

YAKUTLARIN HUKUK GENEL KURULUMUNUN 12.12.2000  
TARİHLİ KARARININ İNCELENMESİ

Dr. Gülşen Özgür

Y. Kemal Sunay Özy

# KARAR İNCELEMESİ

## YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN 12.12.2002 TARİHLİ KARARININ İNCELENMESİ\*

Ar. Gör. Tülay Aydın\*

### I. Karara Konu Olay

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

\* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 12.12.2002, E: 2002/ 13-1011, K: 2002/1047, Karar metni için Bkz. <http://yargitay.gov.tr/guncel/guncel.php>.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğuna dair rapor mahkemeye sunulmuştur. Bunun üzerine davacılar 7.11.2000 tarihinde açtıkları ek dava ile A. K.'nin sürekli iş göremediği nedeniyle ve bakıcı gideri olarak tazminat talebinde bulunmuşlardır.

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

Yerel Mahkeme, davacılar ile hekimler arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu, vekilin özen görevinin bulunduğunu ve bu nedenle hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu, Adli Tıp Genel Kurul raporuna göre hekimlerin 5/8 oranında kusurlu bulduklarını, diğer davalı hastanenin de istihdam eden sıfatıyla hekimlerinin kusurlarından BK m. 55 hükmünce sorumlu olduğunu belirterek davanın kabulüne karar vermiştir. Ek dava açısından ise; Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinden alınan raporda A. K.'nin %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğu anlaşıldığından zamanaşımın başlangıcı olarak bu raporun verildiği tarihi esas almış; bu tarih ile ek dava arasındaki süre de bir yıldan az olduğundan zamanaşımı def'ini reddederek ek davanın da kabulüne karar vermiştir.

Bu karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi davalıların asıl dava ile ilgili tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermiştir. Ek dava ile ilgili olarak zamanaşımı def'iini ise şu gerekçeyle kabul etmiştir: 31.1.1994 tarihinde doğan A. K.'nin dava dilekçesindeki açıklamalardan ve dosya içindeki bilgi, belge ve özellikle bilirkişi raporları içeriğinden uzuvlarında bir kısım noksanlıkların bulunduğu ve bu noksanlıkların basit bir fiziki muayene ile görülebileceği anlaşılmaktadır. Bu noksanlıkların zaman içerisinde artacağı veya düzeleceği yönünde de dosyada herhangi bir belge veya bilgiye rastlanılmamıştır. Bu halde davacılar A. K.'nin doğduğu tarihte mevcut noksanlıklarından dolayısıyla zararın mevcudiyetinden haberdar olmuşlardır. Davacılar zararın varlığından, nite-

liğinden ve esaslı unsurlarından doğumla birlikte haberdar olduklarına göre zararın hesaplanması yönünde gerekli veri ve şartların da o tarihte mevcut olduğunun kabulü gerekir. Olayda A. K.'nin 31.1.1994 tarihinde uzuvlarında bir kısım noksanlıklarla doğduğu, zararın varlığından, niteliğinden ve esaslı unsurlarından bu tarih itibarıyla haberdar olduğuna göre, davacılar 31.1.1994 tarihinden itibaren her zaman davaya konu edilen tazminatın ödenmesi için haber verme olanağına sahip olduklarından zamanaşımına bu tarihin başlangıç olarak alınması gerekir. Dolayısıyla zararın öğrenildiği 31.1.1994 tarihinden itibaren vekâlet görevini ifada kusurlu davranan davalı doktorlar ve diğer davalı hastane işletmesi açısından ek davanın açıldığı 7.11.2000 tarihi itibarıyla BK m. 126 b. 4'de öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur.

Yerel Mahkemenin önceki kararında direnmesi üzerine direnme kararı temyiz edilmiş ve olay Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda incelenmiştir.

## II. Hukuki Sorun

Karara konu olayda incelenmesi gereken hukuki sorun; davacıların kim ya da kimlerin sorumluluğuna hangi hukuki temele dayanarak başvurabilecekleridir. Davalıların sorumluluklarının dayanacağı hukuki temel böylece belirlenince davada asıl tartışma konusunu oluşturan sorun, yani ek davanın zamanaşımı süresi içerisinde açılıp açılmadığı sorunu da çözüme bağlanmış olacaktır.

## III. Kararın Gerekçeleri

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yerel Mahkeme ve Yargıtay Özel Dairesi gibi özel hastane ve onun tarafından istihdam edilen hekimler ile davacı E. K. arasındaki uyuşmazlıkların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiğini belirtmektedir. Davacı E. K.'nin eşi ve çocuğu durumdaki diğer iki davacının iddia ve talepleri yine bu ilişkiye dayalı olduğundan, tümüne aynı hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Davadaki talepler vekillerin vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekâlet hükümleri uygulanmalı ve zamanaşımı süresi ile bunun

hangi tarihten itibaren başlayacağı sorunu da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin BK m. 41 v.d.'daki düzenlemelerin ve özellikle haksız fiillerde zamanaşımı süresini düzenleyen 60. maddedeki kuralın somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.

Vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmesinden sorumlu olmayan, ancak bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altında olan vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının bir zarar doğurduğu ve müvekkilin tazminat isteme hakkının doğacağı durumlarda zamanaşımı süresinin başlayacağı tarih müvekkilin söz konusu zararın varlığını öğrendiği tarih olacaktır. Bu açıdan zararın, zarar gören tarafından hangi tarihte öğrenildiğinin belirlenmesi gereklidir. Zarar verici işlem veya eylemin niteliğine ve zararın yapısına göre eğer, işlem veya eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle (sonradan herhangi bir şekilde değişmeksizin) varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, ona dayalı tazminat istemi hakkının doğması ve bu hakkına ilişkin talebi yönünden zaman aşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında, böyle durumlarda, zarar görenin salt zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte; ayrıca zararın kapsam ve miktarının da öğrenilmiş olması zaman aşımı süresinin başlaması yönünden bir koşul olarak aranmamaktadır. Ancak, ortaya çıkan zarar kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, yani zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik ve kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyorsa artık, "gelişen durum" ve gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için, zamanaşımı süresi, bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Gelişen durum kavramı ise salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle de zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder; yoksa doğan zararın kapsamının herhangi bir nedenle geciktiği, mesela buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı, durumları kapsamaz.

Somut olayda davalı vekillerin özen borcuna aykırı davranışlarının doğurduğu zarar, davacı A. K.'nin doğumu anında bütün unsurları ile ortaya çıkmış bulunmaktadır; bazı uzuvlarının hiç mevcut olmadığı, bazılarının ise yeterli fonksiyona sahip bulunmadığı doğum anında bellidir. Davacılar, mevcut anomalileri ve bunların doğurduğu sonuçları doğumdan hemen sonra öğrenmişlerdir. Doğum anında mevcut anomalilerin geçen zaman içerisinde olumsuz yönde geliştiği, değiştiği yönünde de hiçbir bulgu yoktur. Uzunca zaman süren tedavi sonucunda bunlarda kısmi bir düzelme oluştuğu; yani zararın artarak değil, azalarak sürdüğü anlaşılmaktadır. Sonuç olarak zarar açısından gelişen durumdan söz edilemez. Davacılar, zararın varlığını buna dayalı bir tazminat davası açmalarını mümkün kılacak tüm unsurları ile birlikte doğuma anında öğrenmiş olduklarından zararın tazminine ilişkin her türlü talep ve dava hakları yönünden yasal zamanaşımı süresinin 31.1.1994 doğum tarihinde başladığının kabulü gerekir.

#### IV. Kararın Değerlendirilmesi

##### A- Davalı hastane işletmesinin sorumluluğu

**1- Davacı anne ve babaya karşı sorumluluğu:** Karara konu olayda davacılarından E. K. hamilelik şüphesi ile davalı hastane işletmesine başvurmuştur. Yapılan test sonucunda E. K.'nin hamile olduğunun anlaşılması üzerine doğum öncesi kontrol ve tetkiklerinin yapılması için davalı hastane işletmecisi ile E. K. arasında sözleşme akdedilmiştir. Taraflar arasında akdedilen bu sözleşme bir hekimlik sözleşmesidir. Bu sözleşme gereğince borçlu hastane işletmecisi davalı annenin hamileliği süresince kontrol ve tetkikleri yaparak ceninin gelişimini izleyecek ve durumu hakkında ebeveynleri bilgilendirecektir. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere<sup>1</sup> bu tür hekimlik sözleşmelerine vekâ-

<sup>1</sup> Hasan Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13Mart, 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 143; Seza Reisoğlu, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13Mart, 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 13; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2002, s. 578; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 68; Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 54.

let sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gereklidir. Hekimin bu sözleşme gereğince tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle çalışması yeterlidir, yoksa hekim belirli bir sonucu taahhüt etmemektedir<sup>2</sup>. Hekimin özeninin ölçüsü ise BK m. 390 I'deki atıf nedeniyle işçinin özen borcuna göre (BK m. 321) belirlenecektir<sup>3</sup> ve bu nedenle hekim hafif kusurundan dahi sorumlu olacaktır<sup>4</sup>.

Hekimin özen borcunun ölçüsü doktrinde<sup>5</sup> ve yargı kararlarında<sup>6</sup> şu şekilde ifade edilmektedir: Hekim, genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması açısından artık mutad usul halini almış olan ilkeleri bilmeli hastalığa doğru teşhisi koyup, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye ederek, bu tedavide gerekli araçları kullanmalı ve asgari olarak teşhisin zorunlu kıldığı bü-

<sup>2</sup> Erman, s. 143; Yavuz İpekyüz, s. 69, Ancak hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği hallerde; mesela takma kol veya bacak takılması ya da estetik ameliyatlarda; hekim belirli bir sonucu sağlamayı taahhüt etmektedir. Erman, s. 144; Resioğlu, s. 12; Yavuz, s. 586; Ayan, s. 55.

<sup>3</sup> Erman, s. 150; Yavuz İpekyüz, s. 103; BK m. 321'de özen borcunun kapsamını belirlemek üzere sübjektif ve objektif iki kıstas öngörülmüştür. Hekimin özen borcunun belirlenmesinde sübjektif kıstastın uygulanmıyacağı yönünde Bkz. Yavuz, s. 586; Ayan, s. 88-89; Yavuz İpekyüz, s. 104.

<sup>4</sup> Hekimin özen borcunun katı bir biçimde değerlendirilmemesi ve ancak tıp biliminin ulaştığı düzeye göre her hekimin bilmesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hatalarının kusur olarak nitelendirilmesi, hekimin özel durumunun değerlendirmede dikkate alınması yönünde Bkz. Selim Kaneti, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13Mart, 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 68 v.d.

<sup>5</sup> Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Ankara, 1987, s. 236-237; Ayan, s. 90 v.d.; Yavuz İpekyüz, s. 107.

<sup>6</sup> Yargıtay 4. HD, T: 7.3.1977, 6297/2541 (Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Üçüncü Cilt, İstanbul 2004, s. 904 v.d.); Yargıtay 4. HD, T: 10.4.1980, 2175/4735, "...Esasen hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun hekimin "tıp kral ve gereklerine" uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmişse artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden..." (Karahasan, s. 898); Yargıtay 13. HD, T: 14.10.1974, 26377/2492, "...tıp biliminin kabu ettiği bütün krallara uygun bir müdahale yapılmış ise artık doktora kusur izafe edilemez..." (Karahasan, s. 906); Yargıtay 4. HD, T: 29.6.1967, 2876/5612, "...Genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulamasına aykırı bir surette uygulama veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerden tecahül göstermesi halinde, mesleki kusurda bulunmuş olacağından zarardan sorumlu olur..." (Karahasan, s. 907 v.d.).

tün inceleme ve muayeneleri yapmadan bir değerlendirmeye gitmemelidir.

Davalı hastane işletmecisi, davacılar ile akdettiği sözleşmeden doğan borcunu kararda davalı hastane işletmesine bağlı olarak çalıştığı ifade edilen hekimler aracılığı ile ifa etmektedir. Yani hekimler hastane işletmecisinin yardımcı şahıslarıdır. Hastane işletmecisi, davacılar ile akdettiği sözleşmeden doğan borcunu yardımcı şahısları olan hekimler aracılığı ile ifa etmektedir. Bu nedenle borçlu hastane işletmecisinin borcun ifasında kullandığı yardımcı şahısların, borca aykırı fiilleri nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararlardan kusursuz olarak sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hastane işletmecisinin alacaklının uğramış olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için BK m. 100'de belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>7</sup>:

— Öncelikle borçlu borcun ifasında ya da borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı şahıs kulanmış olmalıdır. Yardımcı şahıs, borçlunun bilgisiyle ve açık ya da örtülü rızasıyla borcun ifasında faaliyet gösteren şahıstır<sup>8</sup>. Karara konu olaydaki bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla davalı hekimler, davacının sözleşme akdettiği davalı hastane işletmesine bağlı olarak çalışmaktadırlar ve davalı hastane işletmecisi de sözleşmeden

<sup>7</sup> Yardımcı şahısların fiilinden borçlunun sorumluluğu BK m. 100 hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit ve Akit Dışı Mesuliyet), Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 435 v.d.; S. S. Tekinay/S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 891 v.d.; N. Kocayusufpaşaoğlu/H. Hatemi/R. Serozan/A. Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt (Prof. Dr. Rona Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme), Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü bası, İstanbul, 2006, § 22; M. K. Oğuzman/T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 363 v.d.

<sup>8</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892; Serozan, § 22 N 7; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 436; BK m. 100'de borçlu ile beraber yaşayan veya onun maiyetinde çalışan kişilerden bahsedilmekle birlikte, doktrinde, yardımcı kişi ile borçlu arasında bir sözleşme bulunmasının ya da yardımcı şahsın borçlunun emri altında bulunmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 101. maddesinde borçlu ile beraber yaşayan ya da borçlunun maiyetinde çalışan kimseler ifade edildikten sonra "gibi" denilmek suretiyle bu kişilerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. BK m. 100'ün amacının borcun ifasında yardımcı şahıs kullanarak etkinlik alanını genişleten borçluya bunun rizikosunu yüklemek olduğu düşünülürse Türk Hukukunda da aynı sonucun kabul edilmesi gerekmektedir. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 436-437; Oğuzman/Öz, s. 364; Serozan, § 22 N 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 894-895.



doğan borcunun ifası, yani E. K.'nin doğum öncesi kontrol ve tetkiklerinin yapılması için davalı hekimleri görevlendirmiştir. Bu nedenle hekimler, borcun ifasına katılan yardımcı şahıslardır.

— Borçlunun borcun ifasında yardımcı şahıs kullanması borca aykırı olmamalıdır. Eğer borçlunun yardımcı şahıs kullanması borca aykırı ise; yani ya borçlu alacaklı ile arasındaki sözleşme gereği borcun ifasında yardımcı şahıs kullanmaya izinli değildir ya da yardımcı şahıs kullanmakla birlikte borçlu yardımcı şahsı kullanmakta gerekli özeni göstermemiştir<sup>9</sup>; borçlu BK m. 96 uyarınca sorumlu olacaktır. Borçlunun borcun ifasında yardımcı şahıs kullanmasına cevaz bulunuyor ve borçlu, yardımcı şahsı kullanmakta gerekli özeni de göstermiş ise bu halde sorumluluğu BK m. 100'e dayanacaktır.

Bizzat borçlu tarafından ifası gerekmeyen bütün borçların yerine getirilmesinde yardımcı şahıs kullanılabilir<sup>10</sup>.

Olaydan, davacıların tıbbi yardım almak üzere hastane işletmesine başvururken borcun ifasının mutlaka borçlu tarafından yerine getirileceği yönünde bir isteklerinin olduğu ya da borcun ifasında yardımcı şahıs kullanılmayacağına dair tarafların anlaşmaları konusunda bir bilgi yoktur. Uygulamada da özel hastaneler çoğunlukla, kendilerine tıbbi yardım almak üzere başvuran hastalara karşı borçlarının ifasını hastanenin bünyesinde görevlendirmiş olduğu hekimler aracılığıyla ifa etmektedirler. Bu nedenle davalı hastane işletmesinin borcunun ifasında davalı hekimleri yardımcı şahıs olarak kullanması borca aykırı değildir.

— Yardımcı şahıs, borçlunun borcuna aykırı fiillerle alacaklıya zarar vermiş olmalıdır. Ancak borçlu, yardımcı şahsın alacaklıya verdiği her tür zarardan değil, sadece borcun ihlali niteliğini taşıyan fiillerle meydana gelen zararlardan sorumludur<sup>11</sup>. Yardımcı şahsın alacaklıya vermiş olduğu zararın borçluya ait borcun ifası sırasında gerçekleşmesi ve aynı zamanda da borca aykırı bir fiil niteliği taşıması gereklidir<sup>12</sup>. Hangi fiillerin borcun ihlali niteliğini taşıdığını belirlemek için ise borcun kapsamı, yani borçlunun neyi ifa etmesi gerektiği bilinmelidir.

<sup>9</sup> Oğuzman/Öz, s. 368.

<sup>10</sup> Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 441.

<sup>11</sup> Oğuzman/Öz, s. 369; Serozan, § 22 N 13.

<sup>12</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 896.

Olayda davacılardan E. K. doğum öncesi kontrol ve tetkiklerini yaptırmak üzere davalı hastane ile sözleşme akdetmiştir. O halde davalı hastane işletmecisinin yardımcı şahsı konumunda bulunan davalı hekimlerin doğum öncesi kontrol ve tetkiklerde özensizliğinin bulunması ve birçok anomali ile dünyaya gelen davacılardan A. K.'nin bu durumunu doğum öncesinde belirleyebilmek için gerekli olan tüm özeni göstermemeleri borçlunun borcunun ihlali niteliğini taşır. Davalı hekimlerin davacı E. K.'nin doğum öncesi kontrol ve tetkikleri sırasında risk raporunda AFP<sup>13</sup> değerinin sınırdan gösterilmiş olmasına rağmen konu üzerinde hassasiyetle durmamaları ise onların gerekli tüm özeni göstermediklerini ortaya koymaktadır.

— BK m. 100 gereğince borçlunun, yardımcı şahsın, alacaklıya zarar veren fiillerinden sorumluluğu, doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, kusursuz sorumluluktur<sup>14</sup>. Yani zararın meydana gelmesinde ne borçlunun ne de yardımcı şahsın kusuru olmasa bile borçlu sorumlu tutulacaktır. Ancak borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirildiği ve borcun ihlali niteliği taşıyan fiillerle alacaklıya zarar verildiği ihtimalde borçlunun sorumlu olacağı söylenebilmelidir. Eğer bu ihtimalde borçlunun sorumlu olmayacağı söylenebiliyorsa, sadece borcun ifasında yardımcı şahıs kullanması sebebiyle borçlunun sorumlu olacağı kabul edilemez<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> AFP (alfa fetoprotein) büyük kısmı bebeğin karaciğerinden salgılanarak anne adayının kanına geçen hormondur. Gebeliğin 16-18. haftaları arasında anne adayından alınan kanda üç ayrı hormon tetkiki (üçlü test) yapılır. Bu şekilde bebekte Trisomi 18, Down sendromu ve Nöral tüp defekti riski belirlenir. AFP de tetkiki yapılan bu üç hormondan biridir. NTD (Nöral tüp defekti) durumlarında nöral dokuyu örten yapıdaki açıklık şeklindeki defektten amnios sıvısına ve buradan da anne adayının kanına normalden fazla AFP hormonu geçer. Bu yüzden AFP değeri gebelik haftasına göre olması gerekenden daha yüksek çıkar. Yükseklik ne kadar fazla olursa bebekte NTD varolma riski o kadar yüksek olarak belirlenir. Bu konuda Bkz. <http://www.gebelik.org/dosyalar/prenatal/uclutest.html>; Üçlü testte AFP estriol değerlerinin düşük olması ve HCG (Human Chorionic Gonadotropin) değerinin yüksek olması ise kromozom anomalisini (Down sendromu) düşündürür. Bu konuda Bkz. <http://gebelik.org/dosyalar/anomaliler/trizomi21tani.html>.

<sup>14</sup> Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 444; Serozan, § 22 N 4; Oğuzman/Öz, s. 371; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 898; Borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kendisinin ve yardımcı şahsın kusurunun bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda görüşler için Bkz. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 443 v.d.

<sup>15</sup> Oğuzmaz/Öz, s. 371, Bu değerlendirme yapılırken borçlunun mevcut kişisel bilgi ve yetenekleri değil, yardımcı şahsa bıraktığı iş için gerekli olan bilgi ve yetenekler esas alınacaktır.

Olayda borçlu hastane işletmecisi, borcu bizzat kendisi yerine getirirse ve alacaklıya zarar verici fiillerde bulunsaydı sorumlu olacaktı. Bu nedenle yardımcı şahısları olan hekimlerin borcun ifası sırasında gerekli özeni göstermemeleri nedeniyle meydana gelen zararları tazmin etmek zorundadır.

— Son olarak, taraflar BK m. 100 II gereğince yardımcı şahsın fiillerinden dolayı sorumluluğu aralarında yapacakları bir sözleşme ile tamamen veya kısmen bertaraf edebileceklerinden taraflar arasında borçlunun, yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluğunu daraltan ya da kaldıran bir anlaşma bulunmamalıdır. Ancak BK m. 100 III'e göre "...sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa..." sorumsuzluk anlaşması sadece hafif kusur için yapılabilir. Hekimin faaliyeti de "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrası" niteliğinde olduğundan yardımcı şahsın ancak hafif kusuru halinde sorumlu olunmayacağına dair sorumsuzluk anlaşması yapılabilir<sup>16</sup>.

Özetle; davacılarından E. K. ve T. K. ile davalı hastane işletmecisi arasında davacı E. K.'nin doğum öncesinde kontrol ve tetkiklerinin yapılması konusunda bir sözleşme bulunmaktadır. Davalı hastane işletmecisi davacılar ile arasındaki sözleşmeden doğan borcunun ifasını yardımcı şahıslar olan ve hastaneye bağlı olarak çalışan hekimler aracılığı ile yerine getirdiğinden, vekâlet sözleşmesi gereği kendisine kanunen yüklenmiş olan özen yükümünü de yardımcı şahısları vasıtasıyla yerine getirmektedir. Bu nedenle hekimlerin, özen yükümüne aykırı davranarak, borcun ifasına aykırı fiilleri ile alacaklıya zarar vermeleri, BK m. 100 gereğince borçlu hastane işletmecisinin sorumluluğuna yol açar.

**2- Davacı çocuğa karşı sorumluluğu:** Hekimlerin özen yükümüne aykırı davranışları sonucunda özürlü olarak dünyaya gelen A. K., anne ve babası ile hastane işletmecisi arasında akdedilen sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi'ne<sup>17</sup> göre bir sözleşme, kural olarak, alacaklı ve borçlu arasında haklar ve borçlar doğurur, ancak üçüncü kişileri etkilemez. Bu nedenle borçlunun borcuna aykırı davranışı nedeniyle bir üçüncü kişi zarara uğramışsa borçlunun, bu zararı tazmin etme yükümlülüğü söz konusu değildir; meğerki borçlunun

<sup>16</sup> Ayan, s. 120.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. Oğuzman/Öz, s. 17, 24; Teoman Akünel, "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması", Yargıtay Dergisi, Temmuz 1988, C: 14, S: 3, s. 223 v.d.

borca aykırı davranışı aynı zamanda üçüncü kişi için bir haksız fiil teşkil etsin. Ancak doktrinde bu kuralın istisnası olarak “üçüncü kişiyi korucu etkili sözleşme” gösterilmektedir ve bu sözleşme gereğince alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin, borçlunun borca aykırı davranışları nedeniyle zarara uğraması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre borçluya başvurabileceği kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında, ana babanın hekimle kurduğu tedavi sözleşmesinde çocuğun “üçüncü kişi” sıfatıyla zararının tazminini borçludan talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gereğince sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişinin; ki bu kişi sözleşme akdedilirken dürüstlük kuralı gereği güvenliği sözleşme taraflarınca dikkate alınması gereken ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar borçlunun ediminin tehlike alanı içinde yer alan kişidir<sup>20</sup>; tarafı olmadığı bu sözleşmenin ifası sırasında uğradığı zararlardan dolayı borçludan tazminat talep edebilmesi için alacaklının üçüncü kişinin korunmasında özel bir çıkarının bulunması ve borçlunun bu durumu bilebilecek durumda olması gereklidir<sup>21</sup>.

Somut olayda E. K.’nin, hastane işletmecisi ile akdettiği sözleşmede A. K.’nin korunması açısından özel bir çıkarı bulunmaktadır. Aslında bu sözleşme A. K.’nin doğum öncesinde gelişimi hakkında bilgi almak ve onun sağlıklı olarak doğumunu sağlamak üzere akdedilmiştir. Borçlu hastane işletmecisi de bu durumu bilebilecek durumdadır. Bu nedenle A. K., üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında, borçlu hastane işletmecisinin yardımcı şahısları olan hekimlerin, sözleşmenin ifası sırasında özen borcuna aykırı davranışları sonucunda meydana ge-

18 Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı ne İsviçre ve Türk Hukukunda ne de Alman Hukukunda hakkında kanuni bir düzenleme bulunan kurumdur. Alman Hukukunda doktrin ve uygulama tarafından önceleri üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin genişletici yoruma tabi tutulan bu kurum daha sonra dürüstlük kuralına dayanan bağımsız bir kurum olarak kabul edilmiştir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, § 2 N 29 v.d.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 19 N 1-4; Şener Akyol, Tam üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 51 v.d.; Oğuzman/Öz, s. 824-825.

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

20 Akünal, s. 227.

21 Serozan, § 19 N 3; Akyol, s. 57.

len zararlarının tazmin edilmesini hastane işletmecisinin sözleşmesel sorumluluğuna dayanarak talep edebilecektir<sup>22</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararda sanki hastane işletmecisi ile E. K. arasında akdedilen sözleşmenin tarafıymış gibi özürlü olarak dünyaya gelen A. K.'nin talebinin de vekâlet sözleşmesine dayalı olduğunu ifade etmiştir<sup>23</sup>. Oysaki A. K. bu sözleşmenin tarafı değildir. Onun davalı hastane işletmesinin sözleşmesel sorumluluğuna gidebilmesi ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun varlığı ile kabul edilebilir.

## **B- Davalı hekimlerin sorumlulukları**

**1- Davacı anne ve babaya karşı sorumlulukları:** Kararda davalı hekimlerin davalı hastane işletmesine bağlı olarak çalıştıkları ifade edilmiştir. Dolayısıyla davacılar ve davalı hekimler arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığını belirlemek gereklidir.

Olayda davacı E. K.'nin hamile kaldığını öğrenmesi üzerine davalı hekimlerden herhangi birine müracaatta bulunduğu ya da davalı doktorların muayenehanelerine giderek onların özel olarak takip ettikleri hastası olduğuna dair herhangi bir açıklık yoktur. Aksine söz konusu davacının doğum öncesi kontrol ve tetkiklerini yaptırmak üzere davalı hastane işletmesine başvurduğu belirtilmektedir. Davacı E. K.'nin hastaneye müracaat ederken, doğum öncesi tetkiklerinin mutlaka hastane işletmesinin bünyesinde görevlendirdiği davalı hekimler tarafından yapılmasını istediği yönünde bir beyanı da söz konusu değildir. Yani davacı kontrol ve tetkiklerini yapmasını istediği hekimleri seçmemiştir. Davalı hastane işletmecisi de davacılar ile aralarındaki sözleşme gereği üstlenmiş olduğu borcu, olayların normal akışına göre hastane bünyesinde görevlendirdiği hekimler aracılığı ile yerine getirmektedir. Açıklanan bu nedenlerle davacılar ve davalı hekimler arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır.

<sup>22</sup> Karşı görüş için Bkz. Erdem Büyüksagis, "Ebeveynleri tarafından dünyaya gelmesi arzu edilmemiş çocuğun doğumunu engellemek hekimin sorumluluğunu gerektirir mi?", <http://www.e-akademi.org/makaleler/ebuyuksagis-1.htm>, Parg. 15, (13.03.2006), Yazara göre ana rahminde sağlıklı olarak geliştiği tıbbi özen eksikliği nedeniyle gözlenemeyen çocuk, doğumundan önce kendisine herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmamış hekimle ebeveynleri arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak, bu sözleşmenin tarafı olmadığı ve lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını da taşımadığı için, tazminat isteminde bulunamaz.

<sup>23</sup> Büyüksagis, Parg. 15, Yazara göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun çocukla hekim arasında vekâlet ilişkisi varmış gibi zamanaşımı süresini beş yıl olarak tespit etmiş olması temelden yoksundur.

Davacılar sözleşmeyi hastane işletmecisi ile akdettiklerinden ve hekimlerle aralarında bir sözleşme bulunmadığından, davacıların hekimlerin sözleşmesel sorumluluğuna dayanmaları söz konusu değildir. Zira kural olarak, borçlunun borcun ifasında kullandığı yardımcı şahıs tarafından zarara uğratılan alacaklının, yardımcı şahıstan doğrudan doğruya zararının giderilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır; meğerki yardımcı şahsın borca aykırı fiilleri alacaklı açısından bir haksız fiil teşkil etsin<sup>24</sup>. Bu halde BK m. 41'e göre yardımcı şahısların sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>25</sup>.

Olayda hekimler ve davacılar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, ancak hekimlerin borca aykırı fiilleri alacaklı davacılar açısından bir haksız fiil teşkil ettiğinden hekimlerin sorumluluğuna ancak BK m. 41 aracılığı ile gidilebilir<sup>26</sup>.

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

## V. SONUÇ

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

Olaydan anlaşılacağı üzere davacılar doğum öncesi kontrol ve tetkikleri yaptırmak üzere davalı hastane işletmesine başvurduklarından vekâlet sözleşmesi bu taraflar arasında uygulama alanı bulacaktır, davalı hekimler ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından onların söz konusu davacılar karşı yal-

<sup>24</sup> Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 901.

<sup>25</sup> Reisoğlu, s. 13; Erman, s. 153; Yusuf Büyükay, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 47.

<sup>26</sup> Büyükay, s. 48.

nızca haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin zamanaşımı süresi de BK m. 126 b. 4 gereğince beş yıl olduğundan davacı E. K. ve T. K.'nin hastane işletmesine karşı olan talepleri yönünden zamanaşımı süresi de dolmuştur.

Kararda, adaletsiz sonuç doğuran ise davalı hekimlerin özen yükümüne aykırı davranışları nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelen A. K.'nin zararlarının tazmini açısından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kabul ettiği çözüm tarzı olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davacı çocuk ile davalı hastane işletmecisi ve hekim arasında vekâlet sözleşmesi akdedilmiş olduğunu kabul ederek zaman aşımının başlangıç tarihinin A. K.'nin doğduğu tarih olan 31.1.1994 tarihinden başlayacağını kabul etmiş ve bu nedenle 7.11.2000 tarihinde açılan ek davanın zaman aşımı süresi içinde açılmadığı gerekçesine dayanarak ek davada ileri sürülen talepleri kabul etmemiştir.

Yukarıda<sup>27</sup> A. K.'nin, anne ve babası ile hastane işletmecisi arasında akdedilen sözleşmenin tarafı olmadığı için aslında davalı hastane işletmesinin sözleşmesel sorumluluğuna gidemeyeceğini, ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında sözleşmesel sorumluluğa dayanabileceğini ifade etmiştik. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise borçlunun üçüncü kişiye; burada çocuğa; karşı sözleşmesel sorumluluğu asıl sözleşmenin zamanaşımı süresine tabidir. Olayda taraflar arasındaki sözleşme vekâlet sözleşmesi olduğuna ve BK m. 126 b. 4'e göre de vekâlet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna göre 7.11.2000 tarihinde açılan ek davanın zamanaşımı süresi içinde açılmadığı anlaşılmaktadır. Bu çözüm tarzı ise çocuk açısından adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede amaç haksız fiilden daha etkin koruma sağlayan sözleşme hukuku kurallarını devreye sokmaktır. Doktrinde de kabul edildiği üzere, cismani zararların varlığı halinde, zarar verene sözleşmesel sorumlusuzluk ayrıcalıklarına ve haksız fiilden daha kısa sürmüş sözleşmesel zaman aşımı süresine dayanma şansı tanınmaz<sup>28</sup>. Olayda da cismani bir zararı söz konusu olan A. K.'nin taleplerine karşı davalı hastane işletmecisi asıl sözleşmedeki beş yıllık zaman aşımı süresinin dolduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalı ve burada A. K. açısından BK m. 125 gereğince on yıllık zaman aşımı süresi uygulanmalıdır.

<sup>27</sup> Bkz. yuk: IV A. 2

<sup>28</sup> Serozan, § 23 N 2.

Davalı hekimlerin A. K.'ya karşı sorumluluklarının ise haksız fiile dayanacağını ifade etmiştik<sup>29</sup>. Haksız fiillerde zaman aşımını düzenleyen BK m. 60'a göre haksız fiilden doğan davalar zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zarar verici fiili vuku bulmasından itibaren on yıl içerisinde açılmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise olayda zararın öğrenildiği tarih açısından A. K.'nin doğduğu 31.1.1994 tarihini esas almış ve gelişen bir zarar söz konusu olmadığı için de zaman aşımı süresinin dolması nedeniyle 7.11.2000 tarihinde açılan ek davayı reddetmiştir. Oysaki bu karar isabetli gözükmemektedir. Şöyle ki; zararın öğrenilmiş sayılabilmesi için tazminatın hesaplanmasına yarayacak tüm ayrıntıların bilinmesi aranmaz, sadece zararın varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını belirleyecek bilgilerin dava açılacak derecede öğrenilmiş olması gerekir<sup>30</sup>. Ancak zarar gören açısından gelişen bir zarar varsa ve bu gelişen zarar nedeniyle zararın kapsamını tayin etmek mümkün değilse zararın gelişmesinin tamamlandığı ana kadar zaman aşımı süresi işlemeye başlamayacaktır<sup>31</sup>. Olayda ise A. K.'nin doğduğu 31.1.1994 tarihinde Yargıtay kararında ifade edildiği üzere basit bir fiziki muayene ile fark edilebilecek olan zararlar A. K.'nin erkeklik organının bulunmaması, anüsünün bulunması gereken yerde bulunmaması ve genel olarak karın bölgesinin dışarıda bulunmasıdır. A. K.'nin basit bir fiziki muayene ile anlaşılabilen, detaylı bir araştırma neticesinde ortaya çıkan; mesela sağ böbreğindeki zarar gelişimi, görme bozukluğu gibi; zararları da söz konusudur. Bu nedenle A. K.'nin gelişen bir zararı bulunmaktadır ve gelişen duruma göre zararın kapsamını tayin etmek ancak Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinin 8.12.1999 tarihinde sunduğu raporda A. K.'nin %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğini ifade etmesi ile mümkün olmuştur. Bu nedenle yerel mahkemenin de kabul ettiği üzere zararın öğrenildiği tarih söz konusu raporun sunulduğu tarihtir ve BK m. 60'a göre zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlayan bir yıllık zaman aşımı süresi de bu tarihten itibaren başlamalıdır. Sonuç itibarıyla, 7.11.2000 tarihinde açılan ek dava zaman aşımı süresi içinde açılmış kabul edilmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında somut olay açısından gelişen bir zararın mevcut olmadığı yönündeki kararı

29 Bkz. yuk: s. 12.

30 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 718; Oğuzman/Öz, s. 541.

31 Oğuzman/Öz, s. 542; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 719.



doktrinde şu gerekçeyle eleştirilmektedir: Hekimin kusurlu davranışının çocuğun özürlü olarak doğumuna neden olması durumunda çocuğun doğumu ile birlikte zararın bütünüyle öğrenilmiş sayılamaz. Bu görüşe göre özellikle gelişen bir zarar olması durumunda takip eden yıllardaki bakım ve tedavi giderlerinin tamamlandığı ya da kesin olarak hesaplandığı andan itibaren zaman aşımı süresi işlemeye başlamalıdır. Beden bütünlüğünün ihlalden doğan zarar, tedavi giderleri, geçici veya sürekli kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması gibi kalemlerden oluştuğundan zarar görenin dava açabilmesi için bu kalemlerden oluşan genel zararı öğrenmesi gereklidir ve bu nedenle de en son zarar kaleminin gerçekleşip genel toplam zararın öğrenildiği tarihte zaman aşımı süresi işlemeye başlamalıdır<sup>32</sup>. Olayda da zararın öğrenildiği tarih olarak Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesinden A. K.'nin %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğuna dair raporun mahkemeye sunulduğu 8.12.1999 tarihinin zaman aşımının başlangıcı olarak kabul edilmesi daha doğru gözükmemektedir. Bu çözümün kabul edilmesi halinde ek dava da zaman aşımı süresi içinde açılmış olacaktır.

---

<sup>32</sup> Büyükay, s. 141, özellikle s. 143.