

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SAADET ERGÜN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2013/4194

Karar Tarihi : 14/10/2015

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Serruh KALELİ
Nuri NECİPOĞLU
Hicabi DURSUN
Rıdvan GÜLEÇ

Raportör Yrd. : Halil İbrahim DURSUN

Başvurucular : 1. Saadet ERGÜN
2. Alişan ERGÜN
3. Aliaba ERGÜN

Vekili : Av. Kenan TANDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Pendik Devlet Hastanesinde gerçekleştirilen doğum neticesinde Aliaba Ergün'ün %94 oranında engelli olarak dünyaya gelmesi ve bu duruma sebebiyet verdiği iddia edilen ilgili personel hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle yaşam hakkının, adil yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/6/2013 tarihinde yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 31/3/2014 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 belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

5. Başvuruculardan Aliaba Ergün, evli çift Saadet Ergün ile Alişan Ergün'ün 29/6/2008 tarihinde dünyaya gelen çocuklarıdır.

1. Aliaba Ergün'ün Dünyaya Gelişi ve Sonrasında Yaşanan Süreç

6. Başvuruculardan Saadet Ergün, doğum öncesi kontrollerini Özel P. Ş. Tıp Merkezi, Özel Ö. Hastanesi, Özel A. Tıp Merkezi ile Tuzla Devlet Hastanesinde yaptırmıştır. Anılan tıp merkezleri ile hastanelerde yapılan tetkiklerde Saadet Ergün'ün ve dünyaya gelecek olan bebeğinin sağlık durumuna ilişkin herhangi bir olağan dışılık tespit edilmemiştir.

7. Başvurucuların vekili, Saadet Ergün'ün doğum sancılarının artması üzerine 28/6/2008 tarihinde eşi tarafından Pendik Devlet Hastanesine götürüldüğünü ancak Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr. H. N. Ş. tarafından Saadet Ergün'ün doğum vaktinin henüz gelmediğinin ifade edilmesi üzerine Saadet Ergün ile Alişan Ergün'ün eve geri döndüklerini, eve döndükten kısa bir müddet sonra Saadet Ergün'ün doğum sancılarının dayanılmaz duruma gelmesi nedeniyle tekrar Hastaneye götürüldüğünü belirtmektedir.

8. Saadet Ergün'ün 29/6/2008 tarihinde Dr. H. N. Ş. tarafından gerçekleştirilen doğumu neticesinde Aliaba Ergün dünyaya gelmiştir. Pendik Devlet Hastanesi tarafından düzenlenen 30/6/2008 tarihli çıkış özeti: doğum sancılarının başlamasından yakınan hastanın 28/6/2008 tarihinde Hastaneye yatırıldığı, 29/6/2008 tarihinde hastanın masaya alındığı ve 00.30'da *vacum ekstraksiyonu* ile bebeğin doğurtulmaması üzerine acil *sectio* yapıldığı, baş basküle edilerek 02.00'de 3.710 g canlı erkek bebeğin doğurtulduğu ve 30/6/2008 tarihinde hastanın taburcu edildiği belirtilmiştir.

9. Doğum sonrasında Aliaba Ergün, solunum sıkıntısı nedeniyle 30/6/2008 tarihinde saat 11.00 sularında Özel A. Hastanesine götürülmüştür. Bu Hastanede, Aliaba Ergün'ün genel durumunun kötü olduğu, hastanın soluk görünümlü olduğu, hastada kussmaul solunum mevcut olduğu, turgor ve tunosun azalmış olduğu, batının rahat olduğu, başında yaygın ödem ile siyanoz mevcut olduğu, sağ parietotemporal bölgede 3x3 cm boyutlarında sefal hematoma olduğu tespitleri yapılmıştır. 10/7/2008 tarihinde bu Hastaneden taburcu edilen Aliaba Ergün, taburcu edilene kadar her gün muayene edilmiş ve taburcu edilmeden bir önceki gün (9/7/2008) yapılan kontrolünde, genel durumunun iyi olduğu ancak sağ parietal bölgede skalp altında 7.6 mm ve subperiostal alanda 11.2 mm kalınlığında hematoma devam ettiği tespitleri yapılmıştır.

10. Başvurucuların vekili, Özel A. Hastanesince baba Alişan Ergün'e çocuğun kafasında bulunan ödem nedeniyle beyin operasyonu geçirmesi gerektiğinin söylendiğini, bunun üzerine çocuğa Şişli Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesinde gerçekleştirilen operasyon ile beyinde oluşan ödemin bağırsaklara aktarımını sağlayan bir şantın takıldığını, Şişli Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesinde operasyonu gerçekleştiren beyin cerrahı tarafından babaya "*çocuğun kafatasında doğum esnasında büyük oranda bir ezilme olduğu*" hususunun söylendiğini belirtmektedir. Başvuru formuna eklenen belgelerden, Aliaba Ergün'ün İKK (İntrakraniyal kanama) geçirmiş olduğu, hidrosefali gelişen çocuğa şant takıldığı anlaşılmaktadır.

11. Sağlık Bakanlığı Marmara Üniversitesi Pendik Eğitim Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 24/3/2011 tarihli raporda Aliaba Ergün'ün %94 oranında engelli olduğu belirtilmiştir.

2. Pendik Cumhuriyet Başsavcılığına Şikâyet Üzerine Yaşanan

Süreç

12. Başvurucular, vekilleri aracılığıyla Pendik Cumhuriyet Başsavcılığına verdikleri dilekçe ile Pendik Devlet Hastanesinde görevli doktorların doğum esnasında yapmış oldukları yanlış müdahalelerle Aliaba Ergün'ün engelli doğmasına sebebiyet verdiklerini belirterek başta doğum ameliyatını gerçekleştiren Dr. H. N. Ş olmak üzere diğer on bir kişi hakkında suç duyurusunda bulunmuşlardır.

13. Pendik Cumhuriyet Başsavcılığı, Pendik Kaymakamlığından, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca şikâyet edilen personel hakkında inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmeyeceğine dair kararın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesini talep etmiştir.

14. Anılan talep üzerine ön inceleme raporunu hazırlamak amacıyla Ümraniye Eğitim ve Araştırma Kadın Hastalıkları ve Doğum Kliniği Öğretim Görevlisi A. G. görevlendirilmiştir. Ön inceleme A. G. başvuruculardan Saadet Ergün'ü ve başta Dr. H. N. Ş. olmak üzere ilgili diğer personeli dinlemiş; hasta dosyasında bulunan belgeleri incelemiş ve ön inceleme raporunu hazırlamıştır. Raporun sonuç kısmında “...doğumda bebeğin iyilik halini gösteren apgar skoru göz önüne alındığında bebeğin doğum eyleminden ve sezaryenden olumsuz etkilenmediğini düşünmekteyim. Hastaya uygulanan vakum dünyada yaygın olarak uzun yıllardır yapılan bir işlemdir ve çocuk üzerinde kabul edilebilir oldukça düşük komplikasyona sahiptir.” değerlendirmeleri yapılarak görevli personel hakkında soruşturma izni verilmemesi yönünde kanaat bildirilmiştir.

15. Pendik Kaymakamlığı İlçe İdare Kurulu, ön inceleme raporu doğrultusunda görevli personel hakkında soruşturma izni verilmemesine, İstanbul Bölge İdare Mahkemesine itiraz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Anılan karara karşı, ne başvurucular ne de Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından süresi içerisinde itiraz edilmiştir. Başvurucular, Pendik Kaymakamlığı kararı kendilerine tebliğ edilmediği için İstanbul Bölge İdare Mahkemesine itiraz edemediklerini ileri sürmüşlerdir.

16. Pendik Cumhuriyet Başsavcılığı, Pendik Kaymakamlığı tarafından soruşturma izni verilmediği gerekçesiyle 25/12/2012 tarihli ve Sor. No: 2011/19939, K.2012/9203 sayılı kararı ile şüpheliler hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

17. Başvurucuların anılan karara yaptığı itiraz, İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 18/4/2013 tarihli ve 2013/590 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

18. Söz konusu karar 13/5/2013 tarihinde başvurucuların vekiline tebliğ edilmiş ve 10/6/2013 tarihinde bireysel başvuru yapılmıştır.

3. İdari Yargıda Açılan Tam Yargı Davasına İlişkin Süreç

19. UYAP üzerinden yapılan araştırma neticesinde başvurucuların 11/11/2011 tarihinde İstanbul Anadolu 29. Asliye Hukuk Mahkemesinde Sağlık Bakanlığı ile Dr. H. N. Ş. aleyhine tazminat davası açtıkları, açılan davanın İstanbul Anadolu 29. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/3/2014 tarihli kararı ile idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle usulden reddine karar verildiği, bunun üzerine başvurucular tarafından İstanbul 10. İdare Mahkemesi

nezdinde Sağlık Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açıldığı ve açılan davanın Mahkemenin 2014/1220 esas sayılı dava dosyası ile hâlihazırda derdest olduğu görülmüştür.

B. İlgili Hukuk

20. 4483 sayılı Kanun'un "İzin vermeye yetkili merciler" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"Soruşturma izni yetkisi

*İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,
... tarafından bizzat kullanılır."*

21. 4483 sayılı Kanun'un "Ön inceleme" başlıklı 5. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır."

22. 4483 sayılı Kanun'un "Ön inceleme yapanların yetkisi ve rapor" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir.

Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur."

23. 4483 sayılı Kanun'un "İtiraz" başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirir.

Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraz süresi,yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür.

İtiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanına verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi bakar.

İtirazlar, öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir.”

24. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

25. 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.”

26. 6098 sayılı Kanun'un haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinin ceza hukuku ile ilişkisini 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.”

27. Danıştay İdari Dava Daireler Kurulunun 22/5/2003 tarihli ve E.2002/619, K.2003/350 sayılı kararı şöyledir:

“... ”

Ankara 6. İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak 21.3.2002 günlü, E:2002/339, K:2002/325 sayılı kararıyla, uyuşmazlığın davacının uğradığı ses kaybının hatalı operasyon sonucunda oluşup oluşmadığının tespitine ilişkin olduğundan, Mahkemelerinin 17.3.1999 günlü ara kararıyla, davacının geçirdiği operasyonlara ilişkin bilgi ve belgelerin bulunduğu "Hasta Dosyaları" istenilmiş ise de; söz konusu dosyaların Ankara Numune Hastanesi arşivinde bulunmadığının (kayıldığının) bildirilmesi üzerine, Mahkemece davacı tarafından dosyaya sunulan belgeler ile davacının muayenesi sonucunda elde edilecek bilgiler ışığında bilirkişi incelemesine karar verildiği, bilirkişi tarafından hazırlanan 22.11.1999 ve 27.12.1999 günlü raporlarda, hastada, 8.11.1991

tarihindeki ilk operasyonu sırasında Bilateral Kord Vokal felci geliştiği, bu sebebin sinir kesisi veya basısına bağlı olarak gelişebileceği, zaman içinde sinir fonksiyonlarının geri dönebileceği, ancak hastada, erken dönemde solumun yetersizliği olduğu ve zaman içinde kalıcı hale geldiği, bu tür rahatsızlıklarda, ilk amacın yeterli hava girişinin sağlanması olduğu, ses kalitesi bozulması ihtimalinin göze alınabileceği, bu amaçla yapılan 2. ve 3. operasyonlarda ses kalitesinin düzeltilmediği ve kalıcı sekel niteliğinde uzuv kaybının oluştuğunun belirtildiği, 24.2.2000 günlü naip tezkeresi ile A.Ü. Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'na gönderilen davacının yapılan muayenesi sonucunda düzenlenen raporda, davacının, uzuv kaybının (çalışma gücü oranının) %63 olduğunun belirlendiği, bu oran göz önüne alınarak 10.4.2000 günlü raporda, davacının fizik bütünlüğü, iktisadi geleceği ve sosyal konumu göz önüne alınarak 12.857.657.785.lira maddi zararın hesaplandığı, bu durumda davacının hatalı ameliyattan sonucu uğradığı zararların hizmet kusuruna dayalı olarak davalı idarece tazmini gerektiği, davacının, istemde bulunduğu maddi tazminat miktarı göz önüne alınarak ve istemle sınırlı olarak 1.000.000.000. lira maddi tazminatın davalı idarece tazminine, maddi tazminata olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi istenmekte ise de, idarenin gecikmesine karşılık ödenen yasal faizin, başvuru tarihinden itibaren hesaplanacağı, önceki döneme ilişkin faiz isteminin de reddi gerekeceğinin açık olduğu, manevi tazminat istemi yönünden ise, manevi zararlar da, Anayasanın 125. maddesinde ifadesini bulan şekliyle, tazmin edilmesi gereken zararlardan olup, hukuka aykırı eylem veya işlemlerden dolayı ilgililerin duyduğu elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek amacını taşıdığı, buna göre, davacının %63 oranında kayba uğrayan uzvunun sosyal yaşamdaki fonksiyonları, kayıp oranı ve hükmedilen maddi tazminat tutarı göz önüne alınarak mahkemelerince takdiren 5.000.000.000.- lira manevi tazminatın davalı idarece ödenmesine, öte yandan, davacı vekilince verilen 1.5.2000 günlü dilekçe ile maddi tazminat miktarının 13.000.000.000.- liraya çıkarılması istenmiş ise de, davanın genişletilmesi niteliğindeki istemin kabulünün mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 1.000.000.000.- lira maddi, 5.000.000.000.- lira manevi tazminat olmak üzere 6.000.000.000.- lira tazminatın davacıya ödenmesine, maddi tazminat tutarına, davalı idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine, başvuru tarihinden önceki döneme ilişkin yasal faiz isteminin reddine ilişkin bulunan ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.3.2002 günlü, E:2002/339, K:2002/325 sayılı ısrar kararını temyiz etmek ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve dilekçede ileri sürülen temyiz sebeplerinin kararın kabule ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından davalı idarenin temyiz isteminin reddine...”

28. Danıştay 15. Dairesinin 9/4/2014 tarihli ve E.2013/5560, K.2014/2559 sayılı kararı şöyledir:

“ ...

Dava; davacı tarafından, 04/01/2008 tarihinde Trabzon Numune ve Araştırma Hastanesi'nde gerçekleşen guatr ameliyatı sonucu ses tellerinin kesilmesi ve felç olmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle

30.000,00 TL maddi, 40.000,00 TL manevi olmak üzere toplam 70.000,00 TL tazminatın davalı idareden olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Trabzon İdare Mahkemesi'nce; Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan 03/09/2010 gün ve 8034 sayılı bilirkişi raporunda; "hasta hakkında, tiroid sintigrafisinde multinodüler olduğu USG hafif diffüz sol lopta 15x10 mm.lik nodüllerin küçük olduğu, sağda 6,5 mm.lik kistik solid ufak nodül olması dikkate alındığında ameliyat endiksyonunun uygun olmadığı, ameliyattan önce biyopsi yapılmamasının eksiklik olduğu, hipoparatroidizm tablosunun, calsiyum ve parat hormon düzeylerinin eplasman tedavisini gerektirmediği, geçici hipoparatrodi olduğu, bilatüreal total operasyonunun tıbbi uygulamalarının uygun olduğu, bilatüreal kord vokal paralizisinin komplikasyon olduğu, operasyon öncesi biyopsi yapılmaması ve endiksyonun ameliyat kararı alınmasında yeterli olmadığı nedeniyle (doktor) A. B.'nin uygulamasının tıp kurallarına uygun olmadığı oybirliğiyle mütalaa olunur." görüşlerine yer verildiği, hazırlanan rapor doğrultusunda, davacının fonksiyon kaybına uğramasında idarenin yürütülen tedavide hizmet kusurunun bulunduğu, sonucuna varılarak kusurlu eylemi ile davacının fonksiyon kaybına uğramasına neden olan davalı idarenin, davacının bu nedenle uğradığı zarara karşulamakla yükümlü olduğu, davacının uğradığı efor kaybının belirlenmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda bilirkişi tarafından düzenlenen 23.11.2012 kayıt tarihli raporundan, tüm vücut fonksiyon kaybı olan %40 oranına göre 109.898,00 TL olarak hesaplandığı bu durum karşısında, bilirkişi raporunda belirtilen efor kaybı miktarının davacı tarafından talep olunan şekliyle 30.000,00 TL maddi ve 30.000 TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte, davalı idarece ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

...

Trabzon İdare Mahkemesi'nin 28/12/2012 tarih ve E:2009/595; K:2012/1509 sayılı kararının ONANMASINA..."

29. 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 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.

... ”

30. 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 hakimi 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

31. Mahkemenin 14/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruların 10/6/2013 tarihli ve 2013/4194 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

32. Başvurucular, doğum öncesinde yapılan tetkiklerde annenin de bebeğinin de herhangi bir sağlık sorununun bulunmadığı anlaşılmasına rağmen Pendik Devlet Hastanesinde yapılan yanlış müdahaleler sonucu Aliaba Ergün'ün engelli kaldığını, Saadet Ergün'ün doğum sancılarının başlaması üzerine anılan Hastaneye götürüldüğünü ancak doğum zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle geri çevrildiğini, doğum sancılarının dayanılmaz hâle gelmesi nedeniyle aynı gün Hastaneye tekrar götürülmesi üzerine “Doğum zamanı gelmiştir.” denilerek müdahalede bulunulduğunu, doğum zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle Saadet Ergün'ün Dr. H. N. F. tarafından evine gönderilmesinin doktorun ağır ihmali anlamına geldiğini, doktorun hastaları başından savmaya çalıştığını, tüm uğraşlara rağmen doğumun gerçekleştirilememesi üzerine kendilerine haber verilmeden vakum ile doğumun gerçekleştirilmeye çalışıldığını, doğumun tüm bunlara rağmen gerçekleştirilememesi üzerine ameliyatla yaptırıldığını, Aliaba Ergün'ün doğum anında aldığı ciddi darbeler sonucu tamamen engelli şekilde dünyaya geldiğini, doğum raporunda sağlıklı doğum yapılmış gibi tutanak tutulmasına rağmen bebeğin kafasının şişkinlikten deforme olduğunun ve gözlerinin görmediğinin anlaşıldığını, Aliaba Ergün'ü sonraki dönemde ameliyat eden beyin cerrahı tarafından “çocuğun kafatasında doğum esnasında büyük bir oranda ezilme olduğu” hususunun söylendiğini belirterek yaşam hakkının, adil

yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın ortadan kaldırılması ile maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuşlardır.

33. Başvurucular ayrıca kusurları sebebiyle Aliaba Ergün'ün engelli kalmasına neden olan Pendik Devlet Hastanesi çalışanlarıyla ilgili yaptıkları şikâyet hakkında etkili bir soruşturma yapılmadan kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğini, Pendik Kaymakamlığının soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kendilerine tebliğ edilmemesinin Anayasa ve kanunlara aykırı olduğunu, karar kendilerine tebliğ edilmediği için Bölge İdare Mahkemesine başvurmadıklarını, taksirle ölüme veya yaralamaya neden olmaya ilişkin herhangi bir soruşturma yapılmadan “görevi kötüye kullanma suçu” bağlamında yetersiz bir soruşturma yürütüldüğünü ve dosyanın kovuşturma aşamasına geçmeden kapatıldığını, söz konusu süreçte maddi ve manevi birçok zarara maruz kaldıklarını ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvuru konusu olay sebebiyle Aliaba Ergün'ün %94 oranında engelli olarak dünyaya geldiği dikkate alındığında ceza soruşturmasında şikâyetçi konumunda olan başvuru sahiplerinin “adil yargılanma”, “etkili başvuru hakkı” ile “sağlık hizmetleri” haklarına bağlı olarak Anayasa'nın 36., 40. ve 56. maddelerinin ihlal edildiği şeklindeki iddiaları Anayasa'nın 17. maddesi ile ilişkili görülerek bu iddiaların tamamı yaşam hakkı kapsamında incelenmiştir.

35. Devletin, bir kişinin yaşamının doğrudan risk altına girmesine ve ölmesine yol açabilecek nitelikteki üçüncü kişilerin eylemlerine ya da öldürücü bir hastalığa maruz kalmasına engel olabilecek tedbirleri almadığında o kişi ölmemiş olsa dahi yaşamı koruma yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak bu duruma yol açtığı ileri sürülen eylem ve ihmallerin etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğü doğabilecektir (*İlker Başer ve diğerleri*, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 37). Aliaba Ergün'ün %94 oranında engelli olarak dünyaya gelmesine neden olan başvuru konusu olayın ölümle sonuçlanabilecek potansiyele sahip olduğunu ve başvuru sahiplerinden Aliaba Ergün'ün hayatını tehlikeye attığı dikkate alınarak yaşam hakkı kapsamında bir inceleme yapmanın uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

36. Saadet Ergün ile Alişan Ergün'ün yaşanan olaya ilişkin iddiaları değerlendirildiğinde Aliaba Ergün'ün %94 oranında engelli olarak dünyaya gelmesi nedeniyle çektikleri sıkıntılardan ziyade çocuklarının ölüm ihtimali içeren bir müdahaleye maruz kalmasından şikâyet ettikleri anlaşılmıştır. Bu sebeple Aliaba Ergün'ün yasal temsilcisi konumunda olan annesi ve babasının, yaşam hakkı bağlamında başvuru ehliyeti açısından bir eksikliğinin bulunmadığı değerlendirilmiştir (Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararı için bkz. *Akdemir ve Evin/Türkiye*, B. No: 58255/08 ve 29725/09, 17/3/2015)

37. Anayasa'nın başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

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

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerinde yazılı, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

38. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Negatif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, 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*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 50, 51).

39. 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 kurumları ile sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır.

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

41. Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usule ilişkin yönü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54). Bu usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Buna göre yaşam hakkının 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 ölüm olayları için de geçerlidir. Bu durumlarda mağdurlara hukuki, idari ve disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterlidir. (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59; *Nail Artuç*, § 37).

42. Bununla birlikte ihmal suretiyle meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek 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 aşacak şekilde mesleki ödevlerine aykırı davranarak hayata 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).

43. Somut olayda Aliaba Ergün'ün engelli doğması olayı ile ilgili olarak

başvurucuların kullanabileceği birden fazla hukuki yol bulunmaktadır. Bu kapsamda başvurucular, yaşanan olay hakkında bir ceza soruşturması başlatılmasını ve kusurlu olan personel hakkında kamu davası açılmasını yetkili Cumhuriyet Başsavcılığından talep edebilirler. İkinci bir yol olarak başvurucular, Aliaba Ergün'ün engelli doğmasından sorumlu olduğunu düşündükleri kişiler aleyhine haksız fiilden ya da vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk kapsamında yetkili asliye hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilirler. Üçüncü bir yol olarak ise başvurucular, yaşanan olayda hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle ilgili kamu idaresi aleyhine idari yargıda tam yargı davası açabilirler. Nitekim başvurucular, Pendik Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuşlar ve Aliaba Ergün'ün engelli doğmasına sebebiyet verdiği iddiasıyla ilgili personel hakkında suç duyurunda bulunmuşlardır. Ayrıca İstanbul Anadolu 29. Asliye Hukuk Mahkemesinde Sağlık Bakanlığı ile Dr. H. N. Ş. aleyhine tazminat davası açmış, açılan davanın İstanbul Anadolu 29. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/3/2014 tarihli kararı ile şikâyet konusunun idari yargının görev alanında olduğu gerekçesiyle usulden reddedilmesi üzerine, İstanbul 10. İdare Mahkemesi nezdinde Sağlık Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açmışlardır. Bu dava, İstanbul 10. İdare Mahkemesinin 2014/1220 esas sayılı dava dosyası ile hâlihazırda derdesttir. Bu durumda somut olayın koşulları çerçevesinde sorulması gereken soru, yaşam 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).

44. Bireysel başvuru formu ve eklerinde sunulan bilgi ve belgeler ışığında mevcut başvurunun koşulları incelendiğinde başvurucuların yaşadığı 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. Başvurucular da söz konusu olayın görevli personel tarafından kasti şekilde gerçekleştirildiği yönünde bir iddia ileri sürmemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında başvuru konusu olayın yukarıda belirtilen istisnalar (bkz. § 42) kapsamında bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında devletin sahip olduğu “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük, somut olayda mağdurlara adli ya da idari yargı mercileri önünde açabilecekleri bir tazminat ya da tam yargı davası yolunun sağlanması ile yerine getirilmiş sayılabilir.

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

46. 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 nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyumsuzluklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (*Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44).

47. Açıklanan nedenlerle, yaşam 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. Başvurucuların tıbbi hata nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiaların *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde bırakılmasına

14/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Rıdvan GÜLEÇ