

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YAPRAK YÜKSEK BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2013/9116

Karar Tarihi : 14/10/2015

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Serruh KALELİ

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör Yrd. : Halil İbrahim DURSUN

Başvurucu : Yaprak YÜKSEK

Vekili : Av. Meriç KAPTAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hatalı patolojik bulgulara dayanılarak konulan kanser teşhisi üzerine başvurucunun rahminin alınması ve bu duruma sebebiyet verdiği iddia edilen ilgili personel hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/12/2013 tarihinde yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 22/12/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

1. Başvurucunun Özel K. Hastanesine Başvurması Üzerine Yaşanan Süreç

5. Başvurucu, 12/9/2008 tarihinde kasık ağrısı, sancı ve hâlsizlik şikâyetleri ile Özel K. Hastanesine başvurmuş ve Dr. E. T. tarafından muayene edilmiştir. Başvurucunun 12/9/2008 tarihli tomografi raporunun sonuç kısmında başvurucunun yumurtalıklarında kist olduğu belirtilmiştir.

6. Başvurucu, vücudundaki kitlenin kanser olabileceğini bildiğini ve bunun ancak ameliyatla belli olabileceğini, ameliyatla vücudundan alınacak parçalar incelenerek patoloji raporu alınacağı ve sonrasında teşhis konulacağı hususlarının doktoru tarafından kendisine ifade edildiğini, bunun üzerine 26/9/2008 tarihinde aynı Hastanede ameliyat olmaya karar verdiğini belirtmektedir. Başvurucu, anılan tarihte Dr. E. T. tarafından genel anestezi altında ameliyata alınmış; ameliyat sırasında başvuruçunun kanser olduğundan şüphelenilmiştir.

7. Başvuruçunun vücudundan alınan parçaları inceleyen Patoloji Doktoru H. A., 26/9/2008 tarihli yazısıyla, "*Kadın doğum ameliyatındaki hasta Yaprak ACAR'ın (YÜKSEK) makroskopik değerlendirilmesi sonucu seröz ya da misinöz papiller karsinom (Karsinom: herhangi bir kanser, habis tümöral kütleyle verilen isim) ile uygunluğu olduğu görülmüştür.*" değerlendirmelerinde bulunmuştur. Başvuruçunun vücudundan alınan parçalar, patoloji raporu hazırlanmak üzere Kocaeli Tıp Fakültesi Hastanesine de gönderilmiştir.

8. Başvurucu, ilgili doktorlar tarafından kendisinin kanser olduğunun ve derhâl yumurtalıklar ile alt batinın tamamının alınması gerektiğinin annesi ve teyzesine söylendiğini, aldıkları haberin şokunu yaşayan annesi ve teyzesine bu yönde bir muvafakatname ve taahhütname imzalatıldığını belirtmektedir. Başvuruçunun annesi ile teyzesi, "*Kızım Yaprak Acar'a 26.9.08 tarihinde yapılan operasyonda kanser teşhisi konmuştur. Overlerin, uterusun alınmasına izin veriyorum.*" yazan bir kâğıda imza atmışlardır. Ayrıca yapılacak olan operasyona izin verdiklerini gösterir muvafakat belgesi de imzalamışlardır.

9. Bunun üzerine ameliyata devam edilmiş ve başvuruçunun yumurtalığı ile rahmi alınmıştır. Başvuruçunun epikriz formunda, yapılan operasyonlar tıbbi terimleri ile açıklanmış ve hastanın kemoterapi için onkolojiye gönderildiği belirtilmiştir.

10. Başvurucu, anılan olaylar üzerine etkin bir tedavi ve kemoterapi almak için başvurduğu hastanelerde yapılan tetkikler neticesinde kanser olmadığını öğrendiğini belirtmektedir. Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 26/9/2008 tarihli raporu, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 23/10/2008 tarihli raporu ve İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 13/11/2008 tarihli raporu, başvuruçunun kanser olmadığını doğrulamaktadır.

2. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığına Şikâyet Üzerine Yaşanan Süreç

11. Başvurucu, Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği 23/3/2009 tarihli dilekçe ile özetle 26/9/2008 tarihinde Dr. E. T.nin öncülüğünde genel anestezi uygulanarak ameliyata alındığını, ameliyata alınmadan önce vücudundaki kistin alınacağını -iyi huylu olması durumunda alınacağını- kendisine söylendiğini, ameliyat sırasında kistlerin kötü huylu olduğu kanaatine varılması üzerine şaşkın hâldeki annesi ve teyzesinden muvafakat alınarak rahminin alındığını, patoloji raporunu tanzim eden Dr. H. A.nın ameliyatın seyrine etki ettiğini, bu olaydan sonra çeşitli hastanelerde yaptırdığı tetkikler neticesinde teşhisin doğru olmadığını öğrendiğini, yanlış teşhis sonucu yapılan müdahalenin sonucu olarak artık hiçbir şekilde çocuk sahibi olamayacağını, ilgili doktorlar hakkında Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası da açtığını belirterek Dr. E. T. ve Dr. H. A. ile Hastanenin bağlı olduğu K. Sağlık Hizmetleri Tic. A.Ş.yi temsile yetkili kişiler hakkında şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığınca müşteki sıfatıyla alınan 26/5/2009 tarihli ifadesinde de benzer iddialarda bulunmuştur.

12. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığınca, başvuruçunun tedavisine ilişkin tıbbi belgeler ve başvuruçunun Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı tazminat davasına ilişkin dosya soruşturma dosyasına eklenmiş ve Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu istenmiştir.

13. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanı bir üye ile tıbbi patoloji alanında bir üyenin de katılımı ile Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu; başvuruçunun şikâyeti dilekçesi ile Hastane, Dr. E. T. ve Dr. H. A.nın ortak vekillerinin ifadesini dikkate alarak ve başvuru hakkında düzenlenen belgeleri inceleyerek 26/10/2011 tarihli raporu hazırlamış ve sonuç olarak "(...) mevcut tıbbi belgelere göre ameliyat endikasyonunun doğru olduğu, ameliyat gözleminde olayın habis olabileceği düşünülerek frozen istenmesinin uygun olduğu, frozen sonucunun habis olması üzerine Kadın Doğum Uzmanı E. T.'nin TAH+BSO ameliyatı yapmasından dolayı kusur atfedilemeyeceği, Patoloji raporuna göre ameliyat şeklinin doğru olduğu; kurumumuza gönderilen 16 adet boyalı lam kırılmış olduğundan değerlendirilemediği, bu nedenle bu preparatlardaki patolojik bulguların halen olduğunun bilinemeyeceği ancak 1 adet hazır bloktan hazırlanan kesitler değerlendirildiğinde izlenen değişiklikler borderline seröz tümör olarak düşünüldüğü, her ne kadar patolojik tanıda bir hata bulunmakta ise de, ameliyat esnasında hazırlanıp incelenen optimal olmayan preparatlarda adeno karsinom, adenom, borderline tümör ayrımının güçlüğü nedeniyle yanlıya düşebileceğinin mahkemenizce göz önünde bulundurulmasının uygun olduğu, muvafakat alınması hukuki bir husus olduğundan mahkemenizin takdirine bırakıldığı, hastaneye kusur atfedilemeyeceği..." yönünde görüş bildirmiştir.

14. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı, 10/6/2013 tarihli ve Sor. No: 2009/5710, K.2013/4514 sayılı kararında "...dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 26/10/2011 tarihli raporuna göre meydana gelen olayda ameliyatı yapan doktorlar ve ameliyat yapılan hastanenin bir kusurunun olmadığı belirtildiğinden kusur yokluğu sebebiyle, atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı..." gerekçesiyle şüpheliler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir.

15. Başvuruçunun, 1/8/2013 tarihli dilekçe ile özetle Adli Tıp Kurumundan alınan bilirkişi raporunda Dr. H. A.nın kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmadığını, raporun bu hâliyle savcılık makamınca verilecek karara esas alınacak mahiyette bulunmadığını, raporda teşhisin yanlış yapıldığına dair tespit bulunmasına rağmen diğer şüphelilerin kusurlarının bulunmadığı yönündeki mütalaaaya katılmanın mümkün olmadığını, acil şekilde müdahaleyi gerektirecek bir durum yokken kendisinin haberi dahi olmadan hayatının karartıldığını belirterek kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz etmiştir.

16. Başvuruçunun anılan karara yaptığı itiraz, Sakarya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/9/2013 tarihli ve 2013/68 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

17. Söz konusu karar 7/11/2013 tarihinde başvuruçunun vekiline tebliğ edilmiştir.

18. Başvuruçunun 6/12/2013 tarihinde yapılan bireysel başvuru yapmıştır.

3. Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde Açılan Tazminat Davasına İlişkin Süreç

19. UYAP üzerinden yapılan araştırma neticesinde başvuruçunun 30/1/2009 tarihinde Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde Dr. H. D., Dr. E. T. ve K. Sağlık Hizmetleri Tic. A.Ş. aleyhine tazminat davası açtığı, davanın Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 18/7/2013 tarihli kararı ile reddine karar verildiği, başvuruçular tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/2/2015 tarihli ilamı ile bozulduğu,

davalılar tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuş ise de karar düzeltme talebi hakkında Yargıtay tarafından henüz bir karar verilmediği görülmüştür.

B. İlgili Hukuk

20. Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Sorumluluk" başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

21. 6098 sayılı Kanun'un haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinin ceza hukuku ile ilişkisini düzenleyen 74. maddesi ise şöyledir:

"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

22. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/4/2011 tarihli ve E.2010/13-717, K.2011/129 sayılı kararı şöyledir:

“...

Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76.maddesi gereği doğrudan hakimnin görevidir. Davacı, davalı doktor tarafından yapılan ameliyat nedeniyle ameliyat edilen bölgede yabancı cisim bırakıldığından yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK.321/1.md.) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdümü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1.maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa

etmemiş sayılmamıştır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

...”

23. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16/2/2012 tarihli ve E.2011/19947, K.2012/3097 sayılı kararı şöyledir:

“...Davadaki ileri sürülmüş ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 290/2 md.). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, B.K.'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır....”

24. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 7/10/2008 tarihli ve E.2008/11477, K.2008/11825 sayılı kararı şöyledir:

“...”

Dava konusu olay nedeniyle davacıların Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikayet başvurusunda buldukları anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu 53. maddesine göre hukuk hakimisi ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değilse de verilecek mahkumiyet kararı ve tespit edilen maddi olguları ile bağlıdır. Bu durumda mahkemece hazırlık soruşturması sonucunun eğer dava açılmış ise ceza davasının sonucunun beklenerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde, hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

...”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 14/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruçunun 6/12/2013 tarihli ve 2013/9116 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucu, hatalı patolojik bulgularla konulan kanser teşhisine bağlı olarak rızası ve bilgisi dışında yapılan ameliyat ile bir daha hiçbir şekilde çocuk sahibi olamayacak şekilde rahim ve alt batının alınması üzerine taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçundan Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yeterli araştırma yapılmadığını, dinlenilmesini talep ettiği tanıklar dinlenmediği gibi şüphelilerin dahi ifadelerinin alınmadığını, Savcılık tarafından pasif bir tutum sergilenerek olay hakkında açtığı hukuk davasında alınan bilirkişi raporunun beklendiğini ve bu rapora istinaden kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğini, ameliyat sırasında basitçe teşhis konulmasının ve buna göre hareket edilmesinin mümkün olmadığını, anılan raporda şüphelilerden Dr. H. A. hakkında olumlu ya da olumsuz bir kusur değerlendirmesi yapılmadığını, kaldı ki raporda kusur değerlendirilmesi yapılan taraflar ile şikâyetçi olduğu tarafların aynı olmadığını, hukuk davası kapsamında alınan raporda Hastanenin kusuru değerlendirilirken savcılık soruşturması kapsamında Hastane sorumlusunun kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, Savcılık tarafından Hastane sorumlusunun kim olduğunun dahi araştırılmadan karar verildiğini, şikâyetinin makul bir süre içinde etkin şekilde soruşturulmadığını belirterek Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştü; ihlalin tespiti, sorumlular hakkında yeniden soruşturma yapılması ile tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Hatalı teşhis sonucu rahminin alınması üzerine maddi ve manevi yönden birçok sıkıntı çektiğini ve olayın etkili şekilde soruşturulmadığını belirten başvurucunun söz konusu iddiaları, Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile ilgilidir. Kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlükleriyle ilgili konular ile kişilerin kendilerine sağlanan tıbbi tedavi seçimine katılımları ve bu tedavilere olan rızaları ile ilgili hususlar, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle başvurucunun Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları, Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

28. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

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

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

29. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbiriyle bağlantılı olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Anayasa Mahkemesince belirtildiği gibi yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardır (AYM, E.2007/78, K.2010/120, 30/12/2010). Maddenin amacı -esas olarak- bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Devletin ayrıca vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarı etkileyen saldırılar karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma, maddi ve manevi

varlığına saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Adnan Oktar* (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32).

30. Söz konusu pozitif yükümlülük, sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin “*herkesin hayatını(,) beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (...) amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini*” düzenleyeceği ve bu görevini kamu ve özel sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır.

31. Devlet, kişinin maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- sağlık hizmetlerini, hastaların maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 35).

32. Devletin maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usule ilişkin yönü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 54). Bu usul yükümlülüğünün; bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Buna göre fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Bu ilke, tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen maddi ve manevi varlığa verilen zarar hâlleri için de geçerlidir. Bu durumlarda mağdurlara hukuki, idari hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59; *Nail Artuç*, § 37).

33. Bununla birlikte ihmal suretiyle meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, insanların yaşamını veya vücut bütünlüğünü tehlikeye atan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline neden olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60). Bu yaklaşım, yetkili kişi ve kurumların kamu ya da özel sağlık kuruluşlarına başvuran bir hastanın sağlık durumunun ciddiyetini bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen meydana gelebilecek riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almayarak yahut hastanın tanı ve tedavisine ilişkin değerlendirme hatasını açacak şekilde mesleki ödevlerine aykırı davranarak bir kimsenin hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi hâlinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, B. No: 13423/09, 9/4/2013; *Asiye Genç/Türkiye*, B. No. 24109/07, 27/1/2015).

34. Somut olayda başvuru konusu olay ile ilgili olarak başvurusunun kullanabileceği birden fazla hukuki yol bulunmaktadır. Bu kapsamda başvuru, yaşanan olay hakkında bir ceza soruşturması başlatılmasını ve kusurlu olan personel hakkında kamu davası açılmasını yetkili Cumhuriyet Başsavcılığından talep edebilir. İkinci bir yol olarak başvuru, rahminin alınmasından sorumlu olduğunu düşündüğü kişiler ile Hastane aleyhine haksız fiilden ya da vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk kapsamında yetkili asliye hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Nitekim başvuru, Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş ve ilgili personel hakkında suç duyurusunda

bulunmuştur. Başvurucu ayrıca Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde Dr. H. D., Dr. E. T. ve K. Sağlık Hizmetleri Tic. A.Ş. aleyhine tazminat davası açmıştır. Açılan davanın Kocaeli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 18/7/2013 tarihli kararı ile reddine karar verildiği, başvuru tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/2/2015 tarihli ilamı ile bozulduğu, davalılar tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuş ise de karar düzeltme talebi hakkında Yargıtay tarafından henüz bir karar verilmediği görülmüştür. Bu durumda sorulması gereken soru, somut olayın koşulları çerçevesinde maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı kapsamında devletin sahip olduğu “etkili bir hukuk sistemi kurma” yönündeki pozitif yükümlülüğün anılan hukuki çarelerden herhangi biri ile yerine getirilip getirilmediğidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Anna Todorova/Bulgaristan*, B. No: 23302/03, 24/5/2011, § 74; *Nurettin Demir ve Çiçek Demir/Türkiye*, B. No. 34885/06, 13/11/2012, § 71).

35. Bireysel başvuru formu ve eklerinde sunulan bilgi ve belgeler ışığında ve mevcut başvurunun koşulları incelendiğinde başvurunun yaşandığı olayın tıbbi değerlendirme hatasını aşan kasti bir tutumdan ya da ciddi bir ihmalden kaynaklandığını gösteren herhangi bir bulgu olmadığı ve olayın meydana geldiği koşulların -bu bağlamda- herhangi bir şüphe uyandırmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu da söz konusu olayın görevli personel tarafından kendisine zarar verilmek kastiyla gerçekleştirildiği yönünde bir iddia ileri sürmemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında başvuru konusu olayın yukarıda belirtilen istisnalar (bkz. § 33) kapsamında bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında devletin sahip olduğu “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük, somut olayda mağdura adli ya da idari yargı mercileri önünde açabileceği bir tazminat ya da tam yargı davası yolunun sağlanması ile yerine getirilmiş sayılabilir.

36. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Türk hukuk sisteminde mevcut bir hukuk yolu olan, hem hastanenin ve ilgili personelin mesuliyetini saptayabilecek hem de gerektiği takdirde zararın ödenmesini sağlayabilecek olan tazminat davasının hâlihazırda devam ettiğini tespit etmektedir. Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen Yargıtay içtihatlarını da (bkz. §§ 27, 28) göz önünde bulundurarak açılan tazminat davasının, makul bir başarı şansı sunmadığı sonucunu çıkarmaya olanak sağlayan herhangi bir husus içermediği kanaatine varmıştır. Bu durumda maddi ve manevi varlığı koruma hakkının ihlal edildiği yönünde ileri sürülen iddiaların -yargılama süreci kesin olarak sona ermediğinden- bu aşamada incelenmesi mümkün değildir.

37. Hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca, ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun istisnai nitelik taşımasına rağmen kasten veya taksirle başkalarına verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı

şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (*İşıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44).

38. Açıklanan nedenlerle tıbbi hata sonucunda maddi ve manevi varlığı koruma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun, *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına

14/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Rıdvan GÜLEÇ