

**GENEL KURUL
KARAR**

HAMDULLAH AKTAŞ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2015/10945
Karar Tarihi : 19/7/2018

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucular : 1. Hamdullah AKTAŞ
2. Sanihe AKTAŞ
3. Zeynep AKTAŞ
Vekilleri : Av. Hüseyin GÜMÜŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, doğum sırasında tıbbi ihmal sonucu çocukta kalıcı bir sakatlığa yol açılması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/6/2015 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 11/6/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Üçüncü başvurucu Zeynep, birinci ve ikinci başvurusunun kızıdır. İkinci başvurucu Sanihe Aktaş, doğum sancılarının başlaması üzerine 17/5/2001 tarihinde gece saatlerinde (saat 23.00 civarı) Diyarbakır Doğum Hastanesine (Hastane) başvurmuş; Hastaneye yatırılarak başvurusunun tetkikleri yapılmıştır. Doğum 19/5/2001 tarihinde, saat 15.00 civarında ebe yardımı ve normal doğum yöntemiyle gerçekleşmiştir. Başvurucu Zeynep Aktaş, 5 kg ağırlığında dünyaya gelmiştir.

10. Doğumun ardından aynı gün başvuru Sanihe Aktaş taburcu edilmiştir. Taburcu edildikten birkaç gün sonra Zeynep Aktaş'ın sol kolunu kullanmadığını fark eden başvuru, kızlarını Diyarbakır Çocuk Hastanesine götürmüş ve çocuğun kolunda doğum esnasında sinir zedelenmesi olduğu Hastane tarafından tespit edilerek kolu ortopedik askıya alınmıştır.

11. Yapılan tespit sonucu uzun süreli ve detaylı tedaviye ihtiyacı olduğu değerlendirilen çocuk; 1/2/2002 tarihinde Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Kliniğine sevk edilmiştir. Bu tarihten itibaren çocuğun tedavisi devam etmekte olup en son ameliyat edildiği bilgisi başvuru dosyasına yansımıştır.

12. Başvuru, kızları Zeynep Aktaş'ın doğumu sırasında doğuma katılan sağlık personelinin yanlış ve ihmal içeren davranışı nedeniyle sol kolun sinir sisteminde zedelenmeye sebep olduğunu belirterek uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini talebiyle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine (Mahkeme) 25/1/2007 tarihinde tam yargı davası açmışlardır.

13. Yargılama sırasında Mahkeme tarafından, çocuğun sol kolunun sakat kalmasında davalı idarenin kusurunun bulunup bulunmadığı, kusur varsa oranının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumundan rapor alınmıştır. 22/10/2010 tarihli raporda;

- Doğumun normal zamanda ve şekilde gerçekleşmesi kararının tıbben uygun olduğu,

- *Travayda* (doğum sancıları başlamış hâlde) gelen bir gebenin bebek doğum ağırlığının tespit edilemeyeceği ve çocuğun sol kolundaki hareketsizliğin hemen fark edilerek gerekli müdahaleye başlandığı,

- *Brakiyel pleksus zedelenmesinin* (sinir zedelenmesi) doğum komplikasyonu olduğu,

- İdarenin eyleminin tıbbi kurallara uygun olduğu tespitlerine yer verilmiştir.

14. Raporda ayrıca doğumun olduğu gün nöbetçi görünen doktor A.Z. ile doğumu gerçekleştirdiği tespit edilen ebe S.D. nin ifadelerine yer verilmiştir. Doktor A.Z. hasta dosyası mevcut olmadığından doğumun seyri hakkında bir bilgiye sahip olmadığını, doğumun ebe marifetiyle gerçekleştiğini açıklayarak zor ve müdahaleli doğumların hekime bildirilmesi gerektiğini ancak somut olaydaki doğumda müdahale olduğuna dair bir bilgiye yer verilmediğini beyan etmiştir. Ebe S.D. doğumu hatırlamadığını ancak kayıtlara göre doğumun kendi refakatinde gerçekleştiğinin tespit edildiğini, doğan bebeklerde bütün kontrollerin yapıldığını ancak anormal bir durum tespit edilirse bebeğin çocuk hastanesine sevkinin gerekeceğini belirterek bu şekilde bir sevk yapılmadığını ifade etmiştir.

15. Mahkeme 19/12/2011 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Adli Tıp Kurumu raporuna atıf yapılarak çocuğun doğum sırasında sol kolunun sakat kalmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

16. Temyiz edilen karar, Danıştay Onbeşinci Dairesinin (Daire) 29/5/2014 tarihli ilamıyla, çocuğun sakat kalmasında hastaya gerekli müdahalenin yapılamamasından kaynaklanan bir tespit bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat yönünden onanmıştır. Diğer taraftan maddi olayın aydınlatılmasını sağlayacak hasta verilerinin bulunduğu hasta dosyasının muhafaza edilmemesi yönünden sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği kanaatiyle başvurucuların duydukları üzüntü nedeniyle manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak karar, manevi tazminat yönünden bozulmuştur.

17. Başvurucuların onama kararına karşı karar düzeltme talepleri ise Dairece reddedilmiştir.

18. Nihai karar 27/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucular 26/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"İdari dava türleri şunlardır:

...

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

..."

21. 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 51. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Ebeler gebelerin muayenesiyle bunların hızlısıhhatlerine mütaallik tedabirin ifasına ve doğumun teshiline ve bu esnada yapılacak basit manevraların ve çocuk için lazım gelen ilk tedbirlerin ifasına salahiyettar iseler de her nevi alet ve saire tatbik etmeleri memnu ve sureti avarızı velade vekayinde behemahal bir tabip davetine mecburdurlar..."

22. 22/5/2017 tarihli ve 29007 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer

Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'e ekli Tanımlar'ın ilgili kısmı şöyledir:

"Ebe

...

b) Gebelik tanısını koyar, normal gebe izlemine ve gerekli muayenelerini yapar, riskli durumları erken dönemde belirler, gerekli önlemleri alarak sevk eder.

c) Doğum sürecini yönetir; travay sırasında anne ve bebeğin sağlığını izler, normal doğumları ve tabibin olmadığı hallerde acil makat doğumları yapar, gerektiğinde epizyotomi uygular. Doğum sürecinde normalden sapmaları belirler, acil durum tedbirlerini alır ve tabibe haber verir, tabibin direktifleri doğrultusunda acil müdahalede bulunur.

ç) Doğum sonrası dönemde; yenidoğanın ilk bakım ve muayenesini yapar, gerektiğinde acil resüsitasyon gerçekleştirir, anneye emzirme eğitimi verir, annenin bakım ve izlemine yapar, normalden sapmaları tespit ederek sevk eder.

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Sözleşmeler

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

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

24. 3/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile onaylanması uygun bulunan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) 3. maddesi şöyledir:

"Taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları gözönüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır."

25. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesi şöyledir:

"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

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

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

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

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

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 19/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucular, bebeğin doğum kilosu tespit edilmeden normal yolla doğum yaptırılması sebebiyle kolunun sakat kaldığını, bilirkişi raporunda bebeğin doğum kilosunun tespit edilemeyeceği bilgisine yer verilerek bu ağırlıktaki bir bebeğin doğumu sırasında meydana geldiği gibi bir komplikasyon gelişeceği hususu açıklanmak suretiyle çelişkili bilgilere yer verilmesine rağmen bu rapora dayanılarak maddi tazminat isteminin reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca çocuklarının kolunun sakatlanmasında idarenin kusuru olmasa dahi sorumluluğunun bulunduğunu, karar düzeltme taleplerinin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

2. Değerlendirme

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

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

33. Anayasa'nın 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; ...insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

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

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

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

36. Anılan kararlar doğrultusunda somut olayda, başvuruçunun tıbbi ihmale dayalı tüm şikâyetleri ile yargı sürecine ilişkin gerekçeli karar hakkına yönelik şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir.

37. Öte yandan başvuruçular, çocuklarının kolunun sakatlanmasında idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmekte ise de kusursuz veya kusura dayalı sorumluluk ayrımı belirtilen anayasal ilkeler ile doğrudan ilgili olmayıp ancak derece mahkemelerince ilgili hukuk kurallarının yorumlanması kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır. Anayasa Mahkemesi ise kusursuz veya kusurlu sorumluluk ayrımına ilişkin bir değerlendirme yapmak yerine yukarıda değinilen Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin somut olay bağlamında yerine getirilip getirilmediğini denetlemek durumundadır (*Tevfik Gayretli*, B. No: 2014/18266, 25/1/2018, § 36).

38. Bu sebeple başvuruya konu olay, devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında sınırlı olarak incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

40. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu

kapsamda anılan Anayasa hükmü ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, gerek kamusal yetkilerle donatılmış kişilerin gerekse özel kişilerin müdahalelerine karşı güvence altına alınmıştır (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 40).

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

42. Bu çerçevede devletin egemenlik alanında yaşayan ve kontrolü altında bulunan kişilerin maddi ve manevi varlıklarına yönelik müdahaleleri önleme, önlenememiş olan müdahalelere yönelik olarak da gerekli soruşturma, kovuşturma, faileri tespit edip cezalandırma ve gerektiğinde bundan doğan zararları etkili bir şekilde bizzat karşılama veya sorumlularına karşılatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahaleden doğan zararlara yönelik etkili bir tazminin sağlanmadığı ve bu çerçevede devletin Anayasa'nın 17. maddesinden doğan koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda kişinin vücut bütünlüğünün korunduğundan söz edilemez (Özkan Şen, § 40; Yasin Çıldır, B. No: 2013/8147, 14/4/2016, § 37).

43. 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 kesimleri ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanmak suretiyle onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır (İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 44).

44. İlke olarak tıbbi ihmellere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (Nail Artuç, § 38).

45. Etkili yargısal koruma sağlamada mağdurların kendi inisiyatifleri ile hukuk veya idare mahkemesinde açtıkları dava yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvuru makamının ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilmesi, bunun için uygun bir giderim sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26; Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 39).

46. Diğer taraftan bu yöndeki pozitif yükümlülüğünün sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olması, her davada başarılı olunması veya mağdurların olaylarla ilgili beyanlarıyla bağdaşan bir sonuca varılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bununla beraber kural olarak dava, olayın gerçekleştiği koşulları belirleyecek ve iddiaların doğruluğunun kanıtlanması hâlinde sorumlularının tespit edilerek uygun telafi imkânlarını sağlayacak nitelikte olmalıdır (Nail Artuç, § 45; Hilmi Düzgüner, § 50).

47. Anayasa Mahkemesi için bu noktada önemli olan husus, yürürlükteki yargısal sistemin ihmale yönelik davranışlar ve tıbbi hatalar nedeniyle maddi ve manevi

varlığa yapılan müdahalelerden doğan sorumluluğu hiçbir durumda belirsizlik içinde bırakmamasıdır. Anayasa Mahkemesinin bu noktadaki görevi, derece mahkemelerinin Anayasa'nın 17. maddesi ile öngörülen dikkatli ve özenli inceleme şartını ne ölçüde yerine getirdiğini incelemektir (*Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş*, B. No: 2013/4086, 20/4/2016, § 72; *Perihan Uçar ve diğerleri*, B. No: 2013/5860, 1/12/2015, § 57; *Hilmi Düzgüner*, § 51).

48. Olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi öncelikle idari ve yargısal makamların ödevidir (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 43). Ayrıca Anayasa Mahkemesinin görevi, herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Bilirkişi raporu ve benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir. Buna karşın Anayasa Mahkemesinin, başvuruçunun yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporunun bir hükme ulaştırırken dikkate alınması talebinin reddi kararının da tarafların haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilir verilmediğini incelemesi gerekmektedir (*Ahmet Gökhan Rahuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, §§ 59, 60).

49. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin kural olarak bilirkişilerin vardığı sonuçları, mevcut tıbbi bilgilerden hareketle birtakım tahminlere yer vererek sahip olduğu bilimsel bakış açılarının doğru olup olmadığı yönünden irdeleme görevi de bulunmamaktadır (*Yasin Çıldır*, § 65).

50. Ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi ve ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesi gerekir. Bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı incelenmelidir (*Murat Atılgan*, § 44).

51. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş; bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır (*Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 56).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

52. Başvuruya konu olayda, başvuruçunun Sanihe Aktaş'ın doğum sancıları başladıktan sonra eşi ile birlikte Hastaneye gece saatlerinde başvurmaları üzerine yatışı yapılarak doğuma hazırlanması sağlanmıştır. Doğum, ertesi gün öğleden sonra saat 15.00 civarında gerçekleşmiştir.

53. Dünyaya gelen Zeynep Aktaş 5 kg ağırlığında olup bebeğin doğumundan önce doğum ağırlığının tespit edildiğine dair herhangi bir bilgi mevcut değildir. Başvuruçunun Sanihe Aktaş'ın hasta dosyası muhafaza edilmediğinden doğuma ilişkin kayıtlara yargısal makamlarca da ulaşılamamıştır. Diğer taraftan bilirkişi raporunda, bu şekilde doğum ağrısıyla hastaneye gelen gebe kişilerin doğum ağırlıklarının tespit edilemeyeceği belirtilmiş ancak sebebi açıklanmamıştır. Doğum

öncesinde başvuru Sanihe Aktaş'ın tetkiklerinin yapıldığı anlaşılrsa da tetkiklerde bebeğin sağlıklı gelişip gelişmediği, doktor tarafından başvuru muayene edilmediği, hatta doğum ağırlığının tespiti konusunda herhangi bir girişimde bulunulup bulunmadığı derece mahkemesince açıklığa kavuşturulmamıştır.

54. Başvuru anne, doğuma hazırlanma sürecinde Hastanede yaklaşık 15-16 saat yatılı olarak bulunmuştur. Bu süre zarfında diğer tetkikler yapılırken bebeğin doğum ağırlığının tespitinin yapılmamasının sebebi anlaşılammakla birlikte bu durum bilirkişi raporunda da açıklanmamıştır. Ayrıca, çocuğun yaklaşık doğum kilosunun tespit edilmesi hâlinde normal doğum yöntemiyle doğum yapılmasının risk taşıyıp taşımayacağına dair bilgiye raporda yer verilmemiştir.

55. Doğumların zor gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin doğum öncesi öngörülmesi beklenmemekle birlikte temel birkaç verinin elde edilmesi risk gerçekleştiğinde gerekli tıbbi müdahalenin yapılması bakımından elzemdir. Bebeğin doğum ağırlığı dâhil bazı bilgilerin varlığı hâlinde karşılaşılabilecek riskli durumların öngörülmesi durumunda doğum şekline gösterilen rızanın değişebilmesi mümkün olduğundan bu durumda rıza karşılaşılabilecek riskler yönünden bilgilendirme yapıldığı takdirde geçerli kabul edilmelidir.

56. Başvuruların, çocuklarının muhtemel doğum kilosunu doğum öncesi bilmedikleri ve bu yönde normal doğum yönteminin tercih edilmesinde karşılaşılabilecek risklerden haberdar edilmedikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurular tarafından diğer doğum yöntemlerinin tercih edilmesi hâlinde karşılaşılan sonucun gerçekleşme ihtimalinin ne ölçüde değişeceğine dair bilgiye bilirkişi raporunda yer verilmemiştir. Diğer yandan söz konusu rapora dayanılarak verilen derece mahkemeleri kararlarında da başvuruların aydınlatılarak rızalarının alınıp alınmadığı tartışılmamıştır.

57. Öte yandan başvurular doğumun ebelerin yardımıyla gerçekleştiğini, doktorun doğuma katılmadığını belirtmişlerdir. Hastanede nöbetçi bulunan doktor, doğumu hatırlamadığını, kayıtlar olmadığından müdahalesinin olduğuna dair bilgiye sahip olmadığını ifade etmiştir. Doğuma katılan ebe de başvurular ve nöbetçi doktoru destekleyen benzer söylemlerde bulunmuş, doğumda veya doğan çocukta normalin dışında bir durumun fark edilmesi üzerine doktora haber verilmesi gerektiğini, doğumu hatırlamamakla birlikte bu tip bir gelişmenin olduğunu gösteren bir bilginin bulunmadığını beyan etmiştir.

58. Hastane kayıtları bulunmadığından doğumun zor ve müdahale gerektirir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilememektedir. Ayrıca bu şekilde olmuş olsa bile doktor müdahalesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Normal doğum yöntemiyle gerçekleşen doğumların ebelerin refakatiyle gerçekleşmesi olağandır. Fakat acil durumda veya tıbbi karar alma süreçlerinde doktor bilgisine ve müdahalesine başvurulması gerektiği de dikkatten kaçırılmamalıdır. Ebe gözetiminde gerçekleştirilen doğumlarda, doğum sırasında doktor müdahalesini gerektiren bir durumun ortaya çıkmadığı ve dolayısıyla tıbbi teşhis ve tedavide aksama olmadığı, ancak hastane kayıtlarıyla ispat edilebilir. Bu durumda somut olayda idarenin eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu görüşünü içeren bilirkişi raporu esas alınarak verilen ve sağlık hizmetinin kusurlu işlemediği kanaatine varılan derece mahkemesi kararının ilgili ve yeterli gerekçeye dayandığının kabul edilmesi güçtür.

59. Aynı şekilde doğum esnasında olduğu kadar doğum sonrasında da normal akışında devam etmeyen her durumdan ilgili doktorun haberdar edilmesi,

gerçekleşen olumsuz sonuçların hafifletilmesi için zaruridir. Başvurucuların çocuğunun sol kolunun doğum esnasında sinir zedelenmesi sonucu hareketsiz kaldığı tartışmasız bir olgudur. Çocuktaki bu durumun sağlık personeli tarafından tespit edilemediği, başvurucular taburcu olduktan sonra farkına varıldığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde yaşanan gecikmenin tedavi sürecine etkisine dair bilirkişi raporunda bir açıklama yapılmadığı gibi derece mahkemelerince de bu hususun tartışılmadığı görülmektedir.

60. Öte yandan Daire, ilk derece mahkemesi kararının maddi tazminat talebinin reddi yönündeki hüküm fıkrasını, tıbbi ihmal tespit edilemediği gerekçesiyle onarken manevi tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm fıkrasını ise sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği gerekçesiyle bozmuştur. Daire, hasta dosyasının muhafaza edilmemesini, sağlık hizmetinin işleme bakımından bir eksiklik ve kusur olarak değerlendirmiştir. Ancak Daire, sağlık hizmetindeki bu eksiklik ve kusurun sadece manevi zarar doğurduğunu kabul etmiştir. Başvurucu anneye ilişkin dosyasının muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinde oluşan bu kusurun neden sadece manevi zarar doğurduğuna ve herhangi bir maddi zarara yol açmadığına dair Daire kararında, herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.

61. Dolayısıyla yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemelerinin kararlarının konuyla ilgili yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

62. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin

İddia

63. Başvurucular, makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

64. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

65. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, §§ 45, 47).

66. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu, başvurunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Selahattin Akyıl*, § 41).

67. Yukarıda yer verilen ilkeler, Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar ve somut başvuruya konu yargılama sürecinin niteliği dikkate alındığında toplam 8 yıl 2 ay 21 günlük yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.

68. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

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

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

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

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

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

73. Başvuruçular, ihlalin tespiti ve yargılamanın yenilenmesiyle birlikte başvuruçunun Zeynep Aktaş için 500.000 TL maddi, 500.000TL manevi olmak üzere

1.000.000 TL; diğerk başvurucular için ayrı ayrı 100.000 TL maddi, 100.000 TL manevi olmak üzere 400.000 TL; ayrıca sekiz yıllık yargılama gideri olarak 15.000 TL tazminat talebinde bulunmuşlardır.

74. Anayasa Mahkemesi, anne Sanihe Aktaş'ın doğum öncesi aydınlatılması, doğum sırasında ve sonrasında da herhangi bir tıbbi ihmalin yaşanmadığının ortaya konulması yolundaki ödevin hastane tarafından yerine getirildiğinin ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulamaması nedeniyle başvuruçuların maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının devlete yüklediğı pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğı sonucuna ulaşmıştır. Aydınlatma ve tıbbi ihmalin yaşanmadığının ortaya konulması ödevinin idarenin ifasının idarenin bir yükümlülüğü olması sebebiyle ihlalin asıl kaynağının idarenin eylemi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte idarenin bu eyleminden kaynaklanan ihlalin tespiti ve tazminat ödenmek suretiyle giderilmesi amacıyla oluşturulmuş bir mekanizma olan tam yargı davasında, devletin pozitif yükümlülüklerine uygun nitelikte bir inceleme yapılmaması sebebiyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

75. Bu durumda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

76. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu sonucuna varıldığından bu hakkın ihlali sebebiyle uğrandığı öne sürülen maddi ve manevi zarara yönelik tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

77. Başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğı sonucuna varılmıştır.

78. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yalnızca yargılamanın yenilenmesiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçulara müştereken net 9.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruçulara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine (E.2007/95, K.2011/2892) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruculara müştereken net 9.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

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

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 19/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

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
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Başvuru Numarası : 2015/10945

Karar Tarihi : 19/7/2018

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvurucular, doğum kilosu tespit edilmeden normal yolla doğum yaptırılması nedeniyle çocuklarının kolunun sakat kaldığını ileri sürerek açtıkları tam yargı davasının maddi tazminat yönünden reddedilmesi dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkememiz kararında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile vücut bütünlüğü hakkının ihlal edildiğine (AY 17/1,2) karar verilmiştir. Karardaki ihlal sonucuna katılmakla birlikte, incelemenin özel hayata saygı hakkı kapsamında yapılması gerektiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle oy kullanmış bulunmaktayım.

2. Bu konudaki görüşümü daha önce Mahkememizin 2014/13327 başvuru numaralı dosyasıyla ilgili olarak Resmi Gazetenin 20 Mart 2018-30376 tarih ve sayısında yayımlanan farklı gerekçemde dile getirmiştim. Ayrıca, şeref ve haysiyet hakkı bağlamında yapılan diğer bir başvuru bakımından da ilgili karar ekinde yer alan farklı gerekçem (B. no : 18891) Resmi Gazetenin 8 Haziran 2018 tarih ve 30445 sayısında yayımlanmıştır. Bu nedenle Sözleşmenin 8 ve Anayasanın 17 ve 20. maddelerinin kapsamı ile Anayasadaki temel haklar sistemindeki yerleriyle ilgili açıklamalar bakımından sözü edilen karşı oylara atıf yapmakla yetinmekteyim. Burada ise mahkememiz çoğunluğunun kabulü ile farklı düşüncemin temeline kısaca değineceğim.

3. Mahkememiz kararında müdahaleye konu hakkın özel hayata saygı hakkı kapsamına girdiği, fakat bu hakkın Anayasamızdaki karşılığının 17. maddenin 1. ve 2. fıkraları olduğu kabul edilmiştir (par.41). Aslında daha önceki kararlarda vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelerde 17. maddenin 1. fıkrası üzerinden inceleme yapılmış iken bu kararda onlardan farklı olarak 2. fıkraya da dayanılmıştır. Konunun 17. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşım, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daralttığı gibi, temel kişilik haklarının tümünün kendinden neşet ettiği “varlığını koruma ve geliştirme hakkını” içeren 17/1. maddedeki genel ve temel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsedmektedir.

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu bu değerlendirmesiyle, Anayasanın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası hükümlerinin 20. maddenin bir parçası olduğu, başka bir ifadeyle özel hayata saygı hakkının 17. maddede düzenlenen özel biçimi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Buna karşın maddede ayrıca yaşam hakkı (1 ve 4. fıkralar) ve işkence ve diğer kötü muamelelere maruz kalmama hakkı (3. fıkra) da düzenlenmiştir. Hatta, aslında 17. madde Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerindeki yaşama hakkı ve işkence-kötü muamele yasağını karşılamak üzere düzenlenmiş ve iki hak arasındaki bağlantıyı kurmak adına oldukça yerinde bir ifadeyle birey maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ve vücut bütünlüğü hakkının düzenlenmesinin elbette Anayasanın temel haklar sistemi içerisinde bir yeri bulunmaktadır. Fakat Anayasada özel yaşama ilişkin özel düzenlemeler (m. 20, 21, 22, 22) bulunduğu sürece, 17. maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlerin özel hayata özgülenmesi, Anayasanın sistematik yorumuna uygun düşmemektedir.

5. Diğer taraftan kişinin maddi manevi varlığı ve bütünlüğü üzerindeki hakların özel hayatla ilgili olduğunu söylemek, diğer haklarla olan ilgisini yok saymak anlamına gelmeyecek midir? Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, örneğin din ve vicdan hürriyetiyle, ifade hürriyetiyle, bilim ve sanat hürriyetiyle, mülkiyet hakkıyla, hak arama hürriyetiyle, vb. ilgisi yok mudur. Hangi temel hakkın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgisi yoktur? Belirtilen özel hak türlerinden yapılan bireysel başvurularda da başvuru konusunun manevi varlık üzerinde yoğunlaştığı hallerde, Anayasanın 24 ila 36. maddelerindeki haklar yerine 17. maddenin 1. fıkrası üzerinden mi inceleme yapılmalıdır? Gerçekten, karara hakim olan gerekçenin mantıksal sonucu, çoğu durumda başvuruların 17. madde kapsamında inceleme yapılması fikrine götürmektedir. Bu fikir, Anayasadaki temel haklar sistematüğini bozup, karmaşık bir değerlendirmeye yol açabilecek mahiyettedir. Nitekim Mahkememiz insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muamele ağırlığında görmediğı psikolojik tacize ilişkin bir başvuruyu da 20. madde yerine 17/1. madde üzerinden incelemiştir (bkz. *B. No : 2014/ 7998*).

6. Önceki farklı gerekçelerde ayrıntılı olarak belirtildiğı üzere, özel olarak düzenlenen temel haklar karşısında Anayasanın 17/1,2. maddesi genel ve ideal bir norm niteliğindedir. Buna karşın, bireysel başvurunun içeriğinin vücut bütünlüğü ve maddi ve manevi varlığa ilişkin bulunduğu hallerde dahi, konu Anayasadaki ilgili temel hak üzerinden incelenmelidir. Anayasanın 17. maddesinin ilk iki fıkrası ise bu incelemede ancak yardımcı norm olarak değerlendirilebilir. Aksinin yorumlanması, özel olarak düzenlenen temel hakların kapsamını daraltmakta ve Anayasal sistematüğe aykırı düşmektedir. Bu başvuruda da konunun Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata sayğı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğı düşüncesindeyim.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN