam doğmayan cenin hakkın süjesi olmayacaktır²⁸.

A. Doğrudan Cenine Yönelik Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali

Bedensel bütünlük ihlali doğrudan ceninin kendisine yönelik olabilir. Anne karnındayken hekimin cenine tıbbi müdahalede bulunması halinde doğrudan cenine yönelik bedensel bütünlük ihlali vardır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

Cenine yönelik tıbbi müdahalede, cenin adına tıbbi müdahaleye rızayı anne veya anne ve baba verecektir. TMK madde 16 gereği, karşılıksız kazandırma ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında küçükler

²⁶ FUCHS, s. 11; Alman hukukunda Federal Mahkeme kararları ve çeşitli yasal düzenlemelerle ceninin mirasçılığı ve diğer hakları korunmuştur. Örneğin cenin anne karnındayken annenin uğradığı haksız fiil nedeniyle gördüğü zararın tazminini §823/I BGB ‘ye dayanarak doğumdan sonra haksız fiil failinden talep edebilecektir (FUCHS, s. 11,12).

²⁷ Aksi görüşte SEROZAN, Medeni Hukuk §1 I N. 7b; SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315vd.; ÖZTAN, s. 17. Öztan’a göre ceninin olay gerçekleştiğinde hak süjesi olmaması nedeniyle ancak ceninin de korunmaya değer doğacak bir hakkı olduğu için çocuk bedensel bütünlük ihlali nedeniyle doğan zararının tazmini davasını açabilir. Serozan da davayı çocuğun açması gerektiğini belirtmektedir. Serozan’a göre çocuk, daha önce yapılan ihlalin sonuçlarını yaşadığı dönemde bu zararların giderilmesini doğrudan haksız fiile dayanarak isteyebilir. Bunun için üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayanmaya gerek yoktur. Cenin doğduktan sonra yaşayan bir kişi olur. Ceninin hangi nedenle olursa olsun anne karnındayken gördüğü zararlar için doğumdan sonra, herhangi bir insanın sağlık hakkı ihlal edilmiş gibi, çocuk da koşulların oluşması halinde zararının tazminini talep edebilir (SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315, 316; ayrıca bkz. SEROZAN, Medeni Hukuk, §1 I N. 7b).

²⁸ Bkz. ÖZTAN, s. 14, 15.

ve kısıtlılar, veli ya da vasilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremezler. 1219 sayılı Kanunun 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla değiştirilmiş 70. maddesine göre de küçükler ve kısıtlılara tıbbi müdahalede veli ya da vasilerinin rızası gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddede ise küçük ya da kısıtlıya tıbbi müdahale için veli ya da vasisinin izninin alınacağı düzenlenmiştir. Cenin açısından da bu maddeler kıyas yoluyla uygulanarak anne²⁹ veya anne ve babanın rızası ile cenine anne karnındayken tıbbi müdahalede bulunulabilir. Cenine tıbbi müdahalede aydınlatma anne ve varsa babaya yapılacaktır. Aydınlatmanın en geç tıbbi müdahalenin yapılmasından hemen önce gerçekleştirilmesi ve devamında rızanın alınması gerekir.

Cenine doğrudan yapılan tıbbi müdahalenin dayanağı hekimlik sözleşmesidir. Hekimlik sözleşmesini velayet hakkının kime ait olduğuna göre anne ve/veya baba yapmaktadır. Cenin daha kişilik kazanmamış olup, kişilik kazanması beklenmekle birlikte onun yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü haklarının korunması gerekliliği açıktır. Doğum gerçekleşinceye kadar cenin, annenin bir parçası olmakla birlikte sağ doğumla hak ehliyeti geçmişe etkili olarak kazanılacağından doğumdan önce, yararına tedavi sözleşmesi yapılarak ona henüz anne karnındayken tıbbi müdahalede bulunulabilir³⁰. Beden bütünlüğü ihlaline neden olan hatalı tıbbi uygulama ise anne-babanın ya da annenin ileride doğması beklenen çocuk yararına yapılan tedavi sözleşmesine dayanmaktadır. Ceninin korunması üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmedir³¹.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, borç ilişkisinde edimin ya da edimlerden birinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye ifa edilmesidir³². TBK 129. maddede üçüncü kişi yararına sözleşmede

²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 16.

³⁰ Ceninin doğum öncesi anne ile yapılacak sözleşmenin koruma alanına girdiği hakkında bkz. ŞENOCAK; İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk, s. 156, 157; KURT, s. 191, dipnot 66; aksi görüşte, BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, P. 868. Yazara göre, ceninin annenin bir parçası sayılması ileride doğacak çocuğun ebeveynlerin doğum öncesi hekimle yaptıkları sözleşmenin koruyucu etkisine girmesini engeller. Çocuk sözleşmenin tarafı olmadığı gibi, lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını da taşımaz. Ayrıca bkz. dipnot 31.

³¹ HAHN, N.11.

³² EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 1169; ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, P.1247-1284; KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 26; Y11.HD, 07.04.2016 T., 2015/8658 E., 2016/3866 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:

sözleşmenin kendi adına yapılmasına rağmen edimin üçüncü kişiye ifa edilmesi şeklinde düzenleme yer almaktadır³³. Tıbbi müdahalenin cenine yapılması için yapılan hekimlik sözleşmesinin tarafları anne ve baba ile hekim, cenin de kendisine ifanın yapıldığı üçüncü kişidir³⁴. Üçüncü kişinin sözleşmenin yapıldığından haberdar olması zorunluluğu olmadığı gibi³⁵, sözleşme yapıldığında henüz kişilik kazanmamış da olabilir³⁶. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu, yapma, yapmama, verme gibi her türlü edim oluşturabilir³⁷. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin aşılması ve üçüncü kişilerin sözleşmenin tarafı olmamasına karşın sözleşme ilişkisine dâhil olmalarıdır³⁸.

Sağ doğumla hak ehliyeti kazanacak olan cenine tıbbi müdahale için anne babasının rızasıyla gerçekleştirilmektedir. Yani henüz hak ehliyeti olmadığı dönemde sağlık hakkının korunması gerekliliği nedeniyle onun yararını korumak ve belki de sağ doğumun gerçekleşmesini sağlayabilmek için tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Kendisine tıbbi müdahalede bulunulması için anne babasının hekimlik sözleşmesi yaptığı cenin üçüncü kişi yararına sözleşme ile tıbbi müdahale nedeniyle doğan bedensel zararını hekimden talep edebilecektir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi sözleşmenin kendisine ifasını talep edebilirken;

20.02.2017); HORNBERGER, Thomas, Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter, Juristische Arbeitsblätter, 2015, Heft 1, s. 7.

³³ Üçüncü kişi yararına sözleşme, Alman hukukunda 328 § BGB’de düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre de sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi, sözleşmenin kötü ifası nedeniyle doğan zararının tazminini borçludan talep edilmektedir. Bkz. HORNBERGER, s. 11 vd.

³⁴ Tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturacağı hakkında: “... Somut uyumsuzlukta, taraflar arasındaki ilişki üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu sözleşmede davacı hastane hastanın tedavisini taahhüt etmektedir. Davalı hasta yakını ise tedavi giderlerini davacıya ödemeyi borçlanmaktadır.” (Y13. HD, 11.05.2017 T., 2015/ 36872 E., 2017/5861 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2017)).

³⁵ “... üçüncü kişi yararına sözleşmeyi özgün ve ilginç kılan özellik, üçüncü kişinin kendi bilgisi ve isteği dışında, salt böyle bir sözleşmeyi kuranlar öyle istedi diye, borçludan edimi doğrudan ve kestirmeden talep etme olanağına kavuşmasıdır...” SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 3 P.3a.

³⁶ EREN, s. 1170.

³⁷ EREN, s. 1171.

³⁸ HORNBERGER, s. 9; YHGK, 29.11.2017 T., 2017/ 11-406 E., 2017/1460 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2017).

eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişinin sözleşmenin ifasını talep hakkı yoktur³⁹. Cenine yapılacak tıbbi müdahale için anne babası hekimlik sözleşmesi yapsa da sözleşmenin ifasını fiili olarak sadece anne baba talep edebileceği için ceninin dayanağı eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olacaktır. Her ne kadar anne karnındayken hekimlik sözleşmesinin kötü ifası nedeniyle uğradığı zararın tazminini, çocuk haksız fiil hükümlerine göre de talep edebilirse de, aradaki sözleşme ilişkisine dayanmak zamanaşımı ve ispat açısından daha lehe olacaktır.

B. Anneye Uygulanan Hatalı Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali

Anne, hekimle sözleşme yaparken hekimin kendisine uygulanacak tıbbi müdahale için ya da rutin gebelik kontrolleri için hekimlik sözleşmesi yapması halinde sözleşmenin ihlali TBK madde 112'ye göre borca aykırılık oluşturacaktır. Sağlıklı bir kişiden sağlıklı olarak doğma şansına sahip olan cenin, hekimin anneye yönelik hatalı tıbbi uygulaması nedeniyle bedensel zarara uğradığında zararının giderilmesini isteme hakkına sahip olacaktır⁴⁰. Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle ceninin de zarar görmesi halinde, ceninin hekime yönelteceği zararının giderilmesi talebinin hukuki dayanağı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir⁴¹. Taraflar arasındaki borç ilişkisi nedeniyle yakınları zarar gördüğünde üçüncü kişi olan zarar gören haksız fiil hükümlerine göre zararının sözleşmenin karşı tarafından talep edebilirse de bu bazen hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilir. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmenin diğer tarafının korunmasını beklediği yakınlarını da koruma yükümlülüğündedir⁴². Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan ceninin zararının giderilmesi istemi, hekimle anne ve baba ya da sadece anne arasında hekimlik sözleşmesinin olduğu durumlarda sözleşmenin ihlali nedeniyle doğan zararın tazmini de gündeme gelecektir.

Sözleşmenin nisbiligi ilkesinin bir sonucu olarak, sözleşmenin ihlalinde öncelikli olarak sözleşmenin taraflarının talep hakkı vardır. Sözleşmenin tarafları, temelde menfaati korunması gereken yegâne kişilerdir. Üçüncü kişilerin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak zararın giderilmesini isteyebilmek için edime yakın olması

³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 219 vd.

⁴⁰ ÖZTAN, s. 18.

⁴¹ KURT, Cenin, s. 191.

⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 824.

gerekmektedir⁴³. Edime yakın olmak, edimin sözleşmeye uygun ifası halinde zararının doğmamasıdır. Sözleşmenin tarafının, sözleşmenin diğer tarafından korunmasını haklı olarak beklediği kişilerin, edime yakın oldukları kabul edilmektedir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme⁴⁴, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir istinası olup, sözleşmenin tarafı olmadığı halde zarar görenin, sözleşmenin tarafının, yani annenin, korunmasını beklemede haklı menfaati olan ceninin zararlarının giderilmesi isteminin dayanağıdır⁴⁵. Annenin ceninin korunmasındaki haklı menfaati, onu edime yakın hale getirmektedir. Sözleşmenin tarafının koruma yükümleri kapsamında, karşı taraftan sözleşmenin tarafı olmasa da özellikle bedensel bütünlüklerinin ve sağlıklarının korunmasını beklediği kişiler edime yakın kişilerdir. Cenin sağ doğmak koşuluyla geçmişe dönük olarak hak ehliyetine sahip olduğu dönemde- anne karnındayken- üçüncü kişi olarak sözleşme konusu edime yakın olan⁴⁶ ve annenin haklı olarak tıbbi müdahale sırasında zarar görmemesini beklediği kişidir. Cenine karşı anneye olan tedavi sözleşmesi kapsamında hekimin kaynağı dürüstlük kuralı olan koruma

⁴³ SEROZAN, Rona, Culpa in Contrehando, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 117; GOTTWALD, Peter, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Münchener Kommentar, zum BGB, 7. Auflage 2016, N. 170; JANOSCHEK, (BAMBERGER/ ROTH/ HAU/POSECK), BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Beck'scher Online-Kommentar, 43. Auflage, 2017, N. 52; KARABAĞ BULUT, s. 31 vd.

⁴⁴ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede korunması beklenen menfaat ihlal edilmekte ve genelde sözleşmenin tarafının yanında üçüncü kişi de zarar görmektedir. Her ikisi de taraf olunmayan sözleşme nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini esas almakla birlikte üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ile üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu farklıdır. Üçüncü kişinin zararını tazminde zarar gören ve aslında bu nedenle alacaklı olan üçüncü kişi, zararının giderilmesini doğrudan talep hakkına sahip değildir; onun adına asıl alacaklı zararının tazminini talep eder. Üçüncü kişinin zararını tazminat ekisi değerlerinden çok malvarlığı değerleri korunmaktadır. Üçüncü kişiye alacaklıdan bağımsız bir koruma sağlayan kurum, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir, üçüncü kişinin zararını tazminde üçüncü kişi, sözleşmenin tarafına bağlıdır (KARABAĞ BULUT, s. 21 vd). Üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu için ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s. 20 vd.

⁴⁵ GOTTWALD, N. 177;

⁴⁶ Edime yakın olanlar için aslında üçüncü kişi olmakla birlikte, sözleşmenin tarafı olmayan ama sözleşmenin tam ve doğru ifasında menfaati olan kişilerdir. Sözleşmenin tarafının dürüstlük kuralı gereği haklı olarak sözleşmenin ifası sırasında zarar görmemesini beklediği kişiler, edime yakın olan ve üçüncü kişi konumunda olan kişilerdir (bkz. JANOSCHEK, BGB § 328 N. 52).

yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁷. Hekim koruma yükümlülüğü kapsamında, cenine zarar verecek tıbbi uygulamalardan kaçınmak zorundadır. Çünkü koruma yükümlülüğü, sadece sözleşmenin taraflarını değil, üçüncü kişileri de korumayı hedefler⁴⁸. Hekimin özen yükümlülüğü de bunu gerektirmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisi, sadece sözleşmenin karşı tarafının değil; edime yakın olan üçüncü kişinin de sağlığını ve esenliğini korumayı yükümlendiğinin kabul edilebileceği durumlarda söz konusu olur⁴⁹. Edime yakın olan kişiler, üçüncü kişi de olsa haklı olarak sözleşmenin tarafının korunmasında menfaatinin olduğunun dürüstlük kuralı gereği kabul edilen kişilerdir.

Cenin, sağ doğum koşulu gerçekleştiğinde, anne karnındayken uğradığı bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararları, anne ile hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında doğrudan hekimden talep edilebilir⁵⁰.

C. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Haksız Fiil Sorumluluğu

Cenin bedensel zararının giderilmesinde hekim dışındaki üçüncü kişilerin ya da hekimin haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Hekim dışındaki üçüncü kişilerin gebelik sürecinde temelde anneye yönelik hukuka aykırı fiilleri ceninin de zarar görmesine neden olduğunda koşulları varsa failin, haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Hekimin gebelik sürecinde anneye ya da cenine hatalı tıbbi müdahalesi ya da doğum sırasındaki hukuka aykırı fiili ceninin de zarar görmesi halinde de koşulları varsa zarar haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir⁵¹.

Hekimin hukuki sorumluluğu temelde tedavi sözleşmesine dayanmakla birlikte haksız fiil sorumluluğunun doğduğu durumlar da vardır. Cenine ya da anneye tıbbi müdahale özel hastanede hastane ile yapılan hekimlik sözleşmesi ilavesiz tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında yapılıyorsa hekimin meslek hatası nedeniyle hekime doğrudan haksız fiil hükümlerine dayanılarak dava açılabilir⁵². Ayrıca hastanenin de tedavi sözleşmesine aykırılık nedeniyle zarardan sorumluluğu vardır. Anne ile rutin gebelik kontrolleri için ya da anne veya

⁴⁷ SEROZAN, s. 117, 118; ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s. 32.

⁴⁸ Bkz. SEROZAN, s. 118, 119.

⁴⁹ JANOSCHEK, BGB § 328, N. 52.

⁵⁰ Bkz. JANOSCHEK, N. 53.

⁵¹ Bkz. AYDIN ÜNVER, s. 87.

⁵² ŞENOCAK, s. 110; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 33, Yıl 2015, s. 24.

cenine uygulanacak tıbbi müdahale için hekimlik sözleşmesi yapıldığında hekimin haksız fiil sorumluluğu ile hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu yarışacaktır. Hekimin kamu hastanesinde çalışması halinde ise doğrudan hekime karşı haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak dava açılmaz⁵³. Kamu hastanesinde çalışan hekimin hizmet kusuru nedeniyle açılan zararın giderilmesi istemine yönelik dava, idareye açılır⁵⁴.

Ayrıca doğum sırasında ceninin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde hekimin haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Doğum hem anneyi hem de cenini ilgilendiren bir tıbbi müdahaledir. Doğumun gerçekleştirilmesinde hekimin meslek hatası nedeniyle ceninin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde, anne ile hekim arasında sözleşme ilişkisi yoksa hekim ya da hekim özel hastane çalışanı ise ve hastane ile hekimlik sözleşmesi ilavesiz tam hastaneye kabul sözleşmesi yapıldığında hekimin haksız fiil sorumluluğu doğar.

Haksız fiil sorumluluğunda hekimin özen yükümlülüğü objektif özen yükümlülüğüdür. Hekim kendisiyle aynı konudaki hekimden somut olaya göre beklenecek özeni göstermekle yükümlüdür. Özen yükümlülüğünün ihlali hekim açısından çoğunlukla ihmali hareketle ortaya çıkar. Hekim cenine doğrudan tıbbi müdahale uygularken kendisinden beklenen özeni gerçekleştirmediği için ceninin bedensel bütünlük ihlalinin sorumlusu olacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunda çocuk ya da cenin anne karnındayken yapılan müdahaleden doğan maddi ve manevi zararlarının giderilmesini hekimden isteyebilir. Çocuğun bedensel bütünlük ihlali nedeniyle özel bir eğitime ihtiyaç duyması halinde eğitim masraflarını anne baba gidermekle yükümlü olduğu için onlar da hekimden bu masrafların giderilmesini isteyebilirler.

V. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN MADDİ ZARARLARI

TBK madde 54'e göre bedensel bütünlüğün ihlali sonucunda oluşan maddi zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün

⁵³ Kamu hastanesinde çalışan hekimlerin sorumluluğu hakkında bkz. CANBOLAT, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Yıl, 2009, s. 156-181.

⁵⁴ ŞENOCAK, Zariye, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 110; ŞENOCAK, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk, s. 45; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi (Hekimlik Sözleşmesi), Vedat Kitapçılık, 2006, s 24-26; ŞATIR, s. 41; CANBOLAT, s. 160, 161.

azalmasından ya da kaybindan doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır. Ayrıca varsa kişi, diğer maddi zarar kalemlerini de somut olaya göre talep edebilir.

Çocuğun anne karnındayken bedensel bütünlüğünün ihlaline bağlı olarak doğan maddi zararları, onun tedavi ve varsa özel eğitim giderleridir. Çocuk, kişiliğini geliştirme ve eğitim hakkı kapsamında özel ihtiyaçları doğrultusunda eğitim alma hakkına sahiptir. Ayrıca bedensel bütünlük ihlali çocuğun çalışma gücü kaybına neden olmuşsa çalışma gücü kaybı ile ekonomik geleceğin sarsılması da hesaplanır. Çocuğun hangi mesleği seçeceği belli olmayacağı için hakim ailesinin sosyo-ekonomik durumunu ve anne babasının mesleklerini de göz önüne alarak farazi bir meslek seçimi üzerinden hesaplama yapacaktır.

A. Ceninin Tedavi Giderleri

Bedensel bütünlük ihlali nedeniyle ortaya çıkan ilk zarar kalemi tedavi giderleridir. Ceninin anne karnındayken doğumdan sonra gerekli olacak tedavi giderlerini talep etme hakkı vardır. Tedavi giderlerinin içine cenin için hastanede yapılan tüm tedavi harcamaları ve devamında gerekli ise yapılacak fizik tedavi gibi ek tedavi masrafları da girer⁵⁵. Cenin ve çocuk adına yasal temsilcisinin tedavi için özel hastaneyi tercih etmesi onun tazminat istemini etkilemez⁵⁶. Devlet hastanesi yerine özel hastane tercihinde tedavi masraflarının tümü tazmin edilecek⁵⁷ olsa da yapılan

⁵⁵ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 461.

⁵⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 605; "...davacı sigortalının özel hastane masrafını kendisi karşılayarak kurum bu giderlere katlanmaktan kurtulmuş ve sebepsiz zenginleşmiştir."(Y.21.HD, 05.06.2007 T., 2006/10937E., 2007/9105 K. sayılı Yargıtay Kararı www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017); "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden tarafların murisinin sağlığında kendi arzu ve isteği ile tedavi olmak için özel hastaneye yattığı ve tedavi gördüğü anlaşılmaktadır. İnsanın hastalandığında en iyi şekilde tedavi olmayı istemek en tabii hakkıdır. Murise, tabii olduğu sigorta hastanelerinde tedavi olması gerektiği şeklinde herhangi bir kısıtlama getirilemez" (Y.13.HD, 06.05.2002 T., 2002/3343 E., 2002/ 5167 K. sayılı Yargıtay Kararı www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 695. "... Davacının devlet hastanesi yanında özel hastanede de tedavi edildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bilirkişi doktor, resmi hastane ücretlerini baz alarak davacının tedavi gideri zararını hesaplamış ve mahkemece bu rapor doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Oysa davacının yaralanması nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin belgelerde yazılan miktarlar ve özle hastane faturası gözetilerek aynen hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece özel hastane giderleri yerine resmi hastane karşılıklarını esas alan yetersiz bilirkişi raporu

tedavi masrafları zarar görenin sosyo-ekonomik durumuna da uygun olmalıdır. Yasal temsilci bu masrafları bizzat yapmış olsaydı özel hastaneyi mi yoksa devlet hastanesini mi tercih edeceği gerçeğine uygun bir tazminata karar verilecektir⁵⁸. Somut olayda gerekli olmayan tedavi masraflarının fiilen yapılmış olsalar dahi tazmini mümkün değildir⁵⁹.

Çocuğun tedavisinde kullanılan ilaç giderleri, gerekli ise çocuğun gereksinim duyduğu protez giderleri tedavi masrafı olarak tazminat konusu olabilir. Ayrıca sadece iyileştirme amaçlı tedavi giderleri değil; bir sakatlığı ya da hastalığı önlemeye yönelik olan zorunlu tedavi giderleri de tazminat konusu olacaktır⁶⁰. Tedavi giderlerinin içine varsa tıbbi müdahale sonrasında evde bakım hizmetleri de girmektedir. Ambulans ücreti, yol ücreti, varsa konaklama giderleri de tedavi giderleri arasındadır⁶¹. Ancak evde bakım hizmetlerinde uygulamada genelde bakıcı giderinin tamamının tazminine değil; belli oranda indirim yapılarak tazmin edilmesine karar verilmektedir⁶². Burada tazmin edilen zarar

doğrultusunda hüküm kurulması bozmayı gerektirir.” (Y4.HD, 24.10.2005T., 2004/15003 E., 2005/11410 K. sayılı Yargıtay Kararı, www.kazanci.com.tr).

⁵⁸ EREN, s. 746; ANTALYA, s. 462.

⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 93.

⁶⁰ EREN, s. 746.

⁶¹ OFTINGER/STARK, s. 282.; REY, Heinz, Ausvertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich- Basel-Genf 2003, N. 229; Y17.HD, 06.11.2014 T., 2014/15291E., 2014/15197 K.; Y. 4.HD, 19.01.2016 T., 2015/14870 E.,2016/601 K.; Y.4.HD, 05.10.2015 E., 2015/10733 K. sayılı Yargıtay Kararları (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

⁶² “... Yapılacak iş, hükme esas alınan hesap raporunda tespit edilen bakıcı gideri nedeniyle oluşan maddi tazminat alacağından, davacının aile içi bakım dayanışmasından da yararlanılacağı gözetilerek uygun bir miktar hakkaniyet indirimi yapılarak çıkacak sonuca göre kazanılmış haklar gözetilerek karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Y21.HD, 26.12.2016 T., 2016/5097 E., 2016/15513 K. sayılı Yargıtay Kararı, www.kazanci.com.tr); “... yaralanan evli ise eşinin 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 185. maddesinde öngörülen yardım yükümlülüğünün bulunduğu; başkasının bakması durumunda ise, yaralananın herhalde gelirinden bakım için bir tutar pay ayırması gerekeceği göz önünde tutulmalı ve belirlenen bakıcı giderine ilişkin tazminat tutarından, Borçlar Yasası'nın 43. ve 44. maddeleri gereğince indirim yapılmalıdır. Dava konusu olayda, davacının isteyebileceği bakıcı gideri, tutarının, hesaplanan bakıcı gideri zararının %50'si kadar olacağı kabulü dosya kapsamına daha uygundur...” (Y4. HD 23.09.2014 T., 2013/ 16547 E., 2014/ 12142 K. sayılı karar (KAYA, s. 157)). Bakıcı giderinden hakkaniyet gereği %50 oranında indirim yapılması gerekliliği ancak bu reddedilen oran için davacı aleyhine vekalet ücreti takdirinde dikkate alınmaması gerektiği hakkında Y21. HD, 24.10.2017 T., 2016/1072 E., 2017/ 8254 K. sayılı karar; aile içi dayanışma gereği sürekli bakıcı çalıştırılmayacağı için hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği hakkında Y21. HD, 26.09.2017 T., 2016/4729

bakım zararı olduğu için zararın giderilmesinde önemli olan zarar görenin bakım gereksiniminin doğmasıdır. Yoksa bakıcının mutlaka tutulması, evde bakım hizmeti alınması gerekliliği yoktur⁶³.

Tedavi giderlerinin her türlü delille ispatı mümkündür. Tedavi giderleri tam olarak kanıtlanamıyorsa hakim hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarının hakkaniyet uygun olarak belirlenmesi (TBK madde 50/2)⁶⁴. Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlenir (TBK madde 51/I).

B. Ceninin Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle İstenen Zararlar

Çalışma gücü, kişinin beden ve zihnen etkin bir şekilde çalışma yaşamı içinde yer alabilmesidir. Kişinin beden gücü ya da zihinsel yeteneklerindeki azalma, çalışma gücü kaybına neden olacaktır⁶⁵. Aynı şekilde kişinin ruhen de sağlıklı olmaması çalışma gücünü etkileyebilecektir. Çalışma gücünün azalması, kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali sonucunda belli bir süre ya da sürekli olarak çalışamaz hale gelmesi ya da kişinin fiziksel, ruhsal ve zihinsel yetilerindeki değişiklik nedeniyle işgücünün belli bir süre için ya da sürekli olarak bedensel bütünlük ihlalinden önceki duruma oranla

E., 2017/ 6845 K. sayılı karar ; aksi yönde olan bakıcı giderlerinde indirim yapılmadan tam olarak hesaplanması yönündeki 17. Daire'nin kararları için Y17. HD, 10.10.2017 T., 2015/2933 E., 2017/ 8854 K.; Y17. HD, 03.10.2017 T., 2015/2107 E., 2017/ 8505 K.; Y17. HD, 15.06.2017 T., 2015/17464 E., 2017/ 6831 K.; Y17. HD, 05.06.2017 T., 2016/16355E., 2017/ 6345 K. sayılı kararlar (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).

⁶³ ANTALYA, s. 461.

⁶⁴ "... TBK 50. madde yol gösterici olup aynı zamanda zararın gerçek miktarını belirleyecek olan hakime de bir görev yüklemektedir. Bu durumda davacıya hastaneler dışında yapılan masraflarını (ulaşım vs. gibi) kanıtlanma imkanı tanınmalı, davacının bu giderlerini kanıtlayamaması halinde belgelenemeyen ancak tedaviye bağlı olarak yapılması olanaklı bulunan ulaşım, refakatçi gideri gibi giderleri yönünden davacının tüm tedavi evraklarının getirtilerek yaralanma derecesi ve iyileşme süreci de gözetilerek uzman doktor bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre TBK 50. maddesi gereğince olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle bu kalem istekler hakkında karar verilmesi gerekirken olumlu ya da olumsuz hiç karar verilmemesi doğru görülmemiştir." Y17.HD, 06.11.2014 T., 2014/15291E., 2014/15197 K. Sayılı Yargıtay Kararı (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 694; REY, N. 231; ANTALYA, s. 464; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 64, 65.

azalmasıdır⁶⁶. Çalışma gücünün azalması ya da tümüyle kaybı halinde durumun sürekli ya da geçici bir süre olup olmamasına göre tazminat miktarı da değişecektir.

Ceninin anne karnındayken bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle çalışma gücü kaybı yaşaması doğası gereği sürekli bir çalışma gücü kaybı şeklinde olur⁶⁷. Bu çalışma gücü kaybı tam çalışma gücü kaybı ya da kısmi çalışma gücü kaybında şeklinde olabilir. Çalışma gücünün geçici kaybında ise zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar olan kazanç kaybı olarak ortaya çıkar⁶⁸. Sağ ancak çalışma gücü kaybıyla doğan cenin, henüz çalışmaya başlamadığı için geçici bir çalışma gücü kaybı da olmayacaktır. Çalışma gücünün sürekli olarak azalması ya da kaybı halinde tazmin edilmesi gereken zarar miktarı farazi bir miktar olup ayrı bir hesaplama gereksinim duyulmaktadır.

Çalışma gücünün ne oranda azaldığı hesaplanırken zarar görenin mesleği de dikkate alınmalıdır. Kaybı nedeniyle çalışma gücünün azalmasına neden olan organın eksikliği her meslek için farklı olacaktır. Bu nedenle çalışma gücünün kaybı tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir⁶⁹. Çalışma gücünün sürekli kaybı halinde ya da kısmen kaybı halinde zarar gören anne karnındaki cenin, zararı talep anında çocuk, olduğu için küçüğün gelecekteki muhtemel çalışma alanı dikkate alınarak bir hesaplama yapılacaktır. Muhtemel çalışma alanı bulunurken de çocuğun anne babasının meslekleri, gelir düzeyleri entelektüel durumları, çocuğun büyüdüğü ortam, varsa kardeşlerinin durumu dikkate alınarak yargıç tarafından bir karara varılacaktır. Çocuğun fiziksel durumu

⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; ANTALYA, s. 464; EREN, Kişiyi İlişkin Zarar, s. 62.

⁶⁷ Çocuğun %95 oranında çalışma gücünü yitirmesi nedeniyle ömür boyu yaşayacağı işgücü kaybı nedeniyle maddi tazminat isteminin kabulü hakkında YHGK 20.10.2004 T., 2005/13-97, 2005/150 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 27.02.2018).

⁶⁸ REY, N. 236; Geçici çalışma gücünün kaybı hesaplanırken zarar görenin geliri de çalışma kaybının sürekli olarak kaybında dikkate alınmalıdır. Çalışma gücünün kaybında hesaplamada dikkate alınacak gelir, zarara neden olan olayın olduğu tarihteki gelirdir. Bu gelire ayrıca ileriki yıllar için olacak artış oranları da dikkate alınmalıdır. Zarar görenin geliri hesaplanırken, tüm gelirleri (zarar veren olayın olduğu tarihteki gelirleri + artış oranları + ek gelirleri (fazla mesai, ikramiye, lojman vs.) göz önüne alınacaktır. Tüm gelirlerin içine maaş, ikramiyeler, ek olanaklar (lojman, araba sağlanması gibi), artış primleri vs. girer (OĞUZMAN/ÖZ, , s. 95).

⁶⁹ EREN, Kişiyi İlişkin Zarar, s.64; OFTINGER/STARK, s.288.

ve zekâsı, yetenekleri de dikkate alınacaktır⁷⁰. Çalışma gücünün sürekli olarak tamamen ya da kısmen kaybı halinde tazminat hesabı yapılırken zarar görenin gelir durumu, çalışma gücünün kayıp oranı ve kalan çalışma süresi dikkate alınır. Çocuk açısından çalışma gücünün sürekli kaybı halinde çalışma gücünün kaybı oranı ve yaşam süresi farazi bir hesaplama tabii tutulacaktır. Çünkü kişinin yaşam süresi ve ortalama çalışma süresi de tazminat miktarının hesaplanmasında önemlidir.

Tazminatın hesabında dikkate alınması gereken bir başka husus da zarar görenin başka işkolunda iş bulma olanağının olup olmadığıdır. Zarar gören, uğradığı kazanç kaybını bu yolla telafi edebilecekse tazminatın hesabında bu da dikkate alınmalıdır⁷¹. Çocuğun yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda belirlenecek farazi mesleğine göre çalışma gücü kaybı zararı tespit edilecek ve başka işkolunda iş bulma olanağı da bu çerçevede dikkate alınacaktır. Ceninin çalışma gücü hesabında her iki kalem de ayrı ayrı ve farazi bir değerlendirmeye hesaplanacaktır.

C. Ceninin Ekonomik Geleceğin Sarsılması Nedeniyle Oluşan Maddi Kayıp

Ekonomik geleceğin sarsılması, çalışma gücünün azalmasına bağlı olarak zarar görenin mesleki geleceğinin olumsuz yönde etkilenmesidir⁷². Ekonomik geleceğin sarsılması, zarar görenin çalışma gücünü etkilememiş olmasına karşın, onun mesleki ilerlemesini tehlikeye girdiği durumlar olarak da değerlendirilebilir⁷³. Somut olaya göre çalışma gücü kaybı olsun olmasın kişinin ekonomik geleceği sarsılabilir. Ekonomik geleceğin sarsılmasında doğan zararlar çok geniş kapsamlı olup, zarar görenin uğradığı tüm zararları içerir. TBK madde 54'te düzenlenen "ekonomik geleceğin sarsılması" zararları, farazi hesapları içeren, ispatı zor olan ve yaşamın olağan akışında da her giderin ispatlanmasının beklenemeyeceği ve hesabında hakimın takdir yetkisi olan kararlardır⁷⁴.

Cenin açısından ekonomik geleceğin sarsılması zararı ile çalışma gücünün tümüyle kaybı nedeniyle uğranılan zarar karıştırılmaya çok açık

⁷⁰ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 605; OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; EREN, Kişiyeye İlişkin Zarar, s. 64; OFTINGER/STARK, s. 290; REY, N. 251; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 74, 81.

⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 96.

⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 65.

⁷³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 89.

⁷⁴ Y17. HD, 10.10.2017 T., 2015/2933 E., 2017/ 8854 K. sayılı kararlar (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).

ve birbirine çok yakındır. Ceninin doğum sırasında yüzünde dış görünümü olumsuz etkileyecek kalıcı hasar oluşması, çalışma gücünün kaybı değil; ekonomik geleceğin sarsılması olarak değerlendirilebilir⁷⁵. Gerçekten de bedensel bütünlük ihlali kişinin her ne kadar çalışma gücünü etkilemese de kişi çalışma yaşamında diğer meslektaşlarına göre daha dezavantajlı duruma gelebilir ya da iş alanını değiştirmek zorunda kalabilir, yeni bir iş bulmakta ya da işini değiştirmekte güçlük çekebilir. Bu hallerde kişinin ekonomik geleceğinin etkilenmesinden söz edilecektir⁷⁶. Önemli olan nokta, ceninin bedensel bütünlük ihlalinin ileride istediği mesleği seçmesini veya seçtiği meslekte ilerlemesi engelleyecek boyutta olmasıdır⁷⁷. Ceninin bedensel zararı onun ileride seçeceği meslek seçeneklerini daraltacak nitelikteyse ekonomik geleceğin sarsılması zararı söz konusu olur⁷⁸.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle doğan zarar, ayrı hesaplanması gereken maddi bir zarar kalemi olup⁷⁹ zarar görenin haksız fiil olmasaydı gelecekte elde etmesi muhtemel kazanç ile haksız fiilden sonraki bedeni durumu nedeniyle elde edeceği kazanç arasındaki farktır⁸⁰. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar, varsayımsal bir hesaba dayanır ve zarar görenin ortalama çalışma süresi, mesleği, ekonomik durumu dikkate alınır⁸¹. Piyanistin el parmaklarını kullanamaz hale gelmesi gibi zarar görenin fiziksel değişikliği de mesleğinin özelliği gereği onun ekonomik geleceğini etkileyebilir⁸². İhlal aynı olsa bile, her kişinin bedensel bütünlük ihlali, onun mesleğine ve kişisel özelliklerine göre ekonomik geleceğinin sarsılma oranı farklı boyutta olmasına neden olacaktır⁸³. Anne karnında zarar gören cenin açısından ise doğumdan sonra açılan davada küçüğün, mümkünse yetenekleri ve özellikleri ile ailesinin sosyo-ekonomik durumu, eğitim düzeyleri, varsa kardeşlerinin

⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; ANTALYA, s. 466; Bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, P. 89; Y17. HD, 03.10.2017 T., 2015/2145 E., 2017/ 8517 K. sayılı kararlar (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).

⁷⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; EREN, s. 750; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; ANTALYA, s. 466.

⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.612; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98.

⁷⁸ Bkz. REY, N. 253.

⁷⁹ EREN, Kişisel Zararlar, s.66.

⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 615; REY, N. 253; EREN, Kişisel Zararlar, s.66.

⁸¹ BÜYÜKSAĞIŞ, P. 78, 81.

⁸² Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 98, 99; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 71.

⁸³ Bkz. REY, N. 254; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98, 99; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 71.

eğitim durumu ve yetenekleri dikkate alınarak ekonomik geleceğin sarsılması zararı belirlenir⁸⁴.

Burada sözü edilen zarar, her ne kadar çalışma gücünün kısmen ya da tamamen kaybı nedeniyle oluşan gelecekteki kazanç kaybı da zarar görenin ekonomik geleceğini etkilese de çalışma gücünün kaybı nedeniyle uğranılan zarar değildir⁸⁵. Ekonomik geleceğin sarsılması, çalışma gücünün kaybindan ayrı bir kalem olarak TBK madde 54/4'de sayılmıştır.

D. Diğer giderler:

Diğer giderler, her somut olaya göre ortaya çıkması muhtemel tazminat kalemleridir. Yukarıda sayılan tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması zararları dışında kalan bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğan zararlarının tazminin istenmesi mümkündür. Örneğin bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle zarar görenin asansörü olan bir apartmana taşınması gereği gibi daha önce yaşadığı evde yaşaması olanaksız hale geldiği için ev değiştirmek zorunda kalması halinde bundan doğan zararın da tazmini gerekir⁸⁶. Diğer giderlerin içine dava açılması gerekmişse avukata yapılan vekâlet ücreti ödemesi de girer⁸⁷. Cenin açısından diğer giderlerin kapsamına bedensel zararına bağlı olarak özel eğitim alması gerekiyorsa eğitim masrafları girecektir. Ayrıca cenin, bakıma muhtaç hale gelmişse, bakımının sağlanmasına yönelik masraflar da diğer giderler kapsamında olacaktır.

VI. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Kaynaklanan Maddi Zararı Talep Edebilecek Kişiler

Davada taraf olma ehliyeti fiil ehliyetinin görünümülerindedir. Fiil ehliyetine sahip olmayan çocuğun hukuki işlemleri, velayet hakkı sahibi anne babasının ya da vasisinin rızası ile gerçekleştirilir. Çocuğun tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz olmasına göre temsili esasları da değişecektir. Ancak doğumdan sonra ceninin zararının tazminde zamanaşımı da düşünüldüğünde, tam ehliyetsiz olan çocuk adına bedensel zararın tazmini talep edilecektir. Çocuk üzerinde velayet hakkı sahibi anne ve/veya baba bedensel zararın tazminini isteyebilirken, vesayet söz konusu ise vasi, çocuğun anne karnındayken uğradığı bedensel zararının giderilmesini zarar verenden talep edebilir.

⁸⁴ Bkz. OFTINGER/STARK, s. 290; REY, N. 251; EKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 605; OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; EREN, Kişiyeye İlişkin Zarar, s. 64; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 74, 81.

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 98.

⁸⁶ OFTINGER/STARK, s. 282.

⁸⁷ EREN, Kişisel Zararlar, s.62.

Velayet hakkı sahibi anne baba, üçüncü kişilere karşı çocuğun yasal temsilcisi konumundadırlar (TMK madde 342/I). Anne baba evli ise velayet hakkını birlikte kullanacakları için ceninin bedensel zararının tazminini de birlikte talep edeceklerdir⁸⁸. TMK 342/II ‘deki düzenlemeye göre iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla çocuk adına işlem yaptığını varsayabilirler (TMK madde 342/II). Kanımızca velayet hakkına birlikte sahip olan anne babadan birinin de çocuğun yararı önceliğinde anne karnındayken uğradığı bedensel zararının tazminini talep etmeleri mümkündür. Bu durumda davanın diğer tarafa da ihbar edilmesinde yarar olacaktır. Velayet hakkını birlikte ve çocuğun yararına uygun olarak kullanmakla yükümlü olan anne baba, diğer tarafın çocuğun bedensel zararının giderilmesini haklı neden olmaksızın talep etmemesi halinde de çocuğun yararını korumak için tek başına zararın giderilmesini isteyebilmelidir.

Ayrı yaşama kararının varlığı ya da boşanmış olmaları halinde ise bedensel zararın tazminini velayet hakkı sahibi olan taraf talep edebilecektir. Boşanma sonrasında birlikte (ortak) velayet⁸⁹ söz konusu ise yine çocuk adına anne baba birlikte hareket edecektir. Anne ya da babanın gaipliğine karar verilmişse velayet hakkını kullanan ebeveyn, çocuğun bedensel zararının giderilmesini talep edecektir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilen velayet hakkı sahibi olmayan ebeveyn, bedensel zararın giderilmesini talep etme yetkisine sahip değildir. Anne babanın evli olmaması ve annenin doğumdan sonra çocuk adına bedensel zararın tazminini talep edemeden vefatı halinde, velayet hakkı doğrudan babaya geçmeyeceği için baba, bedensel zararın giderilmesini hemen

⁸⁸ Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2012, 6. Bası, s. 331.

⁸⁹ Türk Hukukunda boşanma halinde anne babanın birlikte velayeti düzenleyen yasa hükmü yoktur. Ancak çocuğun yararı açısından birlikte velayet tartışılması gereken bir konudur⁸⁹. Bununla birlikte 14 Mart 1985 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan “11 No’lu protokol ile değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol” ün 25 Mart 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı Kanunla uygun bulunmasıyla artık birlikte velayet Türk Hukuku açısından da uygulama alanı bulacaktır. Çünkü Protokolün 5. Maddesi kapsamında boşanma halinde çocuğun yararına uygun olarak birlikte (ortak) velayet anne babaya verilebilecektir. Usulüne uygun olarak kabul edilip yürürlüğe giren uluslararası antlaşmalar, yasa hükmündedir. Ayrıca asıl olan birlikte velayet olup, istisna anne ya da babanın tek başına velayetidir. Bu durumda da çocuğun yararı belirleyici ilke olacaktır (Y2.HD, 20.02.2017 T.,2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı Yargıtay kararı, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 26.03.2108) (Birlikte velayet hakkında bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004; SERDAR, İlknur, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 2008, s. 155-197).

istemeyecektir. Öncelikle velayet hakkının kendisine verilmesini talep etmesi gerekir.

VII. SONUÇ

Cenin, anne karnında olan ancak doğumu henüz gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Ceninin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin, hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalden doğan zararını talep edebilecektir. Ceninin bir hakkın süjesi olması onun hak ehliyetine sahip olmasına bağlıdır. TMK madde 28/II'deki açık düzenlemeye göre çocuk, sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır. Günümüz bilimsel ve teknolojik koşullarında mümkün olan tüpte yapay dölleme bizim hukuk sistemimiz tarafından da kabul edilmektedir. TMK madde 28'de yer alan "ana rahmine düşme" ifadesini geniş yorumlayarak tüpte yapay döllemede, hak ehliyetinin başlangıcı, sağ ve tam doğmak koşuluyla dölleme anına kadar götürülebilir. Bu şekilde dölleme sırasında ve dölleme sonrasında oluşacak kişilik hakkı ihlallerini karşı da koruma sağlanmış olacaktır. Ceninin hak ehliyetinin kapsamında kişilik hakları da vardır. Kişinin bedensel bütünlüğü üzerindeki hakkı da en temel hakkıdır ve ceninin bedensel bütünlük hakkının korunması gerçekliği açıktır.

Cenin bedensel bütünlük ihlali halinde, TMK madde 28'in açık düzenlemesi gereği, sağ doğum gerçekleşmişse, geçmişse dönük olarak cenin adına bedensel bütünlük ihlaliyle ilgili maddi zararların tazmini talep edilebilir. Cenin adına sağ doğum gerçekleştikten sonra bedensel bütünlüğünün ihlaliyle dayanan zararlarının tazminini yasal temsilcisi talep edebilecektir. Ceninin yasal temsilcisi, velayet altında ise annesi ve/veya babası vesayet altında ise vasisi olacaktır.

Cenin bedensel bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarının tazmini, sözleşmeye ya da haksız fiile dayanabilir. Sözleşmeye dayanan tazminat talebi üçüncü kişi yararına sözleşmeye ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisine dayanabilir. Anne karnındayken cenine yönelik tıbbi müdahaleden doğan zararın tazmini üçüncü kişi yararına yapılan hekimlik sözleşmesinin ihlaliyle dayanırken, anneye yapılan tıbbi müdahaleden etkilenen ceninin de hekimlik sözleşmesinin koruma alanına girmesi ve annenin ceninin korunmasında haklı menfaati olması nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme ilişkisine dayanır. Tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun haksız fiile dayanması ya da anneye yönelik üçüncü

kişilerin haksız fiilleri nedeniyle ceninin de zarar görmesi halinde sorumluluğun hukuki dayanağı haksız fiil olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011, 8. Baskı.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 3. Bası.
- AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- CANBOLAT, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Yıl, 2009, s. 156-181.
- DÖLEN, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 35-40.
- DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul 2006.
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2012.
- ELLENBERGER, Jürgen, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2010, 69. Auflage (bearbeitet von Bassege, Burdermüller, Diederichsen, Edenhofer, Ellenberger, Grüneberg, Sprau, Thorn, Weidenkaff).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017.
- FUCHS, Maximilian, Deliktsrecht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2009, 7. Auflage.
- GOTTWALD, Peter, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Münchener Kommentar, zum BGB, 7. Auflage 2016, N. 170.
- HAHN, Dieter, Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht, Alle Rechtsfragen von der Entstehung des Menschen bis zur Volljährigkeit, München 2004.
- HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina, E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008.
- HEGNAUER, Cyril, Kindesrecht – Ein Wietes Feld, Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag am 15. August 2005, Verlag Ernst und Werner Gieseking, s. 1385-1400.
- HONSELL/VOGT/ GEISER, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-46 ZGB, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 Basel.
- HORNBERGER, Thomas, Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter, Juristische Arbeitsblätter, 2015, Heft 1, s.7-12.
- JANOSCHEK, (BAMBERGER/ ROTH/ HAU/POSECK), BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Beck'scher Online-Kommentar, 43. Auflage, 2017.

- KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- KESKİN, Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Yıl 2013, S. 1-2, s. 743-775.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KRIARI-CATRANIS, Ismini, (ÖZSUNAY, Ergun, General Rapporteur, Topic IV, Human Rights), Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law, Internaitonal Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative LAW, 14-20 July 2002.
- KURT, Müjde Leyla, “Ceninin Malvarlığı Hakları,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2011, s 177-208.
- NOMER, Haluk N., Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 545-594.
- OFTINGER, Karl /STARK, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995.
- OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- ÖZPINAR, Berna, Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 33-56.
- ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 4. Bası.
- ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 57-83.
- ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2001, 10. Baskı.
- REY, Heinz, Ausvertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich- Basel-Genf 2003.
- SCHULZE, Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.
- SERDAR, İlknur, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 2008, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona, (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, (Medeni Hukuk) İstanbul 2013, 4. Bası.
- SEROZAN, Rona, Culpa in Contrehando, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı 3, 1968 s. 108-130.
- SEROZAN, Rona, Doğum Öncesi (Pretanal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, (Kişiliğin Korunması) Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, S. 311-324.

- SPRAU, Hartwig, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2010, 69. Auflage (bearbeitet von Bassenge, Burdermüller, Diederichsen, Edenhofer, Ellenberger, Grüneberg, Sprau, Thorn, Weidenkaff).
- ŞENOCAK, Zarife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk), Ankara 2009, Turhan Kitabevi.
- ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Rechts, München 2016, 11. Auflage.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 33, Yıl 2015, s. 19-61.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi (Hekimlik Sözleşmesi), Vedat Kitapçılık, 2006.
- ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Anka 1999, 6. Baskı.

İnternet Kaynağı

www.kazanci.com.tr

