

08.03.2013

HUKUKSAL GÖRÜŞ

KONU : Hekim hatası sonucu, istenmeden dünyaya gelen çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin hekimden ve onu çalıştıran hastaneden istenip istenemeyeceği konusunda (İstanbul Gaziosmanpaşa 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/652 esas no.sunda açılan davanın incelenmesi suretiyle) görüş bildirimidir.

I- DAVANIN İNCELENMESİ

1- Dava konusu:

a) Davacılar Safiye İleri ve Salim İleri vekilleri tarafından, hekime ve hastaneye karşı, maddi ve manevi tazminat isteğiyle açılan 14.09.2009 günlü dava dilekçesinde:

“Davacı Safiye İleri'nin ikinci çocuğuna hamile iken **Özel Bahat Hastanesine** gittiğini ve **kadın doğum uzmanı Dr.Mustafa Balık'a** gerekli muayene ve tetkiklerini yaptırdığını; doktor ile yaptığı görüşmede, ikinci çocuğundan sonra başka çocuk istemediğini, bunun için önlem alınıp alınamayacağını sorduğunu; doktorun “hiç çocuk istemiyorsa yumurtalık tüplerinin cerrahi operasyonla bağlanabileceğini, bu şekilde normal yoldan hamile kalmanın imkansızlaşmış olacağını, bu işlem yapıldığında ekstra bir doğum kontrol yöntemine gerek kalmadığını, "tüp bağlama" ameliyatının en etkili ve kesin doğum kontrol yöntemi olduğunu ve sezaryenle birlikte yapılabileceğini” söylediğini; davacının bu ameliyatı kabul etmesi üzerine, 26.09.2008 tarihinde sezaryenle ikinci çocuğunu doğurması sırasında, davalı doktor tarafından **tüp bağlama (tüp ligasyonu)** ameliyatının gerçekleştirildiğinin kendisine söylendiğini;

Ancak, 03/06/2009 tarihinde davacı Safiye'nin, mide bulantısı ve halsizlik şikayetiyle doktora gittiğinde hamile kaldığını öğrendiğini; tüp bağlama ameliyatını yapan davalı doktorla konuştuğunda “yapacak bir şey olmadığını, bazen bu tür olayların yaşanabileceğini” söylediğini; oysa, davalı Dr.Mustafa Balık'ın “bir daha hamile kalmayacağı konusunda kesin güvence verdiği için” tüp bağlama ameliyatı yaptırmaya razı olduğunu;

Davacının ve eşinin başka çocuk istememeleri nedeninin, geçim zorlukları olduğunu; eşinin berber ve kendisinin ev kadını olduğunu, zar zor geçindiklerini, üçüncü bir çocuğa bakacak güçleri ve imkânları bulunmadığını; üçüncü çocuğa bakabilmek için düşük olan hayat standartlarını daha da düşürmeleri, daha çok çalışmaları gerektiğini ve aşırı yıpranacaklarını; üç çocuğa maddi ve manevi olarak aynı anda yetişmelerinin imkânsız olduğunu ve bu durumun her iki davacıyı da çok etkileyeceğini;

Doktorun kesin güvence vererek yapması gerekeni yapmadığını, ameliyatın kesin sonuç vermediğini, hizmeti kötü ifa ettiğini; bu nedenlerle doktorun ve onu çalıştıran hastanenin davacıların maddi ve manevi zararlarından sorumlu olduklarını ileri sürmüştü;

İstenmeden doğan üçüncü çocuğun doğumu için yapılan hastane giderlerinin, bakım ve yetiştirme masraflarının ve çocuğun (22) yaşına kadar eğitim giderlerinin davalılara ödetilmesini istemiştir.

b) Davacılar vekili, (06.01.2010 tarihinde üçüncü çocuğun doğmasından sonra verdiği) cevaba cevap dilekçesinde, **Özel Bilge Hastanesinde** doğumu gerçekleştiren **Op.Dr.Levent Çil'in** aynı tarihli epikriz raporunda “tüplerin bağlanmamış ve açık olduğu” tespitini yaptığını; böylece davalı doktorun tam kusurlu olduğunun anlaşıldığını;

c) Davacılar vekili, davalı vekilinin cevap dilekçesindeki “davacının gebeliği sonlandırmayıp kötüniyetli olarak bu davayı açtığı” iddiasına karşı, davacıların **inançları gereği kürtaja karşı olduklarını**, herkesin inançları doğrultusunda yaşama hakkına sahip olduğunu savunmuştur.

2- Davalıların savunması:

a) Davalılar vekili cevap dilekçesinde, davacılara ameliyatın başarı şansının anlatıldığını, tüp ligasyonunun mevcut sterilizasyon yöntemlerinden en başarılısı olduğunu, ancak literatürde %02 ila %05 arasında gebe kalma oranları bulunduğunu, bu nedenle tüp ligasyonunun kesin çözüm olmadığını; eğer gebeliği sonlandırmak isterlerse uygun haftada gereğinin yapılacağı söylenmişse de, davacıların gebeliğin devamı yönünde karar aldıklarını, buna rağmen kötüniyetle bu davayı açtıklarını, gebeliği sonlandırmadıkları için kendilerinin tam kusurlu olduklarını; hekimlerin sonuç sorumluluğu olmadığını, davalıların zararın tamamından sorumlu tutulamayacaklarını savunmuştur.

b) Davalılar vekilinin bu savunmaları, aşağıda açıklanacak olan **Adli Tıp Kurumu**’nun “hekimin kusurlu olduğuna” ilişkin raporu karşısında geçerliğini yitirmiş görünmektedir.

c) Bununla birlikte, davacıların bir zararları ve tazminat isteme hakları varsa, bundan davalıların tam sorumlu tutulup tutulamayacakları aşağıda inceleme konusu olacaktır.

3- Adli Tıp Kurumu raporu:

Dava konusu olayla ilgili tıbbi belgeler incelenmek suretiyle Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 25.05.2011 gün ve 4798 karar sayılı raporda:

a) Davacı Safiye İleri’nin 26.09.2008 tarihinde sezaryenle ikinci çocuğunu doğurduğu Özel Bahat Hastanesi’nin tıbbi belgelerinde, doğum sonrasında “tüp ligasyonu (tüplerin bağlanması) ameliyatı yapıldığı” açıklaması bulunduğ;

b) Davacının 04.06.2009 tarihinde âdet gecikmesi şikayeti ile davalı hastaneye başvurduğu, yapılan muayenede 5-6 haftalık gebelik tespit edildiği;

c) Davacının **06.01.2010** tarihinde Özel Bilge Hastanesi’nde sezaryen ameliyatı ile sağlıklı bir bebek (üçüncü çocuğunu) doğurduğu, ameliyat sırasında her iki tüpün “sağlam” olduğunun gözlemlendiği; (bunun üzerine) kişiye bilateral tüp ligasyonu (tüplerin bağlanması) yapıldığı

Tespitlerinden sonra, ATK.3.İhtisas Kurulu Üyesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Prof.Dr.Rıza Madazlı’nın katılımı ile adli ve tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu:

Davacı Safiye İleri’inin 20.09.2008 tarihinde davalı Özel Bahat Hastanesi’nde ikinci çocuğunu doğurduğu sezaryen ameliyatı sırasında, **davalı hekim tarafından “tüp ligasyonu” yapılmamış olduğu** sonucuna (oybirliğiyle) varılmıştır.

II-HEKİMİN VE HASTANENİN SORUMLULUĞU:

Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu’nun (yukarda açıklanan) 25.05.2011 gün ve 4798 karar sayılı raporunda hekimin ve dolayısıyla onu çalıştıran hastanenin **kusurlu bulunmalarına göre**, hekim ve hastane sorumluluğu ve bunun hukuksal değerlendirmesi üzerinde kısaca durmak istiyoruz:

1- Hekimin sorumluluğu:

Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği “vekillik sözleşmesi” olup, (818/BK m.386 ve 6098/TBK m.502) yüksek özen borcu nedeniyle (818/BK.m.390/2 ve 6098/TBK.m.506/2), **en hafif kusurundan dolayı “tam kusurlu”** kabul edilmektedir.

Bir başka anlatımla, çalışma alanı insan vücudu olan hekim, tanı ve tedavideki hataları, tedaviyi gereği gibi yapmaması, hastasını yeterince “aydınlatmaması” ve açık “onamını” alıp bunu kayda geçirmemesi, özetle **yüksek özen** ve dikkat göstermemesi yüzünden hasta bir zarara uğramışsa, bir kusur oranı belirlenmesine gerek bulunmayıp, “**en hafif**” kusurundan dahi “**tam sorumlu**” sayılmakta; hastanın uğradığı **zararların tamamını** ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Karar örnekleri:

13.HD 19.10.2006	E. 2006/10057	K.2006/13842
13.HD 10.10.2006	E. 2006/10068	K.2006/13288
13.HD 06.07.2006	E. 2006/5518	K.2006/11185
13.HD 12.06.2006	E. 2006/6704	K.2006/9459
13.HD 27.12.2005	E. 2005/13615	K.2005/19261
13.HD 28.11.2005	E. 2005/11159	K.2005/17474
!3.HD 08.07.2005	E.2005/3645	K.2005/11796
!3.HD 07.02.2005	E.2004/12088	K.2005/1728
!3.HD 07.02.2005	E.2004/13012	K.2005/1711

2- Özel hastanenin sorumluluğu:

a) Doğrudan hastaneye başvurarak, hastane yönetiminin görevlendireceği hekimin tedavisi altına girme biçimindeki ilişkide, hasta ile hastane arasındaki ilişki “**Hasta Kabul Sözleşmesi**” olarak nitelenmektedir. Bu sözleşme türü Borçlar Yasası’nda bulunmadığı için Yasa’nın isimsiz sözleşmelere ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır. (BK.96, TBK.112)

b) Özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekimden hastabakıcıya ve teknik personeline kadar **yardımcı kişi** kullanmak durumunda bulduklarından, tüzel kişi olarak doğrudan sorumluluklarının yanı sıra, haklarında **yardımcı kişilerden** sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. (818/BK.m.100 ve 6098/TBKm.116)

c) Her ne kadar BK.100.maddesinin 2. ve 3. fıkralarında (TBK.116.maddesinin 2. ve 3.fıkralarında) sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış ise de, gene BK.99. maddesi 2. fıkrasındaki “*hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası*” hükmü nedeniyle, özel hastane ve bu hastanede hizmet veren hekimlerin hasta ile yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları (tıbbi mevzuat ve hekimlik mesleğinin etik kurallarının da katılımı) ile geçersiz olacaktır.

Aynı konuda, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 115. maddesi 3.fıkrasında: *Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” denilmiştir.

d) Özel hastane yönetimleri, gerek yardımcı kişilerden sorumluluk hükümlerine göre ve gerekse tesislerindeki aksaklık veya bozukluklardan dolayı, hekimler gibi, yüksek özen borçları nedeniyle, **en hafif kusur ve ihmallerinden tam sorumlu** kabul edilmektedir.

Karar örnekleri:

13.HD 08.07.2005	E.2005/3645	K.2005/11796
13.HD 26.10.2004	E.2004/6493	K.2004/15431
HGK. 23.06.2004	E.2004/13-291	K.2004/370
4.HD. 07.10.2003	E.2003/1529	K.2003/11279
13.HD 04.02.2003	E.2002/12276	K.2003/1077
13.HD.17.06.1996	E. 1996/3880	K.1996/6135
10.HD 21.03.1996	E.1996/2331	K.1996/2352
HGK.07.10.1987	E.1986/13-640	K.1987/701
13.HD 14.03.1983	E. 1982/7237	K.1983/1783

III-DAVA KONUSUNUN NASIL İNCELENECEĞİNİN ACIKLANMASI:

Hekimlerin ve hastanelerin sorumlulukları konusunda, yukarda yapılan genel açıklamalardan ve hukuksal nitelermelerden sonra, aşağıdaki bölümlerde, dava konusu olaylar şu sıraya göre ele alınacak ve incelenecektir:

1) Aile planlaması kapsamında, kadının doğurganlığını (üreme yeteneğini) sonlandırma amacıyla hekimle yapılan “**sterilizasyon sözleşmesi**”nin hukuksal ve yasal dayanaklarının ne olduğu saptanacak; sözleşmenin kötü ifasından (hekim hatasından) kaynaklanan maddi ve manevi zararların neler olabileceği araştırılacaktır.

2) İki çocuktan sonra, ekonomik nedenlerle, başka çocukları olmaması için kesin önlem niteliğinde tıbbi yardım isteyen ailenin bu isteğini, tüpleri bağlama (tüp ligasyonu) ameliyatı ile gerçekleştiren (veya gerçekleştirdiği sanılan) hekimin hatası sonucu, kadının gebe kalması ve üçüncü çoğunu doğurması olayında, **istenmeden dünyaya getirilen çocuğun**, belli bir yaşa kadar **bakım ve eğitim giderlerinin**, tıbbi hatadan kaynaklanan kusuru nedeniyle hekimden ve onu çalıştıran hastaneden (**maddi zarar olarak**) istenip istenemeyeceği konusu incelenecek, öğretilerdeki görüşler açıklanacak, başka ülkelerden örnekler verilecek ve yasal dayanakları araştırılacaktır.

3) Davalı hekimin ve onu çalıştıran hastanenin **kusurlu oldukları**, Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 25.05.2011 gün ve 4798 karar raporuyla belirlenmiş bulunmakla, kusur ve sorumluluk üzerinde durulmayacak; yalnızca hekimin ve onu çalıştıran hastanenin, “**istenmeden dünyaya getirilen çocuktan dolayı**” bir tazminat ödeme yükümlülükleri bulunup bulunmadığı konusu işlenecektir.

4) Daha sonra genel “**zarar**” kavramı çerçevesinde, “istenmeden dünyaya getirilen çocuğun” bakım- eğitim masraflarının ana baba için bir “**maddi zarar**” sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulacaktır.

5) Üçüncü çocuğun aile için fazladan bir yük, bir “zarar” unsuru olduğu sonucuna varılması durumunda, bu zararın nasıl hesaplanması gerekeceği, başka bir anlatımla, zararın “parasal” değerlendirmesinin nasıl yapılabileceği araştırılacak ve yukardaki incelemeler doğrultusunda bir “tazminat” hesap sonucu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

IV- GEBELİĞİ ÖNLEME (STERİLİZASYON) AMELİYATI:

1- Yasa ve Tüzük hükümleri:

Türk Hukuku'nda sterilizasyon, 2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun'da yer almıştır. Ayrıca, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük bulunmaktadır.

a) Nüfus Planlaması Kanunu'ndaki tanımlar şöyledir:

Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir. (m.2, f.1)

Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.(m.4,f.1)

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.(m.4,f.2)

Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.(m.2,f.2) Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.(f.3)

b) Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük hükümlerine göre:

Rahim tahliyesi, gebeliğin sonlandırılmasını, (m.2/b)

Sterilizasyon, kadınlarda tüp ligasyonunu ve erkeklerde vazektomiye, (m.2/c)

İfade eder.

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılır.(m.10)

2- Çocuk yapmamaya yönelik “sterilizasyon” sözleşmesi:

Sterilizasyon, erkeklerin sperm nakil yollarının, kadınların rahimlerinin tıbbi müdahale yoluyla sürekli kısırlaştırılmaları olarak tanımlanabilir Bu sözleşme ile kişi, yalnızca üreme yeteneğinin kesin biçimde sonlandırılmasını istemektedir.

Sterilizasyon sözleşmesinin geçerliği için, tıbbi, genetik ya da sosyal haklı sebeplerin yanında, kişinin ergin olması, bilgilendirilmiş geçerli onamının bulunması gerekir. Geçerli bir onamın varlığından sözedebilmek için ise, hastanın tıbbi müdahalenin özellikleri ve kapsamı hakkında açıkça aydınlatılmasına ihtiyaç vardır. Aksi halde yeterli aydınlatma yapılmadan elde edilen rıza geçerli değildir.

Sterilizasyon sözleşmesinin hukuka ve ahlâka aykırı olup olmadığının tespitinde, sözleşmenin amacının dikkate alınması gerekmektedir. Tıbbi, genetik ya da sosyal rahatsızlıkların bulunması durumunda, sterilizasyon amacına yönelik sözleşmenin geçerli olarak yapılabileceği hususunda öğretide ve yargı kararlarında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, tıbbi, sosyal veya genetik sebepleri bulunmayan sterilizasyon sözleşmelerinin de hukuka ve ahlâka aykırı olmadığı kabul edilmektedir Ancak Türk Hukuku'nda kabul gören bir başka görüşe göre, sterilizasyonun ancak, belirli hallerde ve tedavi amacıyla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşün bir sonucu olarak, tıbbi, genetik ya da sosyal bir zorunluluk bulunmadan sterilizasyonun yapılması doğru değildir.

3- Sterilizasyon sözleşmesinin hukuksal niteliği:

Aile planlamasına yönelik tıbbi hizmetlerin hukuksal niteliği konusunda, Yargıtay'ın hekim-hasta ilişkisini “vekillik sözleşmesi” olarak niteleyen görüşlerini, gebeliği sonlandırıcı sterilizasyon sözleşmelerine de uygulamanın doğru olmayacağı kanısındayız. Hasta-hekim ve hastane ilişkisi bazılarında hizmet sözleşmesi olarak nitelenmekte ise de bu da doğru değildir. Çünkü, hekimin yanı sıra, hasta ile hastane arasındaki “**hasta kabul sözleşmesi**” geceleme, bakım, beslenme, yardımcı personel aracılığıyla tedavi gibi bir çok unsuru içerdiğinden kendine özgü bir karma sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Somut olayda, gebeliği önleyici , tüp bağlama (tüp ligasyonu) işlemi, bizce, vekillik sözleşmesi değil, kendine özgü (sui generis) ve genel anlamda “**isimsiz sözleşmeler**” kapsamında değerlendirilmelidir.(818/BK.m.97,98 ve 6098/TBK.m.113,114) Bu niteleme, zamanaşımı yönünden önemli olup, bu konuyu daha sonra ele alacağız.

V-HEKİM HATASI SONUCU (İSTENMEDEN) DOĞURULAN ÇOCUK AİLE İÇİN BİR “ZARAR” OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ ?

1- Aile planlamasının (hekim hatası sonucu) gerçekleşmemesinden doğan zarar:

Somut olayda davacılar, davalı hekimden, iki çocuktan sonra bir daha gebe kalmamak ve başka çocuk doğurmamak için kesin bir çözüm olup olmadığını sormuşlar; davalı doktorun bunun **tüp bağlama (tüp ligasyonu)** yoluyla gerçekleşebileceğini söylemesi üzerine, ikinci çocuğun doğumunun ardından bunun yerine getirilmesini istemişler; doğum ve ameliyat sonrası davalı doktor isteklerinin yerine getirildiği (tüplerin bağlandığı) güvencesini vermiş; ancak davacı kadının gebe kalması ve rahim tahliyesine razı olmayıp üçüncü çocuğunu doğurması sırasında, doğumu yaptıran hekim, önceki operasyonda tüplerin

bağlanmamış olduğunu tespit etmiş ve bu tespit Adli Tıp Kurumu raporuyla kesinlik kazanmıştır.

Bu olayda davacıların bir “zarara” uğradıkları kesin ise de, bu zararın türü ve kapsamının belirlenmesi ve bu konuda görüş ve uygulamaların araştırılması gerekmiştir.

Öğretide ve uygulamada, aile planlamasına yönelik kararlarla tıbbi elatmanın hekimin hatası sonucu başarısızlıkla sonuçlanması, değişik biçimlerde sorumluluk hukukunun konusu olmuştur. Bunları üçe ayırabiliriz:

- Gebeliği önleyici tıbbi elatmanın hatalı olması nedeniyle çocuk aldırılması
- İstenmeden doğan sakat çocuğun artan bakım giderleri
- İstenmeden doğan sağlıklı çocuğun bakım giderleri

Bunlardan ilk ikisi, farklı biçimlerde maddi ve manevi tazminat konusu olmuş ve Yargıtay’ca da bu konuda bazı kararlar oluşturulmuştur. (Örnek: Yargıtay HGK.11.12.2002 E.2002/13-1011 K.2002/1047)

İstenmeden doğan sağlıklı çocuk hakkında ise, henüz verilmiş bir karar yoktur. Çünkü, henüz kimse böyle bir dava açmayı denememiştir. Eğer **incelediğimiz bu dava, mahkemece kabul edilirse ve Yargıtay’ca da onanırsa**, hukukumuzda (aşağıda açıklanacak Alman Hukuku’nda olduğu gibi) **güzel bir örnek oluşacak, yargımız ve Yargıtay’ımız Sorumluluk Hukukundaki son gelişmelere uyum sağlamış ve Avrupa ülkelerinden geride kalmamış olacaktır.**

Aşağıdaki bölümde, hekim hatası sonucu “**istenmeden dünyaya getirilen sağlıklı çocuk**” nedeniyle ailenin bir “zarara” uğrayıp uğramadığı ve böyle bir zararın kabul edilmesi durumunda nasıl bir tazminat hesabı yapılmak gerekeceği araştırılacaktır.

VI-İSTENMEDEN DOĞURULAN SAĞLIKLI ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM MASRAFLARI TAZMİNAT OLARAK İSTENEBİLİR Mİ ?

1- Hekim hatası sonucu dünyaya getirilen üçüncü çocuğun aile bütçesine etkisi:

Anne baba ve iki çocuktan oluşan dört kişilik aileye (istenmeden doğurulan) üçüncü çocuğun katılmasıyla ve aile nüfusunun beşe çıkmasıyla ailenin masrafları artacak mıdır, istenmeyen üçüncü çocuk aileye yük olacak mıdır ? Bu anlamda üçüncü çocuk anne ve baba için tazminat istemini haklı kılan bir “zarar” olarak kabul edilebilir mi?

Soruna şöyle de bakabiliriz: Somut olayda ailenin dar gelirli olduğu anlaşılmaktadır. Gelirin artmaması, hep aynı kalması durumunda, daha önce dört kişi tarafından paylaşılan aile bütçesi, üçüncü çocuğun gelmesiyle beşe bölünecek; bu durumda önceki bireylerin payları azalacak, ihtiyaçlarını kısmak ve sınırlamak zorunda kalacaklardır.

Öte yandan, üçüncü çocuğun bakımını sağlamak için babanın daha çok çalışmak ve daha fazla kazanç elde etmek için çaba harcamak zorunda kalması; ev kadını olan annenin de çocuklar belli yaşa geldikten sonra çalışma yaşamına atılarak kazanç elde etmeye başlaması, üçüncü çocuğun bir “zarar” kavramı içinde değerlendirilmesini ve sorumlulardan “**tazminat**” istenmesini haklı kılabılır. Çünkü, anne ve baba için fazladan bir çalışma yükü üstlenmiş olmak genel kabule göre tazminat isteminin haklı nedenidir. Bir Yargıtay kararında denildiği gibi “*Hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla giderilmesi, sorumluluğu ortadan kaldırmaz.*” (Yarg. 4.HD.19.04.1982, E.1982/3059 K.1982/3938)

2- Genel zarar kavramından ayrı, bir değerlendirme yapılması gereği:

a) Şu sonuca varıyoruz: Geçim olanakları kısıtlı olduğu için üçüncü bir çocuk istemeyen iki çocuklu aile, aile planlaması kararı almışlar ve davalı hekimden gebeliği önlemesi için kesin önlem almasını istemişler; davalı hekim ikinci çocuğun doğumu sırasında, ailenin isteği doğrultusunda gereğini yaptığını (gebeliği önleyici tüp bağlama -tüp ligasyonu

ameliyatını yaptığını) söyleyerek hastasını taburcu etmiş; ancak davacı kadın gene gebe kalmış ve üçüncü çocuğunun doğumunu yaptıran bir başka hekim, tüplerin bağlanmadığını, tüp ligasyonu ameliyatının yapılmamış ve tüplerin bağlanmamış olduğunu tespit etmiş; Adli Tıp Kurumu'nca da bu tespit doğrulanarak davalı hekim hatalı bulunmuştur.

Böylece, sözleşmeye (sterilizasyon sözleşmesine) aykırı bir durum ortaya çıkmış, hekimin hatası sabit olmuştur. Hekimin hatası bir haksız fiil olarak nitelense de, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan, ortaya çıkan zararın kaynağı, sözleşmeye aykırılık olarak nitelenecektir. 818 sayılı BK.98.maddesi 2.fikrasına ve 6098 sayılı TBK.114.maddesi 2.fikrasına göre: "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır."

b) Genel olarak "zarar, haksız fiil sonucu malvarlığının aktifinin azalması ve pasifinin artması" biçiminde tanımlanmakta ise de, dava konusu olay bu tanıma sığmamakta, farklı bir özellik taşımaktadır. Burada aile için üçüncü çocuk, ekonomik açıdan **fazladan bir yük**, daha fazla çalışıp kazanç elde etmeye yönelik bir çaba, **ek bir külfet** olarak ortaya çıkmakta, her iki durum da "zarar" kavramı içinde yer almaktadır. Bu zarar, istenmeden doğurulan çocuğun "bakım, yetiştirme ve eğitim giderleri"dir. Bu giderler, çocuğu bakmakla yükümlü olan ailesi için para ile ölçülebilir ekonomik kayıp olup, maddî zarar niteliğindedir.

İstenmeden doğan çocuğun, anne ve babaya, ilerde yardım ve hizmet ederek destek olması, ekonomik yararlar sağlaması, bakım ve eğitim giderlerini zarar olarak nitelirmede önemli değildir ve denkleştirme konusu yapılamaz. Ayrıca Medeni Yasa'nın 327.md.sindeki "Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması açısından gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır" hükmü ile 328.md.sindeki "Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder" hükümlerindeki yükümlülüğün üçüncü çocukla artmış olması, tazminat isteminin bir başka haklı nedeni kabul olunmalıdır.

3- İstenmeden doğan çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin Alman Hukukunda ve öğretideki gelişimi:

a) Alman hukukunda, istenmeden doğan sakat çocuğun (fazladan) bakım giderlerinin tazminat olarak istenebileceği kabul edilmiş ise de, **istenmeden doğan sağlıklı çocuğun** bakım giderlerinin bir "zarar" olarak kabul edilip edilemeyeceği, tazminat olarak istenip istenemeyeceği konusu (hukuki ve ahlaki açıdan) uzun yıllar tartışılmış; sonuçta öğretide ve Alman hukukunda istenebileceği sonucuna varılmıştır.

İstenmeden sağlıklı doğan bir çocuğun bakım giderleri zarar olarak değerlendirilsin mi sorusunun cevabı aranırken Alman hukukunda sadece tazminat hukuku kuralları ve ilkeleri ile sınırlı kalmamış, Anayasa hukuku normları da değerlendirilmeye katılmıştır. Alman hukukunda çok tartışmalı olan bu konuda hâkim görüş, istenmeden doğan çocuğun bakım masraflarının maddî zarar olarak tazminini kabul etmektedir.

Aile planlamasının, hekim hatası nedeniyle bozulması sonucu, istenmeden doğan (sağlıklı) çocuğun bakım masraflarının, çocuğun doğumundan sorumlu üçüncü kişi (hekim) tarafından "zarar" olarak tazminini kabul eden hâkim görüş, bunun çocuğun durumunu iyileştireceğini; çocuğun kendisinin zarar olmadığını, çocuk ile ailesi tarafından karşılanması gereken bakım masraflarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Bir başka görüş, istenmeden doğan çocuğu dogmatik olarak sorumluluğu doğuran bir hukukî olay olarak nitelendirmiştir. Buna göre, bakım giderlerinin zarar olarak tazmininde istenmeden doğan çocuk ile ailesi arasındaki ilişkinin iyi ya da kötü olmasının bir önemi yoktur. İstenmeden doğan çocuğun aldırılma imkânının kullanılmamış olmasının bakım giderlerinin zarar olarak kabulünde bir rolü olmamalıdır.

İstenmeden doğan çocuğun bakım giderlerinin zarar olarak tazminini reddeden görüş ise, aile hukukunun aileye yüklediği çocuğun bakım yükümü ile salt ekonomik diğer yükümlülüklerin aynı tutulamayacağını; bakım yükümü ile çocuk sahibi olmaya bağlı manevî yararın karşılıklı olarak bir arada olduğunu; ilk başta istenmemiş olsa da çocuğun sonradan kabul edilip sevildiğini ve bunun bir zarar olarak değerlendirilemeyeceğini; tazminat

yükümlülüğünün kabulü halinin çocuğun istenmediği anlamına geleceğini ve bunun çocuğun ruh sağlığını etkileyeceğini; çocuk ve aile ilişkisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, çocuğun kişisel bütünlüğünün bölünemeyeceğini ileri sürmüştür.

İlk zamanlarda mahkemeler istenmeden doğan çocuğun bakım masraflarını zarar olarak kabul etmemiş; Limburg Eyalet Mahkemesi, istenmese de çocuğun Hıristiyan kültüründe üstün bir değere sahip olduğunu, varlığının bu değerlerin gerçekleşmesi anlamına geldiğini belirterek zarar olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur.

Buna karşılık Düsseldorf Mahkemesi istenmeden doğan çocuğun bakım giderlerini tazminata konu olabilecek bir zarar olarak görmüştür. Aynı yönde ve ilk derece mahkemelerinin kararlarında dönüş noktası olarak kabul edilecek kararı Alman Federal Mahkemesi 18 Mart 1980'de Bamberg Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararını bozarak vermiştir.

Bu şekilde başlayan hukukî tartışma çok yönlü olarak gelişmiş ve her defasında kusurlu olarak istenmeden bir çocuğun doğmasına sebep olan kişiler (genelde bu konuda tıbbi danışmanlık hizmeti veren ve tıbbi müdahalede bulunan doktorlar) söz konusu çocuğun bakım giderlerini tazmin etmekle sorumlu tutulmuşlardır.

b) 18 Mart 1980 Tarihli Federal Mahkeme Kararı :

AFM'nin 6.Özel Hukuk Senatosu. 18 Mart 1980'de istenmeden doğan çocuğun bakım masraflarının tazminini öngörmüştür. Üç çocuk sahibi davacı anne, kocasının ekonomik durumunun iyi olmamasını, kendisinin gençliğinden beri sinir hastası olup sık sık yatılı tedaviye ihtiyacı olmasını ileri sürerek sterile olmaya karar vermiş; kadının yumurtalık yollarının bağlanması şeklinde gerçekleştirilmesi tasarlanan sterilizasyon, asistan doktorun hatası sonucu başarılı olmamış ve kadın ikiz çocuk doğurmuştur.

Bunun üzerine, davacı anne ve baba, asistan doktor ve Üniversite kadın hastalıkları hastanesine karşı açtığı davada ikiz çocuklarının bakım masraflarının tazminini istemişler; dava sonuçta Alman Federal Mahkemesi'ne intikal etmiş ve AFM kararında içtihat ve doktrinde tartışmalı olan bu konuyu davacı aile lehine sonuçlandırmıştır.

Kararın özeti şöyledir:

Felsefî ve dinî kültür değerlendirmesi yapıldığında, bir çocuğun mevcudiyetinin zarar olarak ileri sürülmesinin Hıristiyan dininin değerlerine ve insanî değerlere aykırı olacağı doğru olsa da, söz konusu olayda çocuğun kendisi değil, onun bakım masrafları, giderilmesi istenen bir zarar olarak gündeme gelmiştir. Çocuk ve bakım giderleri birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Bu ayırım sunî olarak nitelendirilse de paralelini tazminat hukukunda bulmaktayız. Temsil yetkisinin kötüye kullanılarak değerli bir malın iktisabında zarar, değerli malın kendisi değil, onun değerinin ödenmesinde ya da bakım masraflarında vücut bulur. Ancak bu, çocuğun bir mal ile, bakım masraflarının da bir malın satış fiyatı ile aynı şekilde değerlendirilmesi anlamına gelmemelidir.

Aile hukuku kuralları özel hukuk kuralları olarak öncelikli uygulama alanı bulmaktadır. Ancak kanun koyucu, tazminat hukuku kurallarının aile hukuku kurallarının uygulama alanında geçerli olmayacağı şeklinde yasaklayıcı hüküm koymamıştır. Üçüncü kişiler ve aile bireylerinin ilişkilerinde aile hukukundan doğan yükümlülük ve haklar açısından aile hukuku kuralları geçerli olmasına rağmen, **tazminat hukuku açısından çocuk ve bakım masraflarının ayrı değerlendirilmesi ve üçüncü kişinin kusurlu davranışı sonucu dünyaya gelen çocuğun ekonomik yükünün bu kişiye yükletilmesi**, aile hukukuna ait ilkelerin zedelenmesi anlamına gelmeyecektir.

Gebeliği önleyici önlemlerin alınmasında meydana gelen hata ile çocuğun doğması arasında tazminat hukuku açısından **sebepten sonuç ilişkisinin** varlığı yadsınamaz. Cinsel ilişkinin kişiselliği ileri sürülerek sorumluluğun aileye ait olduğunun ileri sürülmesi tazminat hukuku açısından düşünülemez. En azından kanunların verdiği izin çerçevesinde gebeliği önleyici müdahale yapma ve danışma hizmetleri verme sorumluluğunu üstüne almış bir

kimsenin, söz konusu hizmeti sunarken kendisinden beklenen ihtiyat ve dikkati göstermediği halde hukukî sorumluluktan kurtulması beklenilemez.

Doğan çocuğun istenmediğini, bakım giderlerinin dahi bir üçüncü kişi tarafından karşılandığını ve varlığının tazmini gereken bir zarar olarak görüldüğünü öğrenmesi halinde, ruhsal olarak bunalıma girebileceği düşünülse de, ekonomik sebeplerle istenmeyen çocuğun getirdiği maddî yükün tazmin edilmesi halinde, çocuk ile aile arasındaki ilişkinin tersine iyi yönde gelişmesi özendirilmiş olacaktır. Ruhsal bozukluğun varlığına dayanarak hatalı üçüncü kişinin sorumluluktan kurtulması kabul edilmemelidir.

İstenmeden kalınan gebelik halinde çocuğun aldırılabilme imkanının yasal olarak mümkün olmasına rağmen kadın tarafından kullanılmaması, çocuğun istendiği anlamına gelemez. Var olmaya başlamış bir varlığın yok edilmesi gebeliği önleyici tedbirle bir tutulamaz. Aynı zamanda çocuk aldırma kararı anne adayının vicdanına kalmış kişisel bir karar olmakla, saygı duyulmasını gerektirir.

4- Değerlendirme ve sonuç:

a) Hekim hatası sonucu, gebeliğin sonlandırılmamış (sterilizasyon sözleşmesine aykırı olarak tüplerin bağlanmamış, tüp ligasyonu ameliyatının sonuç vermemiş veya hiç yapılmamış) olması nedeniyle, kadının gebe kalması, inançlarının ve vicdanının elvermemesi yüzünden rahim tahliyesine razı olmayıp, üçüncü çocuğunu doğurmasından sonra, bu çocuk istenmemiş de olsa, anne baba sevgiyle ve şefkatle onu bağrılarına basacak ve özenle bakıp besleyeceklerdir. Ancak bu benimseme, çocuğun aileye **fazladan ekonomik yük** getireceği gerçeğini ört bas etmemekte; genel zarar tanımından farklı bir “zarar” kavramının kabulünü zorunlu kılmaktadır.

b) Hekim hatası yüzünden, istenmeden doğan çocuğun aileye getireceği ekonomik yükü, kendine özgü bir **“zarar”** türü olarak kabul ettikten sonra, bakım ve eğitim masraflarını sorumlulardan (hekimden ve onu çalıştıran hastaneden) istemek üzere bir dava açıldığında, zararın nasıl hesaplanacağı konusu aşağıda son bölümde ele alınacaktır.

c) İstenmeyen çocuğun bakım ve eğitim masrafları bir “zarar” olarak sorumlulardan istenirken, ailenin Medeni Yasa’mızın 327 ve 328.maddelerindeki anne ve babanın bakım yükümlülüklerinin (hakkaniyet ileri sürülerek) indirim nedeni sayılması doğru olmayacaktır.

ç) Öte yandan, çocuğun, gelecekte anne ve babaya yardım ve hizmet ederek destek olacağı, ekonomik yararlar sağlayacağı ileri sürülerek, gelecekteki olası bu yararların denkleştirme konusu yapılması da doğru değildir.

d) Ve nihayet, hekim hatası sonucu istemeden gebe kalan kadının, inançlarına bağlılığı ve vicdanının elvermemesi nedeniyle, gebeliği sonlandırmayıp (istemeden de olsa) çocuğu doğurması, bir kusura katılım olarak değerlendirilemez ve tazminattan indirim nedeni yapılamaz. Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere **“en hafif kusurundan tam sorumlu”** olan hekim ve onu çalıştıran hastane, **zararın tamamını ödemekle yükümlü** tutulmalıdır.

VII-İSTENMEDEN DOĞAN SAĞLIKLI ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM MASRAFLARI NASIL HESAPLANMALI ?

1- Görüşler:

Hekimin gebeliği önleyici sterilizasyon (tüpleri bağlama-tüp ligasyonu) ameliyatını hatalı yapması yüzünden istenmeden sağlıklı bir çocuğun dünyaya getirilmesi nedeniyle, ana-babanın maddi durumuna göre değişkenlik gösterebilen, aile hukukuna ilişkin bütün giderleri isteyip isteyemeyeceği ya da zarar için üst sınır kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

Alman Federal Mahkemesine göre, istenmeyen sağlıklı bir çocuğun doğumundan sorumlu **hekimin tazminat yükümlülüğü, bir çocuğun ortalama ihtiyaçları ile sınırlı**

olmalıdır. Federal Mahkemeye göre, tazminat istemi, çocuğun gerçek gereksinimleri ile örtüşmeli ve özürlü çocuğun giderleri ile arasındaki fark gözetilmelidir. Çocuk için istenen **tazminat miktarının belirlenmesinde**, çocuğun eğitim ve öğretiminde rol oynayabilen, **ana-babanın ekonomik ve mesleki durumları dikkate alınmamalıdır**. Federal Mahkeme, zararın götürü hale getirilmesini savunmaktadır. Bu biçimde zararın hesaplanmasında, çocuğun kaderi dikkate alınmayacak, çocuğun içinde bulunduğu olumlu veya olumsuz koşullar zararın belirlenmesinde rol oynamayacaktır.

Federal Mahkeme, bakım giderlerinin yüksekliği bakımından, ana-baba yanında yetişen çocukların bakım giderlerinin hesaplanmasında, evlilik dışı çocuklar için geçerli olan temel ilkeleri esas almıştır. BGH'ye göre, tazminat hesaplanırken, **temel bakım giderlerine ananın bakım hizmetlerinin karşılığı da eklenmelidir**.

Öğretide, Federal Mahkeme'nin görüşüne katılmakta ve zarar verenin ödeme yükümlülüğünün çocuğun somut kaderinden ayrılması gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü, zarar veren kimse baba değildir ve kanuni yükümlülüğü bakımından onun yerini alamaz. Zarar veren kimse sadece, şahsi bir ilişki içine girmeden, çocuk için zorunlu olan ekonomik yükümlülükleri karşılayabilir.

Kimi görüşler, sağlıklı çocuğun doğumu nedeniyle uğranılan zararın belirlenmesinde, zararın götürüleştirmesi prensibinden daha ziyade, hakkaniyet düşüncesi esas alınmalıdır. Bu düşüncedekiler, **ana-babanın bakım yükümlülüğünün üst sınırının, kendilerinin ekonomik durumlarına bağlı olması ve yaşam standartlarına uygun yükümlülük sınırının aşılmaması**, bakım yükümlülüğünün kapsamının, **ihtiyaç sahibinin yaşam durumuna uygun olarak saptanması** gerektiğini ileri sürmektedirler. .

Yargıtay'ın bir çok kararında evlilik dışı ilişkiden doğsa bile, çocuğa ilişkin giderlerin ana-baba tarafından karşılanması gerektiği belirtilmiştir. Yukarıda da açıkladığımız gibi, Kara Avrupası Hukuklarında "zarar olarak çocuk" biçiminde ortaya konulan sağlıklı çocuğun bakım, eğitim vb. giderlerinin, bu giderlere katılmayan kimselere tazmin ettirilmesi esasını Yargıtay da kabul etmiş olmaktadır. Çünkü, çocuğun bütün giderlerini tek başına üstlenen kimsenin malvarlığının haksız olarak zarara uğrayacağı açıktır. Kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana-babaya karşı çocuk adına dava açılması ise olanaklıdır.

(Yarg.2.HD.25.03.1998, E.1998/2230 K.1998/3654 sayılı,17.04.1986, E.1986/3832 K.1986/4056 sayılı, 23.06.1995, E.1995/9539 K.1995/7418 sayılı kararları.)

2- Hesaplama yöntemleri:

a) Hekim hatası yüzünden, "istenmeden dünyaya getirilen sağlıklı çocuğun bakım ve eğitim masrafları" biçiminde ortaya konulan **maddi zarar**, bizim yargı sistemimizde geçerli olan **tazminat hesaplama yöntemlerine ve Yargıtay'ın ilke kararlarına göre**, (tıpkı anne ve babanın desteğinden yoksun kalan çocukların maddi tazminatı gibi) hesaplanmalıdır.

b) Yargı sistemimizde yerleşik uygulamada, anne ve/veya babanın desteğinden yoksun kalan çocukların maddi tazminatı, çocuklar erkek ise (18) yaşına kadar, **kız ise (22) yaşına kadar** hesaplanmaktadır. Somut olayda, davacıların (istenmeden doğan) üçüncü çocuklarının kız olmasına göre, dava konusu olan "bakım, yetiştirme ve eğitim giderleri"nin (22) yaşına kadar hesaplanması gerekmektedir.

c) Hesaplama, önceleri sabit rant formülleri kullanılmakta iken, 1994 yılından sonra "**progressif rant**" adı altında bir formül uygulanmaya başlanmıştır. Hesap başlangıcı, somut olayda çocuğun doğduğu **06.01.2010** tarihi olacak; hüküm tarihine en yakın tarihe kadar olan dönem "**işlemiş**" zarar dönemini ve hesap raporunun düzenlendiği tarihten sonraki dönem "**işleyecek**" zarar dönemini oluşturacaktır. İşlemiş ve işleyecek dönem zarar hesabına esas parasal değerler belirlenip toplamı alındıktan sonra, çocuğun "**destek payı**"na düşen miktar tazminat tutarı olarak ortaya çıkacaktır.

ç) **Tazminat hesabının parasal unsuru** konusunda yukarıda açıklanan iki farklı görüş dikkate alınarak **“iki seçenekli”** tazminat hesabı yapılacaktır:

Birinci seçenekte: Çocuk için istenen **tazminat miktarının belirlenmesinde**, çocuğun eğitim ve öğretiminde rol oynayabilen **ana-babanın ekonomik ve mesleki durumlarının dikkate alınmaması**, tazminat miktarının, çocuğun gerçek gereksinimleri ile örtüşmesi gerektiği görüşüne göre değerlendirme yapılacak; bunun için dört kişilik bir ailenin TÜİK ve TÜRK-İŞ, DİSK, KAMU-SEN gibi kuruluşlarca belirlenen yıllara göre **“asgari geçim haddi”**nden bir çocuğun payına düşen miktar üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

İkinci seçenekte: Ana-babanın **bakım yükümlülüğünün** üst sınırının, kendilerinin **ekonomik durumlarına göre** saptanması ve yaşam standartlarına uygun **yükümlülük sınırının aşılmaması**, bakım yükümlülüğünün kapsamının, ihtiyaç sahibinin yaşam durumuna uygun olarak saptanması gerektiği görüşüne göre, yasal asgari ücretler üzerinden tazminat hesaplanacak; ancak, “tazminat hesaplanırken, **temel bakım giderlerine ananın bakım hizmetlerinin (ev hizmetlerinin) karşılığının da eklenmesi”** gerektiği görüşü dikkate alınarak ayrı ayrı hem baba ve hem anne yönünden bakım giderleri hesaplanacaktır.

d) Yukarıda belirttiğimiz üzere, destekten yoksun kalma tazminatı gibi yapılacak bir hesaplamada, nasıl ki hem anneden hem babadan ayrı ayrı destek tazminatı hesaplanıyorsa, burada da aynı yöntem uygulanacaktır.

Yukardaki açıklamalar doğrultusunda, somut olayın özelliklerine göre, aşağıda iki seçenekli tazminat hesabı denenecektir.

VIII-TAZMİNAT HESABININ UNSURLARI:

1- Zarar hesabının süresi:

Dava konusu üçüncü çocuğun bakım ve eğitim giderleri, doğumun gerçekleştiği 06.01.2010 tarihinden başlayarak **(22) yıl** üzerinden hesaplanacaktır. Çünkü, Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre **kız** çocuklar (22) yaşına kadar (destek görürler) ana babaları tarafından bakılırlar.

(Karar örnekleri:Yarg.10.Hukuk Dairesi 26.09.1995, E.1995/7608-K.1995/7400 sayılı, 28.01.1999, E.1999/298-K.1999/203 sayılı, 24.04.2003,E.2003/3075-K.2003/3753 sayılı, 23.06.2003, E.2003/3503 K.2003/5150 sayılı, 21.Hukuk Dairesi 28.03.1995, E.1995/905-K.1995/1093 sayılı,01.05.1995,E.1995/2294-K.1995/2064 sayılı,03.07.1996, E.1996/3952-K.1996/3992 sayılı, 01.04.1998,E.1998/2055-K.1998/2444 sayılı kararları)

2- Aile bütçesinin paylaşımı:

Anne baba ve üç çocuktan oluşan ailede gelirin paylaşım oranları, 2 pay babaya, 2 pay anneye, 1'er pay çocuklara ait olmak üzere şöyle olmak gerekir:

Aile bireyleri	Doğum Tarihleri	Yaşları	Bakım süreleri	Destek payları		
				13 yıl	6 yıl	3 yıl
Baba Salim	28.09.1978	-	-	2/7	2/6	2/5
Anne Safiye	03.03.1978	-	-	2/7	2/6	2/5
Burkay	28.07.2004	5	13 yıl	1/7	-	-
Sudenaz	26.09.2008	3	19 yıl	1/7	1/6	-
İkranur	06.01.2010	0	22 yıl	1/7	1/6	1/5

Tablonun açıklaması:

1. Anne baba, yardım eden (bakım ve eğitim masraflarını) karşılayan konumunda olduklarından, onların yaşları ve yararlanma süreleri yukarıda yer almamıştır.

2. Erkek çocukların bakımları genel kurala göre (18) yaşına kadar olduğundan, (5) yaşındaki Burcak'ın bakım süresi (13) yıl olarak belirlenmiştir.

3. Sudenez adlı kız, üçüncü çocuğun doğduğu tarihte (3) yaşında olup, kızlar 22 yaşına kadar bakılacaklarından, bakım süresi (19) yıl olarak belirlenmiştir.

4. Üçüncü çocuk İkranur da kız olup, 06.01.2010 doğum tarihinden başlayarak bakım süresi (22) yıldır.

3- Hesabın parasal unsurları:

Yukardaki bölümlerde açıklanan iki farklı görüşler doğrultusunda “iki seçenekli” yapacağımız hesaplamada,

Birinci seçenekte: Dört kişilik bir ailenin TÜİK ve TÜRK-İŞ, DİSK, KAMU-SEN gibi kuruluşlarca belirlenen yıllara göre “**asgari geçim haddi**” tutarlarından bir çocuğun payına düşen miktar üzerinden tazminat hesaplanacaktır. Bu hesaplamada, aile bütçesinden ayrılan pay sözkonusu olduğundan, annenin ev hizmetleri ve çocuğa bakım yükümlülüğü bu bütçe içinde kabul edilecektir.

İkinci seçenekte: Ailenin ekonomik durumuna göre bakım ve eğitim giderlerinin hesaplanması, ancak buna ananın bakım hizmetlerinin de eklenmesi gerektiği görüşüne göre değerlendirme yapılacak; somut olayda babanın berber olması ve kazançlarının kesin bilinmemesi, annenin de ev kadını olması nedeniyle, **yasal asgari ücretler üzerinden** baba için ayrı, ana için ayrı olmak üzere iki ayrı tazminat hesaplanmak gerekecek; her iki hesaplamada da aynı yöntem uygulanacağından tek hesap sonucu ikiye katlanacaktır.

IX- BİRİNCİ SEÇENEKTE TAZMİNAT HESABI:

1- Parasal değerlendirme unsuru:

Çocuk için istenen **tazminat miktarının belirlenmesinde**, çocuğun eğitim ve öğretiminde rol oynayabilen **ana-babanın ekonomik ve mesleki durumlarının dikkate alınmaması**, tazminat miktarının, çocuğun gerçek gereksinimleri ile örtüşmesi gerektiği görüşü uyarınca yapılacak değerlendirmede:

Ülkemiz koşullarında **dört kişilik bir ailenin asgari geçim haddi**, çocuğun doğduğu 2010 yılından başlayarak 2013 yılına kadar, TÜİK, TÜRK-İŞ, DİSK, KAMU-SEN tarafından belirlenen rakamların ortalaması alınmak suretiyle şöyle tespit olunmuştur:

<u>Yıllar</u>	<u>Dört kişilik ailenin asgari geçim haddi</u>	<u>Üçüncü çocuğun eklenmesiyle</u>
2010	2.450 TL.	2.858 TL.
2011	2.890 TL.	3.372 TL.
2012	3.300 TL.	3.850 TL.
2013	3.500 TL.	4.725 TL.

2- Tazminat hesabına esas işlemiş ve işleyecek dönem parasal unsurlar:

a) İşlemiş dönem:

<u>Tarihler</u>	<u>Aylık geçim haddi</u>	<u>Süre</u>	<u>Dönem tutarı</u>
06.01.2010 -31.12.2010	2.858,00	12 ay	34.296,00 TL.
06.01.2011 -31.12.2011	3.372,00	12 ay	40.464,00 TL.
06.01.2012 -31.12.2012	3.850,00	12 ay	46.200,00 TL.
06.01.2013 -31.12.2013	4.725,00	12 ay	56.700,00 TL.
Toplam (4) yıllık bilinen dönem geçim hadleri			177.660,00 TL.

b) İşleyecek dönem:

Tazminat hesabının konusu üçüncü çocuğun (22) yıllık bakım süresinin ilk (4) yıldan sonraki (18) yıllık zarar hesabına esas asgari geçim haddi parasal tutarları, en son aylık 4.725 TL. birim alınarak, Yargıtay'ca öngörülen her yıl için ayrı ayrı %10 artırım ve % 10 iskonto yöntemiyle, aynı sonucu veren gereksiz tablolar düzenlemek yerine kısaca "Kazanç x Zarar süresi = İşleyecek dönem kazançları" kısa formülüyle:

$$4.725,00 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 18 \text{ yıl} = 1.020.497,94 \text{ TL.}$$

c) Tazminat hesabına esas toplam kazançlar:

İşlemiş dönem	: 177.660,00 TL.
İşleyecek dönem	: 1.020.497,94 TL.
Toplam	: 1.198.157,94 TL.

3- Üçüncü çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin hesaplanması:

Yukarda VIII-2'de belirlenen üç çocuğun bakım süreleri üzerinden aile bütçesinin paylaşım oranlarına göre, İkranur adlı üçüncü çocuğun (22) yıllık bakım ve eğitim giderleri:

1.198.157,94 x 1/7 x 13/22	= 108.923,45 TL.
1.198.157,94 x 1/6 x 6/22	= 27.230,86 TL.
1.198.157,94 x 1/5 x 3/22	= 54.461,72 TL.
Toplam	: 190.616,00 TL.

X- İKİNCİ SEÇENЕКTE TAZMİNAT HESABI:**1- Parasal değerlendirme unsuru:**

Ailenin ekonomik durumuna göre bakım ve eğitim giderlerinin hesaplanması gerektiği; ancak buna ananın bakım hizmetlerinin de ekleneceği görüşü uyarınca yapılacak değerlendirmede, somut olayda babanın berber olması ve kazançlarının kesin bilinmemesi, annenin de ev kadını olması nedeniyle, **yasal asgari ücretler üzerinden** baba için ayrı, anne için ayrı olmak üzere iki ayrı tazminat hesaplanacak; daha kestirmesi, asgari ücretler üzerinden hesaplanacak tazminat ikiye katlanacaktır.

2- Tazminat hesabına esas işlemiş ve işleyecek dönem parasal unsurlar:a) İşlemiş dönem:

06.01.2010 – 06.01.2013 arası (4) yıllık asgari ücretler:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
06.01.2010-01.07.2010	729,00	521,89	6 ay	3.131,34
01.07.2010-01.01.2011	760,50	544,44	6 ay	3.266,64
01.01.2011-01.07.2011	796,50	570,22	6 ay	3.421,32
01.07.2011-01.01.2012	837,00	599,21	6 ay	3.595,26
01.01.2012-01.07.2012	886,50	634,64	6 ay	3.807,84
01.07.2012-01.01.2013	940,50	673,30	6 ay	4.039,80
01.01.2013-01.07.2013	978,60	699,61	6 ay	4.197,66
01.07.2013-06.01.2014	1.021,50	730,28	6 ay	4.381,68
Toplam (4) yıllık bilinen dönem ücretleri				29.841,54

b) İşleyecek dönem:

Tazminat hesabının konusu üçüncü çocuğun (22) yıllık bakım süresinin ilk (4) yıldan sonraki (18) yıllık zarar hesabına esas parasal tutar, en son aylık net 730,28 TL. asgari ücret birim alınarak, Yargıtay'ca öngörülen her yıl için ayrı ayrı %10 artırım ve % 10 iskonto

yöntemiyle, aynı sonucu veren gereksiz tablolar düzenlemek yerine kısaca “Kazanç x Zarar süresi = İşleyecek dönem kazançları” kısa formülüyle:

$$730,28 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 18 \text{ yıl} = 157.724,71 \text{ TL.}$$

c) Tazminat hesabına esas toplam kazançlar:

İşlemiş dönem	: 29.841,54 TL.
İşleyecek dönem	: <u>157.724,71 TL.</u>
Toplam	: 187.566,25 TL.

3- Üçüncü çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin hesaplanması:

$187.566,25 \times 1/7 \times 13/22$	= 15.833,51 TL
$187.566,25 \times 1/6 \times 6/22$	= 8.525,74 TL.
$187.566,25 \times 1/5 \times 3/22$	= <u>5.115,44 TL.</u>
Toplam	: 29.474,69 TL.

4- Annenin katkısının değerlendirilmesi:

Tazminat hesaplanırken, **temel bakım giderlerine “annenin ev hizmetlerinin” karşılığının da eklenmesi**” gerektiğine ilişkin görüş uyarınca, yukarda (berber olan dar gelirlili) baba yönünden asgari ücretler üzerinden hesaplanan bakım giderlerinden ayrı olarak, **anne için de tazminat hesabı**, aynen yukardaki gibi yapılacağından, baba için hesaplanan **29.474,69 TL.** bakım gideri aynen anne için de geçerli olacak; yani **29.474,69 TL.**’nın (2) katı davacıların davalılardan isteyebilecekleri toplam tazminat tutarı olacaktır ki, bu da:

$$29.474,69 \times 2 = \mathbf{58.949,38 \text{ TL.}}$$

XI-ZAMANAŞIMI

1- Hekimin sözleşmeye aykırı eylemi yönünden

Dava konusu olan **tüplerin bağlanması (tüp ligasyonu)** işlemini, davalı hekimin hiç yerine getirmediği Adli Tıp Kurumu Raporuyla sabit olduğuna göre, burada (vekillik sözleşmesi çerçevesinde) hekimin kötü ifası değil, doğrudan sözleşmeye aykırılık söz konusudur. Her sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi, olaya genel zamanaşımı hükmü uygulanmak gerekir. Yani somut olayda zamanaşımı (10) yıldır. (BK.m.125 ve TBK.m.146)

2- Hastane yönetiminin “çalıştıran” olarak sorumluluğu yönünden:

Davalı Özel Hastane yönetimi, “**hasta kabul sözleşmesi**” nedeniyle (818/BK.m.98 ve 6098/TBK.m.114) ve “**yardımcı kişilerden sorumluluk**” hükümleri gereği (818/ BK. 100 ve 6098/TBK.116) sorumlu olduğundan, bu davalı hakkında da **(10)** yıllık zamanaşımının uygulanması gerekmektedir. (818/BK.m.125 ve 6098/TBK.m.146)

SONUC:

Davacıların gelirlerinin az ve geçim kaynaklarının kıt olması nedeniyle iki çocuktan fazlasına bakamayacaklarını düşünerek, ikinci çocuğun doğumunu yapan hekimden kesin çözüm istemeleri üzerine, davalı hekimin tüpleri bağladığını (tüp ligasyonu ameliyatını gerçekleştirdiğini) söyleyerek kendilerini taburcu etmesinden sonra, davacı kadının üçüncü çocuğuna gebe kalması, inançları gereği ve vicdanının elvermemesi nedeniyle gebeliği sonlandırmayıp, bir başka hastanede üçüncü çocuğunu doğurması sırasında, tüplerin bağlanmamış olduğunun doğumu yapan hekim tarafından saptanması üzerine, **üçüncü çocuğun bakım ve eğitim masraflarını** karşılama güçleri bulunmadığı ve bu masrafların tüpleri bağlamadaki hatası nedeniyle hekim ve onu çalıştıran hastane tarafından karşılanması gerektiği savıyla açılan maddi ve manevi tazminat davası ile ilgili olarak, yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler sonucu:

1) Davalı hekimin, davacıların istekleri doğrultusunda yapması gereken tüpleri bağlama (tüp ligasyonu) ameliyatını yapmadığı veya eksik yaptığı için, davacı kadının gebe kalmasına ve üçüncü çocuğunu doğurmak zorunda kalmasına neden olduğunun, böylece davalı **hekimin ve onu çalıştıran hastanenin kusurlu** olduklarının Adli Tıp Kurumu raporuyla saptandığına;

2) Davacıların, geçim kaynaklarının sınırlı ve dar gelirli olduklarını ileri sürerek, **istenmeden dünyaya getirilen üçüncü çocuğun** belli bir yaşa kadar **bakım ve eğitim giderlerini**, tıbbi hatadan kaynaklanan kusuru nedeniyle hekimden ve onu çalıştıran hastaneden **“tazminat”** olarak isteyip isteyemeyecekleri konusunda yaptığımız araştırmalar sonucu:

a) Öğretideki görüşlerle ve bazı Avrupa ülkeleri yüksek mahkemelerinin kararlarıyla **“istenmeden doğan sağlam çocuğun”** bakım ve eğitim giderlerine ilişkin **tazminat isteğinin haklı ve olanaklı bulunduğu** ve bu konuda yukardaki bölümlerde ayrıntılı açıklamalar yapıldığına;

b) Bizde de **Yargıtay kararlarıyla**, hekim hatası sonucu istenmeden **“sakat”** olarak doğan çocuğun **bakım masraflarının** sorumlulardan istenebileceğinin kabul olunmasına göre,

Hekim hatası sonucu, istenmeden doğan **“sakat”** çocuk ile istenmeden doğan **“sağlıklı”** çocuk arasında nitelikçe bir fark bulunmadığı, tek farkın sakat çocuğun masraflarının sağlam çocuğun masraflarından fazla olacağı görüşünde olduğuna;

c) Öte yandan Medeni Yasa'mızın 327.md.sindeki **“Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması açısından gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır”** hükmü ile 328.md.sindeki **“Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder”** hükümlerindeki yükümlülüğün üçüncü çocukla artmış olmasının, tazminat isteminin bir başka haklı nedeni kabul olunması gerektiğine;

3) İstenmeden doğan çocuğun bakım ve eğitim masraflarının **nasıl hesaplanacağı** konusunda farklı görüşler bulunduğundan, bir deneme niteliğinde **“iki seçeneği”** hesaplama yapıldığına;

Birinci seçenekte, çocuk için istenen **tazminat miktarının belirlenmesinde**, çocuğun eğitim ve öğretiminde rol oynayabilen **ana-babanın ekonomik ve mesleki durumlarının dikkate alınmaması**, tazminat miktarının, çocuğun gerçek gereksinimleri ile örtüşmesi gerektiği görüşüne göre değerlendirme yapıldığına; bunun için dört kişilik bir ailenin TÜİK ve TÜRK-İŞ, DİSK, KAMU-SEN gibi kuruluşlarca belirlenen yıllara göre **“asgari geçim haddi”**nden bir çocuğun payına düşen miktar üzerinden tazminat hesaplandığına; bu hesaplama sonucu İkranur adlı üçüncü çocuğun (22) yıllık bakım ve eğitim giderlerinin **190.616,00 TL.** olarak belirlendiğine;

İkinci seçenekte, ana-babanın **bakım yükümlülüğünün** üst sınırının, kendilerinin **ekonomik durumlarına göre** saptanması ve yaşam standartlarına uygun **yükümlülük sınırının aşılması**, bakım yükümlülüğünün kapsamının, ihtiyaç sahibinin yaşam durumuna uygun olarak saptanması gerektiği görüşüne göre, yasal asgari ücretler üzerinden tazminat hesaplandığına; ancak, **“tazminat hesaplanırken, temel bakım giderlerine ananın bakım hizmetlerinin (ev hizmetlerinin) karşılığının da eklenmesi”** gerektiği görüşü dikkate alınarak, ayrı ayrı hem baba ve hem anne yönünden bakım giderleri hesaplandığına ve her ikisinin toplamının **58.949,38 TL.** olarak belirlendiğine;

4) Yargıtay'ın yukarda örnekleri verilen yerleşik kararlarına göre, hekim, yüksek özen borcu nedeniyle, **en hafif kusur ve ihmalden tam sorumlu** kabul edildiğinden, davalı hekimin ve onu çalıştıran hastanenin ortaklaşa **zararın tamamından sorumlu olduklarına**

İlişkin görüşlerim ilgililere sunulur. Saygılarımla. 08.03.2013

ÇELİK AHMET ÇELİK
(Tazminat Hukuku Uzmanı)

Yararlanılan eserler ve yazılar:

- 1) Doç.Dr.Yusuf Büyükay, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, 2006, Vedat Kitapçılık
- 2) Dr.Zafer Zeytin, Maddi Zarar Olarak Çocuk, Batider,Haziran/2002, sf.34-45
- 3) Dr.Erdem Büyüksağış, Arzu Edilmeyen Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi, www.e-akademi.org
- 4) Çelik Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, Sorumluluk ve Zamanaşımı, 2012, Bilge Yayınevi, sf.667-733, Ayrıca www.tazminathukuku.com
- 5) Nüfus Planlaması Kanunu
- 6) Rahim Tahliyesi Tüzüğü
- 7) Yargıtay kararları