

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**KARAR**

**ZÜMRÜT AĞAPINAR BAŞVURUSU**

**Başvuru Numarası** : 2015/3747  
**Karar Tarihi** : 26/12/2018

**Başkan** : Engin YILDIRIM  
**Üyeler** : Celal Mümtaz AKINCI  
Muammer TOPAL  
M. Emin KUZ  
Rıdvan GÜLEÇ  
**Raportör** : Şermin BİRTANE  
**Başvurucu** : Zümrüt AĞAPINAR  
**Vekili** : Av. İhsan Mustafa AĞAPINAR

**I. BAŞVURUNUN KONUSU**

1. Başvuru, tıbbi ihmal sonucu zarara uğranılması sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

**II. BAŞVURU SÜRECİ**

2. Başvuru 2/3/2015 tarihinde yapılmıştır.  
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.  
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, başvuru hakkında görüş bildirilmeyeceğini belirtmiştir.

**III. OLAY VE OLGULAR**

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:  
7. Başvurucu 3/9/2004 tarihinde şiddetli karın ağrısı, kusma, hâlsizlik şikâyetleriyle Sivas İzzettin Keykavus Devlet Hastanesine (Hastane) yatırılmış, gerekli tedavi uygulandıktan sonra 3/9/2004 tarihinde taburcu edilmiştir. Ancak bundan üç gün sonra başvuru aynı şikâyetlerle tekrar Hastaneye müracaat etmiş ve 7/9/2004 tarihinde Doktor F.B. tarafından *apendektomi* ameliyatı yapılmıştır.

8. Başvurucu 14/9/2004 tarihinde taburcu edildikten sonra aynı şikâyetlerinin devam etmesi sebebiyle bu defa aynı Hastanede batın içi *apse* şüphesi ile 29/9/2004 tarihinde bir başka doktor tarafından ikinci kez ameliyat edilmiştir.

9. Ancak başvurunun şikâyetleri devam etmiş, 4/10/2004 tarihinde *gastroskopi* tetkiki yaptırılmış ve *pangastrit* teşhis edilmiştir. İlaçla tedavinin ardından başvuru 6/10/2004 tarihinde taburcu edilmiştir.

#### **A. Ön İnceleme Süreci**

10. Başvurucu ilk ameliyatı gerçekleştiren Doktor F.B. hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Bunun üzerine Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ilgili doktor hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca tarihinde soruşturma izni talep edilmiştir.

11. Söz konusu doktor hakkında hazırlanan 9/6/2005 tarihli ön inceleme raporunda ikinci ameliyattan sonra hastanın şikâyetlerinin geçmemiş olmasının ikinci ameliyatın gerekliliği konusunda şüphe uyandırdığı, hastaya ameliyattan önce *gastroenteroloji konsültasyonu* yapılmasının düşünülebileceği belirtilmiştir. Ancak raporda doktorun tıbbi ve mesleki yaklaşımlarında bir eksiklik bulunmadığı, hastaya gereken özeni gösterdiği kanaatiyle soruşturma izni verilmemesi görüşü bildirilmiştir. Bununla birlikte Sivas Valiliği tarafından 21/7/2005 tarihinde soruşturma izni verilmesine karar verilmiştir.

12. Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ifadesine başvuru Doktor F.B., 29/9/2005 tarihli yazılı ifadesinde kendisinin tıbbi uygulamalarında hiç bir kusur bulunmadığını, ancak ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılsaydı başvurucuda *pangastritis* olduğunun anlaşılacağını, boş yere ikinci kez ameliyat olmayacağını beyan etmiştir.

13. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Adli Tıp Kurumundan (ATK) bilirkişi raporu istenmiştir. ATK'nın 15/2/2006 tarihli raporunda; kadınlarda sağ kasık bölgesindeki ağrının çok değişik nedenlerden meydana gelebileceği, hastanın yatışı ve uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, ayrıca *appendix* iltihaplarında özellikle gençlerde yatırılarak kısa süreli antibiyotik tedavisi uygulamasının bazen *appendix* iltihabı hadisesinin gerilemesine ve tablonun kaybolmasına yol açtığı, ancak hastada beş gün sonra karın ağrıları başlaması ile akut batın şüphesiyle *opere* edilen hastada sağ *overinde multipl kistler*, *appendixin flegmene* ve *perfore* olduğu dikkate alındığında da ikinci yatışa ait konulan tanı ve uygulanan operasyonun tıp kurallarına uygun olduğu, görev ihmalinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.

14. 28/3/2006 tarihinde Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ATK'nın 15/2/2006 tarihli raporuna atıfla uygulanan tıbbi tedavide herhangi bir görev ihmalinden bahsedilemeyeceği ve atfı kabil bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle Doktor F.B. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz Tokat Ağır Ceza Mahkemesinin 9/5/2006 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

#### **B. Tam Yargı Davası Süreci**

15. Başvurucu; teşhis ve tedavide hata yapıldığını, bu nedenle ikinci kez ameliyat olmak zorunda kaldığını ve otuz yedi gün iş gücü kaybına uğradığını belirterek Sivas İdare Mahkemesinde (Mahkeme) Sağlık Bakanlığı aleyhine maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açmıştır.

16. Mahkeme 22/2/2008 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ATK'dan alınan 15/2/2006 tarihli rapor hükme esas alınmıştır. Kararın gerekçesinde, ATK raporuna atıfta bulunularak davalı idareye atfı kabil bir ihmâl ve kusurun bulunmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, bu sebeple davalı idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmıştır.

17. Bu karar Danıştay Onbeşinci Dairesinin 5/6/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla onanmıştır.

18. Muhalif üye görüşünde ön inceleme raporunda ikinci ameliyattan önce *gastroenteroloji konsültasyonu* yapılmasının gerekliliğinden bahsedilmesi nedeniyle bu hususun gerekli olup olmadığının ATK tarafından açıklığa kavuşturulması gerektiği düşüncesi belirtilmiştir.

19. Başvurucunun karar düzeltme istemi aynı Dairenin 23/12/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar başvuru vekiline 3/2/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 2/3/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

#### IV. İLGİLİ HUKUK

##### A. Ulusal Hukuk

21. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

*"İdari dava türleri şunlardır:*

...

*b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,*

..."

##### B. Uluslararası Hukuk

22. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."*

23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dâhil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere erişimlerinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamı içerisinde yer aldığını kabul etmektedir (*Trocellier/Fransa* (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye* (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013).

24. AİHM kararlarına göre devletler -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- sağlık hizmetlerini hastaların yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Vo/Fransa* [BD], 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Calvelli ve Cigliò/İtalya* [BD], 32967/96, 17/1/2002, § 51; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye*).

25. AİHM'e göre taraf devletler, uygulanması planlanan tıbbi işlemin öngörülebilir sonuçları hakkında doktorların hastalara önceden bilgi vermelerini sağlayacak gerekli düzenleyici tedbirleri almak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak hastanın önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan öngörülebilir nitelikte bir riskin ortaya çıkması durumunda, ilgili devlet hastaya bilgi verilmemesinden doğrudan sorumlu tutulabilmektedir (*Şerif Gecekuşu/Türkiye* (k.k.), B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Trocellier/Fransa*).

26. Tıbbi bir hatanın ve hastane hizmetlerindeki eksikliklerin sorumluluğunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında doğrudan devlete atfedilmesi için yeterli olup olmaması hususunda AİHM, farklı tıbbi bilirkişi raporlarında ve hatta iç yargı organlarının kararlarında her türlü tıbbi hata ve ihmalin ihtimal dışı bırakıldığı bir davada (*Yardımcı/Türkiye*, B. No: 25266/05, 5/1/2010, § 59) her halükârda bu sonuçları sorgulamanın veya sahip olduğu tıbbi bilgilerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında tahminlere dayalı olarak fikir yürütmenin görevleri arasında olmadığına işaret etmiştir (*Tysiąc/Polonya*, B. No: 5410/03, 20/3/2007, § 119; *Yardımcı/Türkiye*, § 59).

## V. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 26/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

### A. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu, doktorların kusuru nedeniyle iki kez ameliyat edilmek zorunda kaldığını, bu nedenle maddi ve manevi olarak zarara uğradığını ifade etmiştir. İlk ameliyatı gerçekleştiren doktorun Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği ifadede ve Sivas Valiliğince yaptırılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılsaydı *pangastritis* olduğunun anlaşılabilceğinin belirtildiğini, bu rahatsızlığın ameliyata gerek olmayan, ilaçla tedavi edilebilen bir rahatsızlık olduğunu, bu işlem yapılmadığı için boşuna ikinci kez ameliyat edildiğini ifade etmiştir. Başvurucu bu nedenlerle yaşam ve sağlık hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

### B. Değerlendirme

29. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

*"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."*

30. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

*"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler."*

31. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

32. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir.

33. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, kasıt söz konusu olmaksızın hekim kusuru nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar gördüğü şeklindeki tıbbi ihmale dair şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelemiştir (*Melahat Sönmez*, B. No: 2013/7528, 9/9/2015; *Ahmet Sevim*, B. No: 2013/474, 9/9/2015; *Hilmi Düzgüner*, B. No: 2014/9690, 11/5/2017).

34. Anılan kararlar doğrultusunda somut olayda başvurunun tıbbi ihmale dayalı tüm şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

## **1. Kabul Edilebilirlik Yönünden**

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

## **2. Esas Yönünden**

### **a. Genel İlkeler**

36. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda anılan Anayasa hükmü ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü gerek kamusal yetkilerle donatılmış kişilerin gerekse özel kişilerin müdahalelerine karşı güvence altına alınmıştır (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 40).

37. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Bunun yanı sıra devletin tıbbi müdahaleler nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve maddi ve manevi varlığına saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 49). Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde de belirtildiği üzere pozitif yükümlülük, sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır (*İlker Başer ve diğerleri*, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 44).

38. Devlet, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin sağlık hizmetlerini hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Ahmet Acartürk*, § 51).

39. İlke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 38).

40. Maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının makul derecede dikkatli ve özenli inceleme şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelerinin bu tür olaylara ilişkin yargılamalarda Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıklarının ya da ne ölçüde yaptıklarının da Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer hak ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır (*Yasin Cıldır*, B. No: 2013/8147, 14/4/2016, § 57; *Tevfik Gayretli*, B. No: 2014/18266, 25/1/2018, § 32).

41. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi öncelikle idari ve yargısal makamların ödevidir. Aynı şekilde başvuru dosyasında bulunan tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir (*Mehmet Çolakoğlu*, B. No: 2014/15355, 21/2/2018). Ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi için ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesi gerekir. Bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı incelenmelidir (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 44).

42. Bu bağlamda derece mahkemelerinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkânını etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; ulaşılan sonuçlar yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır (*Murat Atılgan*, § 45).

#### **b. İlkelerin Olaya Uygulanması**

43. Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin somut olay bağlamında yerine getirilip getirilmediğini denetlemek durumundadır (*Tevfik Gayretli*, § 36). Bu sebeple başvuruya konu olay, devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında incelenmiştir.

44. Belirtmek gerekir ki başvuru dosyasında bulunan tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir (*Mehmet Çolakoğlu*, B. No: 2014/15355, 21/2/2018, § 47).

45. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin, bir yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporunun hükme ulaşırlarken dikkate alınması veya alınmamasına dair kararların tarafların haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilip verilmediğini incelemesi gerekmektedir (*Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, §§ 59, 60).

46. Somut olayda ATK tarafından Sivas Cumhuriyet Başsavcılığının Doktor F.B. hakkında yürüttüğü soruşturma dosyasına sunulan 15/2/2006 tarihli bilirkişi raporunun tazminat davasının reddine ilişkin hükme esas alındığı anlaşılmaktadır. Anılan bilirkişi

raporunda Doktor F.B. tarafından konulan tanı ve uygulanan operasyonun tıp kurallarına uygun olduğu, görev ihmalinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme tarafından bu bilirkişi raporuna dayanılarak davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

47. Başvurucu, ilk ameliyatı gerçekleştiren Doktor F.B.nin Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği ifadesinde ve Sivas Valiliğince yaptırılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda batın içi *apse* şüphesi ile yapılan ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılsaydı *pangastritis* olduğunun anlaşılabilceği ve ikinci ameliyata gerek olmayacağını belirtilmesine karşın bu hususun derece mahkemesince araştırılmamış olunmasından şikâyet etmektedir.

48. ATK tarafından verilen ve derece mahkemesi tarafından hükme esas alınan 15/2/2006 tarihli raporda da ilk ameliyatı gerçekleştiren doktorun belirtilen beyanları ve Sivas Valiliğince yaptırılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılması gerektiği yönündeki görüşe yer verildiği, dolayısıyla ATK'nın başvurunun söz konusu iddiasından haberdar olduğu görülmektedir. Ancak ATK'nın söz konusu raporunda, ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılsaydı hastanın *pangastritis* olduğunun anlaşılabilceği ve ikinci ameliyata gerek olmayacağı yönündeki iddiaya hiç bir yanıt ve açıklama getirilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

49. Söz konusu ATK raporunun Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hakkında şikâyetle bulunmuş olan Doktor F.B.nin tıbbi girişimleri hakkında değerlendirmeler içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Hâlbuki başvuru Sağlık Bakanlığına karşı idari yargıda açtığı tam yargı davasında sadece belirli bir doktorun uygulamalarından değil batın içi *apse* şüphesiyle ikinci kez ameliyat edilmesinden de bahisle tüm tedavi süreci açısından idarenin kusurlu olduğunu ileri sürmektedir. Tam yargı davasında mahkeme tarafından sadece Doktor F.B.nin tıbbi girişimlerini değerlendiren ATK'nın 15/2/2006 tarihli raporuyla yetinildiği, başvurunun tıbben gerekli olmadığı hâlde batın içi *apse* şüphesiyle ikinci kez ameliyat edildiği yolundaki iddiaları bakımından yeniden bilirkişi raporu alınması yoluna gidilmediği görülmektedir.

50. Bu durumda ameliyattan önce somut olayın koşulları ve tıp biliminin olay tarihinde ulaştığı seviye gözetildiğinde başvurucuya *gastroskopi* tetkikinin uygulanmasının gerekli olup olmadığı, gerekliyse *gastroskopi* yapılsaydı *pangastritis* olduğunun anlaşılmasının tıp kurallarına göre mümkün olup olmadığı ve ilgili doktorun ameliyattan önce söz konusu araştırmayı yapması gerekip gerekmediğinin, dolayısıyla ikinci ameliyata karar verilmesi yönünden doktorun bir kusurunun bulunup bulunmadığının derece mahkemelerinin kararlarında tartışılmadığı, başvurunun bu iddiasının karşılanmamış olduğu anlaşılmaktadır.

51. Sonuç olarak başvurunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde gerekli tetkik yapılmayarak teşhisin konulmadığı ve tıbben zorunlu olmadığı hâlde ikinci kez ameliyat edildiği iddiası yönünden derece mahkemelerince bilirkişi araştırması yapılmadığı, konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe de ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır. Üstelik başvurunun belirtilen iddia ve şikâyetleri, yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyettedir. Dolayısıyla yargısal makamlarca bu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

### 3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

53. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

*"(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir..."*

*(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

54. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığına ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

55. *Mehmet Doğan* kararında özetle; uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, §§ 57-58).

56. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

57. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak



durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan*, § 60).

58. Başvurucu, yeniden yargılama yapılmasına ve 1.000 TL maddi ve 10.000 TL manevi tazminat verilmesine hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

59. Başvuruda, başvurunun batın içi *apse* şüphesiyle uygulanan ikinci ameliyattan önce *gastroskopi* yapılsaydı *pangastritis* olduğunun anlaşılacağı ve ikinci ameliyata gerek olmayacağı hususunun bilirkişi raporunda yanıtlanmadığı iddiası yönünden derece mahkemelerince konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığından maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

60. Maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Sivas İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

61. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesi nedeniyle başvurunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

62. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

## VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. Kararın bir örneğinin maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Sivas İdare Mahkemesine (22/2/2008 tarihli ve E.2005/1632, K.2008/306 sayılı karar) **GÖNDERİLMESİNE**,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin **REDDİNE**,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurusunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan  
Engin YILDIRIM

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ