



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MENEKŞE ALKAN VE MEHMET CEMAL ALKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/13327)

Karar Tarihi: 8/3/2018

R.G. Tarih ve Sayı: 30/3/2018-30376

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN
Üyeler : Serruh KALELİ
Nuri NECİPOĞLU
Hasan Tahsin GÖKCAN
Rıdvan GÜLEÇ
Raportör : Şermin BİRTANE
Başvurucular : 1. Menekşe ALKAN
2. Mehmet Cemal ALKAN
Vekili : Av. Cengizhan GÖKÖZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tıbbi teşhis ve tedavide gecikme sonucu çocuğun görme özürlü olmasına yol açılması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/8/2014 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Başvuru Tarihine Kadar Yaşanan Gelişmeler

8. Başvuru formuna göre birinci başvuru şehir plancısı olarak çalışmaktadır. İkinci başvuru ise gemi kaptanıdır. Başvurucuların 21/12/2004 tarihinde doğan bir kız çocuğu vardır.

9. Başvurucuların çocuğu bir devlet hastanesinde prematüre olarak dünyaya gelmiştir. Çocuk hekimi tarafından bebeğin "ileri derecede prematüre, 1090 g ağırlık, solunum sıkıntılı" durumda olduğu değerlendirildiğinden bebek, Antalya Devlet Hastanesine sevk edilmiştir. Bebek, Antalya Devlet Hastanesinin yeni doğan ünitesinde bakıma alınmış ve dört haftalık olduğunda taburcu edilmiştir.

10. 20/4/2005 tarihinde bebek beş aylık olduğunda bir başka devlet hastanesinde bebeğe prematüre retinopatisi teşhisi konulmuş ve erken doğuma bağlı olarak bebeğin her iki gözünde de görme yetisinin olmadığı tespit edilmiştir.

11. Türk Neonatoloji Derneği tarafından hazırlanan "Türkiye Prematüre Retinopatisi Rehberi 2016" isimli yayında prematüre retinopatisi (ROP) prematüre bebeklerde görülen, retina hasarı yapan ve körlükle sonuçlanabilen bir göz hastalığı olarak tanımlanmıştır. Söz konusu yayında bu hastalığın tedavisinin mümkün olduğu belirtilerek erken tanı ve tedavinin önemli olduğu vurgulanmış, ayrıca çeşitli tedavi yöntemlerine de yer verilmiştir.

12. Başvurucular 22/9/2005 tarihinde Sağlık Bakanlığına müracaat ederek maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir.

13. Sağlık Bakanlığı tarafından başvuruya bir cevap verilmemesi üzerine başvurucular, kendi adlarına asaleten ve bebek adına velayeten Sağlık Bakanlığı aleyhine Antalya 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmışlardır. Başvurucular, ayrı ayrı 35.000 TL maddi ve 15.000 TL manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

14. Antalya Devlet Hastanesinde bebeğin tedavisini yürüten hekim 30/6/2006 tarihinde davaya katılma dilekçesi vermiş ve taburcu işlemleri sırasında aileye bebeğin ilgili bölümlerde kontrole getirilmesi konusunda bilgi verildiğini beyan etmiştir.

15. Mahkeme, hekimin davaya katılma talebini kabul etmiş ve ayrıca Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu alınmasına karar vermiştir.

16. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan 18/7/2007 tarihli bilirkişi raporunda; prematüre bir bebekte doğumdan sonraki dört ile altıncı haftalar arasında ilk göz muayenesinin yapılması gerektiği, bebek dört haftalıkken bebeğin taburcu edilmesinden sonraki ilk iki hafta içinde göz muayenesinin yapılmasının uygun olduğu ve bu hususun aileye bildirilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Raporda ayrıca taburcu belgesinde bebeğin genel kontrole çağrıldığının kayıtlı olduğu ancak kontrole geldiğine dair bir tıbbi kaydın bulunmadığı bildirilmiştir. Hekimin aileye göz muayenesi hakkında öneride bulunduğu dair beyanının mahkemece kabulü hâlinde idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ifade edilmiştir.

17. Mahkeme 23/1/2008 tarihinde davayı reddetmiştir. Karar gerekçesinde, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından düzenlenen raporun hükme esas alındığı belirtilmiş ve bu rapora göre bebeğin hastalığının teşhis ve tedavisinde idarenin ağır hizmet kusurunu gerekli kılacak koşulların bulunmadığı belirtilmiştir.

18. Başvurucular, karara karşı temyiz yoluna müracaat etmişlerdir. Temyiz dilekçesinde başvurucular, bebeğin doğum ve tedavi hizmetlerindeki eksiklik nedeniyle kör olduğunu iddia etmediklerini vurgulamışlardır. Davanın hekimin göz muayenesi konusunda bilgilendirme görevini yerine getirmemesi hususunda olduğunu belirtmişlerdir. Hekimin göz muayenesinin gerekliliği konusunda kendilerini uyarmadığını, tıbbi konularda bilgilerinin olmaması nedeniyle bebeği göz muayenesine götürmediklerini, dolayısıyla teşhis ve tedavinin zamanında yapılmaması nedeniyle bebeğin her iki gözünde görme kaybı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

19. Karar, Danıştay Onuncu Dairesinin 27/1/2012 tarihli kararıyla kısmen bozulmuştur. Karar gerekçesinde göz muayenesine ilişkin durumun davacılara bildirildiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı, dolayısıyla hatırlatma görevinin yerine getirilmediği ve ilk muayenede geç kalınması nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunduğu belirtilmiştir. Bu sebeple idarenin uyarı görevini gereğince yerine getirmemesinden kaynaklanan hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen manevi zararın tazmini gerektiği vurgulanmıştır. Ancak bebeğin taburcu edildiği tarihte dört haftalık olması nedeniyle bu tarihte göz muayenesi yapılması şeklinde tıbbi bir gereklilik bulunmadığı, dolayısıyla idare aleyhine maddi tazminat koşullarının oluşmadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak derece mahkemesi kararının maddi

tazminat talebinin reddine ilişkin kısmı onanmış, manevi tazminat isteminin reddine dair kısmı ise bozulmuştur. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...bebeğin dört haftalık iken taburcu edildiği, dolayısıyla taburcu edildiği tarihte bebeğin göz muayenesinin yapılması tıbbi bir gereklilik olmaması nedeniyle idare aleyhine maddi tazminata hükmedilmesi için gerekli koşullar bulunmamamak(tadır)..."

20. Başvurucuların karar düzeltme talepleri, aynı Dairenin 24/1/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir.

21. Karşıoy görüşünde, erken doğum nedeniyle göz yönünden karşılaşılabilecek sorun konusunda başvurucuların gereği gibi bilgilendirilmediği açık olduğundan maddi tazminat yönünden de kararın bozulması gerektiği ifade edilmiştir.

22. Söz konusu karar, başvurucular vekiline 15/7/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucular 11/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. Başvuru Tarihinden Sonra Yaşanan Gelişmeler

24. Mahkeme tarafından bozma kararına uyulmuş ve 5/9/2014 tarihli kararla başvuruculara müştereken 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Karar Danıştay Onbeşinci Dairesinin 12/11/2015 tarihli kararıyla onanmıştır. Davalı idarenin karar düzeltme istemi aynı Dairenin 26/5/2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

25. 1/2/1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı 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 özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir."

2. İlgili Yargı Kararları

26. Danıştay Onbeşinci Dairesinin 13/5/2014 tarihli ve E.2013/4214, K.2014/3664 sayılı onama kararının ilgili kısmı şöyledir:

"davacıların müşterek çocukları ...nın gözündeki ROP hastalığının zamanında teşhis konulup tedavi edilmemesi nedeniyle görme yetisini tamamen kaybettiği, ...olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu, ...çocuğu(n) meslekte kazanma gücünü %100 oranında kaybettiği dikkate alındığında, toplamda ...TL maddi tazminatın davalı idarece davacılara ödenmesine,dair verilen kararın,...temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

...

Temyize konu mahkeme kararı...usul ve hukuka uygun olup 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinde belirtilen bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından davalı idare ile müdahillerin ...temyiz istemleri yerinde görülmemiştir."

27. Danıştay Onbeşinci Dairesinin 24/5/2017 tarihli ve E.2016/4068, K.2017/2966 sayılı onama kararının ilgili kısmı şöyledir:

"davacıların müşterek çocukları ...nın görme yeteneğini kaybettiğinden bahisle ...açılan dava sonucunda;... İdare Mahkemesince, ...davalı idarenin yürüttüğü sağlık hizmetinde hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle, ...TL maddi tazminat isteminin ...kısımının kabulü, ...Hükmedilen tazminatın ...davacılara ödenmesi yolunda verilen kararın,...temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

B. Uluslararası Hukuk

28. 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi kapsamında yer aldığını 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).

29. Bunun yanı sıra AİHM; Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesine ilişkin ilkelerin Sözleşme'nin 8. maddesinin sınırlarına giren, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına müdahalelere de uygulanabilir olduğuna işaret etmektedir (*Bronska ve diğerleri/Polonya* (k.k.), B. No: 3229/15, 07/03/2017; *Trocellier v. Fransa*; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye*).

30. AİHM kararlarına göre devletler -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır. Ancak fiziksel bütünlüğün zarar görmesine kasten sebebiyet verilmemiş ise "etkili bir yargısal sistem kurma" yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması kural olarak yeterli kabul edilmektedir (*Vo/Fransa* [BD], 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, 32967/96, 17/1/2002, § 51).

31. 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).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 8/3/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

33. Başvurucular, Danıştay kararında idarenin gereği gibi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinin açık şekilde belirtilmiş olmasına karşın maddi tazminat talebinin reddedilmesinin çelişkili olduğunu belirtmişlerdir. Hekim tarafından taburcu işlemleri sırasında dört ile altıncı haftalar arasında göz muayenesinin yapılmasının gerektiği konusunda bilgi verilmiş olsaydı çocuğu hastaneye götüreceklerini ancak idarenin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ifade etmişlerdir. Çocuğun ömür boyu bakıma muhtaç hâle geldiğini, bu hâli ile % 100 iş gücü kaybına uğradığını belirterek kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

34. 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."

35. 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 şartlar hazırlamaya çalışmaktır."

36. 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."

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

38. 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.

39. 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, § 49).

40. Anılan kararlar doğrultusunda somut olayda başvuru sahiplerinin bebeğinin göz muayenesine getirilmesi konusunda gerekli bildirimin yapılmaması nedeniyle teşhis ve tedavide geç kalınması sonucunda bebeğin her iki gözünde görme yetisini kaybettiği yönündeki şikâyetinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

42. 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).

43. Devlet, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 51).

44. 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).

45. 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 olmalıdır. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır (*Ahmet Acartürk*, § 56).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Başvurucular; derece mahkemesi önündeki yargılama sürecinde ve bireysel başvuru formunda, bebeğin doğum ve tedavi hizmetlerindeki eksiklik nedeniyle kör olduğunu iddia etmediklerini vurgulamışlardır. Başvurucular, uyuşmazlığın hekimin göz muayenesi konusunda bilgilendirme görevini yerine getirmemesi hususunda olduğunu belirtmişlerdir. Hekimin göz muayenesinin gerekliliği konusunda kendilerini uyarmadığını, tıbbi konularda bilgilerinin olmaması nedeniyle bebeği göz muayenesine götürmediklerini, dolayısıyla teşhis ve tedavinin zamanında yapılmaması nedeniyle bebeğin her iki gözünde görme kaybı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

47. Danıştay Onuncu Dairesinin kararıyla olayda hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu suretle hizmet kusurunun bulunduğu tespit edilmiştir (bkz. § 19). Bu durumda olayda sağlık hizmetinin yürütülmesinde hekimin başvurularda bilgi verme ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu derece mahkemelerinin kararlarıyla ortaya konulmuş olup bu hususta herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

48. Somut olayda, derece mahkemeleri tarafından ihlal tespit edilmiş ve başvurularda söz konusu hizmet kusuru nedeniyle manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Başvurucular ise bebeğin her iki gözünün görme yetisini tamamen kaybetmiş olması nedeniyle maddi zararların da söz konusu olduğunu, dolayısıyla maddi zararların da karşılanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

49. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, söz konusu hizmet kusurunun giderilmesinde başvurularda yalnızca manevi tazminat ödenmesine karar verilmiş ve maddi tazminat taleplerinin reddedilmiş olması nedeniyle yeterli bir giderim sağlanıp sağlanmadığı ile sınırlı olacaktır.

50. Görme yetisini tamamen kaybetmiş olmanın kişide iş gücü kaybı, yaşam boyu bakım giderleri gibi maddi zararlara sebep olacağı bilinen bir olgudur. Bunun doğal sonucu olarak çocuğun görme yetisini tamamen kaybetmiş olduğu dikkate alındığında yalnızca manevi zararın değil maddi zararın da meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bu zararın idarenin hizmet kusuru sonucu ortaya çıktığı konusundaki derece mahkemelerinin kabul ve tespitleri dikkate alındığında sadece manevi tazminat verilmesinin ihlalin sonuçlarının giderilmesi bakımından yeterli olmadığı, maddi tazminat da verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

51. Bu durumda derece mahkemesi kararlarında kamu makamlarının ihmali sonucu teşhis ve tedavide gecikme olduğu kabul edilmesine karşın başvurularda bebeğinin manevi zararlarının yanı sıra maddi bakımdan da zarara uğradığı hususunun dikkate alınmadığı, söz konusu maddi zararların tespiti ve hesaplanması konusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Danıştay kararında, bebeğin taburcu edildiği tarihte göz muayenesi yapılması yönünde idarenin bir yükümlülüğünün olmadığı belirtilmekle beraber bu gerekçenin somut olaya uygun bulunmadığı görülmektedir. Zira olayda idarenin hizmet kusuru, hekimin bilgilendirme ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle başvurularda bebeğinin rahatsızlığının zamanında tespit ve tedavi edilmemesinden kaynaklanmıştır. Bu yüzden talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemesi kararlarının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

52. 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 farklı gerekçeyle bu görüşe katılmıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

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

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun 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 başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

54. Başvurucular; ihlalin tespiti ile 500 TL tedavi gideri olmak üzere ayrı ayrı 35.000 TL genel bakım ve destekten yoksun kalma tazminatı, toplamda 70.000 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

55. Başvuruda, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

56. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Antalya 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

57. Yeniden yargılama yapılması ile ihlalin sonuçlarının ortadan kalkacağı değerlendirildiğinden başvuru sahiplerinin tazminat talebi hakkında ayrıca bir karar verilmesine gerek görülmemiştir.

58. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvuru sahiplerine müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Antalya 1. İdare Mahkemesine (Anılan Mahkemenin 5/9/2014 tarihli ve E.2014/1156, K.2014/1018 sayılı kararına ait dava dosyası ile ilgilidir.) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuların tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

Başvuru Numarası : 2014/13327

Karar Tarihi : 8/3/2018

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 8/3/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvuruya konu olayda yenidoğan çocuğun hastanede 4 hafta süren tedavisi sonrasında taburcu edilirken prematüre doğanlarda görme yeteneğinin kaybı (prematüre retinopatisi) riski nedeniyle 4 ila 6. haftalar arasında göz muayenesinin yapılması gerektiğine ilişkin olarak ailenin bilgilendirilmesi yönündeki tıbbi gerekliliğe uyulmadığı için körlük olduğu iddiası, dosyadaki Adli Tıp Kurumu raporuna dayanan Danıştay kararında kabul edilmiş ve bu kusur nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi yerinde bulunmuşken, maddi tazminat isteğinin çelişik gerekçeyle kabul edilmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü tarafından Anayasanın 17/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu karardaki ihlal sonucuna aşağıda açıkladığım farklı gerekçelerle katılmaktayım.

2. Öncelikle, Anayasanın 148/3. maddesi uyarınca, Mahkememizin konu bakımından yetkisine girebilmesi için, bireysel başvuruya konu hakkın AIHS ve/veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerden birine girmesi gerekmektedir. Bu nedenle bireysel başvuruya konu hakkın Sözleşme kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkememiz kararında hakkın özel hayata saygı hakkı kapsamına girdiği, fakat bu hakkın Anayasamızdaki karşılığının 17. maddenin 1. fıkrası olduğu kabul edilmiştir (par.38).

3. Heyet çoğunluğunun konunun 17/1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşımı, 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. Anayasanın 17/1. maddesinde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmektedir. Madde gerekçesinde bu fıkra hakkında; "Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır." izahatı yapılmıştır. Gerekçedeki açıklamadan, bu fıkra ile birbirini tamamlayan iki ayrı hakkın düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrasında vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, 3. fıkrasında ise işkence ve kötü muamele yasakları yer almaktadır.

5. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı öyle bir anaç haktır ki, Anayasada özel olarak sayılan bütün temel hakların ondan doğduğu, onun türevi olduğu söylenebilir. Anayasada düzenlenen temel hakları hatırlayalım; zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı (m.36), ailenin korunması ve çocuk hakları (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı (m.42), çalışma ve dinlenme hakları (m.49, 50), sendika kurma hakkı (m.51), ücrette adalet hakkı (m.55), sağlık ve çevre hakkı (m.56), seçme, seçilme ve siyasi faaliyet hakkı (m.67), dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m.74). Düşüncemize göre kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yukarıda sayılan hakların her birinin unsurudur. Bu durumda 17/1. maddede düzenlenen hakkın hukuki ve anayasal niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

6. Doktrinde Gören, 17/1. maddedeki hakkın hiyerarşik olarak temel nitelikte olduğunu ve bu hakkın kişiye '*genel nitelikte bir eylem özgürlüğü*' tanıyan subjektif bir kamu hakkı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca bütün temel hakların bu hakkın sonuçları olduğunu belirtmektedir (Prof. Dr. Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s. 412, 413). Diğer bazı yazarlarca da benimsenen bu nitelemenin anayasanın sistemi açısından oldukça yerinde olduğu düşünülmelidir. Sağlam ise, Federal Alman Anayasasının 2/1. maddesinde de düzenlenen kişiliğini geliştirme hakkının düzenlenmesinin amacının, insan yaşamının anayasada öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsayarak, eksiksiz bir temel hak güvencesini temin etmek olduğuna dikkat çekmektedir. Sağlam'ın işaret ettiği üzere kişiliği geliştirme hakkı ile diğer temel haklar arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir insan eylemi anayasadaki temel haklardan birinin geçerlik alanına girmekteyse yalnızca ilgili temel hak uygulanır. Dolayısıyla kişiliği geliştirme hakkı, diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm hakları kapsayan '*genel bir fiil özgürlüğü*' niteliğindedir (Doç. Dr. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY Ankara 1982, s. 42).

7. Doktrinde diğer bazı yazarlar da anayasadaki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının genel fiil özgürlüğü niteliğinde olduğu ve anayasada sayılan temel haklar ile arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (bkz. Doç. Dr. Ali Tarık Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, s. 149; Dr. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Basılmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55) Bu yazarlardan Gümüş, madde gerekçesinde 17. maddeden itibaren hak ve hürriyetlerin önem derecesine göre sıralandığına ilişkin açıklama ile kastedilen hususun, varlığını koruma ve geliştirme hakkının temel haklardan biri ve en önemlisi olduğu değil, bu hakkın diğer haklara kaynaklık ettiğini izah anlamına geldiğini ifade etmektedir (agm. s. 153).

8. Diğer taraftan AİHS'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişinin 'fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü' ile nam, şöhret, isim, resim vb. manevi varlıkları üzerindeki hakları da Sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir (bu anlamda "fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı" alt başlığı ile özel hayat kapsamındaki inceleme için bkz. Gülay Aslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör : Sibel İnceoğlu, Ankara 2013, s. 304; Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, İnsan Hakları Boyutuyla Tıbbi Müdahaleler Üzerine, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15 Mart 2014-İzmir, Leges Sağlık Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2015, s. 47).

9. Anayasa'da ise 'vücut bütünlüğü' üzerindeki hak 17. maddenin 2. fıkrasında, kişiliğin maddi ve manevi boyutuyla korunup geliştirilmesi hakkı ise 1. fıkra düzenlenmiştir. Bir defa kişinin vücudu ve fiziksel bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişinin 'en mahrem yönünü' oluşturması nedeniyle özel yaşam alanı içerisindedir (bkz. Ana Salinas de Frias, AİHM İçtihadında Terörle Mücadele ve İnsan Hakları, Avrupa Konseyi Y., Ankara 2013, s. 121). Maddi ve manevi boyutuyla kişiliğini koruma ve geliştirme hakkı da doğal olarak özel yaşama ve gizliliğine saygı hakkının bir parçasıdır. Zira, AİHM kararlarında çok sayıda örneği bulunabilecek olan; kişinin cinsel yaşamına veya kişisel verilerine ya da sırrına veya nam, şöhreti ve yaşam tarzına yönelik olan (ve özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenen) müdahalelerin her biri aynı zamanda kişiliğinin maddi ve manevi boyutunu koruma ve geliştirme hakkını ihlal niteliğindedir (belirtilen ihlal örnekleri için bkz. Gözübüyük, Ş./Gölcüklü, F. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 13.B. Ankara 2013, s. 334-336).

10. AİHM kararlarında fiziksel ve ruhsal bütünlük üzerindeki haklar ve bu kapsamda tıbbi müdahaleler özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Mahkemenin X v. Y.- Hollanda kararında (B. No: 8978/80, par. 22); “*özel yaşam kavramı, kişinin cinsel yaşam dahil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavramdır*” denilmiştir (Osman Doğru, İHAM İçtihatları, İstanbul, 2002, s. 845). Bu karara konu olayda tam da Mahkememizin bu dosyadaki inceleme konusu gibi, 16 yaşındaki bir kıza karşı cinsel saldırı fiili hakkında ceza davası açılmaması nedeniyle özel hayatın ihlali iddiası incelenmiş ve ihlal kararı verilmiştir. AİHM ihlal ile sonuçlandırmamakla birlikte, 7 yaşındaki kız öğrenciye disiplin yaptırımı olarak terlikle kalçasına üç kez vurulması fiilini de (onur kırıcı ceza iddiasından ayrıca) fiziksel ve manevi bütünlüğü ve dolayısıyla özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiş (AİHM Costello-Roberts/Birleşik Krallık, par. 36) ve gözaltındaki şüpheliye zorla jinekolojik muayene yapılması eylemi (Y.F./Türkiye, No: 24209/94) nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir. Yine ameliyat sırasında rızaya dayanmadan gerçekleştirilen kısırlaştırma ve kastrasyon nedeniyle yapılan başvurular ve haklı nedenler bulunduğu halde kürtaja izin verilmemesi gibi konular Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelenmiştir (G.B. ve R.B./Moldova Cumhuriyeti, No: 16761/09, 18.12.2012; kürtaj hakkında AİHM A.B. ve C./İrlanda, No: 255/79/05, par. 245; R.R./Polonya, par. 184; atıflar ve diğer örnekler için bkz. Gökcan, Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, (Editörler: Özge Yücel-Gürkan Sert), Ankara 2018, s. 179-182) Benzer konularla ilgili AİHM kararlarından verilecek örneklerin daha da çoğaltılması mümkündür.

11. Aynı değerlendirmeler Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ve gizliliğinin korunması hakkı yönünden de yapılmalıdır. Kişinin hayatıyla ilgili kararlarını özgürce alabilmesi (kişi özerkliği), vücut bütünlüğüne, maddi ve manevi kişilik değerlerine yönelik bir saldırıya karşı korunma hakkı ile bu değerlerini geliştirmeye yönelik haklarının tümü özel yaşama saygı ve gizliliğinin korunması hakkının içerisindedir. Diğer bir ifadeyle, bireyin zikredilen boyutlarıyla gerek vücut bütünlüğünü koruma ve gerekse kişiliğini (maddi-manevi varlığını) koruma ve geliştirme hakkı da özel hayattan ayrılamaz niteliktedir. Dolayısıyla belirtilen unsurlar ya da alt haklar özel hayatın olmazsa olmazlarıdır. Nitekim doktrinde, Anayasanın 20. maddesinin ilk fıkrasındaki ifadenin, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında görülün; “bireyin kendini gerçekleştirme ve geleceğini belirleme” hakkı, yani kişinin özerkliği boyutunu da karşılar nitelikte olduğu belirtilmiştir (Öncü, 2013, s. 314). Hakkın belirtilen bu boyutu tam da maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgilidir. Bu nedenle fiziksel varlık ve bütünlük ile özerklik (bedenine sahip olma ve üzerinde karar sahibi olma) hakkının da anayasal anlamda özel hayata saygı hakkı kapsamında olduğu açıktır (Doç.Dr. Gürkan Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İstanbul 2013, s.45). Bu doğrultuda, kişinin özel yaşamı sürecinde çeşitli faaliyetler veya kendisine karşı yapılan müdahaleler bağlamında kişisel varlığını koruyup geliştirme hakkının da özel hayatın içinde bir unsur veya alt hak olduğu söylenmelidir.

12. Bu kapsamda, kişinin fizyolojik veya psikolojik bütünlüğünü ihlal eden müdahaleler, özel hayatın mahiyetini, kalitesini de etkilemektedir (Prof. Dr. Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010, s. 33). Örneğin bireyin şeref ve onurunu zedeleyen muameleler veya iradesine aykırı şekildeki tıbbi girişimler, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkı boyutuyla özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına gelecektir. Aynı şekilde ciddi *çevresel sorunların* kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü üzerindeki doğrudan etkileri de özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir (bkz. AİHM Lopez Ostra/İspanya No : 16798/90, 9.12.1994, par. 51; Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, No: 9310/81, 21.2.1990, par. 40,46).

13. Anayasa Mahkemesi'nin bazı konuları özel hayatla ilgi kurmadan incelemeyi tercih eden çekingen tutumu doktrinde de eleştirilmiştir. Reşit olan çocuğun rızasıyla kaçırılıp cinsel ilişkide bulunulması fiili ile kanuni temsilcisinin rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişinin cezalandırılmasıyla ilgili düzenlemeler hakkında 20. madde üzerinden değerlendirme yapılmaması ve kararlarda gizlilik unsuru öne çıkmasına karşın, 'özel hayata saygı' boyutunun yer almadığı eleştirileri için bkz. Öncü, 2013, s. 314; Sibel İnçeoğlu, "Ötenazi", HAD Y.4, S.9, Kış 2007, s. 163).

14. Diğer taraftan, konut dokunulmazlığına, haberleşmeye, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, düşünce açıklama veya bilim sanat yapma ve yayma özgürlüğüne karşı yapılacak müdahaleler de özünde kişiliğini koruma ve geliştirme hakkının ihlali mahiyetinde olmakla birlikte, Anayasa'da özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla 21. ila 27. maddeler kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bölüm çoğunluğunun görüşünün bu konulara yansıtılması durumunda, belirtilen hakların da 17/1. madde üzerinden incelenmesi gerekecek, böylece Anayasada özel olarak düzenlenen ilgili temel hakların alanı daraltılırken, genel kapsamlı olan kişiliği koruma-geliştirme hakkı, amacı dışında ve anayasal sistematige aykırı biçimde kullanılmış ve genişletilmiş olacaktır.

15. Sonuç olarak, Anayasanın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı, fiziksel ve ruhsal bütünlüğe ve kişiliği geliştirme hakkına yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır. Anayasanın 17/1. maddesi özel hayat hakkını değil, tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenlemektedir. Anayasanın, kişinin maddi-manevi varlığına farklı bağlamlarda yer veren 5, 12, 15/2 ve 17/1,2. maddeleri, ilgili özel/temel hak bağlamında yalnızca destek norm olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki başvuru konusu olay ölçü norm olan 20. madde üzerinden incelenmesi gerekirken, vücut bütünlüğü hakkıyla ilgili görülüp Anayasanın genel nitelikli 17/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kaldı ki kişinin *vücut bütünlüğü* üzerindeki hakkı 17. maddenin birinci fıkrasında değil, 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Açıkladığım gerekçelerle, başvuranın Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği görüşüyle ihlal sonucuna katılmış bulunmaktayım.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN