

KARAR ÇEVİRİSİ

BERN YÜKSEK KANTONU 2. MEDENİ DAİRESİ, 2 Mayıs 2011, ZK 10 569

Türkçesi

Melike Belkıs Aydın*

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Bu karar çevirisi Anadolu Üniversitesi- Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ortak Doktora Programı kapsamında Yrd. Doç. Dr. Ahmet Haluk Atalay tarafından yürütülen Hukuk ve Etik dersi ödevi olarak yapılmıştır. Fransızca tümcelerde Ar. Gör. Kemal Atasoy'a yardımı için teşekkürler.

Olayın Özeti:

12 haftalık sürenin geçmesinden sonra StGB md. 119 f. 2 uyarınca gebe anne A. kadın doktoru Bayan C.'ye görünür. Doğmamış kız çocuğu B.'nin doktor tarafından saptanabilecek, kalıtsal bir metabolizma hastalığını taşımasının yüksek rizikoyla karşın doktor C. sürdürülen ileri pre-natal incelemeleri yapmayı ihmal etmiştir. Kanıtlanabilir bir biçimde ortaya konmuştur ki, eğer annesi, kızının hastalığını öğrenseydi, büyük olasılıkla kürtaj olacaktı (ve buna yasal olarak hakkı da vardı).

Hem anne hem de kız çocuğu doktor C.ye karşı tazminat davası açmışlardır.

İlk derece yargılamasında annenin tazminat istemini (istenmeyen doğum davası) doktorun sözleşmeye dayalı bir özen yükümlülüğünde, hem bedensel özerklik hem de annenin kızıyla kuracağı duygusal bağ kısıtlanmış/ ihlal edilmiş olduğundan ve bu nedenle de manevi bir haksızlığa uğradığından, onaylamıştır. Usuli konular yüzünden (aleyhe bozma yasağı) daire bu konudaki sorumluluk koşullarını sınınamamıştır, aksine sadece tazminat bedeli üzerinde durmuştur ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Küçük kızın istemini ise ilk derece mahkemesi şöyle bir gerekçeyle reddetmiştir: Engelli bir yaşam ile varsayımsal olarak kutsal olan çocuğun yaşamının karşılaştırılması kabul edilebilir değildir ve var olmama ile ağır bir engelliliği tazminat hakkı bakımından daha iyi bir konum olarak tasarlanabilirliği sorusu yanıtız bırakılmalıdır.

Tetkikten Sonra:

I.Sürecin Öyküsü

(...)

II. Şeklen

(...)

III. Madden

(...)

IV. Hukuki

A. Ön Açıklama: "İstenmeyen Doğum" ve "İstenmeyen Yaşam" Davaları

1. Hem istenmeyen-doğum hem de istenmeyen-yaşam davaları, zararın tazmini ve tazminat (ebeveynlerinin gözünde) istenmeyen bir çocuğun doğumuyla ilgilidir. İstenmeyen-doğum ebeveynlerin hukuki dayanağıdır, istenmeyen-yaşam ise engelli doğmuş olan çocuğun hukuki dayanağıdır. Davalar kural olarak, hatasıyla ebeveynlerin muayenesinde, kendisine danışmalarında ya da onları aydınlatırken medeni hukuk bakımından istenmeyen doğumda sorumlu tutulan bir tıp çalışanına açılmıştır¹.

2. Özellikle çocuğun istenmeyen yaşamdan kaynaklanan iddiası, İsviçre hukuku uygulamasında ve hatta yabancı hukuk düzenlerinde de tartışmalıdır. Fransız Danıştay çok tartışılan "Perruche"² kararında çocuğun bu iddiasını kabul ederken Alman Federal Yargıtay'ı 1983'te bir benzerini reddetmiştir³. Avusturya Yüksek Mahkemesi de engelli doğan çocuğa istenmeyen yaşamdan doğan dava hakkını tanımamıştır⁴. İsviçre'de görülebildiği kadarıyla henüz bu soruya ilişkin bir içtihat ise bulunmuyor⁵.

B. Davacı 1'in istemi (İstenmeyen- doğum)

i. Sorumluluğun koşulları

1. Davacı 1, parçalı davanın tazminat kısmında istenmeyen doğumdan kaynaklanan 50.000.000 İsviçre Frangı tutarında bir bedel istemiştir. Davacı, sözleşmesel bir temele dayanır ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 49 ile korunan kişilik hakkının ihlali iddiasıyla bir manevi tazminat isteminde bulunur.

¹ Tanja Melchert, Arztliche Haftpflicht bei Fallen von Wrongfuk life, JUsletter 12.1.2004, Rz. 2.

² Cour de cassation'un 17. Kasım 2000 tarihli JCP G 200, II 10438 (S 2293-2302) kararı.

³ Krş. Christoph Müller, Arzthaftung für das unerwünschte behinderte Kind, AJP 5/2003, 522 ff., 529 und dortige Fn. 72.

⁴ OGH 10B91/99k vom 25. Mayıs 1999, bulunabilir adresi, <http://www.ris.bka.gv.at>.

⁵ Aynı doğrultuda (Fn. 8), 524.; Melchert (Fn. 6), Rz. 9.

2. Söz konusu madde, kişiliği onarılamaz derecede ihlal edilen kimseye, ihlal bunu gerektirdiği sürece ve başka türlü onarılamadığı sürece manevi tazminat hakkını tanır (İsviçre Borçlar Kanunu md. 49 f. 1). Sözleşmeden kaynaklanan bir manevi tazminat istemi için birarada olarak (1.) bir sözleşme ihlali, (2.) belli bir ağırlığa ulaşmış ve başka türlü iyileştirilemeyecek bir kişilik hakkı ihlali biçimindeki manevi bir haksızlık, (3.) sözleşme ve kişilik hakkı ihlali arasında hukuksal bakımdan kurulabilecek bir nedensellik bağı koşullarının varlığı aranır. Ayrıca ek olarak (4.) sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal eden kişiye isnat edilebilecek kusurun varlığı gerekir.

3. Davalı özellikle bir sözleşme ihlalinin varlığını reddeder.

4. İlk derece mahkemesi manevi tazminat için İsviçre Borçlar Kanunu md. 49'un, md. 99 f. 3 ile karşılaştırmalı olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate alır:

Vardığı sonuç taraflar arasında İsviçre Borçlar Kanunu md. 394 bağlamında bir borç sayılabilecek derecede tarafların davranışlarına dayanılarak hukuki bir sözleşme sonucunu doğurabilecek bir ilişki muayene ilişkisi ile kurulmuştur. Borcun kapsamı, İsviçre Borçlar Kanunu md. 394 f. 1 uyarınca, ifa edilen muayenenin doğasına göre, ilgili tıbbi görev yükümlülüğü ve standartları, yani doktorluk sanatının alışılmış kurallarına göre belirlenir. Bu kurallara işari prenatal tanılama eylemi de dahildir.

Olaya ilişkin açıklamalara göre, davacı 1'in anılan eylemden vazgeçtiği ve buna bağlı olarak da ayrıca davacının çocuğu söz konusu hastalık tanılmana dahi bebeğini taşıyacağı kesin değildir, bu nedenle de ilk derece mahkemesi davalının ihmali sözleşmenin ihlali olarak değerlendirir.

İlk derece mahkemesi bu nedenle, İsviçre Ceza Kanunu md. 119 f. 2'de anılan on iki haftalık süre kural olarak geçmiş olsa bile, davacı 1, davalıya sosyal ve tıbbi endikasyon (şiddetli bir ruhsal sıkıntı tehlikesi) embriyo-patik endikasyonun dikkate alınması suretiyle (annenin hasta çocuğun bakım ve eğitimi nedeniyle beklenmedik bir yük taşıması) gebeliğinin

sonlandırılması için başvurduğunda, tıbbi olarak gerçekleştirilebilir ve böylece de İsviçre Ceza kanunu md. 119 f. 1'e göre cezasız kalacağını belirtmiştir. Davacı 1'in elinden bu olanağı alınarak bedensel özerklik hakkı, kişiliğinin fiziksel korunan değerinin bir parçası olarak ihlal edilmiştir. Ayrıca artan bakım ve gözetim yükü, davacı 1'in kişisel durumunda da ciddi bir etkiye neden olmuş ve her gün davacı 2'nin acılarıyla yüzleşmek, bu nedenle de kişiliğinin korunan psikolojik değerinde de, çocuğu ile kurduğu duygusal ilişkilerinin de kısıtlanması bakımından bir ihlalin varlığı kabul edilmiştir. Hem gebeliğin sonlandırılması kararını verebilme hakkının engellenmesi hem de davacı 2'nin (...) hastalığa yakalanmış olarak gerçekleşen doğumunun davacı 1'in yaşam düzeni üzerinde ve çocukla kurduğu duygusal ilişkileri, manevi olarak tazmin edilmesi gereken kişilik hakkı ihlalinin ortaya koyar.

İlk derece mahkemesi, davacı 1'in, kızının hastalığını bilmiş olsaydı, büyük bir olasılıkla kürtaja karar vereceğini kesinleştirdikten sonra, prenatal tanılama uygulamasının kişilik hakkı ihlali için gereken nedenselliğe sahip olduğuna karar vermiştir. Bir başka ifade ile: İlk derece mahkemesi varsayılan nedensellik ilişkisini kabul eder, çünkü kişilik hakkı ihlali, yapılması gereken prenatal tanılamının büyük olasılıkla mevcut bulunmamasından kaynaklanır.

Davalı kendini aklayamadığından, ilk derece mahkemesi sonuç olarak onun kusurunu da onaylamıştır (İsviçre Borçlar Kanunu md. 97 f. 1). Madem yeniden iyileştirme olanağı kalmamıştır, ilk derece mahkemesi davacı 1'in davalıdan kural olarak manevi tazminat istemi hakkı bulunur.

5. İlk derece mahkemesinin bu saptamalarının nasıl uygulandığı⁶ temyiz sürecinde geçerli bir aleyhe bozma yasağı dolayısıyla sınınamayacaktır. Gerçi daire, sorumluluk koşullarıyla ilişkili olarak ilk derece mahkemesinin hukuki değerlendirmesinden sapabilirdi, ama manevi tazminat isteminin usuli nedenlerle en azından 30.000 İsviçre Frangı tutarında olması gerekliliğinin reddi bakımından bir sınınam

⁶ yukarıda II. Rz. 1, S. 3.

tartışılmalıydı. Bu bakımdan annenin bir hak talebinin varlığının çocuğun hak talebinin varlığına bağımlı olup olmadığı sorusu (ve karşıtı da) açık bırakılmıştır⁷.

C. Davacı 2'nin Davası (İstenmeyen Yaşam Davası)

(...)

i. İstenmeyen Yaşama İlişkin Öğreti ve İçtihat

a. İçtihat

1. Somut olayda anılan "Perruche" davasında Fransız Temyiz Mahkemesi genel kurul toplantısında (Cour de cassation, Assemble pleniere), annesinin kızamıkçık hastalığına yakalanması nedeniyle ağır engelli olarak dünyaya gelen oğlu Nicolas'ın, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek bu hususta anneyi onun kızamıkçığa karşı bağışık olduğunu ve bu nedenle doğmamış çocuğu için tehlike olmadığı hususunda yanlış bilgilendiren doktorundan zararın giderimi hakkı olduğuna karar verir. Somut olayda kanıtlanabilir biçimde ortaya konmuştur ki, anne eğer doğru bilgilendirilmiş olsaydı kürtaj olabilirdi.

Fransız Temyiz Mahkemesi, çocuğun dava hakkının onaylanmasına ilişkin çok önemli bir argüman da, ebeveynlerin hakkı çocuğun zararının varlığına bağlıdır: "(...)"(...) le préjudice des parents est, en dernière analyse, fondé exactement sur la même faute que celle invoquée par l'enfant. En indemnisant les parents, on accepte nécessairement l'idée de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé. (Son bir analiz olarak, ebeveynlerin verdiği zarar, tıpkı çocuk tarafından hatırlatılan gibi aynı hatalara dayanmıştır. Ebeveynleri telafi etmek amacıyla hayattan soyutlanmanın, herhangi bir suistimal olmaksızın, mümkün olmadığı görüşüne mutlaka katılıyoruz)⁸

⁷ Literatürdeki benzer görüşleri kıyaslayınız, IV.C.2.b, özellikle Torrione'den alıntı yapılmış makale (Fn. 29).

⁸ satır 46, raportörün görüşleri karar için bkz. [://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/jurisprudence_1363](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/jurisprudence_1363).

Fransız Temyiz Mahkemesi yaşam ile engellilik arasında bir karar verir⁹. Engellilik, çocuğun yaşamı ile aynı bağlamda değerlendirilmez, aksine annenin çocuğunu dünyaya getirmeme hakkıyla değerlendirilir¹⁰. Temyiz Mahkemesi'nin bakış açısına göre, eğer çocuk kürtaj olanağına dayanamıyorsa, bu olanak hukuk düzeni tarafından (belli koşullar altında) hukuka uygun olarak değerlendirilecekti ve anne tarafından kural olarak uygulanabilecekti, bu bir çelişkidir¹¹.

"Perruche" içtihadından sonra sadece maddi değil manevi zarar da giderilmelidir¹².

Bu içtihat, Fransız Temyiz Mahkemesi'nce istenmeyen yaşam davaları sonunda Fransız yasa koyucusunun bilindik "Loi-Kouchner" ile olanaksızlaştırılmadan ve ebeveynlerin istenmeyen doğum davalarının sıkı bir biçimde kısıtlanmasından önce tekrardan onaylanmıştır¹³. Bu yasa istenmeyen yaşam davalarında kimsenin doğumu nedeniyle zararının giderimi isteminde bulunamayacağını hükme bağlar¹⁴. İstenmeyen doğum bakımından yasa, engellilik nedeniyle oluşan ek bakım giderlerini zarar kaleminde değerlendirmez¹⁵.

2. İngiltere'de de çocuğun dava hakkı yasal olarak kabul görmemiştir¹⁶. Bundan evvel de bir İngiliz

⁹Müller (dipnot 8), 531 vor dipnot 91.

¹⁰ Henri Torrione, Le préjudice d'être né, Have 2006, S. 388 ff., zusammengefasst in: David Vasella/Anton K. Schnyder, Haftpflicht und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2006, njus.ch, Bern 2007, 128.

¹¹ David Rüetschi, "Wrongful Life" - die französische Sichtweise, FamPra.ch 2/2001, p. 266 ff. 271.

¹² Vgl. Mannsdorfer, AJP 2002 (Fn. 25), 1364.

¹³ Krş. Müller (dipnot 8), 526 dipnot 29 ve 30 Mannsdorfer'in karar eleştirisi, AJP 2002 (dipnot 26), 1360 ff.

¹⁴ Krş. Mannsdorfer, AJP 2002 (dipnot 25), 1365; Guy Chappuis, L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français, Have 2006, 378 ff., 379 f.

¹⁵ Vgl. Müller (Dipnot 8), 529 Dipnot 69 f.

¹⁶ Müller (Dipnot 8), 526 ve dipnot 32.

mahkemesi istenmeyen yaşam davası reddedilir, çünkü tazminat hesaplaması, fark- kuramına göre olanaksız olacaktır¹⁷.

Avusturya'da Yüksek Mahkeme (OGH) (genetik olarak) yanlış doğmuş bir çocuğun, prenatal ses dalga araştırmasıyla tanımlayamayan doktora dava hakkını da 1999'da kabul etmemiştir¹⁸. Mevcut durumda da görüldüğü gibi kanıtlanabilirlik göstermiştir ki, anne çocuğunun engelliliğinin tanınması durumunda kürtaj olacağı ortaya konmuştur.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, istenmeyen yaşamdan kaynaklanan bu dava hakkını zararın yokluğu ve nedensellik bağının eksikliği yüzünden reddeder:

Bu ortaya koyar ki, başka seçeneklere kıyasla ağır engellilikle yaşamın yaşamamaya ilişkin bir kararın hukuk anlamında bir zararı ya da her zaman daha iyi bir durumu ortaya koyup koymadığı genel olarak bağlayıcılığı olan bir karar vermek mümkün değildir. Doktorun hem sözleşmesel hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu bundan dolayı reddedilmelidir.

Herhalde engelli doğan çocuğun yüksek harcamalarının tazminine yönelik dava, doktora karşı, zayıf nedensellik yüzünden engeldir, çünkü doktorun hukuka uygun davranışına karşın da çocuğun sağlıklı doğması olanağı yoktur.

İnsan yaşamını doğa kendisine nasıl sunuyorsa öyle kabullenmek zorundadır ve başkaları tarafından yaşamının yok edilmesi ya da önlenmesine ilişkin bir hakkı yoktur. Aynı zamanda anneye hukuk düzeni tarafından kürtaj olanağı tanınsa da, buradan çocuğa var olmama hakkı geliştirilemez. Eğer doktora karşı bir şeye karar verilecekse, ebeveynlerin çocuğa karşı sorumluluğundan da genetik anlamda yüksek bir engelliliğe karşın doğurmuşlarsa ya da yaşatmışlarsa söz edilebilmeliydi denilebilir.

Üstünkörü biçimde bakıldığında çocuk zarar görmüş ya da incitilmiş olarak dava hakkına sahip olmalıydı ve

ebeveynlerin hakkı bakımından (istenmeyen doğum) çocuğun varlığı ve bakma yükümlülüğü birbirlerinden yalıtılmış biçimde değerlendirilmesi uygun görünür. Bu yaklaşımlar hukuk dogması bakımından kabul edilemez, çünkü doktor tarafından yapılmış zayıf bir açıklama "zarar" a neden olmamıştır. Çocuğun yararına "evleviyetle" genişletilebilirlik olanağı yüzünden, ebeveynlerin zararın giderimindeki menfaatleri, kabul edilebilir bir ölçüt değildir.

(b) Öğreti

1. Doğmamış çocuğun mevcut (var olan ancak müdahale edilemeyen) bir hastalığı, istenmeyen – yaşam olaylarında gebelik sırasında ortaya çıkarılmaması söz konusuysa çocuk bir manevi haksızlığa maruz kalmışsa, bunun doktor yüzünden gerçekleştiğinin kabul edilebilirliği ve hangi hukuki dayanakla bir istenmeyen yaşam davası kurulabileceği öğretilerde tartışmalıdır:

Mannsdorfer¹⁹, davacının dilekçesinde alıntılacağı doktora çalışmasında, bir yaşam boyu acı çekecek bir çocuktan kendi hakkının yasaklanması için bir neden bulunmadığını belirtir. Savunması dogmatik sınırlamalarla boşa çıkamaz. Tıp çalışanlarının mesleki gözetim yükümlülüğü ebeveynleri riski yüksek olan ağır sağlık zararlarında doğru zamanda ve kapsamlı olarak gebeliğin sonlandırılması hakkında bilgilendirilmeleri gerekliliği öncelikli bir etki anlamında doğmamış çocuğa da gelecekteki dava konusu olacak malları ve kişilik haklarını doğrudan ilgilendirmesi bakımından genişletilebilir. Tazminat, kendi varoluşu için değil aksine engelliği malvarlığındaki takip eden zararlar için gereklidir. "Var olmama" ile yapılan bir karşılaştırma yanıltıcıdır. Var olmama hakkı yoktur ve var olmama ile bir karşılaştırma bu açıca mümkün de değildir. Çocuğun tazminat istemi için ayırt edici ölçüt de bu nedenle sadece tıbbi personelin çocuğun bakım yükümüne aykırı hatalı davranışı yüzünden çocuğun sağlığının zarar görmüş biçimde dünyanın ışığına göz açmış olmasıdır. Böylesi bir sağlık zararı malvarlığında

¹⁷ Vgl. Rüetschi (Dipnot 30), 269 dipnot 6.

¹⁸ McKay v. Essex AHA, (1982) QB 1166, 1192, alıntı: Rüetschi (Dipnot. 30), 273 dipnot. 16.

¹⁹ Karş. Rüetschi (dipnot. 30), 269 dipnot. 6.

azalmaya neden olduğu sürece, “istenmeyen” çocuk, istenmeyen yaşamdan doğacak zararın tazmini istemini haksız fiil hukukunca (varsayımsal) sağlıklı ve “doğmamış” olmayan bir çocukla kıyaslayabilir. Bu sorumluluk bir yandan ağır sağlık zararlarında ve çok yüksek bakım masraflarında sınırlanmalıdır. Başka bir yandan ise tıbbi personelin zararın tazmini sorumluluğunun doğmuş olmak keyfiyeti manevi bir zarar ortaya koymaz ve bu nedenle de bir manevi tazminat oluşamaz²⁰. Sağlık zararının, sağlık personelinin görevi gereği yaptığı eylemlerden var olmama seçeneğine varmayacak bir bağın oluşmadığının kanıtlanması nedensellik kanıtı için yeterlidir.

Müller²¹, Mannsdorfer’e karşı olarak *naskiturusa* dek genişletilebilecek bir konsültasyon yükümünü gereksiz bulur, çünkü kanuna aykırılık (haksız fiil sorumluluğu koşulu olarak) bedensel bütünlüğün ihlalinde ortaya çıkar. Zararın hesaplanması bakımından var olmama ile karşılaştırmak saçmadır. Aynı şekilde, bu düşünce çocuğun var olmama hakkından söz ettiği için hatalıdır. Böylesi var olmama ile bir karşılaştırma sadece insanlık onurunu (İsviçre Anayasası, md. 7) ve hukuk önünde eşitlik (İsviçre Anayasası md. 8) ilkesini değil, yaşam hakkını da (İsviçre Anayasası md. 10) ihlal eder. Embriyo-patolojik endikasyonlar nedeniyle gebeliğin sonlandırılması, yürürlükteki İsviçre hukukunda geçerli olabilmesi engelli bir çocuğun doğumuna en azından anne için bir olumsuzluk olması durumunda izin verilir. Bu bakış açısı doğmamış çocuğa taşınmaz. Pragmatik bir çözüm anlamında Müller’e göre bu nedenle tazminat bedelinin, sağlıklı bir çocuk ile sorun teşkil eden hastalığı taşıyan bir çocuğun ortalama bakım masraflarının

karşılaştırılmasındaki fark ile belirlenecektir²². Nedenlerin bir araya getirilmesi, eğer bir zarar tazmini kabul edilecekse kolayca elde edilebilir. Yazar, istenmeyen yaşam davasının başında öncelikle hukuk politikasına dair argümanlarının kabul edilebilirliğine ilişkin politik bir seçim yapılması gerektiğinden söz eder. Yasa koyucu böylesi bir davayı politik olarak istenmeye değer buluyorsa, geleneksel sorumluluk hukuku kapsamındaki dogmatik güçlükler halledilebilirdir, çözüm önlemi (bir sosyal sigorta benzeri) karar verilmesi için daha elverişli bir araç olacaktır²³.

Pally²⁴, tedavi sözleşmesinin koruduğu amacın çocuğa ve malvarlığı menfaatine de genişletilebilir olduğunu, çünkü zarar bakımından tedavi sürecindeki doğru danışmanlık ile olanaklı olduğunu belirtir. Hem bu nedenle hem de çocuğun var olmama hakkına bağlanmaksızın çocuğa doğrudan bir hakkın bahşedilmesi hukuka uygun olacaktır. Doğmamışın yaşam hakkı annenin menfaati ile karşılaştırıldığında anneye kürtaj hakkı tanınıyorsa, bir engelliliğin çekilmez bir yaşama dönüşeceği beklentisi durumunda, *nasciturus* lehine menfaatlerin karşılaştırılması da kabul edilmelidir. Yazar, çocuğun bizzat kendisinin hak sahibi olarak kabul edilmesi hususunu kuşkulu olarak betimlemiştir. Eğer yanıt olumlu ise mahkeme, tazminat istemini engelli yaşamın değerinden bağımsız olarak temellendirmelidir. Çocuğun tek zarar gören sayılacağı argümanı meşru olacaktır. Doktora tarafından çocukları zarar görmese de ebeveynler de zarar tazmini hakkına sahip olacaktır. Her iki durumda da benzer nedenden ötürü istem hakkı ortaya çıkacağından istem çocuk açısından da geçerli sayılabilir.

Fransız Temyiz Mahkemesi’nin “Perruche” kararı temelden onaylayan Rüetschi²⁵, ebeveynlerin istenmeyen doğuma dayalı tazminat haklarının

²⁰ Thomas M. Mannsdorfer, *Pränatale Schädigung*, AISUF Nr. 192, Diss. FR 2000 (zit. *Pränatale Schädigung*), satır 931 ff., özellikle satır. 942 f. und 946., karşılaştırm. DERS., *Haftung für pränatale Schädigung des Kindes*, ZBJV 2001, 605 ff. (alıntı. ZBJV 2001), 618 ff. Aynı: DERS., *AJP* 2002 (dipnot. 25), 1364 ff.

²¹ Mutlak olmayan ancak her zaman istenebilir tazminat: Mannsdorfer, *AJP* 2002 (Dipnot. 25), 1364, doğmuş olmak olayı ilişkili kimse tarafından kendiliğinden yakınlabilir bir zarar olarak ele alınabileceğinden.

²² Müller (dipnot 8), 530 ff.

²³ Müller (dipnot 8), 534.

²⁴ Müller (dipnot 8), 537 f.

²⁵ Ursina Pally, *Arzhaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Diss. ZH 2007, 25 ff.

çocuğun zararına bağlı olduğunu ve doktorun davranışının da nedensel olması gerektiğini belirtir. Nedensellik bir çocuğun prenatal evrede saptanmış hastalık için iyileşme önlemlerinin ihmal edilmesinde de doktorda için aynı süreci izler.

Roberto²⁶ istenmeyen- yaşam davasının engelli çocuğun sağlıklı bir çocuğa kıyasla hak kaybına maruz kalmasından temellenemeyeceğini savunur. Hukuk politikasına bağlı nedenlerden ötürü bir dava, en azından engelliliğe bağlı yüksek giderler için kolayca geri çevrilebilir değildir. Yazar hem ebeveynlerin istenmeyen yaşamdan kaynaklanan bir dava haklarını hem de çocuğun doğmamış olma hakkını onaylar.

Chappuis²⁷ -ayrıntılı bir sına olmaksızın- istenmeyen yaşam davası için normatif bir zarar kavramına başvurudan (yazar hane halkının zararı içtihadına atıf yapar) söz eder. Federal Mahkeme istenmeyen doğum davasına izin verdikten sonra, çocuğun da zararının tazmini hakkı olması hukuk düzeninin hakkaniyetine ve birliğine denk düşer.

Junker²⁸ (Alman hukukundaki hukuki duruma göre) engelli yaşamın, var olmama ile karşılaştırıldığında zarar olarak değerlendirilebileceğini ama ortaya çıkan bakım yükümlülüğü nedeniyle ebeveynlere karşı fark kuramı bağlamında bir malvarlığı zararı olmadığını belirtir. Buna karşın ebeveynler aracılığıyla gerçekleştirilen bakımın zarar vereni aklamayacağı, “normatif malvarlığı zararı”nın tedavi sözleşmesinin koruma alanına girmeyeceği, bu nedenle de sözleşmeden doğan bir hakkın var olmayacağı düşünceleri ortaya çıkar. Bedensel bütünlüğün ihlali dolayısıyla haksız fiile dayalı bir sorumluluk ise kuşkuludur, doğacak olanın engelli olmaması var olmama ile karşılaştırılınca bedensel bütünlüğün ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsizdir. Bununla birlikte genel olarak çocuğun kişilik hakkının ihlali, kısa yaşam beklentisinin olduğu ağır engellilik durumlarında, yoğun acıda ve sürekli

ağrıda, doğmamış olmak eğer hukuka uygun bir gebelik sonlandırılması olanaklı idiye söz konusu olacaktır. Öte yandan malvarlığı zararı ve normatif tanımlanmış malvarlığı zararının tazmini genel olarak kişilik hakkının koruma alanına girmez. Bakım ihtiyacı haksız fiil hukukuna göre tazmin edilebilir değildir. Böyle tanımlanmış kişilik hakkında (ağır engelli çocuğun doğmamış olma hakkı) manevi tazminat hakkı doğar. Nedensellik gereği, tıbbi personelinin ihmalinin doğuma ve kişilik hakkının ihlaline götürmesi gerekir.

Melchert²⁹ çocuğun tazmin istemini istenmeyen yaşam savunucularının trajedisi olarak genelde tek tek sorumluluk koşullarının sistematik bir sınamasının dikkate alınmadığı ve hangi sorumluluk koşulunun hangi argüman tarafından temellendirileceğinin çok da belirgin olmayacağını belirtmiştir. “Perruche” davası bakımından çocuğun zararı ile kıyaslayarak yazar şu sonuca varır, fark kuramına göre böyle bir şey olamaz. Var olmamanın değeri ile varsayımsal malvarlığı aslında tamamen bilinemezdir ve bu nedenle kimse de Nicolas için doğmamış olmanın daha elverişli olacağına ya da ağır bir engellilik ile yaşamamanın, hiç yaşamama alternatifi karşısında her zaman daha elverişli olacağına karar veremez. İstenmeyen yaşam durumlarında engelli çocuğun yegane malvarlığı durumu varsayımsal malvarlığına kıyasla engelli çocuğun yaşam kalitesini içermeyen kararı bayağı olarak betimlenir. Müller’in aksine BV. md. 7, 8 ve 10’un ihlali yoktur. Zararın kanıtlanabilmesi için engelli çocuğun sağlıklı bir çocukla karşılaştırılmaz, çünkü çocuk istenmeyen yaşam davalarında tipik olarak düzenli tanılama sayesinde mutlak bir emniyet içinde de engelli olarak dünyaya gelebilir³⁰. Normatif bir zarar da ortada olmaz. Melchert hukuka aykırılığı (çocuğun haksız fiil sorumluluğuna dayalı isteminin ön koşulu olarak) reddeder, çünkü yaşamı en yüksek hukuki değer olarak koruyan İsviçre hukuk düzeninde var olmamaya dayalı kişilik hakkı benzer olarak

²⁶ Rüetschi (dipnot. 30), 270.

²⁷ Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, satır 112 ve 773.

²⁸ Chappuis (dipnot. 33), 381 ve dipnot 22.

²⁹ Claudia Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadenersatz, Berlin 2002, krş. Heidelberg 2000, 643, 645 f., 654, 660 ff.

³⁰ Melchert (dipnot 6).

varlığın reddi olamaz. Fiziksel bütünlüğün ihlali de (OR md. 47 anlamında) bulunmaz, çünkü hali hazırdaki doktor tarafından yapılan ihmal ne daha kötüleştirir, ne de iyileştirmeleri geciktirilir, aksine bu tam da sorun mevcut ve iyileştirilemez olduğundandır. Salt bir zarar tekniksel analiz İsviçre sorumluluk hukukuna göre gösterir ki, çocuğa istenmeyen yaşamdan kaynaklı dava hakkı tanınmaz.

Torrione³¹ çalışmasında sorunun özünü ortaya koyar, çocuğun engelliliği zarar nedeni olarak yaşamından ayrılabilceğini savunur. Eğer "Perruche" davasında Temyiz Mahkemesi'nin kanısı gözetilirse, bu ayırma onaylandığı görülür. Annenin çocuğunu (onun menfaatine de olsa) kürtaj ettirmesi, bu görüşe göre "droit subjectif virtuel Doğumun saf gerçeği/gerçekliği" kesinlikle çocuğa da genişletilebilir. bu var olmamanın da avantajları üzerine de bir haktır. Engellilik böylece engelinin somut yaşamından ayrılır ve daha çok annenin engelli çocuk doğurmama hakkına, benzer biçimde çocuğun annesinin bu seçim hakkından gibi yararlanması hakkı ile bağlanır. Bu içeriğe göre zarar, çocuğun bu hakkından yaşamın "iyi"liğine müdahale edilmek zorunda olmaksızın mahrum bırakılması ile ifade edilir.

Fransız yasa koyucusunun "Loi Kouchner" ile savunduğu karşıt görüşe göre, engellilik ile yaşamın ayrılması kabul edilemez. Yasa koyucusunun her sorumluluğu "du seul fait de la naissance (tüm insanoğlunun mutlak iyiliğini oluşturur)" ayrık tutarak her iki durum arasındaki engelli kimsenin somut gerçekliği arasındaki fiili ilişki ile hukuki olana evrilir. Engellilik ile yaşam arasındaki ahlaki ayrımın önlenmesi ile örtük olarak zararın bir "değerin" zarar görmesinden bağımsız olarak betimlenmesi anlayışı da reddedilmiştir. Bu anlayışa göre, yaşamın tüm öteki değerlere kıyasla var olmama hakkı da dahil olarak "constitue le bien essentiel de tout être humain (tüm insanoğlunun mutlak iyiliğini oluşturur)" yüksek dereceden konumlandırılır.

Yazar son olarak Federal Mahkeme'nin BGE md. 132 III 359 ebeveynlerin zararı ile (ergenliğe dek bakım

yükümü) ve (yapılmamış kürtaj sayesinde sağlıklı doğan) çocuğun yaşamı olarak farklılaştığı düşüncesi ile noktayı koyar. Bu farklılık engelli bir çocuğun doğumu durumunda olanaklı değildir, çünkü böylesi durumlarda tazmin engelli yaşamın giderlerine denk düşer. "Loi Kouchner"e göre bu durumda her engelliliğe bağlı gider zarar kavramından hariç tutularak, ebeveynler ya da çocuk tarafından geçerli kılınır, yani tazmin edebilir değildir.

Werro³² da çocuğun istenmeyen yaşamdan doğan hakkını reddeder. Ebeveynlerin ve çocuğun benzer biçimde de istenmeyen doğum ve istenmeyen yaşamdan kaynaklanan farklı tedavileri ona göre haklılaşır, çünkü çocuk ebeveynlerin aksine varoluşuna dair bir seçim hakkına sahip değildir. Tıbbi hata ile mevcut engellilik arasındaki zayıf nedensellik yüzünden çocuğun da tazminat istemi hakkı yoktur.

ii. Dairenin Görüşü

(a) İstenmeyen yaşamdan doğan davanın hukuki dayanağı

1. Ortaya konan soru, davacı 2'nin olası hakkının hangi hukuki niteliğe sahip olduğudur.
2. İlk derece mahkemesi, Federal Mahkeme İçtihadına göre çocuğun da tıbbi personele karşı sözleşmeye dayalı istem hakkını annenin sözleşme ortağı olarak geçerli olabileceğini, var olmamaya dair sözleşmeye dayalı bir hakkın (sözleşme dışı) kuşkululuğu aksi halde kürtaj edilecek bir çocuğun doğumuna neden olan ihmalin hukuka aykırılığından az değildir. bu sorular açık da bırakılabilir, çünkü daha bunlar arasındaki zarar ile nedensellik bağında ve sözleşmeye aykırılık benzer biçimde hukuka aykırı fiil eksik olacaktır.
3. Davacı vekili, daha yüksek makamda da sözleşme dışı bir tazminat hakkının varlığından söz etmiştir³³.
4. Davacı 2'nin davalıya karşı olası bir tazminat isteminin hangi hukuki niteliğe sahip olduğu, öyle ki

³¹ Melchert (dipnot 6), satır 15 ve dipnot 28 m.w.H.

³² Torrione (dipnot 29).

³³ CR-Werro, N 29 f. İsviçre Borçlar Kanunu md. 41.

mahkeme resen tarafların bakış açılarının da sınanıp sınanmadığı hukuki bir sorudur (iura novit curia).

5. Davacı 2'nin tazminata dayalı sözleşmesel sava hakkı, davacı 1 ile davalının üçüncü kişiler lehine gerçek bir sözleşmeye dayalı ilişki OR md. 112 f. 2 anlamında ya da sözleşmenin üçüncü kişileri koruyucu etkisi olarak değerlendirilebilir. Birinci durumda üçüncü kişi yararlanıcı olarak bizzat sözleşmeye yetkili olacaktır ve kendisi ifaya zorlayabilecektir ve dava açabilecektir. İkinci durumda ise üçüncü kişi bağımsız bir dava hakkına sahiptir, ama sözleşmeyle o dereceye dek bağlıdır ki ihlal durumunda sözleşmeden kaynaklanan bir özen yükümlülüğü kendiliğinden sözleşmesel zarar tazmini ve tazminat istemi ile geçerli kılınabilir³⁴.

6. Gerçek üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin koşulu, bağımsız dava hakkının (sözleşmesel ilksel dava hakkı) uzlaşan taraf iradelerine ya da uygulamaya denk düşmesidir. Uygun irade açıklamaları olmadan ya da alışkanlığa dayalı sözleşme hedefi olarak bırakmak³⁵ Gerçek üçüncü kişiler lehine sözleşme kapsamında üçüncü kişilerin tıbbi tedavisi olarak değerlendirilir³⁶

7. Sözleşmenin üçüncü kişileri koruyucu etkisiyle güven sorumluluğunun uygulanması ortaya çıkar³⁸. Üçüncü kişileri koruyucu etki üçüncü kişinin doğrudan sözleşmenin uygulanmasına denk düşer, üçüncü kişi alacaklıyla sözleşmenin uygulanmasından

³⁴ Benzer biçimde Müller (dipnot 8), 530; Mannsdorfer, Pränatale Schädigung (dipnot 39), satır 932; DERS., AJP 2002 (dipnot 25), 1364; Melchert (dipnot 6), satır 10. Fransız Danıştay'ında da açık bırakılan "Perruche" davası, krş. Müller (dipnot 8), dipnot 84.

³⁵ Üçüncü kişileri koruyucu etki doğuran sözleşmeler bugüne dek Federal Mahkeme tarafından henüz uygulanmadı (krş. Federal Mahkeme -Kararı 4A_226/2010 28. Temmuz 2010, E. 3.2.1).

³⁶ Tümüünü krş. Gauch/Schluess/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. basım Zürich 2008, satır 3887 ve 3911.

³⁷ BSK OR I-Gonzenbach, N 10 in fine zu Art. 112 OR.

³⁸ BSK OR I-Gonzenbach, N 12 zu Art. 112 OR, doğmamış çocuk yararına bir sözleşme hakkında olmayan Alman içtihadına gönderme in NJW 1987, 2290.

doğan özel bir ilişkisi vardır, benzer biçimde menfaatinin korunması alacaklının da menfaatindedir ve bu sözleşmenin tarafı (borçlu) için açıkça anlaşılabilir³⁹.

8. İlk derece tarafından alıntılanan karar 4C.32/2003'de Federal Mahkeme, doğuma yardım eden doktor ile annenin doğuma yardım sözleşmesi de akdettiğini ve tazminat hakkının da tedavi sözleşmesinin ihlalden kaynaklandığını, çünkü bu annenin olduğu kadar çocuğun da sağlığının korunması ve sağlığa aykırı olayların engellenmesi olarak ayarlandığını belirtir. Sözleşme böylece çocuğun sağlığının korunması ve annenin de menfaatinin korunması üzerine yapılmıştır, çünkü anne tazminat istemini kızının sağlığın tedavi sözleşmesine aykırı olarak zarar görmesi şeklinde değiştirebilir. Burada annenin doktorla sözleşmeyi doğmamış çocuğun menfaati bakımından da akdetmesi birşey değiştirmez⁴⁰. Burada tartışmalı olan - öncekinden ayrı olarak- çocuğun yanında annenin de sözleşmeye dayanıp dayanamayacağıdır.

9. İkinci edimler hakkındaki tazminat biçimindeki sözleşmesel bir hak için koşul her durumda, edim sözleşmesini her durumda çocuğun menfaatinin korunması, tedavi sözleşmesinin hedefidir de. Davacı 1'in (de) çocuğunun menfaatinin gözetilmesini istemesi ve davacı 2'nin kendine özgü (...) hastalığı hakkında doğru bir pre-natal tanılamada ve çok yüksek olasılıkla da gerçekleşecek olan kürtaj, tartışmaksızın şu soruyu anımsatır, acaba davacı 2'nin "doğmamış olma" konusunda bir menfaati bulunabilir miydi?⁴¹ Menfaat "engelli -hiç doğmamaya kıyasla- doğmanın" bir zararı, yani somut olayda manevi bir kişilik hakkı zararı biçiminde olmasını şart koşar.

10. Bir kişilik hakkı ihlali için (bedensel ihlalin sonucu olarak) haksız fiil tazminat isteminin de koşuludur.

³⁹ Çocuğun istemi için bkz. Art. 112 OR: Chappuis (Fn. 33), 381.

⁴⁰ Federal Mahkeme kararı 4C.194/1999 18. Ocak 2000 E. 4; krş. Pally (dipnot 44), 3.

⁴¹ Federal Mahkeme kararları 4A_226/2010 28. Temmuz 2010 E. 3.2.1, ve 4C.194/1999 18. Ocak 2000 E. 4; Kurumun istenmeyen yaşam konstelasyonlarındaki kullanımı için krş. Junker (dipnot 48), 599 ff.

Eğer o eksikse, sözleşmesel ya da haksız fiil tazminatı mı olduğu belirsiz kalır.

11.bu nedenle de davacı 2'nin doğumu ve engelliliği ile manevi bir zarar neden olup olmadığı sınımlıdır.

(b) Manevi Zarar (Kişilik hakkı ihlali yoluyla)

1. Torrione'nin hukuka soktuğu gibi, istenmeyen yaşam davasının sıkıntısı şudur, çocuğun engelliliği yaşamının manevi zararından ayrılabilir midir?

2. Davacıların aksine federal mahkeme kararında 132 II 359 ff. istenmeyen yaşam kapısını açmamıştır⁴².

Herhangi bir kararında bir annenin, sağlıklı çocuğunun ihmal edilmiş kürtaj nedeniyle gerçekleşen doğumunu karşılaştırmış ve hem benzer bir durumdaki gibi ebeveynlerin istenmeyen bir yaşam davası hem de engelli doğan çocuğun kendisinin tıp personeline karşı bir hakkı olup olmadığı sorusu yanıtlanmıştır.⁴³

3. Manevi bir zarar öğretide belirtildiği gibi üçlü bir bakış açısından ele alırsa:

-anlamli bir bedensel zarar ile bağlantılı olarak kişilik hakkı ihlali (İsviçre Borçlar Kanunu md. 47)

-var olmayarak ya da varoluşun ihlali ile kişilik hakkının ihlali (İsviçre Borçlar Kanunu md. 49).

-annenin çocuğa uzanan kendisini belirleme hakkının ihlali ile (yani "annesinin çocuğunun kişilik hakkı üzerindeki karar verebilme hakkı"⁴⁴ İsviçre Borçlar Kanunu md. 49).

4. Bedensel zarar kavramı, zarar görmemiş eski halin zorunlu olmadığı ve iyileşmenin açıkça gecikmesi oluşacak hastalığa yeterli olacağı bir eski hale göre sağlık durumunun ihlalini gerektirir. Manevi bir zararın koşulu, başka bir anlatımla fiziksel özerklik üzerindeki mutlak bir hakkın ihlalidir. Davacı 2'nin sağlıklı konumu nedensellik bağı bakımından davalı tarafından hiçbir hal ve koşulda ihlal edilmemiştir. Daha çok davalı var olan koşullar bakımından genetik olarak göreceli (...) hastalığın iyileşmesi, kötülemesi

⁴² Federal Mahkeme kararı 4C.32/2003 19. Mayıs 2005, E. 2.2.

⁴³ (Alman Hukuku için) krş. Junker (dipnot. 48), 605.

⁴⁴ A.M. Chappuis (dipnot 33), 381 f.

veya şifanın gecikmesinde bir etkisi olması olanağı yoktur.

Böylece bir beden bütünlüğü ihlali bulunmuyor. Öğretide temsil edilen görüşe göre de böylesi bir durum engelli çocuğun doğumunun engellenmemesi aracılığıyla gerçekleşmesine izin verilmesinde de bulunmaz, çünkü

İlk derece mahkemesinin belirlediği gibi zarar kavramı, önceki duruma göre daha elverişli olacak sağlıklı bir alternatif durum ile karşılaştırmayı gerektirir.

Bununla birlikte engelli ve sağlıklı doğmuş olan çocuğun arasındaki farka başvurulamayacaktır, çünkü davacı 2 hiçbir koşulda sağlıklı olarak dünyaya gelemeyecekti. Eğer bedensel özerkliğin zarar görmesi söz konusu değil ise eşitlenebilecek bir manevi zarar da oluşmamış olacaktır.

Eğer böylece, İsviçre Borçlar Kanunu md. 47'ye göre bir tazminat hakkı doğacaksa, sınılanması gereken davacı 2'nin bedensel zarardan başka türlü kişiliğinde zarar görüp görmemiş olduğu ve bu sayede İsviçre Borçlar Kanunu md. 49 uyarınca bir alacak hakkı olup olmayacağıdır.

5. Kuşukulu olan husus, çok ağır zararlarla dünyaya gelmemenin çocuğun kişilik hakkının hukuku kuşatıp kuşatmadığıdır. İstenmeyen yaşam olaylarında, bu türlü bir varoluşa biricik alması var olmama olduğundan, soru şöyledir: Kişilik hakkı varoluştan feragati de içerir mi?

Yasa koyucu belli koşullarda annenin kürtajına izin veriyorken ve İsviçre hukuku bu sayede belirli koşullarda annenin "doğurmama" istemine izin veriyorken, çocuğun doğmama hakkını tanımıyor.

Böylesi bir durumda yaşamın oluşması İsviçre hukuk düzenine göre hukuka aykırı olamaz. Benzer olarak engelli doğan çocuğun da annesine karşı var olmama hakkını ileri süremeyeceği gibi benzer bir hak tıp personeline karşı da ileri sürülemez. Böylesi bir durum annenin kürtaj hakkından da çıkarılamaz⁴⁵. Annenin hakkı öğretide belirtildiğinin aksine doğmamış çocuğa genişletilemez. Anneden farklı olarak varlığı üzerinde

⁴⁵ Melchert (dipnot 6), satır 23 ve 25.

bir seçim hakkı yoktur. Çocuğa karşı da, dünyaya gelmemesi hususunda sözleşmesel bir (koruma) ödev doğmuş olamaz. Bir tazminat istemindeki koşul olarak hukuka aykırılık ya da sözleşme ihlali koşulu eksiktir.

Toparlayacak olursak: Var olmama hakkı yoktur. Davalının ihmali de ne bir sözleşmesel ödevin (korumanın) ihlali söz konusudur, ne de hukuka aykırılık. Vaziyet (bir engellilik de dahil olarak) doğmuş olmak manevi bir zarar teşkil etmez.

6. Nedensellik ve kusur gibi başkaca sorumluluk koşulları tamamlanmış mı diye bakılmasına gerek yoktur.

(c) Sonuç

7. Çocuğun ne sözleşmesel ne de sözleşme dışı bir doğmamış olma hakkı vardır. Engelli doğan çocuk manevi bir zarar görmemiştir.

8. Davacı 2 geçerli hukuka göre tazminata hak kazanamamıştır. Çocuğa geçerli olmayan sorumluluk hukukuna karşın, mahkeme tarafından değil yasa koyucu tarafından de lege ferenda yanıtlanması gereken bir istenmeyen-yaşam alacağı hakkının tanınabilirliği sorunu, hukuk politikasının bir sorunudur⁴⁶. Burada yanıtlanamayacak olan çocuğun böylesi durumlarda sorumluluk hukuku bakımından tanınabilir (gerekirse normatif) bir zararının olup olmadığı sorusu da buna dahildir.

V. Giderler

(...)

⁴⁶ A.M. Chappuis (dipnot 33), 382