

İSTENMEYEN DOĞUM VE İSTENMEYEN YAŞAM DAVALARINDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME:

22.03.2022 TARİHLİ YARGITAY HGK KARAR İNCELEMESİ

Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland)*

Öz

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin meseleler yargı kararlarına sıkça konu olmaktadır. Gebelik sırasında test ve takiplerin yapılması için başvuru alan hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali, genetik engelli doğumlarla sonuçlanabilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekime karşı annenin (ebeveynin) açabileceği davalar istenmeyen doğum (*wrongful birth*) olarak adlandırılırken genetik engelli bebeğin açabileceği davalar istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarıdır. Söz konusu davalara ilişkin kararlarda, inceleme konumuz olan genetik engelli doğumlar bakımından aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hekimin tazminat sorumluluğuna dayanak oluşturabilecek hukuki gerekçeler, ebeveyn ve çocuğun talepleri bakımından farklılaşmaktadır. Genetik engelli bebeğin tazminat talepleri doktrinde tartışmalı olmakla beraber her iki talebin de yasal dayanağı birbirinden ayrılarak değerlendirilmelidir. Oysa bu farklılık, kararlarda çoğu zaman muğlak kalmaktadır. İnceleme konumuzun

* Dr. Öğr. Üyesi. Süleyman Demirel Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Asst. Prof., Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Isparta, Türkiye.

✉cannurcatakli@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0002-1870-0510.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: ERCAN, Cannur: "İstenmeyen Doğum ve İstenmeyen Yaşam Davalarında Hekimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Bir Değerlendirme: 22.03.2022 Tarihli Yargıtay HGK Karar İncelemesi", *SÜHFD*, C. 32, S. 2, 2024, s. 1201-1230.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

odak noktası 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 – K. 2022/356 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıdır. Kararda hekimin, prenatal tanı testleri hakkında gebe kadını bilgilendirdiğini ispat edip edemediği meselesine odaklanılmıştır. Somut uyuşmazlık bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğüne dair ispat meselesinin de önem taşıdığı şüphesizdir. Fakat çalışmamızda davacılar tarafından ileri sürülen bazı talepler bakımından aslında ispat meselesinin ele alınmasının çok daha öncesinde bunların yasal dayanaktan yoksun bulunduğuna dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Genetik Engelli Doğum • Hekimin Hukuki Sorumluluğu • Aydınlatma Yükümlülüğü • Maddi – Manevi Tazminat Talepleri • İspat Meselesi

AN EVALUATION ON THE LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PHYSICIAN IN WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE CLAIMS:

22.03.2022 DATED DECISION REVIEW OF THE COURT OF CASSATION

Abstract

Issues regarding the physician's obligation of disclosure are frequently the subject of judicial decisions. Violation of the obligation of disclosure by physicians who are applied for tests and follow-ups during pregnancy may result in births with genetic disabilities. The lawsuits that the mother (parent) can file against the physician who violated the obligation to inform are called wrongful birth, while the lawsuits that the genetically disabled baby can file are called wrongful life lawsuits.

In the decisions regarding the aforementioned cases, the legal grounds that may form the basis for the physician's liability for compensation due to the breach of the obligation of disclosure in terms of genetically disabled births, which are the subject of our examination, differ in terms of the claims of the parent and the child. Although the compensation claims of genetically disabled infants are controversial in the doctrine, the legal basis of both claims should be evaluated separately from each other. However, this difference often remains ambiguous in the decisions. The focal point of our study is the decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation dated 22.03.2022 and numbered E. 2020/592 – K. 2022/356. The decision focuses on the issue of whether the physician can prove that he informed the pregnant woman about prenatal diagnostic tests. There is no doubt that the issue of proof regarding the physician's obligation to inform is also important in terms of the concrete dispute. However, our study aims to draw attention to the fact that some of the claims put

forward by the plaintiffs lack legal basis long before the issue of proof is addressed.

Keywords

• Genetically Disabled Birth • Legal Liability of the Physician • The Obligation to Inform • Material and Moral Compensation Claims • Issue of Proof

GİRİŞ

Prenatal tanı yöntemleri günümüzde sıkça başvuru alan, fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi edinmeye yarayan ve neredeyse rutin halini almış erken tanı testleridir. Söz konusu testler ikili/üçlü tarama testleri, amniyosentez, fetal DNA testi ve CVS (korionik villus örnekleme) olarak ifade edilebilecektir¹. Bunlardan ikili ve üçlü tarama testleri neredeyse rutin halini almış olmakla beraber testlerin her biri her gebe için uygun ve gerekli değildir. Gebe kadın özelinde konuya ilişkin tespit ve aydınlatma, bu alanda uzman hekim tarafından yapılmalıdır. Gebenin yaşı, sağlık durumu, ailedeki kalıtsal rahatsızlıklar ile kızamıkçık gibi gebenin geçirdiği bazı rahatsızlıklar amniyosentez, fetal DNA testi gibi daha kesin sonuçlar elde etmeye yarayan, dolayısıyla daha kapsamlı prenatal tanı testlerini elzem kılabilmektedir. Testlerin her biri, gebeliğin belirli haftalarında yapılabilir. Bu nedenle gebelik takibini yapan hekim, gebe kadını vaktinde gebeliğin seyri ve prenatal tanı testleri, bunlardan hangisinin yapılması gerektiği, işlemin içeriği, varsa taşıdığı riskler, işlem öncesi ve sonrasında dikkat edilmesi gerekenler hakkında aydınlatmalıdır. Gebe kadın prenatal tanı testlerini yaptırap yaptırmamakta tamamen özgür olup testleri reddedecekse de bunun sonuçlarını bilecek kapsamda aydınlatıldıktan sonra özgür iradesi ile red kararına varmış olmalıdır. Bir başka deyişle hekim, gebe kadın adına karar veremez. Belirli bir yönde karar vermeyi sağlamaya yönelik beyanlarla gebe kadını tesiri altında bırakamaz. Gebe kadın, konu hakkında gereğince, bir başka deyişle gereken içerik ve kapsamda, doğru zamanda aydınlatılmamış ise prenatal tanı testleri hakkında vereceği karar ne olursa olsun aydınlatılmış rızasından bahsedilemeyecektir. Gebenin (daha genel ifadeyle hastanın)

¹ BÜYÜKAY Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006, s. 35 vd.; <https://www.memorial.com.tr/tani-ve-testler/prenatal-tarama-ve-tani-testleri-nedir#prenatal-tarama-testleri-nelerdir>.

aydınlatılmış rızasının bulunmaması herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmuşsa müdahalenin hukuka aykırılığı nedeniyle hekimin hukuki sorumluluğuna neden olur. Öte yandan gebe gereğince aydınlatılmadığından prenatal tanı test imkanları kaçırılmış ve hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmamışsa bu defa hekim, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden sorumluluğuna başvurulabilecektir. Bu olasılıkta gebe kadın, yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması imkanını (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 5) kaçırmış ise kişilik hakkı kapsamında korunan aile planlaması hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca fetüsün engeli her ne kadar genetik sebeplerle de olsa engel, prenatal safhada vaktinde fark edilse idi tedavi imkanları var fakat hekim ihlali nedeniyle kaçırıldı ise hekim bu nedenle de sorumlu tutulabilecektir². Hekimin hukuki sorumluluğunun dayanakları sözleşme, haksız fiil ve vekaletsiz iş görmedir³. İnceleme konumuz bakımından fetüs hakkında erken tanı testlerine ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak söz konusu yükümlülüğün ihlali nedeniyle doğacak hukuki sorumluluk meselesi önem taşımaktadır. Burada hekim ile gebe kadın arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla bir tedavi sözleşmesi olacaktır⁴.

Hemen ifade etmek gerekir ki çalışmanın konusu başlı başına hekimin aydınlatma yükümlülüğü ya da hukuki sorumluluğunun incelenmesi değildir. Çalışmanın konusu hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edip edemediği meselesinin hükme bağlandığı

² Görüş için bkz. **AYDIN ÜNVER Tülay**, *Ceninin Hukuki Konumu*, İstanbul 2011, s. 111 vd.; **ERCAN Cannur**, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life, Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch*, Band 9 Saarbrücken 2017, s. 118 – 119.

³ **YAVUZ İPEKYÜZ** Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 33, 2015, (19 – 61) s. 27 vd. **ŞENOCAK** Zarife, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*, Ankara 2009, s. 42 vd. **ZEYTİN** Zafer, “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu” *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 2007, s. 101 vd.

⁴ Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bilgi için bkz. **DEUTSCH** Erwin /**SPICKHOF** Andreas, *Medizinrecht*, 6. Aufl. Springer Verlag, 2008, s. 74; **GÜMÜŞ** Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 439 vd. Vekalet sözleşmesi kapsamında hekimin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN** Haluk, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 4. tıpkı bası, İstanbul 2008, s. 415 vd.; **ZEYTİN**, s. 101 – 102.

Yargıtay HGK 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 ve K. 2022/356 sayılı kararının değerlendirilmesidir. Bu kapsamda hekimin hukuki sorumluluğunun somut olayda aslında gündeme gelip gelmeyeceği meselesi ile kimin/kimlerin hangi gerekçe ile hekimden tazminat talebinde bulunabileceği meselelerinin yine somut olay özelinde gereken kapsamda ele alınması hedeflenmektedir.

İnceleme konumuz kapsamında hekimin hukuki sorumluluğu, yukarıda da değindiğimiz üzere öncelikle talep eden taraf bakımından anne – babanın talepleri ile genetik engelli bebeğin talepleri ayrımıyla ele alınmalıdır. Bunun nedeni her iki tarafın taleplerinin hukuki gerekçelerinin birbirinden farklı olmasıdır. Bebeğin taleplerini değerlendirirken ikinci aşamada prenatal tanıda genetik engelliliğin fark edilse idi tedavisinin mümkün olup olmadığı ayrımlarıyla mesele ele alınmalıdır. Bu perspektiften, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesi genetik engelli ve zaten tedavi imkânı bulunmayan ya da bebek doğduktan sonra engel anlaşılma ile beraber tedavi imkanlarının (tedaviden beklenen yarar azalmadan) kaçırılmamış olması hallerinde tartışılmaya değer bir önem arz etmemektedir. Hekim hukuken sorumlu tutulamayacaktır.

I. ANNENİN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel bir mesleki yükümlülük olarak kabul edilmektedir ve dayanağını anayasal ve etik ilkelerde bulmaktadır⁵.

Özel hukuk bakımından bu sorumluluğun dayanağı, öncelikle gebe kadın ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığı ayrımlarıyla değerlendirilmelidir. Bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde, unsurlarının varlığı halinde hekimin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilecektir (BK m. 49 vd.). Burada da tıbbi müdahalenin annenin sağlığının korunması ya da ciddi sağlık sorunları doğurabilecek bir riskin bertaraf edilmesi için müdahalenin kaçınılmaz olduğu hallerde BK m. 63/II uyarınca “daha üstün nitelikte özel yararın” varlığı, hukuka uygun sebebi olarak hukuki hekimin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

⁵ Hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun/bulunmasın hekimin, aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEUTSCH/SPICKHOF**, s. 165, nr. 247; **OZANOĞLU** Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 58 vd., özellikle s. 60 vd. BGE 117 Ib 197, s. 200; BGE 115 Ib 180/181; BGE 112 II 128; BGE 108 II 61 vd. E. 2, 3.

Ancak elbette ki gerçekleştirilen müdahalede hekim mesleğinin gereklerini, tıbbi standartlar çerçevesinde ve özenle yerine getirmiş olmalıdır⁶.

İnceleme konumuz bakımından da ele alınması gerektiği üzere, hekimin özel hukuk sorumluluğunun bir diğer hukuki dayanağı, sözleşmeden doğan sorumluluktur (BK m. 112 vd.; BK m. 502 vd.). Bunun için anne adayını ve hekim, gebeliğin rutin kontrolleri ile takibinin yapılması ya da doğrudan somut bir prenatal tanı testinin gerçekleştirilmesi hususunda anlaşmış olmalıdırlar. Sözleşmelerin geçerlik unsurlarına ilişkin genel bilgilere bu çalışma kapsamında yer verilmeyecektir⁷. Ancak ele alınacak karar incelemesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bununla bağlantılı olarak anne adayının tazminat taleplerinin gerekçesini oluşturması bakımından önem arz eden husus, hekim ile arasındaki sözleşmenin niteliğidir. Tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin türüne göre belirlenecektir. Hukukumuzda “tedavi sözleşmesi” yasada düzenlenen sözleşme tiplerinden biri değildir. Doktrindeki genel kabul, bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu tür sözleşmelerin “vekalet sözleşmesi” olduğu yönündedir (BK m. 502 vd.). BK m. 502/I uyarınca “*Vekalet sözleşmesi vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. İkinci fıkrada vekaletle ilişkin hükümlerin “*niteliklerine uygun düşükleri ölçüde*” Borçlar Kanunu’nda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı kaleme alınmıştır. (BK m. 502/II).

Tedavi sözleşmesi uyarınca hekim, mesleğinin icrasında uzmanlık alanına ve mesleki kurallara uygun bir tedavi borcu üstlenmektedir.⁸ Söz konusu tedavi, içerik olarak teşhis, aydınlatma ve hastanın durumuna uygun tıbbi tavsiyelerde bulunmayı içermekte; tedavisi mümkün olmayan hastalıklar bakımından duruma ilişkin bilgilendirme ile ihtiyaç varsa destekleyici bakımlar gündeme gelmektedir. Hekimin, tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğunun unsurları, öncelikle gebe ve hekim arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, hekimin kusuru, zararın meydana gelmesi ve sözleşmenin ihlali ile zarar arasında

⁶ Tıbbi standartlar kavramı hakkında bkz. ŞENOCAK, s. 92 – 93. RIEDEL Ulrike, Vortrag: Kind als Schaden. Arzhaftung im Kontext der pränatalen Diagnostik, Salzburg 2006, s. 3 ff.

⁷ Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu hakkında bkz. ŞENOCAK, s. 91 vd.

⁸ “Tıp mesleği kurallarının (*Regel der ärztlichen Kunst*)” gereği, tıbbi araştırmaların güncel durumuna göre belirlenmektedir. (Alman hukukunda bu kriter hakkında bkz. RIEDEL, s. 3.

uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁹. Sözleşmeden doğan yükümlülüğün “hiç ifa edilmemesi” gibi “gereği gibi” ifa edilmemesi de hekimin sorumluluğuna neden olacaktır (BK m. 112 vd.). Tedavi sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, hekimin, bu sözleşme ile tedavi ya da iyileşme başarısını; bir başka deyişle bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmemesine, dahası garanti edemeyecek olmasına dayanmaktadır. Öyle ki hekim, tıbbi standartlar çerçevesinde elinden gelenin en iyisini yapmış olsa dahi hastadan kaynaklanan ve hekimin tesir etmesinin mümkün olmadığı biyolojik nedenler, iyileşmeye engel teşkil edebilir. Öyleyse bu sözleşme kapsamında hekimin üstlendiği borçlar, işin görülmesine, bir başka deyişle sürece ilişkindir; sonuca değil. Kuralın istisnası, hekim tarafından sonucun garanti edildiği hallerdir. Bu durumda sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak değil; eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinin aksine “... yüklenici (tedavi sözleşmesinde “hekim”), bir eser meydana getirmeyi...” üstlenmektedir (BK m. 470). Vekalet sözleşmesinin aksine eser sözleşmesinde bir “eser”, bir başka deyişle “sonuç” garanti edilmekte; buradaki anlamıyla sonuç üstlenilmektedir¹⁰. Bu nedenle diş protezi, estetik cerrahi operasyonlar, sterilizasyon amacıyla gerçekleştirilen ameliyatlara ile kan ya da idrar testlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan sözleşmeler, hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedirler¹¹.

İnceleme konumuza dönecek olursak genetik engelliliğin prenatal safhada hekim tarafından tespit edilememiş; dahası yapılması gerekli testlere gebenin yönlendirilmemiş olması hekimin, sözleşmenin tarafı gebe kadına karşı tedavi (vekalet) sözleşmesinden doğan özen borcunun ihlali gerekçesiyle hukuki sorumluluğuna başvurulabilmesine neden olacaktır¹². Burada sözleşmeden doğan sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yukarıda değindiğimiz unsurlardan birinin üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bu unsur, zarar unsurudur. İstenmeyen doğum (*wrongful birth*) davalarında annenin, genetik engelli bebek sahibi olduğu; hekim üzerine

⁹ BÜYÜKAY, s. 49 vd. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel bilgi için bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2021, s. 1051 vd.

¹⁰ Vekalet ve eser sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 330 vd. ve s. 428 vd.; TANDOĞAN, s. 1 vd. ve s. 354 vd.

¹¹ DEUTSCH/SPICKHOF, Medizinrecht, s. 74; GÜMÜŞ, s. 349 – 440; YAVUZ İPEK-YÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 61 vd.

¹² Hekimin özen borcu hakkında ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 415 vd.

düşen aydınlatma görevini gereği gibi yerine getirse idi engelli bebek sahibi olunmayacağı ileri sürümü, bu halin bir “zarar” oluşturması ile desteklenebilecekse hekimin özel hukuk sorumluluğuna; burada ele alınan olasılıkla, sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurulabilecektir¹³. Aşağıda davacı olarak karşılaşılabilecek anne, baba ve genetik engelli bebeğin talepleri bakımından zarar unsuru ve kapsamına dair değerlendirmelere de inceleme konumuz bakımından gereken kapsamda yer verilecektir.

II. BABANIN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Genetik engelli bebeğin babasının olası tazminat taleplerinin yasal dayanağı, sözleşmelerdeki nisbilik ilkesi (*Relativität der Schuldverhältnisse*) uyarınca anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi değildir. Baba, kendi adına yönelteceği tazminat taleplerini ancak söz konusu sözleşme “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” olarak nitelendirilebilecekse üçüncü kişi olarak buna dayandırabilecektir¹⁴. Bu doğrultuda Türk hukukunda babanın olası tazminat talepleri, sosyo-kültürel olarak da çocuğun bakım, tedavi, nafaka masraflarında ilk aşamada yükümlü olarak babanın görülmesi gerekçesiyle de desteklenmektedir¹⁵. Öyleyse tedavi sözleşmesi, baba açısından üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmelidir¹⁶.

Babanın tazminat talepleri ayrıca BK m. 49 vd. uyarınca haksız fiil hükümlerince de gerekçelendirilebilecektir. Buna göre ihlal edilen hak, bir başka deyişle haksız fiilin unsurlarından “hukuka aykırı fiil” unsuru genel anlamda kişilik hakkı içerisinde korunan değerlerden biri olarak kabul gören, kişinin “aile planlaması hakkının” ihlalidir¹⁷. Böylece babanın tazminat talepleri de anneninkine paralel seyretmektedir¹⁸.

¹³ Daha 1924 yılında Alman Kraliyet mahkemesi, ebeveynin nafaka yükümlülüğünün bulunmasını bir zarar unsuru olarak değerlendirmiştir. Bkz. RG Urteil vom 22.02.1924 – III 259/23 – RGZ 108, 86.

¹⁴ BÜYÜKAY, s. 112 vd.

¹⁵ Bkz. BÜYÜKAY, s. 112 vd. WENZEL Frank (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013, s. 285.

¹⁶ BÜYÜKAY, s. 112 vd.; ERCAN, s. 138; WEBER Dieter, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, Berlin Heidelberg 1988, s. 48 – 49.

¹⁷ Görüş için bkz. WEBER, s. 49. Aile planlaması hakkının genel anlamda kişilik hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 108 vd.; aile planlaması dolayısıyla kişilik hakkı ihlalinde ana-babanın manevi tazminat talepleri için ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 154.

¹⁸ Bkz. WEBER, s. 49.

III. GENETİK ENGELLİ ÇOCUĞUN VARLIĞININ TAZMİNATA ESAS OLUŞTURAN ZARAR KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

Genetik engelli doğumlarda anne ve baba cephesinden olası tazminat talepleri hukuken gerekçelendirildikten sonra akla gelen ilk soru şudur: Genetik engelli bir çocuğun varlığı “zarar” mıdır?¹⁹ “Zarar” unsuru ve kapsamı nasıl belirlenmelidir? Bu soruların yanıtı doktrinde epey tartışmalara neden olmuştur²⁰.

Doğuştan genetik engelli çocuğun ebeveyninin hangi hallerde ve hangi gerekçelerle tazminat talep edebileceği meselesine değindikten sonra burada kısaca “zarar” kavramına ilişkin görüş farklılıklarına değinmekte fayda görüyoruz. Somut uyuşmazlık bakımından gerekli bilgilere aşağıda karar incelemesi yapılırken yer verilecektir.

İlk olarak, genetik engelli çocuğun kendisinin mi yoksa onun varlığı nedeniyle karşılaşılan masrafların mı zarar kalemini oluşturduğu tartışmasına değinilmelidir. Konuya ilişkin ilk görüş uyarınca genetik engelli bir çocuğun varlığının “zarar” olarak nitelendirilmesi, çocuğun var oluşuna ilişkin bir sorgulamaya götüreceğinden bu yönde bir değerlendirme anayasal haklardan yaşam hakkına aykırıdır. Görüşün gerekçesi uyarınca yaşam hakkı, engelli yaşamları da kapsamaktadır²¹. Zihinsel ya da fiziksel engelin bulunması; hatta kişinin kendi bilincinde olmaması dahi yaşam hakkının varlığının önünde engel teşkil etmez²². Bir yaşamı diğerinden daha değersiz kılmaz.

Doktrinde hâkim görüş, istenmeyen doğum davalarında meselenin bir yaşamın, yaşamaya değer olup olmamasına ilişkin değil; engelli

¹⁹ Zarar kavramı hakkında bilgi için bkz. EREN, s. 599 vd.; OĞUZMAN M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II Vedat Kitapçılık İstanbul 2023, s. 42 vd.; ŞENOCAK, s. 55 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, s. 62 vd. Genetik engelli çocuğun varlığının zarar teşkil edip etmeyeceği meselesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ŞENOCAK, s. 82 vd. Yazar, katıldığımız görüş uyarınca genetik engelli çocuğun bakım masraflarının zarar olarak nitelendirilmesinin, çocuğun varlığının da zarar olarak nitelendirilmesi sonucu doğurmayacağı; çocuğun doğumu olayının sadece ekonomik, bir başka deyişle ebeveynin malvarlığına etkisinin dikkate alındığı gerekçesiyle insan onuru ile gelişen bir değerlendirme içermediği sonucuna ulaşmaktadır. ŞENOCAK, s. 86 vd.

²¹ DEBO Arno, Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, München 1986, s. 62.

²² REINHART, s. 203.

çocuğun varlığı nedeniyle ebeveynin yanı sıra üstlenmek zorunda kaldığı fazlaca bakım, tedavi gibi giderleri dolayısıyla yapacağı masraflara ilişkin olduğu gerekçesiyle aksi yöndedir²³. Kanaatimizce de burada zarar, genetik engelli çocuğun varlığı olarak görülmemeli; dolayısıyla bu tür tazminat talepleri temel haklardan yaşam hakkına aykırı değerlendirilmemelidir. Çocuğun kendisi değil; ona yapılması gereken masraflar zarar kalemini oluşturmaktadır.

Genetik engelli çocuğun varlığı halinde tazminat talep edilebileceği kabul edildikten sonra ikinci mesele, tazmini istenecek zararın kapsamına ilişkindir. İstenmeyen doğum dolayısıyla engelli bir çocuk sahibi olduğundan ebeveyne ödenmesi gereken tazminatın miktarına dair iki görüş bulunmaktadır. İlk uyarınca sadece engellilik dolayısıyla fazladan üstlenilmesi gereken nafaka giderine (*Unterhaltungsmehraufwand*) hükmedilmelidir²⁴. “Fazladan” üstlenilmesi gereken miktar, zararın tespitinde yararlanılan fark teorisi uyarınca sağlıklı doğmuş bir çocuğunkine kıyasen tespit edilebilecektir²⁵. Diğer görüş hekimin, annenin gebeliği sonlandırma (dolayısıyla kendi geleceğini belirleme) hakkını elinden alarak aslında hiç sahip olmak istemeyeceği genetik engelli bir çocuk sahibi olduğundan bütün nafaka, geçim, eğitim ve varsa tedavi masraflarının “tamamından” sorumlu tutulabileceği yönündedir²⁶. Bebeğin istenmesi ya da bilgi sahibi olunmasına rağmen gebeliğin sonlandırılması imkanının ihmal edilerek kaçırılması hallerinde tazminat talep edilemeyecektir²⁷. Kanaatimizce “fazladan” üstlenilmesi gereken zarar miktarı esas alınmalıdır.

IV. GENETİK ENGELLİ ÇOCUĞUN TAZMİNAT TALEPLERİ BAKIMINDAN

Tıpkı anneninki gibi, engellilik fark edilse idi gebeliğe son verilecekti, iddiası içeren talepler bu kapsamdadır²⁸. Bir başka deyişle istenmeyen yaşam davalarında genetik engelli çocuğun doktora karşı açtığı davada, davaya esas oluşturan iddiası “engelim fark edilse idi bu hayatı hiç

²³ CRAMER, s. 145; DEUTSCH Erwin, Neues Verfassungszivilrecht: Rechtswidriger Abtreibungsvertrag gültig – Unterhaltspflicht aber kein Schaden, in: NJW 1993, (2361 – 2363) 2362. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ERCAN, s. 120 vd.

²⁴ Görüş için bkz. WEBER, s. 44. Görüşler hakkında ayrıca bkz. BÜYÜKAY, s. 131 vd.

²⁵ ERCAN, s. 127 – 128; ŞENOCAK, s. 55 vd.

²⁶ WEBER, s. 44.

²⁷ Aynı yönde bkz. BGH Urteil vom 27.11.1984 – VI ZR 43/83 – NJW 1985, 671.

²⁸ WEBER, s. 48; WENZEL, s. 285.

yaşamıyor olacaktım” ileri sürümüdür. Dikkat çekilmelidir ki burada davacı, genetik engelli çocuktur. Çocuğun engelinin varlığının sebebi, doktorun hukuka aykırı bir davranışı ya da ihlali değildir. O zaten, genetik kodları nedeniyle engellidir ve aynı genetik kodları, onun sağlıklı bir yaşam sürebilmesinin önündeki tek engeldir. Yalnız bu değerlendirmeler, genetik engeli bulunan ve bu engel prenatal safhada fark edilse idi dahi tedavisi mümkün olmayan engellere ilişkindir. Bu halde doktor erken dönemde fark etse idi dahi bebek için engeli bakımından hiçbir şey değişmeyecek; aksine engelinin varlığını doktordan öğrenen ebeveyn, onun yaşamını sona erdirmek yönünde tercih hakkını kullanacak idi. İşte bu halde ebeveynin ileri sürümündeki “bilseydiler yaşamıma son verilecekti; neden engelim fark etmedin?” yönündeki aynı gerekçeler, (annenin dayandığı yasal gerekçelerle) engelli doğan çocuğun kendi adına tazminat talepleri ileri sürebilmesine engeldir²⁹. Bunun nedeni, hekim genetik engeli fark etse idi anne gebeliğe son vereceğinden bebeğin yaşamının

²⁹ Kanaatimizce genetik engelli doğan çocuğun, hekimden, kendisinin engelinin erken safhada fark etmediği, fark etse ise idi halihazırdaki engelli hayatı yaşamıyor olacağı, bir başka deyişle hayatta bulunmayacağı gerekçesi ile tazminat talebinde bulunabilmesi yasal dayanaktan yoksundur. Hâkim görüş de bu yöndedir. Anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi de ebeveynin kendi adlarına tazminat taleplerine ilişkin olarak “engel fark edilse idi gebeliği sona erdirecektik” iddiasına dayandığından, genetik engelli çocuk bakımından hekimin ona karşı sorumlu tutulmasına yasal bir gerekçe değildir. Bunun nedeni, varlığı fark edilse idi yaşamına son verilecek bir bebeğin, bu içerikteki bir tedavi sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisine dahil olmayacağıdır. Deyim yerindeyse bu durumdaki bir fetüs bakımından tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi olarak cenini “koruyucu” etkisi değil; adeta “yok edici” etkisi bulunmaktadır. Bu durumlarda genetik engelli bebeğin, hekimden bizzat tazminat talebi hakkı bulunmadığı yönünde bkz. BGHZ 86, 240 (“Röteln-Fall”); **ERCAN**, s. 115 vd., özellikle 118 – 119; **FAERBER** Georg, Wrongful Life, Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Lottbek 1988, s. 92 – 93; **REINHART** Andreas, Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy, Peter Lang Verlag 1999), s. 208 vd. Ayrıca karşı. **CRAMER** Stephan, Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin, Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991, s. 146. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **BÜYÜKAY**, s. 113, 115; **ŞENOCAK**, s. 155 vd., 158. Hangi hallerde genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyacağı hakkında bkz. **AYDIN ÜNVER**, s. 163 – 164. Genetik engelli çocuğun tazminat talebinde bulunamayacağı yönünde ayrıca bkz. BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – NJW 1983, 1371, 1374. Meğerki hekim bebeğin engeline bizzat sebep olsun ya da bizzat sebep olmamakla beraber tedavi imkanları hekim kusuru nedeniyle kaçırılmış olsun. Bu son hallerde genetik engelli çocuğun, kendi engelinin fark etmeyerek tedavi imkanlarını ortadan kaldıran ya da azaltan hekimden tazminat isteme hakkı elbette bulunmaktadır.

sonlanacak olmasıdır. Bir başka açıdan, bu olasılıkta çocuk, engelli dahi olsa yaşamını, onun engelini fark etmeyen hekime borçludur ve engelli dahi olsa yaşam; her zaman hayatta bulunmamaya göre daha üstün bir değerdir. Yaşam hakkını düzenleyen AY m. 17 ile uyumlu bir çıkarımdır. Aksine genetik engeli olup da zaten tedavi imkânı hiç bulunmayan çocuğun hekimden tazminat talepleri haklı bulunsa; bu, AY m 17 ile çelişir şekilde kişinin “var olmama hakkının bulunması” anlamı taşıyacaktır. Oysa davacı çocuğun genetik kodları nedeniyle sağlıklı bir yaşama sahip olacak şekilde doğması zaten mümkün değildir. Onun için iki olasılık bulunmaktadır: Engelli bir yaşam sürmek ya da yaşamamak. İkincisi ve buna dayandırılan talepler, anayasal haklarla çelişki içerisindedir. Fakat engeli fark edilse idi daha prenatal safhada tedavisi mümkün bir engeli bulunan ve bu tedavi imkânı hekimin, onun engelini fark etmemesi nedeni ile kaçırılan ya da tedavi hala (doğum sonrası) mümkün olmakla beraber tedaviden beklenen faydası azalan çocuk için aynı çıkarım yapılamayacaktır³⁰. Bu son olasılıkta hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Öyleyse genetik engelli olup da hiçbir şekilde tedavi imkânı bulunmayan çocuğun, engeli fark edilse idi, bir başka deyişle doktor tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirse idi çocuğun engelli bir yaşam sürmeyeceği (yaşamayacağı) yönündeki iddiası, sağlıklı yaşam sürmesi genetik kodları nedeniyle zaten mümkün olmadığından, var olmama hakkına (*Recht auf Nichtexistenz*) ilişkin tartışmaları gündeme getirecektir³¹. Anayasal haklardan yaşam hakkı ile de uyumlu olarak hâkim görüş, kişinin var olmama hakkının bulunmadığı yönündedir. Bu doğrultuda katıldığımız ve savunduğumuz görüş uyarınca kişinin var olmamasına dayandırdığı tazminat talepleri dinlenmemeli, kendi varlığını borçlu olduğu kimseden tazminat talep edememelidir³². Bu bakımdan genetik engelli olup da engelinin tedavisi hiçbir koşul altında

³⁰ Bkz. AYDIN ÜNVER, s. 111 vd.

³¹ “Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine ... Vernichtung durch andere. (İnsan, tabiatınca nasıl şekillendiyse onu kabullenmelidir. Yok edilme hakkı bulunmamaktadır)” BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 250 ff.

³² Alman Hukukundaki hâkim görüş de bu yöndedir. Türk hukukunda aynı yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 115.

mümkün olmayan çocuğun tazminat talepleri, hâkim görüş uyarınca yasal dayanaktan yoksundur³³.

Azınlıktaki bir görüş, yukarıda yaptığımız ayırmadan farklı olarak genetik engelinin tedavisi zaten hiç mümkün olmasa da engelli doğan çocuğun yine de onun engelini prenatal safhada fark etmeyen hekimin tazminat sorumluluğuna başvurabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşün ileri sürdüğü en önemli gerekçe, ebeveynin ölümü gibi durumlarda engelli çocuğun sosyal yardıma muhtaç kalacağıdır³⁴. Buna karşın hâkim görüş, sadece engelli çocukların değil; kader noktasında diğerlerinin de başına aynısının gelebileceği ve onların da ebeveynleri öldüğü için sosyal yardıma muhtaç kalabileceğini ileri sürmektedir. Hâkim görüş ayrıca öte yandan engelli bebeğin ebeveyn tarafından bile isteye kabul edildiği halde de tazminat hakkı düşeceğinden aynı sonucun olası bulunduğu dikkat çekmektedir³⁵. Genetik engelli ve engeli zamanında fark edilse idi dahi zaten hiç tedavi imkânı da bulunmayan çocuğun tazminat taleplerinin, tazminata ilişkin yasal dayanak olarak başvurulabilecek normların koruma amacıyla yer almadığına da ayrıca dikkat çekilmektedir³⁶.

Engelli çocuğun tazminat taleplerinde bir hususa ayrıca değinilmelidir. Anne adayının hekimle yaptığı sözleşme, genetik engelin doğru tespit edilmesi ve tedavi edilmesi yönünde bir içeriğe sahipse engelli çocuğun "engelim (doğru) tespit edilse idi henüz prenatal aşamada tedavi edilecektim" iddiasına dayandırdığı talepleri için üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında tazminat talepleri elbette gündeme gelebilecektir. Ancak çalışmamızda ele aldığımız somut uyuşmazlık bakımından böyle bir durum söz konusu değildir.

³³ REINHART, s. 208 vd. Ayrıca karşı. CRAMER, s. 146; ŞENOCAK, s. 155 vd., özellikle bkz. s. 158..

³⁴ Karşl. DEUTSCH Erwin, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.1.1983, in: JZ 1983, (451 – 452) 452; DEUTSCH Erwin, Unerwünschtes Empfängnis, Unerwünschte Geburt und Unerwünschtes Leben vergleichen mit wrongful conception und wrongful life des angloamerikanischen Rechts, in: MDR 1984, 795.

³⁵ Karşl. BGH, Urt. Vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 255; FISCHER Gerfried, Wrongful life: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes BGHZ 86, 240, in: JUS 1984, 439.

³⁶ Karşl. BGH, Urt. Vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240, 255; FISCHER, in: JUS 1984, 439.

IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ÖZETİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.03.2022 tarih ve E. 2020/11-592- K. 2022/356 sayılı kararında down sendromlu bir bebeğin engelliliğinin prenatal safhada tespit edilemediği gerekçesi ile açılan davada hekimin aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatılmış rızanın içeriği ve ispat yükü kavramlarını da tartışarak somut olayda hekimin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Karara konu olayda hekimin gebe kadını down sendromlu olarak dünyaya gelen bebeğinin henüz anne karnındayken down sendromlu olarak doğabileceği ihtimali hususunda aydınlatmadığı, gereğince aydınlatılsa idi anne adayının amniyosentez testinin risklerini de göze alarak bu testi yaptıracağı ve test sonucuna göre gebeliğin sonlandırılabilceği; bu hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürerek genetik engelli çocuk için (10.000 TL) maddi (60.000 TL) manevi tazminat; anne için ise (30.000 TL) manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu kararında da dosya kapsamında hekimin sigortalı olarak çalıştığı özel hastanede amniyosentez testinin yapılması imkanının bulunmadığından; hekimin sadece gebelik takibi yaptığının anlaşıldığı ifade edilerek amniyosentez testi yaptırmayan gebe hastadan yazılı ve imzalı aydınlatılmış rıza alınmasına gerek olmadığı yönünde karara varılmıştır. Kararın gerekçesi, “hekimin kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili” davacıdan bu testi yaptırmak istemediğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış rızasının alınmasının da hayatın olağan akışı içerisinde beklenemeyeceği gerekçesi ile desteklenmeye çalışılmıştır. Karar uyarınca ayrıca hastanın yaşı, eğitimi, sosyo kültürel seviyesi ve tutulan epikriz kayıtları dosya özelinde değerlendirilerek davacı gebe kadının “14 yıldır çocuğunun olmadığı, 38 yaşında olduğu, suni dölleme (IUI) yöntemiyle gebe kaldığı ve lise mezunu olduğu gözetildiğinde davacının hekim tarafından kendisinden istenen üçlü tarama testini yaptırmış olmasına rağmen, aynı gün (24.09.2012) istenen A/S (Amniyosentez) testi konusunda aydınlatılmamış olduğunu ileri sürmesi” çelişkilidir. Kararda davacı anne adayının, hastane protokol kayıt defterinde yer alan amniyosentez ve down sendromu hususunda bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların aksini ispatlayamadığı belirtilmektedir. Son olarak CVC ve amniyosentez gibi testlerin, “kesin tanıya ilişkin” olmaları gerekçesiyle “tedavi” olarak nitelendirilemeyeceği, testleri yaptırmayan hastanın tedaviyi reddettiğinden bahsedilemeyeceğinin “açık” olduğu vurgulanmıştır. “Bu itibarla amniyosentez testi yaptırmayan hastadan amniyosentez hususunda aydınlatıldığına dair imzasını taşıyan yazılı onam alınmasına gerek

olmadığına” hükmedilmiştir. Kararda ayrıca oy çokluğu ile hekimin gebeliğin takibi süresinde gerekli tarama testlerini, amniyosentez ve ayrıntılı USG gibi tetkikleri önerdiği, davacıyı amniyosentez ve down sendromu hususunda aydınlattığı, ancak davacının kendi isteği ile amniyosentez testini ve ayrıntılı USG'yi yaptırmadığı kanaatiyle hekimin “tıbbi kötü uygulamasının bulunmadığı” ve “kusursuz olduğu” çıkarımına oy çokluğuyla varılmıştır.

Çalışmamızda söz konusu uyuşmazlıkta ele alınması gereken hukuki gerekçelerin dayandığı teorik bilgilere karar incelemesi bakımından gereken kapsamda yukarıda yer verilmiştir. Söz konusu teorik bilgiler ışığında aşağıda Yargıtay HGK karar incelemesine yer verilecek; ardından kararda ispat meselesine dair dayanak gösterilen gerekçeler somut olay özelinde ele alınacaktır.

İlk derece mahkemesi kararından davacının hem kendi adına hem down sendromlu oğlu adına maddi ve manevi tazminat istemlerinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Hemen bu başlık altında tekrar hatırlamak gerekir ki annenin ve engelli bebeğin tazminat taleplerinin hukuki gerekçeleri (yasal dayanakları) birbirinden farklıdır. Bu açıdan aynı yasal gerekçe ile ya da evleviyetle gerekçe dahi göstermeksizin (somut olay bakımından gerekçe anlaşılamamaktadır) her ikisinin maddi-manevi tazminat taleplerini onaylayan ilk derece mahkemesi kararı da eleştiriye açıktır. Davacının taleplerine ilişkin olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve diğer tartışmaların öncesinde, taleplerinin gerekçeleri, anne ve bebeğinkini birbirinden ayrılarak değerlendirilmeli; anne ve bebeğin maddi-manevi tazminat talebine haklarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Bu yönde bir hakları bulunmuyorsa ya da haklarının mevcut olmadığı kapsam bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünde ispat meselesini tartışmak anlamsızlaşacaktır. Bu meselelere ilişkin değerlendirmeler öncesinde genetik engellilikte bunun prenatal safhada tespit edilemediği; hatta onun da öncesinde gebenin prenatal tanı testleri hakkında hiç bilgilendirilmediği/yanlış bilgilendirildiği/yönlendirildiği gerekçesi ile ne tür taleplerin, hangi gerekçe ile kim tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin meselelere HGK kararına ilişkin isabetli değerlendirmeler yapılabilecek kapsamda yukarıda değinilmiştir. Karar incelemesinde bu bilgiler göz önünde bulundurulmalıdır.

V. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk Genel Kurulunun kararına ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce davacının taleplerinin hukuki gerekçesine dikkat çekilmelidir. Gerek ilk gerek üst derece mahkemelerin kararlarında davacının taleplerinin haklı olup olmadığına, bir başka deyişle hem anne hem genetik engelli çocuk bakımından hukuki gerekçelerine dikkat çekilmediği göze çarpmaktadır. Anne açısından vekalet sözleşmesi hükümleri ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin diğer yasal düzenlemeler özel dairenin bozma kararında kaleme alınmış olmakla beraber; çocuğunkilere hiçbir yargı aşamasında değinilmemiştir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle genetik engelli çocuğun tazminat talepleri anneninki ile örtüşmez. Anne, engellilik fark edilse idi gebeliğe son vereceği, söz konusu yasal hakkının elinden alındığı gerekçesi ile hekimin sorumluluğuna başvurmaktadır. Aynı gerekçe, genetik engelli çocuk bakımından “var olmama hakkının (*Recht auf Nichtexistenz*)” sorgulanması tartışmalarına yol açacaktır. Bu durumda çocuk, kendi engelini prenatal safhada fark etmediği için yaşamını adeta hekime borçludur³⁷. Bir başka deyişle hekimin kusuru, genetik engelli çocuğun varlık sebebidir. Ancak hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sözleşmeye aykırılık nedeniyle anneye (ebeveyne) karşı sorumludur. Çocuğa karşı değil. Ayrıca belirtilmelidir ki gebe kadın, fetüsün sağlık durumunun takibi üzere hekim kontrollerine başvurduğundan burada sağ ve tam doğmak kaydıyla (MK m. 28/II) genetik engeli prenatal safhada anlaşılmayan çocuk bakımından anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi lehine bir sözleşme niteliği taşıdığı bazı durumlarda kabul edilebilecektir. Bu bakımdan genetik engeli fark edilse idi tedavi edilebilecek durumda olan genetik engelli çocuk da tıpkı ebeveyn gibi tedavi sözleşmesine dayanarak hekimin sorumluluğuna başvurabilecektir. Ancak somut olayda böyle bir durumun varlığı, karardan anlaşılmamaktadır. Dikkatle yapılması gereken ayırım, tedavi sözleşmesi ile genetik engel tespit edilmesi halinde ebeveyn tarafından (elbette ki hukukun çizdiği sınırlar içinde) gebeliğin sonlandırılmak istenip istenmeyeceğidir. Sözleşme, genetik engelin tespiti halinde yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması amacını taşıyorsa

³⁷ Görüş için ayrıca bkz. ERCAN, s. 120 vd.

üçüncü kişi olarak genetik engelli çocuğu koruyucu etkiden bahsedilemeyecektir³⁸.

Yukarıda değindiğimiz gerekçe ile tedavi sözleşmesine dayanarak tazminat talebi ileri sürme imkânı bulunmayan genetik engelli çocuğun, öte yandan haksız fiil hükümlerini dayanak göstermesi de olası değildir. Tekrar dikkat çekilmelidir ki çocuğun engelli olmasının sebebi hekim değil; kendi genetik kodlarıdır. Ayrıca tedavisi mümkün olmayan bir engelin varlığı halinde bu sonuca ulaşılabilecektir. Bir diğer ifadeyle hekimin prenatal safhada fetüsün engelini fark etmiş olmasının tek getirisi, bebeğin yaşamına son verilecek olmasıdır. Ancak hekim, üzerine düşeni özen yükümlülüğü ihlali nedeniyle yerine getiremediğinden genetik engelli bebek hayattadır. Bu durumda çocuk adına ileri sürülen taleplere ilişkin meselenin çözümü, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin çok daha öncesinde, çocuğun tazminat taleplerine yasal zemin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde yatmaktadır. Meğerki prenatal safhada engellilik fark edilse idi engelin tedavisi mümkün olsun ve tedavi imkanları kaçırılmış ya da bundan beklenen fayda azalmış olsun³⁹. O zaman çocuğun, tedavi imkanının kaçırılması nedeniyle hekimin inceleme konumuz kapsamında özel hukuk sorumluluğuna başvurması mümkündür. Diğer olasılık bakımından bebeğin tedavisi mümkün olmayan bir genetik engelinin varlığı halinde kendi adına hala hekimden tazminat edebiliyor olmasının savunulması, yaşam hakkını düzenleyen AY m. 17 ile çelişki içerisindedir. Bebeğin genetik kodları nedeniyle sağlıklı yaşama şansı bulunmamaktadır ve temel haklar gereği engelli bir yaşam da tıpkı diğerleri gibi bir fark gözetilmeksizin yasal korumayı hak eder. Öyle ise hekim engelini fark etmedi diye ebeveyninin hayatına son vermesi olasılığından kurtularak engelli dahi olsa yaşama tutunan bir bireye,

³⁸ Tedavi sözleşmesinin genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. DEUTSCH, in: JZ 1983 s. 451; SCHÜNEMANN Hermann, Schadensersatz für missgebildete Kinder bei fehlerhafter Beratung der Schwangeren?, zugleich ein Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 27.2.1981, in: JZ 1981, s. 577; WEBER, s. 53; AYDIN ÜNVER, s. 161 vd. Ebeveynin gebeliğin sonlandırılması amacı taşıması halinde üçüncü kişiyi koruyucu etkiden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. WAIBL Katharina, Kindesunterhalt als Schaden: fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht, München 1986, s. 351.

³⁹ Genetik engellilikte hekimin hukuki sorumluluğu belirlenirken engelin prenatal safhada tedavi edilip edilemeyecek olması yönündeki ayırım için bkz. AYDIN ÜNVER, s. 110 vd.

engelli varlığı nedeni ile hekimden tazminat edebilme imkanını tanımak “Neden beni fark etmedin? Fark etse idin yaşamıyor olacaktım” ileri sürümüne hukuki sonuç bağlamak olur ki yaşama hakkı, yaşamamayı seçmeyi de içermediğinden bu talepler reddedilmelidir. Yukarıda değinildiği üzere Türk ve Alman doktrinde de hâkim görüş bu yöndedir.

Somut olayda davacı “sakatlığın giderilmesi veya gebeliğin sonlandırılması ihtimallerinden yoksun bırakıldığı” gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmaktadır. Ancak genetik engelin, engel tespit edilse idi tedavi edilebilecek olup olmadığı yönünde bir verinin bulunup bulunmadığı karardan anlaşılammaktadır. İlgili engelin tedavisinin mümkün olduğu ve bu imkânın kaçırıldığı anlaşılmadığından, aksine veri bulunmadığından, somut olayda genetik engelli çocuğun tedavi imkanlarının hiç bulunmadığı varsayımından hareketle genetik engelli çocuğun tazminat talebinin yasal zemini bulunmadığı söylenebilecektir. Öyle ki bu halde çocuk adına istenen tazminat için engelin tedavisi vardı, beklenen fayda azaldı ya da tedavi imkânı tamamen kaçırıldı gibi bir olasılık kararda dile getirilmemiştir. Anılan gerekçelerle, aksine veri olmadığından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine yönelik ispat meselesine ilişkin değerlendirmelere çocuğun talepleri bakımından ihtiyaç bulunmaksızın bahsettiğimiz gerekçelerle reddedilmelidir.

Engelli çocuğun ebeveyninin, çocuğun bakım ve eğitim masraflarına yönelik maddi tazminat taleplerinde bulunabileceği ve bunun hukuki gerekçelerine yukarıda değindik. Ancak somut olayda anne, kendi adına sadece manevi tazminat talebinde bulunmaktadır. Annenin manevi tazminat talepleri bakımından, manevi tazminatı gündeme getiren acı, elem ve ıstırabın sebepleri hamilelik ve doğum ile doğum sonrasına ilişkin talepler ayrımlarıyla değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hamilelik ve doğumun olağan sıkıntılı ve zorlukları, hekimin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmez. Gebeliğin sebebi hekim değildir. Buna karşın bebeğin engeli gebelik ve/veya doğum normal bir gebeliğe kıyasen fazlaca üzüntü, acı ve ıstıraaba sebep olduysa anne bu kapsamda bir manevi tazminat talebi ileri sürebilecektir⁴⁰. Annenin bunun dışındaki manevi tazminat taleplerinin hukuki dayanağı, kişilik hakkı kapsamında ele aldığımız aile planlaması hakkının ihlal edilmesi olmalıdır⁴¹. Aksi

⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. BGH Urteil vom 18.01.1983 – VI ZR 114/81, NJW 1983, 1373. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 154 – 155.

⁴¹ ŞENOCAK, s. 154.

halde engelli bir çocuk sahibi olmanın ve bununla bağlantılı olarak yaşanan diğer olumsuzluk ya da zorlukların verdiği üzüntünün dayanak gösterilerek manevi tazminat talep edilmesi, bu gerekçenin “insan onuru ile bağdaşmayacağı” eleştirisiyle karşılaşacaktır⁴². Somut uyuşmazlıkta annenin, manevi tazminat taleplerini hangi gerekçeye dayanarak ileri sürüldüğü anlaşılamamaktadır. Öte yandan hâkim, ileri sürülen hukuki sebeplerle de bağlı değildir. Hukuku re’sen uygular (HMK m. 33). Hal böyle iken annenin manevi tazminat talebinin hukuki sebebine ilk ve üst derecede mahkemelerindeki yargılamanın hiçbir aşamasında değinilmediği dikkat çekmektedir. Az önce değindiğimiz üzere annenin, gebeliği sırasında ve doğuma ilişkin olarak bebeğin engelli olması dışındaki olağan sıkıntıları, incele konumuz kapsamında manevi tazminata dayanak oluşturmaz. Bunun dışındaki manevi tazminat talepleri de kişilik hakkı kapsamında aile planlaması hakkının ihlal edilmesi gerekçesi ile ileri sürülebilecektir. Öyleyse aşağıda ele alınacak ispata ilişkin meselelerdeki uyuşmazlık, sadece annenin (somut olayda babanın bir talebi bulunmamaktadır) değindiğimiz kapsamdaki manevi tazminat talepleri bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Anne “kendi adına” engelli çocuğun bakım, eğitim ve sağlık masraflarına ilişkin engellilik nedeniyle “fazladan” yapılan masrafları da maddi tazminat olarak talep edebilecekken somut olaydan böyle bir talebi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hâkim, talep ile bağlıdır (HMK m. 26).

HGK önüne gelen uyuşmazlıkta Nr. 28, 29, 30 ve 31’de annenin gebelik yaşı, risk faktörleri ile olası Trisomi 21 ve genetik anomalilerin tespiti için gebelik sırasında istenebilecek testler ve bu testlerin gerçeği yansıtırma oranları hakkında oldukça isabetli değerlendirmeler yapılmıştır. Fakat HGK önüne gelen dosyada uyuşmazlık, sadece hekimin aydınlatma yükümlülüğünün, bir başka deyişle “kusursuzluğunun” ispatı üzerine odaklanmaktadır. Savunduğumuz görüş uyarınca da burada ispat yükü hekimde olmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirdiği, gereken bütün özeni gösterdiği ve bu nedenle sorumluluğunun bulunmadığı iddialarını hekim ispatlamalıdır⁴³.

HGK önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak Türk hukukunda hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü ispatın herhangi bir şekilde tabi

⁴² ŞENOCAK, s. 154.

⁴³ BÜYÜKAY, s. 93 – 94; ŞENOCAK, s. 135. Gerekli bilgi ve belgelerin hekimde bulunduğu gerekçesiyle bu kabulün normal olduğu yönünde bkz. HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 25. Bası, Ankara 2022, s. 430.

olmadığı; somut olayda üçlü tarama, amniyosentez ve detaylı USG testlerinin aynı gün istendiğinin hastane protokol defteri kayıtlarında bulunduğu dayanılarak “karine” niteliğindeki kayıtların aksinin davacı tarafından aksinin ispat edilemediği gerekçesi ile aydınlatmanın gereken kapsamda yerine getirildiği, anne adayının üçlü tarama testini yaptırmasına rağmen amniyosentezi hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğü gereğince yerine getirildiği halde bile isteye yaptırmadığı sonucuna varılarak hekimin kusuru bulunmadığı çıkarımı yapılarak vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğü ihlalinin bulunmadığına hükmedilmiştir.

HGK kararında ayrıca “sigortalı hekimin kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili, davacıdan imzalı, yazılı onam alınması da hayatın olağan akışına aykırı” olacağı gerekçesi ile prenatal tanı testlerini önerdiği, ilgili konuda anne adayını aydınlattığı... “kendi iradesi gereğince amniyosentez ve ayrıntılı USG’yi yaptırmadığı” çıkarımına varılarak “sonuç olarak tıbbi kötü uygulamasının” bulunmadığı ve “kusursuz” olduğunun “kabul edilmesi gerektiğine” hükmedilmiştir (HGK nr. 35). Oysa bunlar birer varsayımdır.

Genetik engellilikte hekime ileri sürülebilecek tazminat taleplerinin dayanağı, “doğru bilgilendirilse idi anne adayının (ebeveynin) gebeliğe son vermek yönünde karar alacağı; bu imkânının elinden alındığı” gerekçesiyle maddi manevi zarara uğradığı noktasında toplanmaktadır. Bununla ilgili olarak ispat meselesi iki ayrı bakımdan ele alınmalıdır. İlki aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen hekimin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla “kusurlu” bulunmadığının ispatı (aksinin varlığı BK m. 112 uyarınca karine gereği kabul edilir); ikincisi ise hekimin aydınlatmasına yönelik aksaklık (hiç ya da gereği gibi aydınlatmama) nedeniyle gebeliğe son verilemediğinden hareketle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında “illiyet bağının varlığının” ispatıdır. Hepsinin öncesinde elbette sözleşme ilişkisinin varlığı ispat edilmelidir. Somut olayda buna dair ihtilaf bulunmadığından üzerinde durulmayacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak ilkinin, “kusurun” ispatı genel kuralın ve haksız fiil hükümlerinin aksine (MK m. 6; BK m. 49) sözleşmeden doğan sorumlulukta karine gereği borçlunun kusurlu sayılması nedeniyle hekime ait olmalıdır⁴⁴. İlgili hüküm uyarınca “...

⁴⁴ Hekimin prenatal tanıda yükümlülük ihlali zarar arasındaki illiyet bağında ispat yükü için bkz. ŞENOCAK, s. 125 vd.; kusurun ispatı için bkz. ŞENOCAK, s. 135 vd.

borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” (BK m. 112). Bir başka deyişle hekimin tedavi sözleşmesinden doğan, hastayı gereği gibi aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık hallerinde “kusurlu” olduğu varsayılır; bunun aksini ispat etmesi gerekmektedir⁴⁵. Bu anlamda, zarara uğrayan açısından haksız fiil sorumluluğu hükümlerine kıyasen daha elverişli bir durum söz konusudur (BK m. 49 vd.). Aydınlatma yükümlülüğünün gereğince yerine getirilmemesi de bir meslek kusurudur⁴⁶. Dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluğun da unsurlarından biridir.

Somut olaydaki mesele hekimin, aydınlatmanın yapıldığına dair sunduğu kayıtların ispat şartını gerçekleştirmekte yeterli olup olmadığına; dolayısıyla aslında kusursuzluğunu ispat edip edemediğine ilişkindir. Bahsi geçen kayıtlar, hekim tarafından kayıt altına alınmış olup bunda gebenin bir tesiri, onayı, imzası bulunmamaktadır. Öte yandan üçlü tarama, amniyosentez ve detaylı USG'nin aynı gün istendiği fakat bunlardan amniyosenteze gebenin rızası olmadığı, bunu bile isteye yaptırmadığı yönündeki çıkarım tıbbi gerçeklik, tıbbi verilerle çalışmaktadır. Şöyle ki: Üçlü tarama testi ve amniyosenteze ilişkin **bilgilendirmenin** aynı gün yapılmış olması değil ama **testlerin her ikisinin de aynı gün istenmesi** aslında tıbbi bakımdan bir çelişkidir. Amniyosentez testi neredeyse %100'e yakın bir doğrulukla fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi veren bir test olduğundan bu test yapıldı ya da yapılacak ise üçlü tarama testlerinin yapılmasının bir manası bulunmamaktadır. Ancak gebede engelli doğum yapabileceğine ilişkin risk faktörü bulunmadığı müddetçe doğrudan rutin olarak her gebede amniyosentez önerilmesi, (elbette ki aydınlatılmış rıza doğrultusunda) testin yapılması beklenmemektedir. O nedenle zorunlu olmamakla beraber genellikle önce gebelik haftasına göre ikili/üçlü tarama testleri yapılır. Testin sonuçları çıktıktan sonra risk yüksek ise gebeye gerekçeleri ve sürece ilişkin bilgilerle amniyosentez önerilir. Ya da gerek görülüyorsa doğrudan ve sadece amniyosentez testi önerilir. Bahsi geçen testlerin hepsine dair bilgilendirme aynı gün yapılabilir. Fakat karardan anlaşıldığı üzere testlerin hepsinin birden aynı gün istenmiş olduğu verisi, HGK kararında belirtilenin aksine kanaatimizce gebe aleyhine değil; hekim aleyhinedir. Hemen yukarıda açıkladığımız gerekçelerle aydınlatmanın yeterince yapılmadığı, kayıtların gerçeklikle

⁴⁵ Aynı yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 93 – 94; ŞENOCAK, s. 135.

⁴⁶ ŞENOCAK, s. 101.

örtüşmeyecek şekilde tutulduğu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirdiği yönünde şüphe uyandırır niteliktedir.

Kusur meselesinden başka ispatlanması gereken bir diğer mesele uygun illiyet bağının varlığıdır. Şöyle ki: Sözleşmeden doğan sorumluluğun tespiti için hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediğinin ve kusurunun tespitinin yanı sıra bu yükümlülüğün ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranır⁴⁷. Bir başka deyişle hekim aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirmediğinden davacı annenin (ebeveynin) gebeliğe son verme hakkı elinden alınmış ve bu nedenle anne, genetik engelli bir bebek sahibi olup sağlıklı bir bebeğe kıyasen fazlaca bakım, eğitim, tedavi gibi masraflara katlanmak zorunda kalmış olmalı ya da manevi tazminat talepleri bakımından aile planlaması hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle elem, acı ve üzüntüye maruz kalmış olmalıdır.

İllyet bağının ispatlanması konusunda öncelikle iki durum birbirinden ayrılarak doktrindeki görüşlere yer verilmelidir⁴⁸. İlk olasılıkta hekim hastayı bilgilendirmemiş; gebeliğin sağlıklı olduğu yönünde kanaat uyandırmıştır. Ancak hekim, doğru bilgilendirilseler dahi anne adayının/ebeveynin prenatal tanı yöntemlerine rıza göstermeyecekleri ve annenin gebeliği sonlandırmayacağını iddia etmektedir. İkinci olasılık ise hekimin hastayı doğru bilgilendirip prenatal testlerin yapılmış olması; fakat hekimin test sonuçlarını doğru değerlendirememesi nedeniyle gebe kadını yanlış bilgilendirmesidir. Bu olasılık somut olayda bulunmadığından inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yukarıda değinilen ilk durumda: İllyet bağının ispatı meselesinde bir görüş anne adayının fetüste bulunan anomali hakkında doğru bilgilendirilse idi prenatal tanı yöntemlerine başvuracağı varsayımından hareket ederek aksi yöndeki iddianın ispat yükünü hekime yüklemektedir⁴⁹. Diğer görüşe göre doğru bilgilendirme her zaman prenatal tanı

⁴⁷ Sözleşmeden doğan sorumluluğun bir diğer unsuru zarar ile sözleşmeye aykırılık arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. İnceleme konumuz olan HGK kararında tartışma konusunun odak noktası illiyet bağının varlığı değil; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair "ispat" meselesi olduğundan "illiyet bağı" üzerinde durulmamıştır. İllyet bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKAY, s. 98 vd.; s. 107, ŞENOCAK, s. 118 vd.

⁴⁸ ŞENOCAK, s. 124.

⁴⁹ Söz konusu görüşü ileri süren Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin değerlendirme için bkz. ŞENOCAK, s. 125 vd.

yöntemlerine başvurulacağı anlamına gelmez. Bu görüş uyarınca tıpkı HGK önüne gelen somut uyuşmazlıktaki gibi riskli bir gebeliğe rağmen (suni dölllenme sonucu gebelik, annenin riskli yaşı ve risk oranı yüksek çıkan üçlü tarama testi sonucu) prenatal tanı yöntemleri hakkında bilgi verilmediği; bu nedenle engelli bebeğin doğduğu iddialarında ispat yükü annededir. Bir başka deyişle gebe kadın gereği gibi bilgilendirilse idi prenatal tanı yöntemlerine başvuracağı ve yasal çerçevede gebeliği sona erdireceği iddiasında ise gereğince bilgilendirilmeme ve prenatal testlerin bu nedenle yapılamaması arasındaki uygun illiyet bağıını genel ispat kuralı doğrultusunda annenin (ebeveynin) ispatlaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰. Hekimin aksi yöndeki, gereğince bilgilendirseydim de sonuç değişmeyecekti, anne adayı gebeliğe son vermeyecekti iddiası ise yine genel ispat kuralı uyarınca hekim tarafından ispatlanmalıdır⁵¹.

Genetik engelli bebek sahibi annenin iddiası ("doğru bilgilendirilseydim gebeliğe son verecektim") bakımından illiyet bağıının ispatı meselesinde: Hemen yukarıda verilen görüşün ("gebe kadın doğru bilgilendirilse idi prenatal tanı testlerine başvururdu") gerekçesine ilişkin olarak kişiden kişiye değişen farklı etik bakış açıları nedeniyle her doğru bilgilendirilen gebe kadının prenatal tanı yöntemlerine başvuracağına ilişkin çıkarımın, yaşamın olağanlığı içerisinde genel bir tecrübe kuralı teşkil etmeyeceği görüşündeyiz. Öte yandan anneye (ebeveyne) yükletilen ispat meselesinde katı davranılmayarak Alman hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören bazı ispat kolaylıklarından yararlanılması gerektiği kanısındayız. İlk görünüş ispatı (*Prima-facie-Beweis*) Alman hukukuna atıfla hukukumuzda da dile getirilen ispat kolaylıklarından biridir⁵². İlk görünüş ispatı, yasaca düzenlenmemiş; Alman mahkeme kararlarında geliştirilmiş bir ispat kolaylığıdır. İlk görünüş ispatı uyarınca ispat yükü yer değiştirmez. Sadece bir somut olayda, davacı, tipik bir yaşam olayını göstererek gerekirse bunu ispat etmek zorundadır. Yalnız burada kısaca dikkat çekmek gerekir ki ilk görünüş ispatı, Alman hukukunda hem

⁵⁰ GEHRLEIN Markus, Grundwissen Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck 2018, s. 70, nr. 59.

⁵¹ BGH NJW 1997, 1638; GEHRLEIN, s. 70, nr. 59.

⁵² İlk görünüş ispatı hakkında Alman hukukundaki bilgilerin öz aktarımı için Türk hukukunda bkz. BÜYÜKAY, s. 108 – 109; ŞENOCAK, s. 136 – 137. Ayrıca bkz. ERCAN, s. 107. Alman Hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıkları ve ilk görünüş ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEHRLEIN, s. 71 vd.; KATZENMEIER Christian, Arzthaftung, Tübingen 2002, s. 423 vd. İspat kolaylıklarının türleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. DEUTSCH/SPICKHOF, s. 324 vd.

kusurun hem illiyet bağının anne adayı (Tıp Hukuku bakımından daha genel ifadesiyle hasta) tarafından ispatlanmasında kabul görmektedir. Ancak kanaatimizce hekimin BK m. 112'deki karine gereği kusurlu olduğu kabul edildiğinden aksini ispat yükü hekimedir. Bu nedenle savduğumuz görüşün bir sonucu olarak gebe kadına (genel olarak hastaya) tanınan ispat kolaylığı, ilk görünüş ispatı, burada gündeme gelmez. İspat yükünün yerine getirilmesinin temelinde "genel yaşam tecrübesinden çıkarılan sonuçlar" gözetilmektedir. Hekimin meslek kusuruna işaret eden belirli bir vakianın ispatı yeterli görülmektedir⁵³. Gebe kadının hekim karşısındaki durumu dikkate alındığında belgelerin tutulması ve kayıtların alınmasında hekim kadar güçlü bir konumu bulunmamaktadır. Kanaatimizce illiyet bağının ispatı meselesinde gebeliğe son verip vermeme son derece sübjektif, kişiden kişiye değişen bir karar olduğundan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının ispatı gebe kadına yüklense de burada ispat kolaylıklarından yararlanılabilmelidir⁵⁴.

Genetik engelli bebek sahibi annenin, yaşı nedeniyle gebeliğin seyirinin riskli olması ve üçlü tarama testlerinde fetüsün engellilik riskinin yüksek çıkması, illiyet bağının ispatı bakımından böyle bir durumdaki bir gebe kadının yaşamın olağan akışı içerisinde neredeyse kesin bir tanı imkânı sunan amniyosentezi yaptıracığı kuvvetle muhtemel olsa da bir kesinlik çıkarımı yapmak yine de güçtür. Tek başına bu verilerin varlığı, gebeliğe son verilmek istendiğine dair genel bir yaşam tecrübesine işaret etmekte yetersiz kalacağından (aynı durumda her kadın gebeliğe son verirdi, çıkarımı yapılamayacağından) gebe kadın bu verileri ayrıca fetüste engellilik tespit edilmesi halinde gebeliği sonlandırmak istediğine dair hastanede ya da herhangi bir ortamda dile getirdiği söylemleri (tanık ile dahi) ile ispatlayarak kuvvetlendirmelidir. Bir diğer ifadeyle ne olursa olsun bebeği kabul edeceği, bunun ilahi bir takdir olduğu yönünde bir yaklaşımı bulunan gebe kadının hekime yönelttiği söz konusu talepler dikkate alınmayacaktır. Anneye (genel olarak hastaya) tanınan ispat kolaylıklarından bir diğeri "hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde" somut olaydaki zararın karine gereği "hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının bir sonucu olduğu", bir diğer deyişle hekimin hukuka aykırı

⁵³ ŞENOCAK, s. 136.

⁵⁴ Hukukumuzda illiyet bağına ilişkin ispat yükünün de Harrer'e yapılan atıfla "özen yükümlülüğünü ihlal suretiyle gebe kadının özgür bir şekilde karar verme imkanını elinden alan hekime yüklenmesi gerektiği" yönündeki görüş için ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 128.

davranışı (tıbbi standartlar ve sözleşmenin gerektirdiği objektif özen yükümlülüğünün ihlali) ile zarar arasında illiyet bağının varlığının kabul görmesidir⁵⁵. Öyleyse hekimin ağır kusuru sabit görüldüğünde söz konusu ispat kolaylığı da dikkate alınarak illiyet bağının ispatının dahi genetik engelli bebek sahibi davacıdan beklenmeyeceği sonucuna varılması elverişli gözükmektedir.

İnceleme konumuz Yargıtay HGK kararında somut uyuşmazlıkta ispat meselesine ilişkin yukarıda değindiğimiz ayrımlar yapılmamaktadır. Hekimin gebe kadının aydınlatılmasında üzerine düşeni yerine getirdiği; bir başka deyişle kusurunun bulunmadığı yönünde hastane protokol kayıtları oy çokluğu ile yeterli görülmüştür. Ayrıca ifade etmeliyiz ki somut olayda gebe kadının lise mezunu olması, prenatal tanı testleri ve bunların önemi, riskleri hakkında daha az bilgilendirilmesine gerekçe olarak kabul edilememelidir. İsterse üniversite mezunu olsun, tıbbi eğitimi bulunmayan bir kişi hekim tarafından prenatal tanı testlerine dair gereken kapsamda bilgilendirilmelidir. Aksinin kabulü, eğitim seviyesinin iyi olduğu, kişinin kendisinin de araştırarak prenatal tanı yöntemleri ve bunların yapılması gerekmesi/gerekmemesi hususunda bilgi edinebileceği gibi bir çıkarıma götürmektedir. Kanaatimizce böyle bir yaklaşımla hekimin aydınlatma yükümlülüğü hafifletilemez. Öte yandan hekimin somut olayda ispata dair tek dayanağı olan hastane protokol kayıtları yukarıda değindiğimiz üzere şüpheye elverişli niteliktedir.

Son olarak karada belirtilenin aksine hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı meselesinde kendi uzmanlık alanı dahilindeki meselelerde “kendisinin yapacağı işlemler” ile “yapamayacağı işlemler” şeklinde bir ayrıma gidilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Kendi uzmanlık alanı kapsamındaki meselelerde hekim, tıbbi standartlar çerçevesinde gebeye yapılması elzem görülen bütün testler hakkında yukarıda açıkladığımız kapsamda bilgi vermelidir. “Tıbbi standartlar” kavramı, hekimin kendisinin çalıştığı hastanede gereken tıbbi teçhizatın bulunup bulunmamasına göre değil; o an itibarıyla tıbbın ve

⁵⁵ Hastaya tanınan ispat kolaylığı olarak söz konusu karine, Alman ve İsviçre hukuklarında kabul görmektedir. Türk hukukunda da bu yönde açık bir gerekçe yapılmaksızın verilen kararlar, ağır kusurun varlığının sabit olması halinde karine gereği hekimin meslek kurallarına aykırı davranışı ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna vardığından aynı karinenin burada da kabul gördüğü yönünde bir çıkarımı haklı kılmaktadır. Bkz. ŞENOCAK, s. 137.

teknolojinin eriştiği standartlara göre belirlenir⁵⁶. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde gebenin subjektif özelliklerinin yanı sıra ayrıca bu objektif standartlar belirleyicidir. Kanaatimizce söz konusu tıbbi testleri teçhizat yetersizliği nedeniyle kendisi yapamayacak bir hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmaz; ispat yükümlülüğünde bir değişiklik de olmaz. Sadece hekim buna dikkat çekerek yine aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeli; ispat yükü kendisine ait olmak üzere gebeyi testlerin yapılabileceği bir başka sağlık merkezine yönlendirmelidir.

SONUÇ

Hekimin prenatal tanı testleri ya da bu testlerin sonuçları hakkındaki aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin genetik engelli doğumla sonuçlandığı hallerde ebeveyn tarafından ileri sürülen tazminat taleplerinin içeriği, engelli bebeğe “fazladan” yapılan bakım, eğitim ve tedavi masraflarını içeren maddi talepler ile kişilik hakkı kapsamında yer alan aile planlaması hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminat talepleridir. Annenin ve üçüncü kişiyi korucuyu etkili sözleşme kapsamında babanın talepleri bu kapsamda hekimin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle ona karşı ileri sürülebilecektir. Haksız fiil hükümlerine de başvurulabilecek olmakla beraber somut olay tahlilinde sözleşme ilişkisinin varlığı tartışmalı olmadığından bu hükümlere atıf yapmakla yetinilmiş; detaylı değerlendirmelere gidilmemiştir.

Savunduğumuz görüş uyarınca genetik engelli çocuğun, zaten tedavisi hiç mümkün olmayan bir genetik engelinin bulunması halinde hekime yönelteceği maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından bunların yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Meğerki prenatal safhada genetik engel fark edilse idi tedavi edilebilecek durumda olsun. Söz konusu durum fark edilmediğinden, bebeğin engeline ilişkin tedavi şansı azalmış ya da kaçırılmış olsun. Bu halde genetik engelli bebek, hekimden kaçırılan/etkisi azalan tedavi imkanları nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmelidir.

Dava konusu uyuşmazlıkta ebeveyn, açıkça genetik engeli fark edilse idi gebeliği sona erdirebileceklerini, bu imkanlarının ellerinden alındığını ileri sürmektedirler. Öte yandan karardan “sakatlığın giderilmesi ya da gebeliğin sona erdirilmesi imkanlarından yoksun

⁵⁶ Tıbbi standartlar kavramı ve bu kavramın, hekimin özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde önemi için ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 92 vd.; RIEDEL, s. 3 ff.

birakıldıklarını" ileri sürmekle beraber, bebek bakımından somut olarak tedavisi mümkün; fakat tedavi imkanları kaçırılan ya da geç kalındığından tedaviden beklenen yararın azaldığına bir genetik engelin var olup olmadığı anlaşılamamıştır.

Öyleyse somut olayda tedavisi mümkün olmayan bir genetik engelin varlığı dikkate alınarak meselenin devamı buna göre çözülmüştür. Bu veriler ışığında genetik engelli bebek, deyim yerindeyse varlığını adeta hekimin özen (aydınlatma) yükümlülüğü ihlaline borçludur. Hekim kusuru nedeniyle genetik engeli fark edil(e)mediğinden, ebeveyni yaşamına son ver(e)memiştir. Bu bakımdan genetik engelli çocuk, tazminat taleplerine yasal dayanak olarak anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesini gösteremeyecektir. Bunun nedeni, hekim aile anne arasındaki sözleşmenin genetik engelli çocuk bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımasıdır. Öte yandan genetik engelli çocuk, haksız fiil hükümlerine de dayanamayacaktır. Onun engelinin sebebi genetik kodlarıdır. Bir başka deyişle tabiatı gereği engellidir. Buna hekim neden olmuş değildir. Somut uyuşmazlık bakımından da çocuk adına yapılan maddi ve manevi tazminat talepleri söz konusu gerekçelerle reddedilmelidir.

Somut olayda davacı (anne), kendi adına sadece manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Babanın tazminat talebi ise yoktur. Hâkim, taleple bağlı olduğundan anne adına yasal dayanağı bulursa dahi maddi tazminata hükmedemeyecektir. Öyleyse somut uyuşmazlıkta sadece manevi tazminat talebinin üzerinde durulmalıdır. Annenin manevi tazminat taleplerinde gebeliğin seyri ve doğum sırasındaki elem, acı ve üzüntü normal bir gebeliğinkileri aşıyorsa, bir başka deyişle bebeğin engeli dolayısıyla (örn. sezaryen ameliyatı bu nedenle gerekti ise) fazladan yaşanan acı ve üzüntü dikkate alınmalıdır. Hem gebelik sırası hem sonrasına ilişkin manevi tazminat taleplerinin dayanağı, yukarıda değindiğimiz üzere engelli bir bebek sahibi olmanın verdiği üzüntü değil; kişilik hakkı kapsamındaki aile planlaması hakkının ihlali olarak görülmelidir.

Somut uyuşmazlık bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine dair ispat yükü meselesi, ancak annenin değindiğimiz kapsamdaki manevi tazminat taleplerinin kabul ya da reddi noktasında önem taşımaktadır. Sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin ihlali, zarar, kusur ve zararlar kusur arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Genel bilgi uyarınca borcun ifa edildiğini ya da ifanın arz edildiğini ispat yükü borçludadır. İspat meselesinde ayrıca kusurun ispatı ile illiyet bağının ispatı birbirinden ayrılarak

kusurun, daha doğru bir ifade ile sözleşmeden doğan sorumlulukta karine gereği kusurlu kabul edilen hekimin kusursuzluğunun ispatı kendisine (davalı hekime) yükletilmeli; illiyet bağının varlığını ise genetik engelli bebek sahibi anne (davacı ebeveyn) ispatlamalıdır. Ancak ispat yükünün anneye yükletildiği durumlarda ispat kolaylıklarından faydalanılmalıdır. Öte yandan hekim, aydınlatma yükümlülüğünü gereğince yerine getirmiş olsa idi dahi gebe kadının prenatal tanı testlerine, dahası bunları yaptırsa bile gebeliğin sonlandırılmasına karar vermeyeceğini iddia ediyorsa bunu kendisi ispatlamalıdır. Kanaatimizce hekim, BK m. 112 uyarınca karine gereği kusurlu kabul edilmeli; aksini, özen yükümlülüğü (ve tıbbi standartlar kapsamında) elinden geleni yaparak yerine getirdiğini ortaya koyarak kusursuzluğun ispatı ile sorumluluktan kurtulabilmelidir. Somut olayda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğine, bir başka deyişle kusurlu bulunmadığına dair dayanak gösterdiği hastane protokol kayıtları içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Kaldı ki bu kayıtların düzenlenmesi tamamen hekimin hakimiyet ve kontrol alanındadır. Bir başka deyişle gebe kadının bunda bir tesiri ya da rolü yoktur. Tek başına bu kayıtlar, kanaatimizce yeterli birer delil olarak görülmemelidir. Değindiğimiz gerekçelerle sonuç olarak, somut uyuşmazlık bakımından genetik engelli bebek sahibi annenin sağlıklı bir bebeğe hamileliğe kıyasen bunu aşan acı, elem ve üzüntüsü söz konusu ise bu kapsamda manevi tazminat talebi kabul görmeli; davacılar tarafından ileri sürülen diğer tazminat talepleri ise reddedilmelidir.

KAYNAKÇA

AYDIN ÜNVER Tülay: Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.

BÜYÜKAY Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

CRAMER Stephan: Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin, Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991.

ERCAN Cannur: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life, Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch), Band 9 Saarbrücken 2017.

- DEBO** Arno: Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, München 1986.
- DEUTSCH** Erwin /**SPICKHOF** Andreas: Medizinrecht, 6. Aufl. Springer Verlag, 2008.
- DEUTSCH** Erwin: Neues Verfassungszivilrecht: Rechtswidriger Abtreibungsvertrag gültig – Unterhaltspflicht aber kein Schaden, in: NJW 1993, s. 2361 – 2363.
- DEUTSCH** Erwin: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.1.1983, in: JZ 1983, s. 451 – 452.
- DEUTSCH** Erwin: Unerwünschtes Empfängnis, Unerwünschte Geburt und Unerwünschtes Leben vergleichen mit wrongful conception und wrongful life des angloamerikanischen Rechts, in: MDR 1984.
- EREN** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2021.
- FAERBER** Georg: Wrongful Life, Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Lottbek 1988.
- FISCHER** Gerfried: Wrongful life: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes BGHZ 86, 240, in: JUS 1984, s. 434 – 439.
- GEHRLEIN** Markus: Grundwissen Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck 2018.
- GÜMÜŞ** Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2020.
- HAKERİ** Hakan: Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 25. Bası, Ankara 2022.
- KATZENMEIER** Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- OZANOĞLU** Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 55 – 77.
- REINHART** Andreas: Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy, Peter Lang Verlag 1999.
- RIEDEL** Ulrike: Vortrag: Kind als Schaden. Arzthaftung im Kontext der pränatalen Diagnostik, Salzburg 2006.
- SCHÜNEMANN** Hermann: Schadensersatz für missgebildete Kinder bei fehlerhafter Beratung der Schwangeren?, zugleich ein Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 27.2.1981, in: JZ 1981.

- ŞENOCAK** Zarife: İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009.
- TANDOĞAN** Haluk: Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. tıpkı bası, İstanbul 2008.
- WAIBL** Katharina: Kindesunterhalt als Schaden: fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht, München 1986.
- WEBER** Dieter: Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, Berlin Heidelberg 1988.
- WENZEL** Frank (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013.
- YAVUZ İPEKYÜZ** Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- YAVUZ İPEKYÜZ** Filiz: “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015, s. 19 – 61.
- ZEYTİN** Zafer: “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu” Roche Sağlık Hukuku Günleri, 2007, s. 96 – 117.