

**GENEL KURUL
KARAR**

NAFİA SEVİN ERGÜN SEFADA VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2014/14844
Karar Tarihi : 1/12/2016

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serruh KALELİ
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
Nuri NECİPOĞLU
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Nahit GEZGİN

Başvurucular : 1. Nafia Sevin ERGÜN SEFADA
2. Zeynep Esra PEKER
3. İsmet Gülten ERGÜN

Vekili : Av. Veysel OK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; başvurucuların yakınının tedavi gördüğü hastanede yaşamını yitirmesiyle ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/9/2014 tarihinde yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 31/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm tarafından 27/10/2016 tarihinde yapılan toplantıda verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. Başvurucular İstanbul'da yaşamaktadırlar. Başvurucu İsmet Gülten Ergün'ün eşi, diğer başvurucuların ise babası olan müteveffa Sumer Ergün olay tarihinde 76 yaşındadır ve fizik tedavi ve rehabilitasyon dalında uzmanlığı bulunan emekli bir tıp doktorudur.

7. Başvurucular gibi İstanbul'da yaşayan müteveffa 12/6/2012 tarihinde idrar yapmada güçlük, sık tekrarlayan idrar yolu enfeksiyonları ve benzeri şikâyetlerle İstanbul'da faaliyet gösteren özel bir hastaneye başvurmuştur.

8. Müteveffaya aynı gün spinal anestezi altında üretradaki darlığın genişletilmesi ameliyatı yapılmıştır. Bu ameliyattan iki gün sonra 14/6/2012 tarihinde müteveffa, felç gelişmesi ve solunum güçlüğü yaşaması nedeniyle Hastanenin yoğun bakım ünitesine alınmıştır. Bu ünite 15/6/2012 tarihinde yapılan incelemede spinal bölgede kanama tespit edilmiştir.

9. Müteveffanın 16/6/2012 tarihinde kalbi durmuş ve yeniden canlandırma işlemine yanıt alınarak kalp ritminin geri dönmesi sağlanmış ise de müteveffa, yoğun bakım ünitesinde tedavisine devam edildiği 20/7/2012 tarihinde yaşamını yitirmiştir.

10. Hastane tarafından düzenlenen aynı güne ait ölüm belgesinde, ölüm sebebinin kronik kalp hastalığı, mesane tümörü, kronik böbrek yetmezliği ve aritmi, çoklu organ yetmezliği ve beyne yeteri kadar oksijen gitmemesi olduğu belirtilmiştir.

11. Müteveffa, aynı gün defnedilmiştir. Defnedilmeden önce yakınları tarafından talep edilmediğinden cesedi üzerinde ölü muayene ve otopsi işlemi yapılmamıştır.

12. Başvurucular, ölüm olayından yaklaşık üç ay sonra 17/10/2012 tarihinde müteveffanın, hastalığının teşhisinde ve tedavisinde ihmalkârlık gösterilmesi sonucunda yaşamını yitirdiğini ve ihmali ispatlayan belgelerde sahtecilik yapıldığını ileri sürerek aralarında Hastanenin uzman doktorları, hemşireleri, teknisyeni, yoğun bakım kliniği nöbetçisi, yoğun bakım kliniği şefi, başhekimi ve başhekim yardımcısının da bulunduğu on bir sağlık personeli hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına (Cumhuriyet Başsavcılığı) suç duyurusunda bulunmuşlar ve sorumluların cezalandırılmasını talep etmişlerdir.

13. Başvurucular bu suç duyurularında özetle, kendisi de doktor olan müteveffanın uygulanacak operasyonun basit bir işlem olduğu hususunda ikna edildiğini, genel anestezi altında olacağı zannıyla kabul ettiği ameliyat işleminin ne müteveffadan ne de kendilerinden bir onay (rıza) alınmadan spinal anestezi uygulanarak

gerçekleştirildiğini, ardından genel durumunun bu anestezi yöntemi yüzünden kötüleşmesi nedeniyle yoğun bakım ünitesine alınan müteveffanın burada -bir dizi kusur ve ihmalkârlığın da eklenmesi sonucu- yaşamını yitirdiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, ayrıca ihmali ispatlayan belgelerde sahtecilik yapıldığını iddia etmişlerdir.

14. Başvurucular ayrıca, hastanede hemşire olarak görev yapan G.N.A.nın olay hakkında bilgi sahibi olduğunu ileri sürmüş ve ifadesinin alınmasını talep etmişlerdir.

15. Başvurucuların müracaatı üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından olay hakkında aynı tarihte soruşturma başlatılmış ve bu soruşturmada G.N.A.nın tanık sıfatıyla ifadesi 6/12/2012 tarihinde kollukta alınmıştır. Tanık bu ve soruşturmanın ileriki aşamasında alınan ifadelerinde özetle, yoğun bakım ünitesinde olan ve ağırları bulunan müteveffaya burada görevli olan doktor C.Ç.nin talimatıyla hemşire D.A. tarafından gereğinden yüksek dozda morfin verildiğini, kalbinin durmasından sonra bu durumun tespitinde ve müdahalesinde geç kaldığını, ayrıca bu hususlara ilişkin belgelerde gerçeğe aykırı bilgilere yer verildiğini ileri sürmüştür.

16. Soruşturmada, şüphelilerin ifadeleri 12/12/2012 tarihinde alınmıştır. Şüpheliler bu ifadelerinde özetle, müteveffanın son beş yıldır kronik kalp yetmezliği yaşaması, kroner arter hastalığı nedeniyle öncesinde çeşitli cerrahi operasyonlar geçirmesi, kalp kapaklarında fonksiyon bozukluğu yaşaması ve kalbine pil takılması gibi nedenlerle kardiyolojik açıdan yüksek riskli bir hasta olmasının yanında kendisinde böbrek ve karaciğer yetmezliğinin bulunması, prostat ve mesane kanseri öyküsünün bulunup radyoterapi tedavisi görmesi ve cerrahi mesane ameliyatı geçirmesi gibi nedenlerle anestezi yaklaşım açısından yapılan sınıflandırmada ölüm riski yüksek hasta grubunda yer aldığını söylemişlerdir. Ayrıca bu sebeple genel anestezi yönteminin ve bu yöntemde kullanılan ilaçların müteveffayı olumsuz etkileyeceğini hatta ölümüne yol açabileceğini değerlendirdiklerini, yakınlarının da müteveffanın başka bir hastalığı nedeniyle daha önce uygulanan genel anestezi sonucunda solunum problemi yaşadığını vurgulamaları üzerine spinal anestezi uygulanmasının daha doğru bir seçim olduğuna karar verip kendisi de doktor olan müteveffaya ve hazır bulunan yakınlarına hastalığının tedavisi için uygulanacak spinal anestezi yöntemi de dâhil tüm anestezi yöntemlerinin içerdikleri riskleriyle birlikte ayrıntılı olarak anlatıldığını, müteveffanın da spinal anestezi uygulamasını kabul edip buna ilişkin "Aydınlatılmış Onam (Rıza) Formu"nu imzaladığını beyan etmişlerdir.

17. Şüpheliler ifadelerinde bunların yanında tıbbi sebeplerden ötürü -böbrek yetmezliği yaşaması ve benzeri sebeplerle- müteveffanın hayati risklerle karşılaşmaması için ameliyatın gerekli olduğunu, spinal anestezi uygulanarak ameliyat gerçekleştirildiğinde hastaların bilincinin kapanmadığını, müteveffanın da bu uygulama sırasında bilinci açık bir şekilde ameliyatı gerçekleştiren doktor ile yapılmakta olan ameliyat hakkında konuştuğunu, bu nedenle iddia edildiği gibi spinal anestezi yöntemin uygulanmasından haberdar olmaması veya kabul etmemesi gibi bir durum söz konusu olmadığını, aksi hâlde bu yöntemin uygulanmasının imkânsız olduğunu belirtmişlerdir.

18. Şüpheliler ayrıca, pek çok hastalığı nedeniyle sürekli tedavide olan müteveffanın 16/6/2012 tarihinde duran kalbinin müdahaleler sonunda yeniden atım yapmaya başladığını, kalp ve diğer sistemleri ile ilgili var olan tüm hastalıklarına rağmen kalbinin yeniden çalıştırılabilmesinin ekiplerinin bir başarısı olduğunu, yoğun bakım ünitesinde yeteri kadar personel bulundurulduğunu, müteveffanın bu ünite

kaldığı sürede de önceki aşamalarda olduğu gibi bir kusur veya ihmalkârlıklarının bulunmadığını ifade etmişlerdir.

19. Şüphelilerden yoğun bakım ünitesi doktoru olan C.Ç. bunlara ek olarak Hemşire G.N.A.nın, başvuru baskı ve yönlendirmesiyle mesnetsiz iddialarda bulunduğunu, hastane kayıtlarından da anlaşılacağı üzere müteveffaya tıbben gerekli olduğu için G.N.A.nın iddiasının aksine uygun dozda morfin verildiğini, yeniden canlandırma işleminin süratle gerçekleştirildiğini, müteveffaya uygulanan tüm işlem zamanlarının diğer hastalar için de uygulandığı gibi elektronik monitörde kayıt altına alındığını, bu nedenle ilgili evrakta sahtecilik yapılmasının mümkün olmadığını söylemiştir.

20. Soruşturmada, tanık G.N.A.nın ifadesinde adı geçen şüpheli Hemşire D.A.nın ifadesi de 12/12/2012 tarihinde kollukta alınmış olup bu ifadesinde özetle üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ve müteveffanın yakınlarının, kendisine ve tanık G.N.A.ya soruşturma makamlarına olayda ihmal olduğu şeklinde ifade vermeleri yönünde baskı yaptıklarını iddia etmiştir.

21. Cumhuriyet savcısı 27/2/2014 tarihinde tanığın ifadesini bizzat almıştır. Tanık, Cumhuriyet Savcısına verdiği ifadesinde kolluğa verdiği bu ifadesini tekrar ederek yoğun bakım ünitesindeyken müteveffayla ilgilenmediği, müdahalelerde geç kaldığı ve bazı belgelerde sahtecilik yapıldığı iddialarının asılsız olduğunu söylemiştir.

22. Hastanenin başhekim vekili ve sorumlu müdürü olan şüpheli E.M.A.nın 12/12/2012 tarihinde alınan ifadesinde ayrıca müteveffa öldüğünde ailesinin tıbbi ölüm sebebinin kesin olarak belirlenebilmesi için otopsi yapılması önerilerini kabul etmediğini ve bu durumu bir belgeye kaydettiklerini belirtmiştir. Bunun yanında, müteveffaya ve ailesine spinal anestezinin komplikasyonları hakkında ayrıntılı bilgi verilip bu hususta bir anestezi değerlendirme formunun düzenlendiğini, ameliyat işleminin gerçekleştirilmesinden önce bu durumun tespit edilerek başka bir belgeye kayıt edildiğini ancak ölüm olayından sonra yaptıkları kontrolde bu formun müteveffaya ait hasta dosyasında bulunmadığını belirlediklerini, hasta dosyasının, örneğini almak isteyen müteveffanın yakınlarına verilmesinden kaynaklanan bu durumu, bir tutanak altına alarak noter onayına sunduklarını ve hemen İstanbul İl Sağlık Müdürlüğüne bir yazı yazarak bildirdiklerini savunmuştur.

23. Başvurucular, soruşturma dosyasına Süleyman Demirel Üniversitesinde görev yapan öğretim üyelerinden 26/9/2012 tarihinde aldıkları bilimsel mütalaayı sunmuşlardır. Başvuru dosyasında bu mütalaanın aslı veya sureti bulunmamakta ise de aşağıda yer verilen ve başvurucular tarafından alınan diğer uzman görüşlerinde bu mütalaanın ilgili kısımlarına da yer verilmiştir. Söz konusu mütalaanın sonuç bölümünde müteveffanın ölüm sebebinin spinal anestezinin öngörülebilir bir komplikasyonu olan spinal kanama ve spinal bas nedeniyle felç gelişmesi üzerine takip edildiği yoğun bakım ünitesindeki tedavi sırasında yüksek dozda morfin verilmesi sonucu solunum ve dolaşım durması ile geç başlayan yeniden canlandırma işlemleri sonrası solunum ve dolaşımın geri gelmesine rağmen komaya girme ve komaya bağlı gelişen komplikasyonlar olduğunun belirtildiği anlaşılmıştır.

24. Başvurucular, Dokuz Eylül Üniversitesinde görev yapan öğretim üyelerinden 24/4/2013 tarihinde aldıkları bilimsel mütalaayı da soruşturma dosyasına sunmuşlardır. Bu mütalaada da benzer tespitler yapılmış ve spinal anestezinin öngörülebilir komplikasyonlarının farkedilmesinde geç kaldığı ayrıca tıbbi belgelerde

(00009 numaralı ekipriz raporu) hastanenin üroloji uzmanı doktoru olan şüpheli F.C. tarafından müteveffaya ameliyatın riskleri, komplikasyonları, başarı şansı, sonraki süreçle ilgili olası sorunlar, tedavi yapılması hâlinde oluşabilecek durumlara ilişkin bilgi verilerek aydınlatılmış onam formunun imzalatıldığı belirtilmiş ise de bu formun ameliyat için düzenlenip ameliyat sırasında kullanılan anestezi yöntemine ilişkin olmadığının düşünülmediği belirtilmiştir.

25. Başvuru dosyasındaki belgelerden şüphelilerin de İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde görev yapan dokuz öğretim üyesi tarafından hazırlanan 16/1/2013 tarihli mütalaayı soruşturma dosyasına sundukları anlaşılmıştır. Başvuru dosyasına eklenen ifadelerde ve belgelerde başkaca bir bilgi bulunmadığından sadece bu raporun sonuç bölümünde olayda şüphelilerin sorumluluğunu gerektirecek herhangi bir eksiklik, hatalı tıbbi uygulama ve ihmalin bulunmadığının belirtildiği tespit edilebilmiş ancak raporu düzenleyen öğretim üyelerinin uzmanlıkları ve olaya ilişkin tespitlerinin ve görüşlerinin neler olduğu ise belirlenememiştir.

26. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından müteveffaya ilişkin tüm tıbbi belgeler geçmiş yılları da kapsar şekilde hastaneden getirilmiş ve 18/7/2013 tarihinde soruşturma dosyası Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilerek müteveffanın kesin ölüm nedeni ile hastalığının teşhisine, takibine ve tedavisine katılan doktorlar ile diğer sağlık personelinin kusurlarının bulunup bulunmadığı hakkında mütalaa verilmesi talep edilmiştir.

27. Üç ayrı adli tıp uzmanı ve birer üroloji, anestezi ve reanimasyon, tıbbi patoloji, çocuk sağlığı ve hastalıkları ile kadın hastalıkları ve doğum uzmanının katılımıyla toplanan Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu (Adli Tıp Kurumu) 13/10/2013 tarihli raporunu (şüphelilerin ifadelerinin, olay hakkında düzenlenen adli belgelerin, müteveffaya ilişkin tüm tıbbi belgelerin ve tanık ifadelerinin yer aldığı) hazırlamıştır. Raporun sonuç kısmının ilgili bölümü şöyledir:

"(...)

SONUÇ:

...

1-Zamanında otopsi yapılarak dokularda makroskopik, mikroskopi, toksikolojik, serilolojik inceleme yapılmamış olmakla birlikte adli dosyada kayıtlı belgelere göre; daha önceden ASD ve by-pass ameliyatı olduğu, prostat ca nedeniyle radyoterapi aldığı, takiplerinde hematüri (yüksek riskli mesane kanseri tedavisi) olduğu, tetkikler sonrası mesane tümörü tanısının konduğu, 5/6/2002 tarihinde sistoskop ile opere edildiği, (TUR-MT), patoloji multipl papiller tarsd aoluşumlar, TaG2 olarak geldiği, takip eden zamanlarda sistoskop ile mesane tümörü için sitolojiler, rezeksiyonların yapıldığı (2002-2011), idrar yapmada zorlanma, damla damla idrar nedeniyle USG,TİT,PSA,flow istendiği,18/5/2012 tarihinde benign prostat hipertrofisi, üretra tanısının konduğu, idrar yapmada güçlük, ince ve zor idrar yapma, sık idrara çıkma, sık tekrarlayan idrar yolu enfeksiyonu şikâyetleriyle A... Hastanesine başvurduğu.... 12.06.2012 tarihinde spinal anestezi altında internal üretrotomi ameliyatı yapıldığı....15.06.2012 tarihinde yapılan dorsollomber BT incelenmesinde hastada spinal hemoraji ile uyumlu görüntü tespit edildiği, Beyin Cerrahisi tarafından operasyon önerildiği ancak INR'nin yüksek olması nedeniyle (2.23) operasyonun riskli olduğu bu nedenle

ertelendiği, ailenin ameliyatı reddettiği, ajitasyonlarının olduğu, kalp pili olduğundan MR çekilemediği, 16.06.2012 tarihinde yoğun bakım ünitesinde yatan hastada kardiyak arrest geliştiği, CPR'a cevap alındığı ve kalp ritiminin döndüğünün görüldüğü, 17.06.2012 tarihli nörolojik muayenede beyin sapı ve kortikal reflekslerin total kaybı tespit edildiği, spontan solunumu olmadığından ventilatörde olan hastada 20.07.2012 tarihinde saat 15.14'de TA:60/30 olduğu, müdahale edildiği, sonrasında CPR'a başlandığı, saat 16.02'de cevap alınmadığı için exitus kabul edildiği, kendinde kronik iskemik kalp hastalığı, geçirilmiş ASD ve by-pass ameliyatı ve steni, mesane tm, prostat Ca, üretra darlığı olan kişinin ölümünün üretra darlığı nedeniyle yapılan ameliyat sonrası gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği;

2- ... 15/6/2012 tarihinde yapılan dorsolomber BT incelemesinde hastada spinal hemoraji ile uyumlu görüntü tespit edildiği, Beyin Cerrahisi Konsültasyonu istendiği, INR ye göre hemen operasyon önerildiği, İNR: 2,23 olduğu, kardiyologların ameliyat için onay vermediği, ancak İNR.nin yüksek olması nedeniyle (2.23) operasyonun riskli olduğu, bu nedenle ertelendiği,, ailenin ameliyatı reddettiği, 15/6/2012 tarihinde ajitasyonlarının olduğu, Böbrek yetmezliği yüzünden ve kalp pili nedeniyle kontrast verilemediğinden ve MR yapılamadığından ötürü nörolojik yönden takip ve destek tedavisine devam edilmesi önerildiği, MR için kontrendikasyon olduğu üç ayrı kardiyolog tarafından dile getirildiği, Kişinin şikâyetlerine yönelik yapılan tetkiklerin uygun olduğu, üretra darlığı tanısının doğru olduğu, yapılan cerrahi işlemin uygun olduğu, preop ameliyat hazırlıklarının tam yapıldığı, konsültasyonların istendiği,... Kişinin mevcut şikâyetlerine yönelik yapılan tetkiklerin uygun olduğu, üretra darlığı tanısının doğru olduğu, yapılan cerrahi işlemin doğru olduğu, preop ameliyat hazırlıklarının tam yapıldığı, konsültasyonlarının istendiği, kendinde mevcut hastalıkları nedeniyle ASA 3-4 olarak değerlendirildiği, genel anestezinin riskli olduğu, bu nedene spinal anestezi yönteminin seçilmesinin uygun olduğu, ameliyat sırasında uygulanan yöntem sonrası olan spinal kanamanın bir komplikasyon olduğu, fark edilip tetkik istenildiği, böbrek yetmezliği, kalp yetmezliği ve kalp pili mevcut kişiye MR çekilemeyebileceği, bunun bir eksiklik olmadığı, ajitasyonları ve ağrıları mevcut kişiye morfin yapılabileceği, ajite hastalarda her 4-6 saatte bir morfin verilebileceği, tek seferde verilen 4 mg morfin dozunun yüksek olmadığı, takipleri düzenli olarak yapıldığı da dikkate alındığında; kişinin ameliyatını, takip ve tedavisine katılan hekimlere ve yardımcı sağlık personellerine atfı kabil kusur bulunmadığı oy birliğiyle mütalaa olunur."

28. Başvurucular, bu raporun hazırlanmasının ardından Adli Tıp Vakfından 8/1/2014 tarihinde aldıkları mütalaayı da soruşturma dosyasına sunmuşlardır. Söz konusu mütalaada başvurucuların daha önce sundukları iki mütalaa ve Adli Tıp Kurumu raporu değerlendirilerek başvurucular tarafından sunulan mütalaalarla Adli Tıp Kurumu raporu arasında çok ciddi çelişkiler bulunduğu gibi Adli Tıp Kurumunun raporunda nöroloji ve kardiyoloji uzmanlarının yer almaması nedeniyle müteveffaya uygulanan tıbbi işlemlerde kusur bulunup bulunmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu Adli Tıp Genel Kurulu veya üniversitelerin ilgili uzmanlık alanlarındaki öğretim üyelerinden oluşturulacak geniş katılımlı bir heyet tarafından değerlendirme yapılmasının uygun olacağı kanaatine varıldığı belirtilmiştir.

29. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sahtecilik yapıldığı iddiasının araştırılması bakımından ilgili tıbbi belgeler hastaneden getirilmiş ve İstanbul Adli Tıp Şube Müdürlüğünde görevli bir Adli Tıp ve Grafoloji uzmanı resen bilirkişi seçilerek rapor düzenlemesi istenilmiştir.

30. Bilirkişi, müteveffanın yoğun bakım ünitesinde tedavisinin yapıldığı sırada düzenlenen ilaç formları ve diğer belgeler üzerinde grafolojik ve grafometrik usullere göre optik cihazlar kullanarak ve çıplak gözle yaptığını belirttiği inceleme sonucunda düzenlediği raporlarda, iddiaya konu belgelerin sahte olmadığını tespit ettiğini belirtmiştir.

31. Cumhuriyet Başsavcılığı 6/6/2014 tarihli kararıyla şüpheliler hakkında kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi, resmî evrakta sahtecilik ve suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçlarından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

" ... müteveffa Sümer Ergun'un, 12/6/2012 tarihinde üretra darlığı teşhisi sonucu ... Hastanesinde rızası alınarak ameliyata alındığı, ameliyatın başarıyla tamamlandığı ve servise alındığında 14/6/2012 tarihinde serviste bulunduğu sırada gelişen birtakım komplikasyonlar sonucu yoğun bakım ünitesine alındığı ve burada devam eden tedavisi sırasında 20/7/2012 tarihinde vefat ettiği, yasal mirasçıları tarafından otopsi yapılması istenmediğinden otopsi yapılmadan defnedildiği;

Müştekiler dilekçelerinde özet olarak ölümün hastanede görevli ve hasta Dr. Sümer Ergun'un tedavisi ile ilgilenen şüpheli doktorlar ve hastane çalışanlarının gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri, teşhis ve tedavide hatalı davranışları, yoğun bakımda bulunduğu sırada görevliler tarafından zamanında ve etkin müdahalelerde bulunulmaması nedeniyle ölümün gerçekleştiğini, ölümden sonra şüphelilerin kendilerini sorumluluktan kurtarmak için bir takım belgelerde tahrifat ve sahtecilik yaptıklarını, monitör kayıtlarının değiştirildiğini ve silindiğini belirttikleri ve şikâyetçi oldukları;

İleri sürülen iddialar doğrultusunda soruşturma yapılarak belge asılları, şüpheli savunmaları ve tüm hastane evrakları celp edilmiş, soruşturma evrakı ve ekleri rapor tanzimi için tedavi kusuru yönünden Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi Başkanlığına, sahtecilik yönünden İstanbul Adli Tıp Şube Müdürlüğünde görevli bilirkişiye tevdi edilmiş olup;

Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 18/9/2013 tarihli ve 3757 sayılı raporunda, dosyada mevcut tüm tıbbi belge ile iddia ve savunmalar değerlendirilerek, sonuç olarak ölen Dr. Sümer Ergun'da önceki mevcut hastalıkları da dikkate alındığında, ' kişinin ameliyatı yapan, takip ve tedavisine katılan hekimlere ve yardımcı personeline atfı kabil kusurun bulunmadığı' oy birliğiyle mütalaa edilmiş olup;

Müştekiler ve vekillerinin maktulun ölümünden sonra birtakım ilaç direktifleri ve belgelerde tahrifat yapıldığı iddiasını doğrultusunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda bilirkişi olarak resen tayin edilen Adli Tıp Grafoloji Uzmanı bilirkişisinin 24/3/2014 tarihli raporu ve 22/4/2014 tarihinde ibraz ettiği ek raporda ibraz edilen belgelerde tahrifat ve sahteciliğin bulunmadığı belirtilmiş olup;

Toplanan delillere, birlikişiy beyanlarına ve Şüpheli savunmalarına göre maktulun ölümünde Őphelilere atfı kabil bir kusur ve kastın bulunmadığı, maktulde mevcut önceki rahatsızlıklar ile birlikte değerlendirildiğinde ameliyat sonrası oluŐması muhtemel olan komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği ve Şüpheliler aleyhine kamu davası amayı gerektirir yeterli Şüphe oluŐturacak bir delil ele geçirilemediği anlaşıldığından;

... kovuŐturma yapılmasına yer olmadığına... (karar verildi)."

32. Başvurucuların Cumhuriyet BaŐsavcılıęının 6/6/2014 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itirazları, İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 4/8/2014 tarihli kararıyla kesin olarak reddedilmiŐtir.

33. Başvurucular, 3/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

34. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden doğan borç iliŐkilerinin Ceza Hukuku ile iliŐkisini düzenleyen 74. maddesi 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."

35. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bazı içtihatlarının somut olayla ilgili bölümleri Şöyledir:

("(...) Diğer yandan, Biyotıp SözleŐmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiŐ ve ...'sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir Şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.'" düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiŐ ve Dairemizin yerleŐik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiŐtir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Ntekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve 'Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı Şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taŐıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılıŐı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna zen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaŐılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kiŐileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü giriŐim, kişinin zgr ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reŐit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal

temsilcisinin izni alınır.' düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir.' şeklinde bir değerlendirmede bulunulmuştur (...) (1/11/2013 tarihli, E.2013/19631, K.2013/26901 sayılı kararı. Benzer şekilde 11.09.2013 tarihli, E.2012/26593, K.2013/21129 sayılı; 28/10/2013 tarihli ve E.2013/17027, K.2013/26132 sayılı kararları)."

"...Olayımızda davacının burun rahatsızlığından dolayı davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, ... uyumsuzluk konusu değildir.

Mahkemece, itibar edilen Adli Tıp 2. İhtisas Kurulunun 14.9.2001 tarihli raporunda 'yapılan ameliyatın usulüne uygun olduğu, damakta ortaya çıkan fistüğün olağan ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, doktora atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı' görüşüne yer verilmiştir. Ancak, bu raporu düzenleyen kurul içerisinde konusunda uzman Kulak Burun ve Boğaz Uzmanı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu rapora itibar edilerek hüküm oluşturulamaz. (...) (25/4/2002 tarihli ve E.2002/2589, K.2002/4560 sayılı kararı)."

"...Açıklanan ... bilirkişi raporunda gerekçeli, ikna edici bir açıklama bulunmamaktadır. Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemeyi bağlayıcı nitelikte değildir. (...) (16/9/2003 tarihli ve E. 2003/6060, K. 2003/10174)."

"(...) Ayrıca hakim HUMK.nun 286/1. maddesi hükmüne göre, bilirkişilerin vardığı sonuçla bağlı olmayıp, delilleri kendisi değerlendirip, somut olayın özelliklerini ve dosyadaki sair verileri esas alarak, kusurun mevcut olup olmadığını kendisi takdir edip belirlemelidir (...) (7/2/2005 tarihli ve E. 2004/12088, K. 2005/1728 sayılı kararı)."

"...tüm bu bilgilere göre alınan raporların birbiriyle çelişkili, olayı aydınlatıcı olmaktan uzak olup, Mahkemece Üniversitelerin Öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişilerden yeniden rapor alınması gerektiği, (...) (23/2/2006 tarihli ve E. 2005/15820, K. 2006/2367 sayılı kararı)."

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

"(...)

... 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 tereddüdünü 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 sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

(...)”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 1/12/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

38. Başvurucular, yakınlarının tedavi gördüğü hastanede hastalığının teşhis ve tedavisinde gösterilen zincirleme ihmalkârlıklar sonucunda öldüğünü ve bu olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini ileri sürmüşlerdir.

39. Başvuruculara göre ilk olarak müteveffaya spinal anestezi altında ameliyat edileceği söylenmemiş, bu anestezi yönteminin riskleri anlatılmamış ve buna ilişkin rıza ne kendilerinden ne de müteveffadan alınmamıştır. İkinci olarak bu anestezi yönteminin uygulanması, müteveffanın bilinen hastalıkları nedeniyle kullandığı ilaçların etkisiyle birleşerek omuriliğinde kanama meydana getirmiş; bu kanama doktorlarca zamanında teşhis edilememiş, akabinde bu ihmalin neden olduğu kısmi felç sonucunda tedavisinin sürdürüldüğü yoğun bakım ünitesinde ise gerektiğinden yüksek dozda ağrı kesici ilaçlar verilmiş ve duran kalbine müdahalede geç kalınmıştır. Başvurucular, bu ihmalkârlıklara rağmen ceza soruşturmasının etkili yürütülmemesi nedeniyle sorumlular hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğini iddia etmişler ve soruşturmada;

i. Olayda sağlık personelinin kusuru bulunup bulunmadığına ilişkin olarak mütalaası alınan Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunda müteveffanın hastalığı ve bu hastalığının tedavisiyle ilgili konunun uzmanı olan doktorların yer almadığını, rapora bu ve diğer gerekçelerle gerçekleştirdikleri itirazlarının değerlendirilmediğini, soruşturma dosyasına sundukları uzman görüşlerinin dikkate alınmadığını,

ii. Hastane çalışanlarının ihmalkârlıklarını kanıtladığını ileri sürdükleri belgelerde sahtecilik yapıp yapılmadığına ilişkin alınan bilirkişi raporunun bilimsel nitelikten uzak ve gerçeğin açığa çıkarılması bakımından yetersiz olduğunu,

iii. Müteveffaya spinal anestezi uygulanması için gerekli rızanın alınmasının gözletilmediğini,

iv. Olayın görgü tanığı olan Hemşire G.N.A.nın ifadesinin sadece kolluk görevlileri tarafından alınıp ifadesinin bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından alınmasına yönelik taleplerinin değerlendirilmediğini belirterek Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan yaşam ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve olay hakkında yeniden soruşturma başlatılması talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

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

"Herkes, yaşama, 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."

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

42. Başvuru formu ve ekleri bir bütün olarak incelendiğinde başvuru temeli olarak yaşam hakkı kapsamında etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesinden şikâyet ettikleri anlaşılmalıdır. Bu nedenle başvuru tarafından adil yargılanma hakkı ile bağlantı kurularak ileri sürülen tüm iddiaların Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

43. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin bireysel başvuru hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle ölen kişilerin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir (*Serpil Kerimoğlu ve diğ.leri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41).

44. Başvuru konusu olayda müteveffa Sümer Ergün; yukarıda ifade edildiği gibi başvuru İsmet Gülten Ergün'ün eşi, diğer başvuru sahiplerinin ise babasıdır. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

45. Başvuru, doğrudan devletin hastanın yaşamını korumaya ilişkin pozitif yükümlülükleri kapsamındaki usul yükümlülüğüyle ilgilidir.

46. Somut olayda başvuru sahiplerinin, şikâyetleri ile ilgili olarak kullanabileceği birden fazla hukuki yol bulunmaktadır. Başvuru formu ve eklerinde yer alan bilgi ve belgelere göre başvuru sahipleri, yaşanan olay hakkında bir ceza soruşturması başlatılmasını ve kusurlu olan personel hakkında kamu davası açılmasını yetkili Cumhuriyet Başsavcılığından talep etmişler ancak ölümden sorumlu olduklarını düşündükleri kişiler aleyhine haksız fiilden ya da vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk kapsamında yetkili hukuk mahkemesinde tazminat davası açmamışlardır.

47. Diğer taraftan başvuru sahipleri, tazminat yolunun somut olay bakımından etkili bir başvuru yolu olmadığını da ileri sürmemişlerdir. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamakla birlikte başvurunun başvuru yollarının tüketilmesi kuralı bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

48. Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecek olan husus; yürürlükteki yargı sisteminin, sağlık personelinin, hastanın ve yakınlarının aydınlatılması da dâhil hastanın yaşamını koruyabilmeye ilişkin sorumluluklarını yerine getirip getirmediğini ortaya koyma ve muhtemel bir yükümlülüğe uymama durumunu yaptırım altına alma kapasitesinin bulunup bulunmadığıdır.

49. Başka bir ifadeyle başvuruda öncelikle tespit edilmesi gereken husus -somut olayın koşulları çerçevesinde- yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu "etkili bir yargısal sistem kurma" yönündeki pozitif yükümlülüğün başvuru sahiplerine adli yargı mercileri önünde açabilecekleri bir tazminat davası yolunun sağlanması ile yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağıdır.

50. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"... Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

51. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."

52. Anılan Anayasa ve Kanun maddelerinde yer verilen kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olmasının doğal sonucudur. Diğer bir ifadeyle temel hak ihlallerini öncelikle idari makamların ve derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılmaktadır (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 20).

53. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

54. Diğer taraftan etkili bir başvurudan söz edebilmek için başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvuru makamının ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Başvuru yolunun ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir giderim (tazminat) sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Yine vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usule ilişkin güvencelerin sağlanması gerekir (*Sedat Selim Ay*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28).

55. Bu nedenlerle başvuru yollarının tüketilmesi kuralı bakımından yapılan değerlendirmede, öncelikle somut olayda devletin yaşam hakkı kapsamındaki yükümlülüklerinin çerçevesinin ve buna göre başvuru yollarının bireysel başvurudan önce tüketmedikleri tazminat yolunun şikâyetleri bakımından ihlali karara bağlayabilme ve bunun için uygun giderim sunabilme imkânına sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

56. Anayasa'nın "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

57. Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır (AYM, E.2007/78, K.2010/120, 30/12/2010). Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 50).

58. Devletin negatif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğünün yanı sıra pozitif bir yükümlülük olarak yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 50, 51).

59. 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 kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır.

60. Devlet, sağlık hizmetlerini -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 35).

61. Bununla birlikte devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin korumaya ilişkin maddi yönü yanında usule ilişkin yönü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir. Bu soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve varsa sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

62. Yaşam hakkına ilişkin bu usul yükümlülüğü; olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalarla yerine getirilebilir. Kasten veya kötü muamele sonucu meydana gelen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, sorumluların tespitini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte bir cezai soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda idari soruşturmalar ve tazminat davaları sonucunda idari bir yaptırım veya tazminata hükmedilmesi ihlali gidermek ve dolayısıyla mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

63. Ancak kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin soruşturma yükümlülüğü açısından farklı bir yaklaşım benimsenebilir. Bu kapsamda, yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda, pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59).

64. Bu yaklaşım, tıbbi hata sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olayları için de geçerlidir. Diğer taraftan bu şekildeki bir kabul, bu tür olaylarda yürütülen ceza soruşturmalarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmeyeceği anlamına da gelmemektedir. Ancak ilke olarak tıbbi hatalara ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (*Zeki Kartal*, B. No: 2013/2803, 21/1/2016, § 78; *Nail Artuç*, § 38).

65. Bu noktada belirtilmelidir ki 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 (*Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44).

66. Anayasa Mahkemesinin benzer şikâyetlere ilişkin başvurularda verdiği kararlarında da sıklıkla vurgulandığı üzere ceza kanunları uyarınca suç oluşturmayan eylem ve ihmallere karşı da ilgili kişi veya kurumlar aleyhine adli yargı önünde açılacak davalar ile uğranılan zararların tazmininin mümkün olduğu görülmektedir (*Kenan Sayın*, B. No: 2013/5376, 14/10/2015, § 50; *Coşkun Gömüç ve Taşkın Gömüç*, B. No: 2013/9597, 21/4/2016, § 64).

67. Bununla birlikte, kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası veya dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi, kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60).

68. Aynı durum yetkili kişi ve kurumların mesleki ödevlerini hiçe sayarak sağlık kuruluşlarına başvuran hastanın hayatına veya vücut bütünlüğüne, hastalığının tanı ve tedavisine ilişkin değerlendirme hatasını aşacak şekilde zarar vermeleri hâlinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de geçerlidir (*Kenan Sayın*, § 47).

69. Görüldüğü üzere yaşam hakkına ilişkin usul yükümlülüğü, olayın niteliğine bağlı olarak farklı nitelikteki soruşturmaların etkili yürütülmesiyle yerine getirilmiş sayılabilmektedir. Bu durumda, ölüm olayının niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Somut olayda başvurucuların iddiası; yakınlarının uygulanan teşhis ve tedavi yöntemlerinin hatalı belirlenmesi, buna bağlı olarak hayati tehlike geçirmesine rağmen bu durumu bertaraf edecek müdahalelerde geç kalınması ve akabinde benzer ihmalkârlıklar gösterilmesi sonucu yaşamını yitirdiğine ilişkindir. Soruşturma dosyasına iddialarına delil olarak sundukları uzman görüşlerinde de ölümün tıbbi hata sonucu meydana geldiğinin belirtildiğini ifade etmişler ayrıca toplanmasını talep ettikleri diğer deliller ve görgü tanığı ifadesi delilini de bu iddialarını destelemek amacıyla ileri sürmüşlerdir.

70. Başvurucuların ölümün tıbbi hata sonucunda gerçekleştiği iddialarının temelinde, diğer iddialarının yanında yakınlarına uygulanan anestezi yöntemi hakkında bilgilendirilmedikleri ve bu yönteme ilişkin rızalarının alınmadığı yer almaktadır. Başvurucular, müteveffanın genel anestezi yönteminin uygulanacağı zannıyla ameliyatı

kabul ettiğini oysa uygulanan anestezi yöntemi hakkında bilgilendirilmiş olsaydı bu yönteme rıza vermeyeceğini ve dolayısıyla böyle bir neticenin yaşanmayacağını iddia etmişlerdir.

71. Olaya ilişkin soruşturmada, başvurucular ve hastane arasında müteveffaya uygulanan anestezi yöntemine ilişkin rıza alınıp alınmadığı hususunda uyumsuzluk bulunduğu ve tarafların bu konuda birbirlerini suçladıkları görülmektedir. Şüpheliler anesteziye ilişkin aydınlatmanın sözlü olarak gerçekleştirildiğini, bununla yetinilmeyip yazılı olarak da yapıldığını ve aydınlatmanın yapılmamış olması durumunda kendisi de bir tıp doktoru olan müteveffanın spinal anestezi altında ameliyat edilmesinin mümkün olmadığını, bu sebeple Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan şikâyetin kötü niyetle gerçekleştirildiğini savunmaktadırlar. Başvurucuların iddiaları ise aksi yöndedir ve daha da ötesinde yürütülen soruşturmada bu konuya ilişkin bir değerlendirmenin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

72. Somut olay bakımından Anayasa Mahkemesi açısından bu aşamada tespit edilmesi gereken husus; başvurucuların uygulanan anestezi yöntemine ilişkin rızanın alınmadığı iddiasının, diğer iddialarla birlikte bir bütün olarak yaşam hakkı kapsamındaki usul yükümlülüğünün gerektirdiği soruşturma türü üzerinde herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Başka bir ifadeyle somut olayın kendine özgü bu özelliği nedeniyle başvuruda diğer tıbbi hata şikâyetlerinden farklı olarak devletin yaşam hakkı kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için sorumluların cezalandırılmasının gerekip gerekmediğinin tespiti gerekmektedir.

73. Başvuru bu bağlamda değerlendirildiğinde yukarıda ifade edildiği gibi başvurucular tarafından ileri sürülen tüm iddiaların bir bütün olarak olayda hatalı tıbbi uygulamalar gerçekleştirildiği temeline dayandığı kanaatine varılmıştır. Başvurucuların uygulanan anestezi yönteminin hatalı belirlendiği iddiası da diğer iddiaları gibi uygulanan tıbbi işlemlerde değerlendirme ve müdahale hatası bulunduğuna yönelik bir iddiadır. Kendilerinden veya müteveffadan alınması gerekli olduğunu ancak alınmadığını ileri sürdükleri rızanın varlığı ya da yokluğu, bu durumu değiştirmemektedir ve olayın tıbbi değerlendirme hatasını aşan veya kasıtlı bir tutumdan kaynaklandığını söyleyebilmeyi mümkün kılmamaktadır. Bu itibarla somut olay bakımından bu durum, ancak kendine özgü koşullarına göre ilgililerin sorumluluğu bakımından bir değerlendirme unsuru olarak dikkate alınabilir.

74. Dolayısıyla başvuruda, ölümün tıbbi hatayı aşan veya kasıtlı bir tutumdan kaynaklandığını gösteren herhangi bir bulgu olmadığı gibi olayın meydana geldiği koşulların da bu bağlamda herhangi bir şüphe uyandırmadığı ve başvurucuların da aksi yönde bir iddialarının bulunmadığı anlaşılmıştır.

75. Bu itibarla yukarıda ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesinin benzer şikâyetlere ilişkin başvurularda verdiği pek çok kararda vurgulandığı gibi (bkz. §§ 64-66) Türk hukuk sistemindeki mevcut hukuki yollardan olup hem ilgili sağlık personelinin ve hastanenin sorumluluğunu saptayabilecek hem de gerektiği takdirde zararın ödenmesi yoluyla uygun giderim sağlayabilecek hukuki tazminat yolunun, yakınları benzer koşullarda yaşamını yitiren başvurucuların şikâyetlerini içeren somut olay için de devletin yaşam hakkı kapsamındaki "etkili bir yargısal sistem kurma"ya ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilmesi bakımından öncelikle tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olduğu sonucuna varılmıştır. Somut olayda Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadından ayrılmayı gerektirir bir yön tespit edilememiştir.

76. Bu durumda başvuru konusu olayda ihlale neden olduğu ileri sürülen eylem için kanunda öngörülen yargısal başvuru yolunun bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğundan söz edilemeyecektir. Bu nedenle tıbbi hata nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının öncelikle hukuk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

77. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların yaşam hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA 1/12/2016 tarihinde Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Temel haklar arasında kuşkusuz bir öncelik ve önem sıralaması yapılamaz. Ancak yaşam hakkının, ortadan kalktığında kişi bakımından diğer tüm hak ve hürriyetlerin de kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle, temel haklar arasında mümtaz bir yeri olduğu ve özel koruma yöntemlerine ihtiyaç bulunduğu açıktır.

2. Bu nedenledir ki, yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hakkın korunması için devlete yüklenen pozitif ve negatif yükümlülükler özellik arz eder. Bu bağlamda yaşam hakkının korunması için devletçe alınacak önlemler ve yapılacak düzenlemeler, diğer temel hakların korunmasına yönelik pozitif ve negatif yükümlülükler kapsamında devletçe alınacak tedbirlerden ve yasal düzenlemelerden farklı olmak zorundadır.

3. Kuşkusuz, insan haklarına dayalı çağdaş bir devlette de yaşam hakkı bir yandan bu hakkı ihlal edenlere yönelik etkili cezai yollarla, diğer yandan da etkin bir şekilde kullanılacak hukuk davaları yoluyla korunmalı, bunların yanı sıra yaşam hakkı ihlal edilen kişinin veya duruma göre bu ihlalin mağdurlarının haklarını sosyal risk ve toplumsal dayanışma anlayışı içinde gerçekleştirecek sosyal devlet kurumları etkili bir şekilde devrede olmalıdır.

4. Birbirini tamamlayan ve birlikte başvurulabilecek bu yollardan biri olan tazminat yolunun, ilkçağ hukukundan beri zaten mevcut bir yol olduğu düşünülürse, yaşam hakkının ihlali halinde tazminat hukukunun en etkili ve ilk başvurulacak yol olduğu anlayışını kabule olanak yoktur. Daha açık bir anlatımla, insan hayatı, mala verilen zarar gibi bir tazminat konusu olarak düşünülemez. Kaldı ki hukukumuzda mala zarar dahi tazminatın genel esasları yanında, hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınmıştır (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Madde 151).

5. Yaşam hakkının ihlali halinde mağdur taraf, yargıya başvuracaktır. Yargıya başvurma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Anayasanın 36. maddesi hem ceza davalarını hem de hukuk davalarını aynı güvencelere bağlamış, bu iki yolun birlikte geçerli olduğu durumlarda birine veya diğerine öncelik tanımamıştır. Yaşam hakkının ihlali söz konusu olduğu zaman meri hukuk mevzuatı içerisinde "etkili yol" olarak kabul edilen hukuk davası yollarını tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun, "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle Kabul Edilemez bulunmasına aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

6. Başvuru konusu olayda olduğu gibi doktorlar ve sağlık personeline atfi kabil bir kusur bulunup bulunmadığının tespiti ceza soruşturması ve kovuşturması bakımından olduğu kadar, açılacak bir tazminat davasının sonucu bakımından da önemlidir. Bu noktada devlete düşen görev, tıbbi personelin kusurunu veya kusursuzluğunu tespit edecek uzman kişi veya kişilerin her hangi bir tereddüde mahal vermeyecek kesinlik ve doğrulukla seçilmesini ve elde edilecek raporun güvenilirliğinin sağlanmasını temin edecek hukuki çerçeveyi oluşturmaktır. Ancak başvuru konusu olayda geçerli olan mevzuata göre oluşturulan Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun kardiyoloji ve nöroloji uzmanlarını ihtiva etmediği halde, konuyla ilgisiz uzmanların da bulunduğu heyetçe verilen bir raporun verilen nihai karara esas alınmış olduğu, buna karşılık konunun uzmanlarının yer aldığı birden fazla farklı raporlara itibar edilmediği görülmektedir. Bunun nedeni, uzman olmadığı halde resmi statüsü dolayısıyla Adli Tıp raporuna üstünlük tanınması, yargısal uygulama ve içtihadın da bu anormalliğe geçmişte uzun yıllar duyarsız kalmasıdır. Keyfilik ve tesadüflere göre sonuç alınması demek olan böyle bir yasal çerçeve ve buna dayalı uygulamanın, devletin pozitif yükümlülükleriyle bağdaştığı söylenemez.

7. Öte yandan, başvurulacak hukuk yolunda yararlanılacak ispat vasıtalarının da aynı gevşek ve eksik sistemin bir ürünü olacağı düşünülürse, bu yolun daha etkili ve öncelikle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmesinin varsayımdan öte bir dayanağı bulunmamaktadır.

8. Tıbbi personelin ağır bir kusurunun bulunmadığı “malpractice” olaylarında hukuk davası yolunun asıl takip edilmesi gereken yol olarak kabulü, adli veya tababet mesleğine ilişkin birçok pratik soruna çözüm getirecek nitelikte olsa da bu sonucu adil, vicdana uygun ve yaşam hakkını etkili şekilde korumaya elverişli bulmadığımdan çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT