



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

MEHMET ULUSOY VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 54969/09)

KARAR

İşbu karar, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 81. maddesi uyarınca düzeltilmiştir.

STRAZBURG

25 Haziran 2019

KESİNLEŞME TARİHİ

4 Kasım 2019

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

¹Mehmet Ulusoy ve diğerleri/Türkiye davasında,*Başkan*

Robert Spano,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Işıl Karakaş,

Julia Laffranque,

Valeriu Grițco,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen

ve *Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla, 28 Mayıs 2019 tarihinde Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), kapalı oturumda gerçekleştirdiği müzakerelerin ardından, yine bu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, Türk vatandaşları olan Zeynep Ulusoy ("başvuran") ve eşi Sebahattin Ulusoy'un ("başvuran"), 6 Ekim 2009 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, hem kendi adlarına hem de çocukları Mehmet Ulusoy ("Mehmet") adına yapmış oldukları başvuru (No. 54969/09) bulunmaktadır.

2. Başvuranlar, Malatya Barosuna bağlı Avukat E. Kutlubay tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

¹ Davanın daha önceki ismi: "ULUSOY/TÜRKİYE". Bu isim, 6 Ağustos 2019 tarihinde düzeltilmiştir.

3. Başvuranlar, Sözleşme'nin 3. ve 6. maddeleri alanında, kalıcı zihinsel ve bedensel (psikomotor) engelli olarak doğan Mehmet'in maruz kaldığı tıbbi ihmallerden şikâyetçi olmuştur. Başvuranlar ayrıca, somut olayda kendilerine verilen hukuki cevabın uygunsuzluğundan ve özellikle idari yargılamanın hakkaniyete uygunsuzluğundan şikâyetçi olmuşlardır.

4. Başvuru, 25 Haziran 2012 tarihinde Hükümete bildirilmiştir. Hükümet, 29 Haziran 2018 tarihinde iç hukukla ilgili bazı sorular hakkında bilgi vermeye davet edilmiştir.

OLAY ve OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Davanın Oluşumu

5. Başvuranlar sırasıyla, 1979 ve 1970 doğumludurlar ve Mehmet, 2001 doğumludur. Aile Malatya'da ikamet etmektedir.

6. Başvuran, 2001 yılında, hamileliğinin ilk aylarında belirtilmeyen bir tarihte, ödem ve ani yüksek tansiyon şikâyetleriyle, Nevşehir 2 No.lu Aile Sağlığı Merkezine başvurmuştur. Başvuran, kendisine, herhangi bir komplikasyonun meydana gelme ihtimalinden bahsetmeksizin evine dönmesini söyleyen ebe Ö.Ş. tarafından muayene edilmiştir.

7. Başvuran, hamileliğinin altıncı ayında Malatya'ya taşınmış ve 3 Temmuz 2001 tarihinde, bu şehirde bulunan devlet hastanesinin ("hastane") kulak, burun ve boğaz bölümünde muayene edilmiştir.

8. Başvuran, 13 Temmuz 2001 tarihinde hastanenin obstetrik polikliniğinde muayene edilmiştir. Hasta kaydı ve poliklinik kaydında sırasıyla aşağıda belirtilen notlar bulunmaktadır, bu notlar imzalanmamıştır. "8 aylık hamile - tansiyon 10/7" ve "nabız 90/70 mm Hg"

9. Başvuran, 17 Temmuz 2001 tarihinde, yaygın ödem ve hipertansiyon şikâyetleriyle yeniden hastaneye başvurmuştur. Başvuranın ifadesine göre, bir ebe kendisine her şeyin normal olduğunu ve evine dönebileceğini söylemiştir.

Başvuran, 20 Temmuz 2001 tarihinde bilincini kaybetmiş ve tekrar hastaneye götürülmüştür. Ödem ve hipertansiyon şikâyetleri halen devam etmekteydi. Buna rağmen, hastanede bulunan ebeler, başvurunu hiç muayene etmeden, evine dönebileceğine ikna etmişlerdir.

10. Bu bağlamda Hükümet, hastanenin başhekim yardımcısı V.N.T. (“başhekim yardımcısı V.N.T.”) tarafından -mevcut başvurunun bildirilmesinden sonra- 14 Ağustos 2012 tarihinde yapılan açıklamaları ileri sürmüştür. Bu açıklamalara göre, başvuran 17 ve 20 Temmuz 2001 tarihlerinde hastaneye gerçekten gelmiştir (yukarıdaki 9. paragraf), ancak “kendi isteğiyle, muayene olmamaya karar vermiş, yani erkek bir doktora muayene olmak istememesi sebebiyle, (...) muayene olmayı reddederek hastaneyi terk etmiştir”. Hükümete göre, dolayısıyla başvuran, doğum yapmak için hastaneye kabul edildiği 30 Temmuz 2001 tarihinden önce (aşağıdaki 12. paragraf), hastanede doğum uzmanı tarafından yapılan hiçbir doğum öncesi muayenesine tabi tutulmamıştır.

11. Başvuranların ifadelerine göre, doktorlar 20 Temmuz 2001 tarihinde başvurunu muayene etmeyi ve diğerlerinin yanı sıra ekografi ve radyoloji testleri yapmayı reddetmişlerdir, zira bu testler için öncelikle kendi özel muayenelerinden sevk edilmenin gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, buna kanıt olarak, hastane tarafından 20 Temmuz 2001 tarihinde muayene ve klinik testler için düzenlenen 57.900,000 eski Türk lirası (TRL) tutarında bir fatura sunmuşlardır. Dosyadan anlaşıldığı üzere, bu konuyla ilgili olarak, hastanenin faturalandırma biriminden bir çalışan hakkında sahte belge düzenlemekten ve sahte belge kullanımından ceza kovuşturması başlatılmıştır (aşağıdaki 44. paragraf).

12. Başvuran, doğum için öngörülen tarihten on gün önce 30 Temmuz 2001 tarihinde, kendisini kötü hissetmesi sebebiyle hastaneye başvurmuştur. Başvuran ebe S.K. tarafından muayene edildikten sonra ivedilikle normal doğum yapması için hazırlanmıştır. Başvuran doğumhaneye alınmıştır ve bir doğum uzmanı doğumun başladığını bildirmiştir. Söz konusu doğum uzmanı başvuranı muayene ettikten sonra, “Neden ödemi için bir doktora muayene olmamış!” diye bağırmıştır.

13. Doğumhanede, ebe S.K. ve bir görevli, amniyotik sıvının kaybını başlatmışlardır, bu sıvı kayıtlarda “yeşil renkli ve bulanık” olarak tanımlanmıştır (bk. 4 no.lu dipnot). Bununla birlikte rahim ağzının yeterince açılmamış olması sebebiyle, S.K. başvuranı bekletmeye karar vermiştir. Sancıların yeniden başlamasıyla, başvuran tekrar doğumhaneye götürülmüştür. Başvuranın doğumu gerçekleştirememesi üzerine, S.K., perinenin açılması amacıyla büyük bir epizyotomi uygulamıştır.

14. Mehmet, üç buçuk saat süren bir doğumun ardından, saat 19.40 sularında dünyaya gelmiştir. 2 kg 300 gr doğan Mehmet’te, siyanoz ve asfiksi teşhis edilmiştir ve klinik tablosuna göre *Apgar* skoru, endişe verici şekilde 3 puan olarak belirlenmiştir. Mehmet yeniden canlandırılmak ve kuvöze yerleştirilmek zorunda kalmıştır.

15. Ertesi gün yenidoğanın sağlık durumu kötüleşmiş ve İnönü Üniversitesi Hastanesi’ne (“İnönü Hastanesi”) sevk edilmiştir. Tedavi dosyasına aşağıdaki not eklenmiştir: “Preeklamps (+), HIE, MAS, sepsis için gözetim altında”. Doktorlar, bebeğin beyin fonksiyonlarının, oksijen yetersizliği sebebiyle oldukça azaldığını gözlemlemişlerdir.

16. Başvuranlara göre, İnönü Hastanesi’nin doktorları, kendilerine, preeklamps (+) sebebiyle, bu risklerin en aza indirilmesi amacıyla acilen sezaryen ile doğumun gerektiğini açıklamışlardır. Yine başvuranların söylemine göre, doktorlar, doğumun uzamış olması sebebiyle, bebeğin oksijenden yoksun kaldığını, mekonyumu yuttuğunu ve gerçek nörolojik sonuçların ancak iki yaşında tespit edilebileceğini belirtmişlerdir.

17. Mehmet, 12 Kasım 2001 tarihinde, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde ("Erciyes Hastanesi") muayene edilmiştir. Muayene raporunda, manyetik rezonans görüntüleme (MRG) testinde, beyinde "sol tarafta daha kalıcı bir atrofi" ile birlikte HIE için bir tedavi öngörülmüştür. Doktorlara göre, MAS hastası olan ve doğduğunda *Apgar* skoru 3 puan olan Mehmet kalıcı bir zihinsel eksikliğin yanı sıra psikomotor bir engel teşkil etmektedir.

B. Somut Olayda Açılan Davalar

1. Disiplin soruşturması

18. Başvuranlar, 26 Şubat 2003 tarihinde, Sağlık Bakanlığından ("Bakanlık"), hastanede başvuranın doğum öncesini, doğum travayını ve doğumu takip eden ebe S.K. ve doktorlar T.M.P., A.İ.Y. ve K.A. hakkında tıbbi kusur ve ihmalden, başvuranın tıbbi dosyasını kaybetmekten ve sahte belge düzenlemekten ve sahte belge kullanımından disiplin soruşturması açılmasını talep etmişlerdir.

Başvuran ayrıca, 14 Mayıs 2003 tarihinde, Nevşehir 2 No.lu Aile Sağlığı Merkezinde çalışan ebe Ö.Ş. hakkında da, preeklampsiye bağlı riskler hakkında kendisini bilgilendirmediğı gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur (yukarıdaki 6. paragraf).

19. Bakanlık nezdinde görevli disiplin makamları, 25 Haziran 2003 tarihinde, başvuranların iddiaları hakkında görevlendirilen müfettişin (görünüşe göre bu kişi, hastanenin başhekim yardımcısı, cerrah E.M.'dir ("Başhekim Yardımcısı E.M.")), Ö.Ş. veya hastanenin personeli hakkında herhangi bir tedbir kararı verilmesine gerek olmadığı sonucuna vardığını ve dolayısıyla dosyanın 23 Haziran 2003 tarihinde kapandığını öğrenmişlerdir.

Makamlar, 2 Temmuz 2003 tarihli yazıyla, başvurana, söz konusu personel hakkında disiplin soruşturması başlatmaya yer olmadığını bildirmişlerdir.

2. Ceza Soruşturması

20. Başvuranlar, belirtilmeyen bir tarihte, Malatya Savcılığı önünde yukarıda belirtilen sağlık personelinin (yukarıdaki 18. paragraf), oğullarının kalıcı olarak engelli kalmasına sebep olan birçok ihmalde bulundukları ve kusur işledikleri gerekçesiyle resmi olarak şikâyetçi olmuşlardır.

21. Savcılık, 4483 sayılı Kanun uyarınca, şikâyetçi olunan kişilerin tabi olduğu Malatya Valiliğinden kovuşturma başlatılması için izin talep etmiştir. Söz konusu valilik, ön soruşturma yapılması ve olası sorumlulukların belirlenmesi için Başhekim Yardımcısı E.M.'yi (yukarıdaki 19. paragraf) görevlendirmiştir.

22. Valilikten üç memur, hastane başhekimini ile birlikte, 5 Nisan 2003 tarihinde hastane polikliniklerinin kayıtlarını incelemişlerdir, bu kayıtlara göre, başvuran, hastanenin doğum polikliniğine yalnızca 13 ve 30 Temmuz 2001 tarihlerinde başvurmuştur (yukarıdaki 8-12. paragraflar).

23. Başhekim Yardımcısı E.M., 16 Nisan 2003 tarihinde, valiliği, kendisine göre etkin bir soruşturma için gerekli olan başvuranın tıbbi dosyasının kaybedildiğine dair bilgilendirmiştir.

Bunun üzerine, Valilik, 1 Mayıs 2003 tarihinde, söz konusu dosyanın kaybedilmesiyle ilgili olarak soruşturma yürütmesi için Doktor R.Y.'yi görevlendirmiştir. Müfettiş R.Y., hiçbir unsurun, hastanenin “arşiv biriminden sorumlu” personelin bu bağlamda kusurlu olduğunu düşündürmeye imkân vermediği sonucuna varmıştır.

24. Başhekim Yardımcısı E.M., yine yukarıda anılan tarihte, aynı hastanede görevli doğum uzmanı A.G. ve çocuk uzmanı M.G. danışarak hazırladığını belirttiği, soruşturmaya ilişkin raporunu sunmuştur.

25. Bu belgede, Başhekim Yardımcısı E.M., başvuranın tıbbi dosyasının yokluğunda gerçekleri daha fazla açıklamanın mümkün olmadığını kabul ederek, diğerleri arasında şu hususları gözlemlemiştir: başvuran hastaneye

ilk defa 3 Temmuz 2001 tarihinde gelmiş, KBB polikliniğine başvurmuştur, ardından buradan bir enfeksiyon sebebiyle göğüs hastalıkları polikliniğine sevk edilmiştir; başvuran hastaneye ikinci olarak, 13 Temmuz 2001 tarihinde başvurmuş, tansiyonu ve fetusun kalp hızı kontrol edilmiştir; klinik tablosunun normal olduğu gözlemlenmiş ve farklı incelemelerin yapılması gerekli görülmemiştir.

Başhekim Yardımcısı E.M., hastane kayıtlarında 5 Nisan 2003 tarihinde yapılan araştırmalara atıfta bulunarak (yukarıdaki 22. paragraf), başvuranın 17 ve 20 Temmuz 2001 tarihlerinde hastanede bulunduğunu gösteren herhangi bir kayıt bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca E.M.'ye göre, 18 Temmuz 2001 tarihinde yapılan (aslında 17 Temmuz 2001 tarihinden bahsedilmektedir) tedavi ve testler için düzenlenen 20 Temmuz 2001 tarihli fatura, hastanenin bilgi işlem personeli tarafından yapılan idari bir hatadan kaynaklanmıştır (yukarıdaki 11. paragraf).

Başhekim Yardımcısı E.M., başvuranın 30 Temmuz 2001 tarihinde resmi olarak hastaneye başvurmasının ardından doğum polikliniğine sevk edildiği ve burada başvurana olağan müdahalelerde bulunulduğu ve epizyotomi uygulandığı sonucuna varmıştır. E.M., başvuranın, doğumun ardından doğum polikliniğine götürüldüğünü ve yenidoğanın sağlık durumunun endişe verici olması sebebiyle, kuvöze alınması için neonatoloji birimine götürüldüğünü eklemiştir.

26. Başhekim Yardımcısı E.M., bir üniversite hastanesine sevk edilmesine karar vermeden önce, Mehmet'e gerekli bütün tedavilerin sağlandığını kaydetmiştir. E.M.'ye göre ve doğum uzmanı A.G. ve çocuk uzmanı M.G. tarafından da doğrulandığı üzere (yukarıdaki 24. paragraf), Mehmet'te tespit edilen fiziki ve psikolojik engeller, doğum öncesi ve sonrasında yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklanmamıştır. Bu müfettişin görüşüne göre, çocuğun, doğum tarihine yakın bir tarihten önce tespit edilemeyecek veya tedavi edilemeyecek bir intrauterin büyüme geriliği bulunuyordu, zira bu durumun tespiti genetik bir araştırma raporunun

düzenlenmesini gerektirirdi. Başhekim E.M.'ye göre, “müştekilerin şikâyetleri, daha çok bir anneye ve babaya özgü duygusal davranışları ifade etmiş, ancak gerçeği yansıtmamıştır.” Bu sebeple, suçlanan personelin savcılık tarafından kovuşturulmasına izin verilmesine gerek yoktur.

27. Bu sonuca rağmen, Malatya Valiliği, başvuruların iddialarının savunulabilir olduğu kanaatine vararak, 8 Mayıs 2003 tarihinde istenilen izni vermiştir.

28. Söz konusu personel, Malatya Bölge İdare Mahkemesi önünde valiliğin kararına itiraz etmiştir. Bu mahkeme, 4 Temmuz 2003 tarihinde valilik kararını iptal etmiştir. Hâkimler, Başhekim Yardımcısı E.M.'nin 1 Mayıs 2003 tarihli raporuna (yukarıdaki 24-26. paragraflar) dayanarak, şu sonuca varmıştır:

“(…) ön soruşturma raporundan, gerekli kontrol, muayene ve doğum öncesi ile doğum sonrası tedavilerin, doktorlar T.M.P., A.İ.Y. ve K.A. ile ebe S.K. tarafından gerçekleştirildiği, bu şahısların, yenidoğanın fiziki ve zihinsel gelişiminde gecikme meydana gelmesinde herhangi bir kişisel hatalarının bulunmadığı ve görevlerini ihmal etmedikleri veya kendilerine isnat edilen suçları işlemedikleri anlaşılmaktadır.”

29. Bu karar, 18 Temmuz 2003 tarihinde başvuranlara tebliğ edilmiştir. Başvuranlar, 7 Ocak 2004 tarihinde kanun yararına bir başvuruda bulunmak için Adalet Bakanlığına başvurmuşlardır. Bu talep, 12 Şubat 2004 tarihinde reddedilmiştir.

3. Tam Yargı Davası

30. Başvuranlar, 26 Şubat 2003 tarihinde, hizmet kusuru sebebiyle, maruz kaldıklarını iddia ettikleri 20 milyar TRL tutarında manevi tazminat ve 300 milyar TRL tutarında maddi tazminat talebiyle, Bakanlığa başvurmuşlardır (söz konusu tarihte yaklaşık olarak sırasıyla 11.500 avro (EUR) ve 172.500 avro (EUR)).

Bakanlık, 14 Nisan 2003 tarihinde bu talebi reddetmiştir.

31. Başvuranlar bu sebeple, oğullarının, “doğum öncesi ve sonrasında işlenen” ağır hizmet kusurları sebebiyle kalıcı olarak psikomotor gelişim geriliğine maruz kaldığını iddia ederek, Malatya İdare Mahkemesi (“MİM”) önünde tam yargı davası açmışlardır. Başvuranlar, daha önce talep ettikleri aynı miktarları ileri sürmüşlerdir.

32. MİM, 27 Nisan 2005 tarihinde, özellikle başvuranın tıbbi dosyasının kaybedildiğini de dikkate alarak, Mehmet’in durumunun, “doğum öncesi ve sonrasında işlenen kusurlardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı” hakkında, “var olan belgelere dayanarak” karar verilmesi için Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunu (“İhtisas Kurulu”) görevlendirmiştir.

İhtisas Kurulu, 21 Kasım 2005 tarihinde, MİM’den, diğerleri arasında başvuran ve Mehmet ile ilgili tıbbi belgelerin asıllarının kendisine ibraz etmesini talep etmiştir.

33. İhtisas Kurulu, başvuranın ifadesini almıştır; başvuran, 6-9 ve 11-13. paragraflarda kendisi tarafından özetlendiğı şekliyle olayları anlatmıştır.

İhtisas Kurulu ayrıca, söz konusu olaylarda hiçbir sorumluluğı bulunmadığını iddia eden ebe Ö.Ş.’nin ve aşağıdaki beyanlarda bulunan ebe S.K.’nin da ifadelerini almıştır.

“Uzman doktor çağırma ihtiyacı duymamışsak şayet, kesinlikle doğum sırasında herhangi bir sorun olmamasındandır (...), ancak kayıtlarda [yenidoğanın] kuvöze alındığı belirtilmişse, kesinlikle yenidoğanın bir asfiksi veya başka bir problem teşkil etmesi sebebiyle, bunu yapmak zorunda kalmışızdır. ”

İhtisas Kurulu tarafından ifadesi alınan Doktor T.M.P. ise, bu olaya dair çok fazla şey hatırlamadığını beyan etmiştir. Doktor T.M.P., hastanın dosyasını arşivlerde bulamadığını ve dolayısıyla, hastanenin farklı kayıtlarını araştırarak hastanın izlediğı süreci takip etmek zorunda kaldığını, kendisine göre söz konusu kayıtların “intrauterin büyüme geriliğini” düşündürdüğünü belirtmiştir.

Doktorlar A.İ.Y. ve K.A.’nın ifadeleri alınmamıştır.

34. Diğer taraftan, İhtisas Kurulu, gebelik takip dosyasından elde edilen unsurları; “Turgut Pektek” isimli doktor tarafından 28 Ocak 2003 tarihinde yazılan açıklayıcı notu, aynı tarihte K.A. tarafından düzenlenen bir raporu, A.İ.Y. tarafından düzenlenen 4 Nisan 2003 tarihli bir raporu, bazı hastane kaydı fotokopilerini, Mehmet’in tıbbi dosyasını, İnönü Hastanesinde saklanan tıbbi dosya ile epikriz raporunu ve Erciyes Hastanesi’nin, Mehmet’in nörolojik engelinin değerlendirilmesine ilişkin raporunu incelemiştir.

35. MİM, 19 Aralık 2005 tarihinde, söz konusu kuruldan ayrıca Mehmet’in zihinsel engelinin derecesinin tespit edilmesini talep etmiştir.

36. Bilirkişiler, 23 Aralık 2005 tarihinde çocuğu muayene etmişlerdir. Mikrosefali hastası olan çocuk, iletişim kuramamıştır. Çocuğun, muayene edilmesi için İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine sevk edilmesine karar verilmiştir.

37. Bu fakülteden, çocuk nörolojisi profesörü olan S.P.K., 27 Aralık 2005 tarihinde Mehmet’i muayene etmiştir. Söz konusu profesör çocuk hakkında aşağıdaki hususları belirtmiştir:

- 12 Nisan 2005 tarihli beyin MRG incelemesinde (hasta bu tarihte 3 yaş, 9 aylıktır) beynin orta arter bölgelerinde “kalıcı atrofi” görülmemiştir, dolayısıyla çocukta doğum sırasında maruz kaldığı travmaya bağlı bir mikrosefali bulunması olası değildir; söz konusu MRG’nin bir atrofi bulunduğunu belirtse de, bu kalıcı değildir ve kaldı ki atrofi tespit edilmiş olsa bile, doğum koşullarına bağlı olarak gelişen bir mikrosefalinin sebebi niteliğinde değildir;

- çocuğun klinik tablosu, aslında çok faktörlü bir nedensellik ile açıklanmaktadır ve doğum travması, ancak zaten mevcut olan bir patolojinin tetiklenmesine katkıda bulunmuş olabilir;

- çocuğun mekonyum apirasyonu ile öngörülen tarihten on gün önce normal yoldan doğmuş olduğu ve Apgar skorunun 3 puan olduğu, ardından sepsis tedavisi için kuvüze yerleştirildiği dikkate alındığında, mevcut mikrosefali ve otizm bir doğum travmasına dayandırılmaz.

38. İhtisas Kurulu, 26 Mayıs 2006 tarihinde, toplanmıştır, bu toplantıya uzman sıfatıyla obstetrik ve jinekoloji profesörü R.M., *ad hoc* olarak katılmıştır. Bu kurul tarafından düzenlenen raporda, oy birliğiyle, aşağıdaki görüş sunulmuştur:

“ 1- 85/9529 sayılı Yönetmeliğin hükümleri uyarınca (...), 30 Temmuz 2001 tarihinde doğan Mehmet ULUSOY’un, % 100 iş göremezlik engeli bulunmaktadır (...);

2- ERF² sonuçları veya Malatya Devlet Hastanesinde 30 Temmuz 2001 tarihinde gerçekleştirilen doğum travayına ilişkin tıbbi belgeler gibi bilgilerin bulunmamasına rağmen (...), doğumu takip eden ilk beş ay boyunca, çocuğun gelişiminin normal olarak seyredip etmediğinin, doğum sırasında serebral oksijen eksikliği tablosuna özgü klinik bulguların çoğunu gösterip göstermediğinin gözlemlenmesi gerekmektedir; -radyoloji testlerinde iskemik lezyonlar görülse bile- söz konusu patolojilerin de neonatal sepsisten kaynaklanabileceği doğrudur (tüm vücut sistemlerini etkileyen ağır bulaşıcı hastalık);

Dolayısıyla güncel klinik tablo ile doğum eylemi arasında illiyet bağı kurulabilmesi için yeterli tıbbi delil bulunmamaktadır;

3- Doğum öncesi izleme tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirilmiştir. ”

39. Başvuranlar bu rapora MİM önünde itiraz etmişlerdir. Somut olayda ihtisas kurulu, oğullarının durumu ile doğum eylemi arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti için gerekli tıbbi belgelerin yetersizliğini ileri sürmüş olsa da, başvuranlar, söz konusu yetersizliğin doğrudan, başvuranın tıbbi kaydının “şüpheli” olduğu kadar “açıklanamayan” şekilde kaybedilmesinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, adli bir bilirkişi incelemesinin, eksik olan bir bilgiye dayanmaması durumunda nasıl tatmin edici olarak değerlendirilebileceği hususunu sorgulayarak, Adli Tıp Kurumunun Genel Kurulu tarafından yeni bir inceleme yapılmasını talep etmişlerdir.

2. Doğum öncesi süreçte, özellikle hamilelik sırasında risk faktörleri tespit edildiğinde, fetusun sağlığını değerlendirmeye imkân veren ‘Fetal reaktivite testi’.

40. MİM, 15 Eylül 2006 tarihli bir kararla, bu yeni inceleme talebi hakkında karar vermeksizin başvuruları reddetmiştir. Bu kararda, hâkimler, ihtisas kurulunun varmış olduğu sonuçları kabul ederek, Mehmet'in herhangi bir tıbbi dikkatsizlikten mağdur olmadığına ikna olduklarını belirtmişlerdir.

Yine MİM'e göre, doğuma ilişkin olarak "hem önceki hem de sonraki koşullar" Bakanlığa atfedilebilir bir hizmet kusuru, en azından telafi gerektirebilecek "ağır bir kusur" içermemektedir.

41. Başvuranlar, 29 Ocak 2007 tarihli 31 Ocak 2007 tarihinde tamamlanan bir dilekçeyle, Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunmuşlardır.

Bu başvuru kapsamında, başvuruların avukatları, 20 Temmuz 2001 tarihinde müvekkilinin -peeklampsinin haberci işaretleri olan- ödem ve hipertansiyon şikâyetleriyle hastaneye gittiğini, ancak bir ebenin, bu semptomlardan haberdar olduğu halde başvuruları muayene etmeksizin evine gönderdiğini belirtmiştir (yukarıdaki 9 ve 11. paragraflar). Avukat, bu tabloya rağmen, müvekkiline normal yoldan doğum yaptırıldığını ve tansiyonunun 17-18'e çıkmış olmasına rağmen hiçbir doğum uzmanının yardımına gelmediğini belirtmiştir. Avukata göre, doğum öncesinde herhangi bir tedavi uygulamayan tıbbi personel, üç gün boyunca herhangi bir tedavi uygulanmadan kuvözde tutulan yenidoğanla ilgili de İnönü Hastanesine sevk edilmesi gerektiğine karar verene kadar hiçbir şey yapmamış. Yine avukata göre, başvuranın hastane faturalarını içeren tıbbi dosyasının (dosya no. 157867) "şüpheli şekilde" kaybedilmesi, yalnızca kusurlarını gizlemek konusunda endişe duyan suçlu personele atfedilebilir.

Avukat, yine hastaneye atfedilebilir bir hizmet kusuru bulunduğu sonucuna vararak, sağlık hizmetlerinin kötü işleyişine, tıbbi eylemlerin tıp bilimi kurallarına uygunsuz şekilde işlenmesine, tıbbi müdahalelerde haksız gecikmelere ve personel eğitimi eksikliğine ilişkin olarak Danıştay tarafından cezalandırılmış dört olaya atıfta bulunmuştur.

42. Başvuran, 30 Mayıs 2008 tarihinde, Danıştay'a ek bir dilekçe sunmuştur. Başvuran, ihtisas kurulunu ve kendisine göre sadece meslektaşlarının çıkarlarını korumaya çalışmış olan Profesör S.P.K.'yı (yukarıdaki 37. paragraf) suçlayarak, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporun, hazırlık sürecine katılmış olması gerektiği halde, Profesör R.M. (yukarıdaki 38. paragraf) tarafından imzalanan hiçbir görüş içermediğini belirtmiştir. Başvuran bu dilekçede aşağıdaki soruları sormuştur:

“ - Başvuranın eşinin tıbbi dosyasının yanlışlık kaybedilmiş olduğu varsayılsa bile, tamamen adli amaçlarla yasal olarak arşivlenmiş olması gereken, dosyanın onaylı kopyasına ne olmuştur?

- Başvuranın oğlu şayet doğumunda önce zaten sepsisten müzdarip olmuş olsaydı, doğumu izleyen beş ay boyunca nasıl normal bir gelişim gösterebilirdi?

- Durumun bu şekilde geliştiği varsayılsa bile, beşinci ayda çocuğun aniden yaşam boyu engelli kalmasının sebebi ne olabilirdi?

- İhtisas kurulu, bilimsel olarak preeklampsi durumunda sezaryen doğumun gerekli olduğunu, aksi takdirde, fetusun kaçınılmaz olarak, SAM ile birlikte bir eksikliğe yol açacak bir sıkıntıdan muzdarip olacağını, bunun da, sonrasında pelvik kanalda sıkışıp boğulacak fetusu zayıf düşüren bir sepsise neden olacağını bilmesine rağmen, somut olayda sezaryen doğum yapılmamasını neden açıklamamıştır?

- Neden raporda, bu türden risk teşkil eden bir doğumun, konu hakkındaki katı yönetmelik ihlal edilerek bir ebeye nasıl yaptırıldığı konusunda görüş bildirilmemiştir? ”

43. Danıştay, 16 Şubat 2009 tarihli bir kararla, yukarıda belirtilen sorulara cevap vermeksizin itiraz edilen kararı onamıştır.

4. Sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanımı suçlarından açılan kamu davası

44. Malatya Cumhuriyet Savcılığı, 4 Mayıs 2005 tarihinde, hastanenin faturalandırma biriminden bir çalışanı, H.G.K.'yı, 17 Temmuz 2001 tarihinde gerçekleştirilen muayeneler ve ekografi testlerine (yukarıdaki 11. paragraf) karşılık olarak 20 Temmuz 2001 tarihinde 57.900.000 TRL miktarında bir fatura düzenlenmiş olması sebebiyle, Malatya Ağır Ceza

Mahkemesi önünde, sahte belge düzenleme ve sahte belgeyi kullanma fiillerinden suçlamıştır.

Dava sırasında, dosyanın, başvuranı “muayene eden” doktor olarak M.B. tarafından imzalanan ve kaşelenen 17 Temmuz 2001 tarihli “muayene kaydı” içerdiği tespit edilmiştir. Ceza hâkimleri, başvuranın dolayısıyla söz konusu tarihte gerçekten muayene edildiği ve daha sonra 20 Temmuz tarihinde kaydedilen faturanın, bu muayenenin ücretine tekabül ettiği sonucuna varmışlardır. Buna karşın, hâkimler başvuranın tıbbi dosyasının kaybedilmiş olması sebebiyle, bu faturanın herhangi bir laboratuvar işlemiyle ilişkilendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varmışlardır.

45. Ağır Ceza Mahkemesi, 13 Aralık 2005 tarihli bir kararla, H.G.K.’nın 17 Temmuz 2001 tarihli muayeneye ilişkin eyleminin, doktorlar tarafından bilgisayara kaydedilen muayenelerin faturalandırılmasıyla sınırlı olduğu ve sahte belge düzenleme suçu teşkil etmediği kanaatine vararak, ilgilinin beraat etmesine karar vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin rejim

46. 2 Aralık 1999 tarihli ve 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunla (4483 sayılı Kanun) düzenlenen rejime ilişkin olarak, *Aydoğdu/Türkiye* kararına (No. 40448/06, 30 Ağustos 2016, §§ 37 ila 39) atıfta bulunulması uygundur.

B. Tıbbi incelemelere ilişkin rejim

47. Türk Hukukunda adli tıp incelemelerine ilişkin rejim de, yukarıda anılan *Aydoğdu* kararında açıklanmıştır (§§ 45 à 47).

Hükümet, bu konuyla ilgili olarak, -2659 sayılı ve 14 Nisan 1982 tarihli Kanun ile kurulmuş bir kamu kurumu olan- Adli Tıp Kurumu’nun, olayların

meydana geldiği tarihte, “resmi uzman” olarak nitelendirildiği ve Danıştay’a göre, yasal olarak sınırsız bir yetkiye sahip olmamasına (Karar No. E.2013/4101 - K.2014/4341, 27 Mayıs 2014, 15. Daire) rağmen, Adli Tıp Kurumundan bir rapor alınmaksızın tıbbi ihmale ilişkin bir davanın incelenmesinin temyiz gerekçesi teşkil ettiğini belirtmektedir (Karar No. E.2004/13189 - K.2007/2357, 7 Mayıs 2007, 10. Daire).

Hükümet ayrıca, bu rejim hakkında açıklama yapmak amacıyla Danıştay içtihatlarına atıfta bulunmaktadır. Bu Yüksek Mahkemenin yedi kararında, halk sağlığı hizmetinin doğru şekilde verilip verilmediğine dair herhangi bir kararın, “Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan incelemeden sonra” verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporun, görüş sunmaları için taraflara gönderilmemesi durumunda, davanın esası hakkında karar verilemeyeceği bildirilmiştir (Karar No. E.2009/7417 - K.2009/6945, 24 Kasım 2009, 8. Daire). Adli Tıp Kurumu’nun birimlerinden biri tarafından düzenlenen ilk rapora taraflarca itiraz edilmesi durumunda, yeniden Adli Tıp Kurumu’ndan tarafların ileri sürdükleri hususlara cevap veren gerekçeli bir rapor sunması talep edilmelidir (Karar No. E.2013/10867 - K.2014/3968, 21 Mayıs 2014, 15. Daire). İhtisas kurulunun birinci raporunun, kesin bir sonuca varmaması durumunda, hâkimler, davayı, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu’na taşımalı ve ardından davayı bu mercinin raporuna dayanarak çözüme kavuşturmalıdırlar (Karar No. E.2005/2251 - K.2006/3102, 22 Mayıs 2006, No. E.2004/13045 - K.2006/3594, 29 Mayıs 2006 ve No. E.2007/3472 - K.2009/2556, 31 Mart 2009, 10. Daire).

48. Hükümet ayrıca, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bir raporun ispatlayıcı niteliğiyle ilgili olarak, Danıştay’ın raporu hazırlayan heyetin oluşumuna ağırlık verdiğini açıklamaktadır. Bu bağlamda Hükümet, Mahkeme’nin dikkatini, Danıştay’ın tutumuna çekmektedir; buna göre, hâkimlerin belirsiz ve eksik bir inceleme içeren Adli Tıp Kurumu raporuna dayanarak karar veremeyecekleri sebebiyle, davaya konu olan uzman

hekimin, karar vermesi istenilen ihtisas kuruluna dâhil olması gerekmektedir (Karar No. E.2013/4236 - K.2014/3652, 13 Mayıs 2014 ve No. E.2013/10484 - K.2014/3958, 21 Mayıs 2014, 15. Daire).

49. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu uyarınca, 3. İhtisas Kurulu (yukarıdaki 32. paragraf), aşağıda belirtilen alanların her birinde bir başkan, iki adli tabip ve bir uzman hekimden oluşmaktadır: ortopedi-travmatoloji, genel cerrahi, nöroloji, gastroenteroloji, pulmonoloji, kardiyoloji, üroloji, onkoloji, psikiyatri ve nöro-beyin cerrahisi.

2659 sayılı Kanun'un 23-B maddesi uyarınca, ihtisas kurulunun kararları, dört üyenin yeterli çoğunluğuna tabidir ve oy çokluğuyla verilir, başkanın oyu belirleyicidir. Tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez. Diğer taraftan, 4810 sayılı ve 19 Şubat 2003 tarihli Kanunla değiştirildiği şekliyle aynı kanunun 24-II a) maddesi uyarınca, Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas daireleri, inceledikleri konularla ilgili olarak kendi kurul veya dairelerinde bulunmayan, Adli Tıp Kurumundaki diğer kurul veya dairelerde bulunan uzmanların davet edilmesine karar verebilirler. Uzman kişiler, o olayla ilgili toplantıya katılır ve oy kullanırlar.

C. Türk İdare Hukukunda “re’sen araştırma” ilkesi

50. Türk Hukukunda, idari yargılamada sadece ilk derece mahkemesinin davalarını düzenleyen “re’sen araştırma” ilkesi (yukarıda anılan *Aydoğdu*, § 46 sonu), 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinde doğmaktadır. Bu hükme göre, idare mahkemeleri, “bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapmak” zorundadır.

Danıştay içtihatlarına göre, bu hüküm uyarınca, idare mahkemesi hâkimi, taraflarca bu bağlamda bir talepte bulunulmasa da, davayı incelemek için gerekli olan bütün araştırma ve değerlendirmeleri yapar ve hatta taraflarca hiçbir zaman ileri sürülmemiş unsurları dahi re’sen araştırmalıdır. Olayların

nitelendirilmesi, delillerin ikamesi, uygulanabilir hukukun seçimi ve davanın çözümü konularında hâkim mutlak bir yetkiye sahiptir (örneğin bk. Karar No. E. 1996/5646 - K. 1997/3401, 6 Kasım 1997, 9. Daire ve Karar No. E. 2011/2498 - K. 2015/6238, 26 Kasım 2015, 12. Daire).

51. Hükümet, idare mahkemeleri tarafından adli uzmanların atanmasına ilişkin olarak, yukarıda belirtilen kanunun 31. maddesinin, “re’sen araştırma” ilkesinin uygulamasını açıkladığını belirtmektedir. Nitekim bu hükme göre, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“eski HUMK”) tarafından düzenlenen rejim, genel olarak idari yargılamalarda yapılan adli incelemelere uygulanmıştır. Bu rejimde farklı olarak, ilk derece mahkemeleri söz konusu olduğunda, “uzmanların atanması [idari] hâkim veya mahkeme ya da Danıştay tarafından re’sen yapıldı”.

Hükümet bu sebeple, söz konusu tarihte, eski HUMK’un diğer hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabildiğini eklemektedir. Ayrıca 2009 yılına kadar, eski HUMK’un 227. maddesi uyarınca, davacı tarafın re’sen atanan uzmanları reddetme imkânı vardı. Yine, uzmanlara yöneltilecek sorulara hâkimler tarafından karar verilmişse de, davacı tarafın başka sorular önermesini veya itirazda bulunmasını engelleyecek hiçbir şey yoktu, zira davacı tarafın bilirkişi raporuna karşı da itirazda bulunması mümkündü.

Davasına göre kendilerine sunulan iddiaları incelemelerinin ardından, yöneltilecek sorularla veya karşı bir bilirkişi raporuyla ilgili karar vermek, hâkimlerin görevidir. Bu bağlamda, Hükümet, Danıştay tarafından verilmiş otuz kadar örnek karara atıfta bulunmaktadır.

D. Tıbbi Dosyaların Korunması

52. Hükümet tarafından ibraz edilen bilgilere göre, tıbbi verilerin korunmasıyla ilgili olarak, 1219 sayılı ve 11 Nisan 1928 tarihli Kanun’un 72. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ İcrayı sanat eden tabipler (...) ve ebeler (...), hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. (...) ”

Bu kanunun 73. maddesine göre, Protokol defterlerinde tahrifat yapan ve mugayiri hakikat malumat derceylediği sabit olan tabipler (...) ve ebeler Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.

53. Söz konusu dönemde yürürlükte olan, 13 Ocak 1983 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 8/5819 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 32. maddesi, aşağıdaki gibidir:

“ Her yataklı tedavi kurumunda bir merkezi tıbbi arşiv kurulur. Bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları, bilimsel çalışmalar, istatistik değerlendirmeler hastaların diğer müracaatlarında kullanılmak üzere bir sıra ve düzen içersinde muhafaza edilir.

Dosyanın çabuk ve kolay bulunması için; isme, hastalığa ve protokol numarasına göre lüzumlu görülen çeşitli bulma kolaylıkları sağlayacak kartoteks sistemleri uygulanır. ”

Bu metine 5 Mayıs 2005 tarihinde aşağıdaki paragraf eklenmiştir:

“ Merkezî tıbbî arşivin çalışma şekli ile hastanede tutulan tüm kayıtların bilgisayar ortamında tutulabilmesine ilişkin usul ve esaslar Yönerge ile belirlenir³. ”

54. Acil sağlık hizmetiyle ilgili olarak, 24046 sayılı ve 11 Mayıs 2000 tarihli Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği’nin 34. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

“ Sunulan hizmet ile ilgili kayıtlar, ilgili mevzuat hükümlerine göre muhafaza edilir. ”

İlgili dönemde söz konusu mevzuat, Devlet Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğine de atıfta bulunmaktadır (yukarıdaki 55. paragraf).

3. İlgili dönemde, yürürlükte olan iç yönetmelik henüz yayınlanmamıştır.

55. 10588 sayılı ve 6 Kasım 2011 tarihli Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, tıbbi verileri koruma yöntemleri, 16 Mayıs 1988 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Devlet Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği tarafından düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte tanımlandığı şekliyle, "hizmet arşivleri", hastanelerinde dâhil olduğu çeşitli kamu kuruluşlarının günlük faaliyetleriyle fiilen (*de facto*) oluşturulan bilgi materyalinin korunduğu arşiv birimlerini belirtmekteydi. Söz konusu yönetmeliğin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

Madde 4

"Mükellefler, ellerinde bulundurdıkları (...) arşiv malzemesi ile arşivlik malzemeyi her türlü zararlı tesir ve unsurlardan korumak, mevcut aslı düzenleri içerisinde tasnif edip saklamakla yükümlüdürler."

Madde 5

"Mükellefler, belirli bir süre saklayacakları arşivlik malzeme için 'Birim Arşivleri'ni, daha uzun bir süre saklayacakları arşiv malzemesi veya arşivlik malzeme için 'Kurum Arşivleri'ni kurarlar.

Mükellefler elinde bulunan arşivlik malzeme birim arşivlerinde 1-5 yıl süre ile; arşiv malzemesi ise, kurum arşivlerinde 10-14 yıl süre ile saklanır."

Madde 17

"Birimlerce, gerektiğinde, görülmek veya incelenmek üzere, ancak dışarıya çıkarılmamak kaydıyla, birim arşivinden dosya alınabilir.

Birim arşivinden alınan dosya inceleme sonunda geri verilir."

56. Hükümet, hastane birimleri tarafından düzenlenen ve korunan hasta dosyalarının kaybedilmesinin, yukarıda açıklanan hükümlerin ihlalini teşkil edeceğini açıklamaktadır. Konu hakkındaki Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, tıbbi dosyaların kaybı, "sağlık kamu hizmetinin kusurlu işletilmesi" anlamına gelecek ve idareye, zarar gören kişilerin zararını telafi

etme sorumluluğunu yükleyecektir. Bu bağlamda Hükümet, kamu sağlık hizmetine ilişkin davaları, 26 Aralık 2012 tarihine kadar konu yönünden (*ratione materiae*) inceleme yetkisi bulunan Danıştay'ın 10. Dairesinin emsal kararlarına atıfta bulunmaktadır. Belirtilen tarihten itibaren bu davaları, Yüksek Mahkeme'nin 15. Dairesi devralmış ve önceki içtihatları birleştirmiştir⁴.

57. Örnek olarak, tam yargı davasını reddeden bir ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan bir temyiz başvurusu kapsamında, hastanın tıbbi dosyasının kaybedilmesi sebebiyle, Adli Tıp Kurumu'nun yine hastane idaresine atfedilebilir bir kusur ile müştekinin maruz kaldığı ameliyat arasında illiyet bağı bulunmadığı sonucuna vardığı gerekçesiyle, Danıştay, hâkimlerin görevlerinin yalnızca iddia edilen zararın sebebi olan olay ve olguları tespit etmek olmadığını, aynı zamanda bundan doğabilecek yasal sonuçları tespit etmek olduğunu belirtmiştir (Karar No. E. 2007/3301 - K. 2008/2939, 29 Nisan 2008, 10. Daire). Danıştay bu durumla ilgili olarak, hastane kurumunun, hastanın tabi tutulduğu muayenelerin kanıtlarını koruyamamasının ve hastanın tıbbi dosyasını kaybetmesinin, sağlık hizmetinin icrasında ağır bir kusur teşkil ettiğine karar vermiştir. Danıştay ayrıca, idarenin istenilen tıbbi belge ve kayıtları ibraz edememesinin, ayrıca idarenin hastaya verdiği zarardan sorumlu olup olmadığının adli olarak incelemesine bir engel teşkil ettiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu sebeple, manevi tazminata ilişkin olarak sunulan talebin kabul edilmesi gerekmiştir.

58. Danıştay'a sunulan ve yine tam yargı davasının reddine ilişkin başka bir davada, suçlanan hastanenin ameliyat öncesi radyografileri ibraz edememesi sebebiyle, müştekinin hastalığına uygulanan tedavinin uygunluğu hakkında bir değerlendirme yapmanın mümkün olmamasına rağmen, Adli Tıp Kurumu, ileri sürülen zararın, bilinen bir tıbbi

4. Hükümet, 15. Daire'nin 29 Mayıs 2014, 4 Şubat 2016, 10 Kasım 2016, 19 Eylül 2017 ve 7 Haziran 2018 tarihli kararlarına atıfta bulunmaktadır.

komplikasyondan kaynaklandığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesi, tıbbi ihmal iddialarının doğruluğunun tespit edilmediği ve idarenin, kendisine hiçbir hatanın isnat edilemeyeceğini kanıtlamakla yükümlü olmadığı kanaatine varmıştır. Danıştay, kararında (Karar No. E. 2009/9151 - K. 2011/5976, 27 Aralık 2011, 10. Daire), kayıtların eksik olmasının veya bulunmamasının ya da muayene ve inceleme sonuçlarının korunmamış olmasının, tek başına sağlık hizmetinde bir aksaklık olduğunu gösterdiğini onaylamıştır. Danıştay, bu türden bir eksikliğin, tıbbi eylemin gerçekten yanlış olduğu ve sonuç olarak, idarenin hastayı maddi zarar bağlamında tazmin etmek zorunda olmadığı varsayımına yol açamayacağı kanaatine varmıştır. Buna karşın Danıştay, radyografilerin kaybedilmesinin hastaya verilen tedavinin değerlendirilmesini engelleyen bir hizmet kusuru teşkil ettiğine hükmetmiştir. Danıştay ayrıca, bu durumdan kaynaklanan hukuki belirsizliğin, kesinlikle manevi bir sıkıntıya yol açtığı ve bu bağlamda bir tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

59. Danıştay, benzer bir davada, Adli Tıp Kurumu'nun bir raporunun uygunluğuna ilişkin olarak, ihtilaf konusu nöropatinin, gerçekten kas içi enjeksiyon probleminden kaynaklanabileceği sonucuna varmış, ancak enjeksiyonu yapan personelle ve enjeksiyonun yeri ile ilgili tıbbi notların bulunmaması sebebiyle, söz konusu nöropatinin, idarenin sorumlu tutulamayacağı bir tıbbi komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay kararında (Karar No. E. 2010/111 - K. 2012/3358, 9 Temmuz 2012, 10. Daire) aşağıdaki hususları belirtmiştir:

“(…) bir hastanın tıbbi kayıtlarında yapılan usulsüzlükler sebebiyle, hizmet kusurunun varlığının tespit edilmesi, idarenin sorumluluğunun söz konusu edilmesi için yeterlidir (...) Somut olayda, hastanın ayağındaki soruna, davalı idare tarafından yapılan tedavilerin sebep olduğu hususunun tespit edilmiş olmasına rağmen, söz konusu zararın bir hizmet kusurundan kaynaklandığını tespit etmek mümkün olmamıştır. Ayrıca, itiraz edilen kararın maddi tazminatın reddine ilişkin kısmı da, kanuna aykırı değildir. (...) Buna karşı, idarenin sorumlu bulunmadığı tespitinin, tıbbi kayıtların bulunmamasına bağlı olması sebebiyle, sağlık sorununun sebebine ilişkin

olarak artık somut gerçeği asla bilemeyecek ve bu bağlamda şüpheler duyacak olan (...) hastanın maruz kaldığı manevi zararın, telafi edilmesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle, hasta hakları, (...) tıbbi bir dosyanın, bir hastanın hastaneye başvurduğu gün ve saat, kendisine uygulanan tedavi, tedaviyi yapan doktorların ve sağlık personelinin adları ve kullanılan ilaçlar gibi bilgileri içermesini gerektirmektedir; bu kayıtların eksiz veya usulüne uygun olarak yapılmaması, (kişinin gerçeği bilme hakkını ihlal eden) bir hizmet kusuru teşkil etmektedir. Bununla birlikte, (...) bu türden bir kusur, yalnızca gerçeği öğrenmenin imkânsızlığının neden olduğu acıların tazmin edilmesini haklı gösterir. ”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. DAVANIN KONUSU VE KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA

I. Davanın Konusu Hakkında

60. Başvuranlar, Sözleşme’nin 1, 3, 6 ve 17. maddelerini ileri sürerek, öncelikle Mehmet’in güncel olarak muzdarip olduğu kalıcı zihinsel ve fiziki engellerin, sadece somut olayda suçlanan sağlık personeli tarafından işlenen kusur ve ihmallerden kaynaklandığından şikâyet etmektedirler.

61. Başvuranlar ayrıca, bu durumun sorumlularının, “kendilerine isnat edilen suçlar” için hiçbir adalet karşısına çıkarılmamış olmalarından veya haklarında, hakkaniyete uygunluğun gereklerine cevap veren bir tazminat davasına konu olmamalarından üzüntü duymaktadırlar.

62. Son olarak, başvuranlar, yukarıda anlatılan koşulların, kendilerine göre Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele de teşkil ettiğini ileri sürmektedirler.

63. Hükümet bu iddialara itiraz etmektedir.

64. Mahkeme, bir şikâyetin, olgusal iddialar ve hukuki argümanlar olmak üzere iki unsur içerdiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, *jura novit curia* (hâkim hukuku kendiliğinden uygular) ilkesi uyarınca, Sözleşme ve

Protokolleri gereğince başvuranlar tarafından ileri sürülen hukuki gerekçelerle sınırlı olmadığını ve bir şikâyeti, başvuranlar tarafından ileri sürülenler dışındaki Sözleşme maddeleri ya da hükümleri kapsamında inceleyerek, bu şikâyete konu edilen olaylara ilişkin yapılacak hukuki nitelendirme hususunda karar verebilmektedir (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], No. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018).

Mahkeme, somut olayda ilk iki şikâyetin (yukarıdaki 60 ve 61. paragraflar), uygulama alanı, sunulan tıbbi hizmetler bağlamında, kişilerin manevi ve maddi bütünlüğünün korunmasına bağlı konuları da kapsayan Sözleşme'nin 8. maddesi açısından, esas ve usul yönünden incelenmesinin uygun olduğu kanaatindedir (diğer birçok karar arasında bk. *Trocellier/Fransa* (k.k.), No. 75725/01, AİHM 2006–XIV ve bu kararda yer alan atıflar, *Codarcea/Romanya*, No. 31675/04, § 101, 2 Haziran 2009 ve *Erdinç Kurt ve diğerleri/Türkiye*, No. 50772/11, § 39, 6 Haziran 2017).

Sözleşme'nin 8. maddesinin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (...)”

B. Kabul Edilebilirlik Hakkında

65. Hükümet, Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak (yukarıdaki 62. paragraf), başvuranların söz konusu durumda yaşayabilecekleri endişelerin, bu hüküm tarafından öngörülen asgari ağırlık eşiğini geçmediğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, bu sıkıntıya dayanak gösterilmemiştir ve başvuranların, bu bağlamda bir ihlalden mağdur oldukları kanaatine varılamaz, zira en azından tazminat davası açma ve davalarını MİM önünde inceletme imkânı bulmuşlardır.

66. Mahkeme, kesinlikten yoksun kapsamına rağmen, Hükümetin iddiasının, özünde iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair bir itiraz ileri sürmek anlamına geldiği kanaatindedir.

Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin amacının, Sözleşmeciler Devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlalleri, bu ihlallerin kendi önünde incelemesinden önce engelleme veya telafi etme fırsatı sunmak olduğunu hatırlatmaktadır; Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının, belirli bir hassasiyetle ve aşırı şekilcilikten uzak uygulanması gerekse de, diğerleri arasında, Mahkemeye sunulan şikâyetin öncelikle, en azından özünde, yetkili ulusal mahkemeler önünde ileri sürülmüş olmasını gerektirdiği açıktır (diğerleri arasında bk. *Gäfgen/Almanya* [BD], No. 22978/05, § 142, AİHM 2010 ve bu kararda yer alan atıflar).

Bununla birlikte, somut olayda Mahkeme, başvuruların ulusal mahkemeler önünde, kişisel olarak uğradıkları, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele ileri sürmediklerini veya görülen davalarda bu bağlamda herhangi bir şikâyetle bulunmadıklarını gözlemlemektedir.

Sonuç olarak bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. ve 4. fıkraları uyarınca, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle, reddedilmesi gerekmektedir.

67. Başka ilk itirazların bulunmaması sebebiyle, Mahkeme, başvurunun geri kalanının, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit etmektedir.

Dolayısıyla Mahkeme, yukarıdaki 64 ve 65. paragraflarda tanımlandığı kapsamda, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

II. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

A. Tarafların İddiaları

1. Başvuranlar

68. Başvuranlar, doğum öncesinde, doğum sırasında ve doğum sonrasında yapılan tıbbi hata ve ihmallerin, oğulları Mehmet’in fiziki ve zihinsel olarak ömür boyu engelli olmaya mahkûm edilmesine sebep olan hastaneye atfedilebilir ağır hizmet kusuru oluşturduğunu iddia etmektedirler.

69. Başvuranlar, Nevşehir 2 No.lu Aile Sağlığı Merkezi’nin personelini, başvuranı, ödem ve yüksek tansiyon sebebiyle karşılaşılabileceği risklere dair hiçbir zaman bilgilendirmemiş olmakla suçlamaktadırlar. Başvuranlar, Malatya’da meydana gelen olaylarla ilgili olarak, başvuranın 17 ve 20 Temmuz 2001 tarihlerinde hastaneye gittiğinde, uzman doktorların özel muayenehanesine gitmediği gerekçesiyle, herhangi bir muayeneye tabi tutulmaksızın evine gönderildiğini beyan etmektedirler. Başvuranlar, 20 Temmuz 2001 tarihinde, bir doktor tarafından gerçekleştirilen muayene için bir fatura düzenlediğini, ancak bu muayenenin hiçbir zaman gerçekleşmediğini eklemektedirler.

70. Başvuran, 30 Temmuz 2001 tarihinde acil servise kaldırıldıktan sonra, kendisine göre sezaryen uygulanmasını gerektiren semptomlara rağmen, felaket bir epizyotomi uygulanmak suretiyle normal doğum yapmaya zorlandığını belirtmektedir.

71. Bu bağlamda başvuranlar, Bakanlığın sorumluluğu altında işlenen hata ve ihmallere rağmen, idare mahkemeleri tarafından korunan ve ilgili personelin bağlı olduğu Bakanlık gibi, sağlık personellerinin, “suçlarıyla ilgili olarak” asla adalet karşısına çıkarılmadıklarından şikâyet etmektedirler. Başvuranlara göre, hastane makamları gibi adli makamlar ve

inceleme makamları da sorumluların dokunulmazlıktan yararlanması için her türlü girişimde bulunmuştur. Suçlanan kişiler, başvuranın hastane dosyasını kaybetmişlerdir ve söz konusu mahkemeler, başvuranların taleplerini reddetmek için, kendileri tarafından yapılan itirazları ve sunulan karşı bilirkişi incelemesine ilişkin talepleri göz ardı ederek, söz konusu dosya bulunmaksızın yazılan eksik bir bilirkişi raporuna dayanarak karar vermişlerdir.

72. Başvuranlar, -çelişkili olarak nitelendirdikleri tanık ifadelerini içeren- bu raporun, diğerleri arasında çocuğun önemli bir beyin atrofisi geçirmemiş olduğu sonucuna varan (kendilerine göre mesleki kişiliği sorgulanabilir olan⁵) S.P.K.'nın görüşüne de (yukarıdaki 37. paragraf) dayandığını belirtmektedirler. Hâlbuki başvuranlara göre, burada Erciyes Hastanesi'nin raporunda belirtilen duruma (yukarıdaki 17. paragraf) tamamen aykırı bir sonuca varılmış olması söz konusudur. Başvuranlar ayrıca, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporun, doğumun ertesi günü oğullarının klinik ablosunun sebebini tespit eden (yukarıdaki 16. paragraf) İnönü Hastanesi'nin doktorlarının görüşleriyle çelişkili olduğunu belirtmektedirler: nitekim İnönü Hastanesi'nin doktorlarına göre, Adli Tıp Kurumu'nun çocuklarının ilk beş ay boyunca normal bir gelişim gösterdiğini açıkça belirtmiş olmasına rağmen (yukarıdaki 38. paragraf), çocukları doğumdan önce zaten hastadır.

2. Hükümet

73. Hükümet öncelikle, hamile bir kadının hamileliği boyunca düzenli olarak yaptırması gereken jinekolojik muayenelerin önemini hatırlatma gereği duymaktadır. Diğer taraftan, Hükümet, somut olayda Mehmet'in intrauterin büyüme geriliği sebebiyle anomalilere maruz kaldığı, bu durumun ancak jinekologlar tarafından yapılan daha özel bir muayene

5. Başvuranlar tarafından sunulan gazete kupürlerine göre, profesör SPK'nın adli makamlar ve İstanbul Tabip Odasıyla ilişkisi/ bağlantısı olduğu anlaşılmaktadır.

yoluyla tespit edilebileceği ve bu bağlamda ihmalkâr davranan başvuranın gerekli girişimlerde bulunmuş olması gerektiği kanaatindedir.

Hükümet, bu konuda, Başhekim Yardımcısı V.N.T.'nin söylemlerine (yukarıdaki 10. paragraf) atıfta bulunarak, başvuranın 17 ve 20 Temmuz 2001 tarihlerinde gerçekten hastaneye gitmiş olmasına rağmen, kendi isteğiyle bir erkeğe muayene olmayı reddettiğini ileri sürmektedir.

Hükümet dolayısıyla, ilgili personelin, jinekoloji ve kadın doğum konusunda hem doğum öncesinde, hem de doğum sırasında ve sonrasında olağan yolları izleyerek kendi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği kanaatindedir.

74. Hükümet, mevcut davanın usul yönüyle ilgili olarak, somut olayda başvuranların şikâyetlerini konu hakkında en uygun yöntem olabilecek tazminat yoluna göre, idare mahkemelerine sunabildiklerini ve taleplerinin haklı bulunmamış olmasının, Mahkemenin, davada verilen kararlar için tarafların yöntemlerinin, iddialarının ve delillerinin uygunluğunu değerlendirmesine imkân vermediğini belirtmektedir (*Van de Hurk/Hollanda*, 19 Nisan 1994, § 59, A Serisi, No. 288).

75. Hükümet, başvuranın tıbbi dosyasının kaybedilmesiyle ilgili olarak, bu türden bir dosyanın “ilgili doktorlar tarafından düzenlendiğini ve hastanenin arşiv birimine teslim edildiğini”, ancak 2002 yılında arşivlerin düzenlenmesi sırasında kaybedildiğini belirtmektedir. Hükümet, diğer taraftan arşiv biriminden bir memurun bu bağlamda disiplin soruşturmasına tabi tutulduğunu, ancak müfettişlerin, ilgili hakkında kovuşturma başlatılmasını haklı gösteren delillerin bulunmadığı sonucuna vardıklarını eklemektedir (yukarıdaki 44 ve 45. paragraf).

76. Hükümet, mevcut davanın, *Van Kück/Almanya* (No. 35968/97, § 54, AİHM 2003-VII) davasından farklı olduğunu açıklamaktadır, zira burada MİM bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiş ve bu amaçla görevlendirilen Adli Tıp Kurumu, görevini yasaya uygun olarak tamamlamıştır. Hükümet, dosyaya eklenen bilirkişi raporunu imzalayan

uzmanların özgeçmişlerine atıfta bulunarak, üstelik bu seçkin doktorlar arasına, obstetrik ve jinekoloji bölümünde öğretim görevlisi olan Profesör R.M.'nin de katıldığını ve rapora belirleyici bir katkıda bulunduğunu belirtmektedir.

77. Hükümet, Adli Tıp Kurumu'nun varmış olduğu sonuca atıfta bulunmaktadır. Buna göre, Mehmet'in nörolojik sorunları, hamilelik sırasında ortaya çıkan bir anomali olan ve ekografi gibi özel testler yardımıyla tespit edilebilecek intrauterin büyüme geriliğinden kaynaklanmıştır. Hâlbuki Hükümete göre, benzer incelemelerin rutin kontroller sırasında gerçekleştirilememesi sebebiyle, söz konusu anomalinin önceden tespiti amacıyla bu testlerden geçmek için girişimlerde bulunmak başvuranın görevidir ve başvuran, bu testleri yaptırmayı ihmal etmiştir (yukarıdaki 73. paragraf).

78. Hükümet, bilirkişi raporundan çıkan çelişkili ifadelerle ilgili olarak, bu konuyu, Adli Tıp Kurumu'nun değil, davanın esasına bakan hâkimlerin incelemeleri gerektiğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, Adli Tıp Kurumu'nun reddedilemez tıbbi belgelere dayanması gerekmektedir ve sonuçlarını başvuranın veya suçlanan kişilerin ifadelerine dayandırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

79. Hükümet, çocuğun neden MAS hastası olarak doğduğunu ve neden Apgar skorunun 3 puan olduğunu açıklayabilecek gerekçelerin özel olarak incelenmemesine ilişkin olarak, somut olayda Adli Tıp Kurumu'nun görevinin, sadece Mehmet'in durumu ile doğum sırasında görülen MAS arasında olası bir illiyet bağı bulunup bulunmadığı hakkında karar vermek olduğunu ve MAS'ın nedenleri hakkında açıklamalar yapması için bu kuruma başvurulmadığını belirtmektedir. Hükümete göre, Adli Tıp Kurumu, görevinin doğru şekilde yerine getirilmesi için gerekli sorulara cevap vermeyi seçmiş ve basitçe, "bu sendroma ilişkin açıklamalarda bulunmayı gerekli" görmemiştir.

80. Hükümet, MİM'in başvuruların taleplerini, sadece yukarıda belirtilen raporun sonuçlarına dayanarak değil, aynı zamanda diğerleri arasında Malatya Valiliği tarafından yürütülen idari soruşturma sonucunda düzenlenen, kendisine göre Adli Tıp Kurumu'nun varmış olduğu sonuçlardan pek de uzak olmayan sonuçlar içeren rapora dayanarak reddettiğini ileri sürmektedir.

81. Hükümet, başvuruların Adli Tıp Kurumu'nun raporuna etkin olarak itiraz etmeleri için usuli yollarının bulunup bulunmadığı hususyla ilgili olarak, Danıştay içtihatları uyarınca, başvuruların bu rapora itiraz etmeleri için iki haftalık bir süreden faydalanmış olduğunu ve diğer taraftan bu yolu hem ilk derece mahkemesi hem de Danıştay önünde kullandıklarını açıklamaktadır. Hükümete göre, bu adımların boşuna atılmış olduğu koşulunun belirleyici bir rolü yoktur, zira "yeni bir bilirkişi görüşünün önceki sonuçlarla aynı sonuca varmasının mümkün" olması sebebiyle, "başvuruların itirazı üzerine davaya müdahale edebilecek başka bir bilirkişi raporunun sonuçları hakkında yorum yapılması uygun" değildir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Esas yönünden

a) Genel ilkeler

82. Mahkeme daha önce, kişilerin sağlık hakkı gibi, kişilerin zihinsel ve fiziki bütünlüğüne bağlı konuları da Sözleşme'nin 8. maddesi alanına girdiğini (yukarıdaki 64. paragrafın sonu) ve Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan ilkeler konusunda hastaların yaşam haklarının şüphesiz korunması gerektiğini hatırlatmıştır (örneğin bk. yukarıda anılan karar *Trocellier, Gecekuşu/Türkiye* (k.k.), No. 28870/05, 25 Mayıs 2010, *Dossi ve diğerleri/İtalya* (k.k.), No. 26053/07, 12 Ekim 2010, *Vasileva/Bulgaristan*,

No. 23796/10, § 63, 17 Mart 2016 ve yukarıda anılan *Erdoğan Kurt ve diğerleri*, § 51).

Dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesi alanında *Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz* ([BD], No. 56080/13, 19 Aralık 2017) kararından doğan öğretinin, mevcut davada altının çizilmesi gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme, öncelikle bu kararda (yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 164-184) açıklanan ilkelere ve özellikle şimdiye kadar tıbbi ihmaller alanında kabul edilen içtihadi yaklaşıma ilişkin olarak bu kararda önerilen açıklamaya atıfta bulunmaktadır (*ibidem*, §§ 186-196).

83. Bu bağlamda, tıbbi ihmal iddiaları kapsamında, Mahkemenin, Sözleşmeci bir Devletin, sağlık uzmanları arasında yüksek düzeyde bir yetkinlik sağlamak ve hastaların fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunmasını sağlamak için gerekli adımları atması durumunda, özellikle bir hastanın tedavisi kapsamında sağlık personeli tarafından yapılan bir hata veya personelin kendi arasındaki koordinasyonsuzluğu gibi konuların, Devleti, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında kendi üzerine düşen pozitif yükümlülük bağlamında sorumlu kılmak için tek başına yeterli olmayacağının her zaman altını çizdiğinin yeniden hatırlatılması uygundur. Konu hakkındaki maddi pozitif yükümlülükler, kural koyma zorunluluğuyla, yani kamu sektöründe veya özel sektörde hizmet veren hastaneleri ve sağlık personellerini, hastaların bütünlüğünü korumak için uygun tedbirler almaya zorlayan etkin bir düzenleyici çerçeve oluşturma zorunluluğuyla sınırlıdır. Dolayısıyla, tıbbi bir ihmalin varlığı tespit edilmiş olsa da, Mahkeme, yalnızca uygulanabilir düzenleyici çerçevenin hastaları yeterince korumadığı veya yürürlükteki düzenlemenin etkin şekilde uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemlerin alınmadığı durumlarda (yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 166, 168, 186 - 189), normal olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin –hatta Sözleşme'nin 2. maddesinin de- esas yönünden ihlal edildiği sonucuna varacaktır (örneğin

bk. *Jurica/Hırvatistan*, No. 30376/13, § 84, 2 Mayıs 2017 ve bu kararda yer alan atıflar ve yukarıda anılan *Erdoğan Kurt ve diğerleri*, § 53).

84. Aksi takdirde, sağlık hizmetleriyle ilgili fiiller ve ihmaller sebebiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin esas yönü alanında sadece tamamen istisnai durumlarda Devletin sorumluluğu söz konusu olabilir. İstisnai koşulların birinci tipi, hastanın hayat kurtarıcı bir tedaviye erişimini reddederek yaşamını bilerek tehlikeye sokma durumunda ve istisnai koşulların ikinci tipi, hastane hizmetlerinde sistemik veya yapısal işlev bozukluğu nedeniyle bir hastanın bu tedaviye erişemediği ve yetkililerin bu riski bildiği ve bilmesi gerektiği halde, önlemek amacıyla gerekli önlemleri durumlarda meydana gelir (*ibidem*, §§ 190-192, 194-196).

85. Şüphesiz, belirli bir vakanın gerçekleri, yalnızca tıbbi ihmal durumları ile özellikle tıbbi personele veya yapısal bir soruna atfedilebilen, tedaviye erişimin reddedildiği durumlar arasında ayırım yapmayı her zaman kolaylaştırmamaktadır, zira özellikle tanımlanması zor olan birkaç faktör de bir araya gelerek bazen şikâyet edilen duruma sebep olabilir (*ibidem*, § 193).

Diğer taraftan Mahkeme bazen, başvuranların sıklıkla –daha önce tanımlanan anlamda (yukarıdaki 84. paragraf)- iddia edilen kusurun basit bir hata veya ihmalin ötesine geçtiği (gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (*mutatis mutandis*), yukarıda anılan *Aydoğdu*, § 89) istisnai bir durumun mağduru olduklarını gösterebilecek somut kanıtlar sunamadıkları kanaatine vararak, bu türden bir redde ilişkin şikâyetlerini desteklemek için başvuranların *ilk bakışta (prima facie)* mümkün olan her şeyi yapmış olduklarını değerlendirmektedir.

86. Bu türden bir durumda Mahkeme, buradaki zorluğun çoğu zaman, yargı makamları tarafından uygun bir cevabın verilmemesi dolayısıyla, kendisinin davanın olaylarını esas yönünden kesin bulgularla tespit edememesi sebebiyle (yukarıda anılan *Aydoğdu*, § 102), genel olarak var olan mekanizmaların, olgusal koşulların gidişatını aydınlatmaya ve bu

koşulların kamusal anlamda denetlenmesine imkân verip vermediğini araştırarak, ihtilaf konusu olayların usul yönünden incelenmesinin uygun olduğu kanaatine varmaktadır (örneğin bk. *Trzepalko/Polonya* (k.k.), No. 25124/09, § 24, 13 Eylül 2011, *Oyal/Türkiye*, No. 4864/05, § 54, 23 Mart 2010, *Eugenia Lazăr/Romanya*, No. 32146/05, §§ 69 ve 70, 16 Şubat 2010, *Rinkūnienė/Litvanya* (k.k.), No. 55779/08, 1 Aralık 2009, *Zafer Öztürk/Türkiye*, No. 25774/09, § 46, 21 Temmuz 2015 ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, § 172).

b) Bu İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

87. Mahkeme, somut olayda başvuruların, açıkça veya üstü kapalı olarak, oğullarının maruz kaldığı kalıcı engele, kasıtlı olarak sebep olunduğunu veya oğullarının bu davaya karışan hastanelerde var olan sistemsal ya da yapısal bir işlevsizlikten mağdur olduğunu iddia etmediklerini tespit etmektedir. Dolayısıyla doğrulanabilir hiçbir unsur, suçlanan sağlık personelleri Ö.Ş., S.K., T.M.P., A.İ.Y. ve K.A.’nın başvuruların acil tedaviye erişimini bilinçli olarak engellediklerinin veya bu kişiler tarafından işlendiği iddia edilen kusurların basit tıbbi hata ya da ihmalin ötesine geçtiğinin düşünülmesine imkân vermemektedir (yukarıdaki 84. Paragraf ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 197-202).

Başvuranlar, hastane doktorlarının gerekli tedavileri yapmayı reddettiklerini ileri sürmüş olsalar da, zira kendilerinden söz konusu doktorların özel muayenehanelerine gitmeleri ve para ödenmeleri istenmiştir (yukarıdaki 69. paragraf), daha önce ulusal makamlar önünde ileri sürülmeyen bu durum, doğrulanabilir bir durum değildir. Diğer taraftan, başvuranlar, bu türden riskli bir doğumun bir ebe tarafından yaptırılmasının mevzuata aykırı olduğunu Danıştay önünde de ileri sürmüş olsa da (yukarıdaki 42. paragrafın sonu), burada, ilgililerin, ihlal edilen kurallara

atıfta bulunmamak kaydıyla, Mahkeme önünde iddialarını gerektiği şekilde kanıtlamaması söz konusudur.

Dolayısıyla hiçbir unsur, davanın koşullarının, aşağıda yapılan incelemeden başka bir inceleme gerektiren istisnai bir duruma dâhil olduğunu düşündürmemektedir.

88. Nitekim başvuranların şikâyetleri, genel olarak doğum öncesi risklerin ve doğum travayına bağlı risklerin doğru değerlendirilmemesiyle ilgilidir. Bu sebeple mevcut davanın esas amacı, basit tıbbi ihmal veya hataların iddia edilmesidir ve dolayısıyla, Türkiye Devletine düşen maddi pozitif yükümlülükler, hastaları koruyabilecek bir çerçevenin etkin şekilde oluşturulması ve uygulanmasıyla sınırlıdır (yukarıdaki 83. paragraf).

Hâlbuki dava dosyasından, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan düzenleyici çerçevede, Devletin bu türden bir eksikliğin bulunduğunu anlaşılmamaktadır ve diğer taraftan, başvuranlar bu türden bir eksiklik ileri sürmemişlerdir.

89. Dolayısıyla somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesi, esas yönünden ihlal edilmemiştir.

2. Usul yönünden

a) Genel ilkeler

90. Yine Sözleşme'nin 2. maddesi gibi 8. maddesi de, teoride olduğu kadar uygulamada da, kamu sektöründe veya özel sektörde çalışan sağlık personellerinin sorumluluğu altında bulunan bir kişinin bütünlüğüne karşı yapılan ihlallerin sebebini tespit etmeye ve gerektiği takdirde bu personellerin yargılanmasına imkân verecek etkin ve bağımsız bir hukuk sistemi kurulması yükümlülüğünü içermektedir (diğerleri arasında bk. yukarıda anılan *Erdinç Kurt ve diğerleri*, §§ 54 ve 55; ayrıca bk. *Šilih/Slovenya* [BD], No. 71463/01, §§ 192 ve 195, 9 Nisan 2009 ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 214 ve 216).

91. Daha önce de belirtildiği gibi istisnai durumlarda (yukarıdaki 84. paragraf), bu usuli yükümlülüğe riayet edilmesi için cezai anlamda caydırıcı bir mekanizmanın bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, kişinin bütünlüğüne istemeden zarar verilmişse, söz konusu yükümlülük, mutlak suretle bir ceza davası açılmasını gerektirmemektedir. Ayrıca, somut olaydaki gibi tıbbi ihmallerin özel bağlamında (yukarıdaki 88. paragraf), bu türden bir yükümlülük, söz konusu hukuk sisteminin, ilgililere, sadece hukuk veya idare mahkemeleri önünde veya ceza mahkemeleri önünde bir başvuru yoluyla birlikte bir yol sunması durumunda da yerine getirilmiş olur, yine bu bağlamda disiplin tedbirlerine de başvurulabilir (*Karakoca/Türkiye* (k.k.), No. 46156/11, 21 Mayıs 2013, yukarıda anılan *Aydoğdu*, § 79, yukarıda anılan *Erdoğan Kurt ve diğerleri*, § 56 ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, § 215 ve bu kararda yer alan diğer atıflar).

92. Bu konuyla ilgili olarak, yine de olası birçok başvuru yolunun bulunması durumunda, zarar gören kişinin esas şikâyetini ileri sürmek için kendisine en uygun gelen başvuru yolunu seçmesinin mümkün olduğunun hatırlatılması uygundur (diğer birçok karar arasında bk. *Elberte/Letonya*, No. 61243/08, § 85, AİHM 2015). Söz konusu kişi, basit tıbbi ihmal davalarında makamların mutlak suretle re'sen soruşturma başlatmak zorunda olmadığını da dikkate alarak, ceza yolu dâhil olmak üzere, mevcut olan birçok başvuru yolu na kullanabilir. İlgililerin bu türden bir ceza davası açması durumunda, usuli yükümlülükler devreye girebilir (yukarıda anılan *Şilih*, § 156 ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, § 220). Bu önemlidir, zira caydırıcı bir yolun kullanılması, tıbbi ihmal bağlamında ayrıcalıklı olmasa da, şayet son tahlilde etkin olduğuna hükmedilmişse, böyle bir yol, yine de söz konusu usul yükümlülüğünü yerine getirmek için yeterli olabilir (yukarıda anılan *Şilih*, § 202 ve yukarıda belirtilen *Lopes de Sousa Fernandes*, § 232).

Birçok hukuk yola başvurulduğu varsayıldığında, davanın somut koşullarında ulusal hukuk düzeninin, bütünüyle davanın uygun şekilde incelenmesine imkân verip vermediği hususunun belirlenmesi gerekmektedir (*Dodov/Bulgaristan*, No. 59548/00, § 86, 17 Ocak 2008, *Kudra/Hırvatistan*, No. 13904/07, § 107, 18 Aralık 2012 ve yukarıda belirtilen *Lopes de Sousa Fernandes*, § 225).

93. Her hâlükârda, sağlık personellerinin sorumluluğu altında bulunan kişinin bütünlüğüne karşı yapılan ihlalin sebebinin belirlemek için oluşturulan sistem, bağımsız olmalıdır. Bu bağımsızlık, sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağın bulunmaması değil, aynı zamanda ihtilaf konusu ihlalin sebebinin tespit edilmesi gereken dava kapsamında olayları değerlendirmekle görevli bütün tarafların, olaya karışan kişiler açısından resmi ve somut olarak bağımsızlığı anlamına gelmektedir (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk., *Bajić/Hırvatistan*, No. 41108/10, § 90, 13 Kasım 2012).

Bu gereklilik, tıbbi incelemelerin toplanması söz konusu olduğunda, özellikle önemlidir (örneğin bk. *Barabanchikov/Rusya*, No. 36220/02, § 59, 8 Ocak 2009 ve *Karpisiewicz/Polonya* (k.k.), No. 14730/09, 11 Aralık 2012), zira mahkemenin çok karmaşık tıbbi ihmal konularında yapacağı değerlendirmede, uzman doktorların raporlarının belirleyici bir rol oynaması oldukça mümkündür, bu durum da uzman doktorların davada özellikle önemli bir rolü bulunduğunu gösterir (*Sara Lind Eggertsdóttir/İzlanda*, No. 31930/04, § 47, 5 Temmuz 2007, yukarıda anılan *Bajić*, § 95 ve yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, § 217).

b) Bu İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

94. Mahkeme, kamu sektöründe yapılan tıbbi ihmallerle ilgili olarak, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan Türk Hukukunun, ceza davası açılması imkânı dışında, davaya karışan hastane ve sağlık personelinin bağlı olduğu Sağlık Bakanlığına karşı idare mahkemeleri

önünde tam yargı davası açma imkânını öngördüğünü kaydetmektedir. Ayrıca, diğerleri arasında, bu Bakanlıktan ilgili personelin sorumluluğunun tespit edilmesi için disiplin soruşturması açılmasının talep edilmesi de mümkündür.

95. Dolayısıyla Türk Hukuk Sistemi, başvuranlara, teoride Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan usuli yükümlülükler bağlamında riayet edilmesi gereken kurallara cevap veren hukuk yollarını sunmuştur. Diğer taraftan başvuranlar, yukarıda belirtilen bütün yolları kullanmıştır. Dolayısıyla bu yollara ilişkin olarak açılan davaların bütünüyle değerlendirildiğinde, başvuranların davalarının hakkaniyete uygun şekilde görülmesine izin verip vermediğinin araştırılması gerekmektedir (yukarıdaki 92. paragrafın sonu).

i. Caydırıcı nitelikli soruşturmalar

96. Mahkeme, 26 Şubat 2003 tarihinde açılan disiplin soruşturmasıyla ilgili olarak (yukarıdaki 18. paragraf), bu soruşturmanın, Başhekim Yardımcısı E.M. tarafından düzenlenen bir rapora dayanılarak (yukarıdaki 19. paragraf) soruşturma açılmasına gerek olmadığına kanaat getirerek dosyanın sonlandırıldığını gözlemlemektedir. Kadın doğum uzmanı A.G. ve çocuk uzmanı M.G.'nin katılımıyla hazırlanan bu rapor (yukarıdaki 24. paragraf), 4483 sayılı Kanun tarafından öngörülen rejim sebebiyle sonuçlanamayan ceza soruşturmasının da merkezinde rol almıştır (yukarıdaki 46. paragraf).

97. Bu bağlamda, Mahkemenin, 4483 sayılı bu Kanun tarafından dayatılan rejimin, bu rejimi uygulayan soruşturma organlarının bağımsızlıktan yoksun olması sebebiyle, kendisi tarafından birçok defa eleştirildiğini ve cezalandırıldığını hatırlatması yeterlidir (örneğin bk. *Nazif Yavuz/Türkiye*, No. 69912/01, § 49, 12 Ocak 2006, *Ümit Gül/Türkiye*, No. 7880/02, §§ 53-57, 29 Eylül 2009, *Mete ve diğerleri/Türkiye*, No. 294/08, § 114, 4 Ekim 2011 ve *Karahan/Türkiye*, No. 11117/07, § 45, 25 Mart 2014; başvuranların açılan soruşturmalara etkin şekilde katılamadığı

Işıldak/Türkiye, No. 12863/02, §§ 54 - 56, 30 Eylül 2008 ve söz konusu organların kararları üzerinde gerçekleştirilen adli denetimin uygunsuzluğu hakkında bk. *Kanlıbaş/Türkiye*, No. 32444/96, § 49, 8 Aralık 2005, *Sultan Öner ve diğerleri/Türkiye*, No. 73792/01, § 143, 17 Ekim 2006, *Uyan/Türkiye (No. 2)*, No. 15750/02, § 49, 21 Ekim 2008 ve *Mecail Özel/Türkiye*, No. 16816/03, § 25, 14 Nisan 2009).

Hiçbir özel koşul, daha önce *Aydoğdu* (yukarıda anılan, § 90) kararında belirtmiş olduğu ve daha yakın bir tarihte *Asma/Türkiye* kararında (No. 47933/09, § 86, 20 Kasım 2018), burada başlı başına usuli yükümlülüklerin tanınmamasını teşkil eden yapısal bir sorunun söz konusu olduğu kanaatine varmış olduğu gibi, Mahkemenin mevcut davada varmış olduğu sonuçlardan uzaklaşmasına imkân vermemektedir.

98. Ayrıca bu hususa, E.M., A.G. ve M.G. isimli uzmanların ve suçlanan sağlık personellerinin çalıştığı hastanede görevli olan doktorlar S.K., T.M.P., A.İ.Y. ve K.A.'nın (yukarıdaki 96. paragraf), caydırıcı nitelikli soruşturmaların kapanmasında belirleyici bir rolü bulunması koşulu eklenmektedir. Bu durum, kesinlikle bilirkişi işlemlerinin mutlaka cevap vermesi gereken hem resmi hem de somut bağımsızlık gerekliliğine aykırıdır (yukarıdaki 93. paragraf).

99. Mahkeme, somut olayda yürütülen caydırıcı ceza ve disiplin soruşturmalarının, içerdikleri eksiklikler bakımından, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca etkin kılınmadığı kanaatindedir.

ii. Tam Yargı Davası

100. Bu sebeplerle, bu davada en uygun hukuk yolu olması sebebiyle, idare mahkemeleri önünde açılan tam yargı davasının (yukarıda anılan *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 234 et 235) ve diğer taraftan, özellikle tarafların bu dava hakkındaki görüşlerinin incelenmesi gerekmektedir.

101. Mevcut davanın olgusal koşullarının karmaşıklığına rağmen, davanın merkezinde yer alan ihtilaf konusu, Adli Tıp Kurumu'nun cevap

vermekle görevli olduğu soruların, idare mahkemelerinin iddia edilen tıbbi ihmaller hakkında karar vermek için incelemesi gereken sorularla karıştırıldığı özetlenmektedir. Hâkimler, suçlanan kişilere atfedilebilir herhangi bir kusur bulunmadığı sonucuna varan bilirkişi raporunun, kararlarını vermeleri için yeterli olduğu kanaatine varmışlardır. Bu sebeple, söz konusu rapora ağırlık vermişlerdir. Ayrıca başvuranların, yeni bir bilirkişi incelemesine ilişkin talepleri de, söz konusu rapor dayanak gösterilerek reddedilmiştir.

102. Mahkeme, söz konusu raporun her türlü eleştiriden muaf olduğunu ileri süren Hükümetin tutumunu kaydetmektedir. Davalı Hükümete göre, seçkin uzmanlardan oluşan ihtisas kurulu, Mehmet'in klinik tablosunun intrauterin gelişim geriliğine bağlı olduğu sonucuna varılmasından önce, obstetrik ve jinekoloji Profesörü R.M.'nin belirleyici katkısıyla, görevini "yasaya uygun olarak" tamamlamıştır.

Bununla birlikte Mahkemeye göre, bu uzmanların "yasaya uygun olarak" çalışıp çalışmadıklarının araştırılması yerine, bilimsel değerlendirmelerine sunulan konuların usulüne uygun şekilde inceledikleri kanaatine varılıp varılamayacağının tespiti önemlidir.

103. Adli Tıp Kurumu somut olayda, Mehmet'in klinik tablosunun "doğum öncesi ve doğum sonrasında yapılan hatalardan kaynaklanıp kaynaklanmadığının" araştırılması için görevlendirilmiştir. Bu durum, diğer taraftan başvuranların, kendilerine göre "doğumdan önce ve sonra" ağır hizmet kusuru işlendiğini ileri sürdükleri (yukarıdaki 31. paragraf) dava açma talebini kapsayan dilekçenin yer aldığı dava dosyasından da anlaşılmaktadır (yukarıdaki 32. paragraf).

104. Adli Tıp Kurumu, düzenlemiş olduğu raporda, "güncel klinik tablo ile doğum eylemi arasında illiyet bağı kurulabilmesi için yeterli tıbbi delil bulunmadığı" sonucuna varmıştır. Bu sonuç iki ayrı unsurla gerekçelendirilmiştir.

İlk olarak, Adli Tıp Kurumu'na göre, Mehmet'in gelişimi doğumu izleyen beş ay boyunca normal olarak seyretmiş ve çocuk, doğum sırasında serebral oksijen eksikliğine ilişkin özellikler teşkil etmemiştir.

İkinci olarak, yine Adli Tıp Kurumu'na göre, MRG testlerinde gözlemlenen iskemik lezyonlar, mutlaka doğum anından değil de, yenidoğan sepsisinden de kaynaklanabilmektedir.

105. Mahkeme, bu incelemenin, Mehmet'in klinik tablosu ile doğum sırasında meydana gelmiş olması muhtemel bir travma arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının araştırılmasıyla sınırlandırıldığını tarafsız olarak gözlemlemektedir. Bu inceleme, sağlık personelinin, başvuruları, kendilerine göre yanlış bir seçim olan, doğum öncesinde fetusun sağlığına ilişkin tehditleri en aza indirgeyebilecek sezaryen doğum yerine, bir ebenin ellerinde, riskli bir normal doğuma zorladığına dair şikâyetleriyle ilgili herhangi bir değerlendirme içermemiştir. Ayrıca söz konusu inceleme, başvuruların, doğum öncesinde preeklamps sendromuna bağlı riskleri engelleyebilecek tıbbi bakımın yapılmadığı şikâyetlerine ilişkin bir cevap da içermemiştir (yukarıdaki 42 ve 68 - 70 paragraflar).

106. Ayrıca başvurulara göre, dosyaya eklenen bilirkişi raporu, teknik bir açıklama yapılmasını gerektiren konular bakımından tatmin edici değildir (gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (*mutatis mutandis*) bk. yukarıda anılan *Eugenia Lazăr*, §§ 82 – 85 ve *Erdinç Kurt ve diğerleri*, § 68).

107. Adli Tıp Kurumu'nun varmış olduğu sonuçları, bilimsel bir görüşün doğru niteliği hakkında varsayımlarda bulunarak, sahip olduğu tıbbi bilgilerden yola çıkarak, eleştirmek kesinlikle Mahkemenin görevi değildir (*Altuğ ve diğerleri/Türkiye*, No. 32086/07, § 77, 30 Haziran 2015, daha önce anılan *Aydoğdu*, § 92, *Erdinç Kurt ve diğerleri*, § 63 ve bu kararda yer alan atıflar).

Diğer taraftan Mahkeme, ulusal mahkemelerin, tıbbi bilirkişi raporlarının, Sözleşme'nin 8. Maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin

yerine getirilmesinde, Devlete, faydasız veya orantısız yükler getirecek kadar ileri gidemeyeceği kanaatine varılması gerektiğini kabul etmektedir (örneğin bk. daha önce anılan *Altuğ ve diğerleri*, §§ 77-86, 30 Haziran 2015, et *Erdinç Kurt ve diğerleri*, § 63). Dolayısıyla ulusal mahkemelerin yapması gereken değerlendirme çalışmasının yoğunluğu, ortaya konulan tıbbi sorunun niteliğine; karmaşıklığına göre ve davalı tarafın, bir raporu düzenlemekle görevli tıbbi uzmanların cevap vermesini gerektiren ihmale ilişkin somut ve belirli iddialar ileri sürüp süremediği hususu dikkate alınarak bir durumdan diğerine göre değişken olmalıdır (örneğin bk. yukarıda anılan *Altuğ ve diğerleri* ve *Erdinç Kurt ve diğerleri*, ibidem).

108. Konu hakkında, *Lopes de Sousa Fernandes* davasında, Büyük Daire yargılanabilir bir kişinin farklı davalara aktif olarak katılma imkânının bulunup bulunmadığı ve söz konusu kişinin, davaların sonuçlarını etkilemek için usul haklarını kullanıp kullanmadığını konusunu ve aksi takdirde kullanılan hukuk yollarından herhangi biri kapsamında, sağlık kuruluşlarına veya doktorlara göre dezavantajlı bir duruma düşme riski bulunduğunu vurgulamıştır (yukarıda anılan, § 226).

109. Nitekim çekişmeli yargılamaya ve özellikle daha özel olarak, – hâkimlerin bilgisinin ötesinde teknik bir alana giren- tıbbi bir incelemenin, hâkimlerin olayları değerlendirmelerini ağırlıklı olarak etkileyebileceğine ve tarafların anlaşmazlığa ilişkin olarak “etkin şekilde” yorum yapabilmelerini gerektiren temel kanıtları teşkil edebileceğine dair öncelikle Sözleşme’nin 6. maddesinden doğan ilkeye riayet edilmesi gerekmektedir (gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (*mutatis mutandis*) bk. *Feldbrugge/Hollanda*, 29 Mayıs 1986, § 44, A Serisi No. 99, *Mantovanelli/Fransa*, 18 Mart 1997, § 36, *Karar ve Hükümler Derlemesi* 1997-II ve *Cottin/Belçika*, No. 48386/99, §§ 29 - 32, 2 Haziran 2005).

110. Sonuç olarak Mahkemeye göre, esasen başvuruların itirazları karşısında verilen tepkinin incelenmesi mevcut davada önem arz etmektedir.

Mahkeme, Türk İdare Hukuku'nun özellikleri sebebiyle, somut olayda uzmanların atanmasına ve uzmanlara yöneltecekleri soruların tespitine karışamayan başvuranların, seslerini etkin olarak duyuramadıklarını, sadece söz konusu raporun sunulmasından sonra dolaylı olarak duyurabildiklerini gözlemlemektedir. Hâlbuki başvuranlar, Danıştay tarafından verilen otuz kadar emsal karar arasında, hiçbir davanın, görünüşe göre, sağlık hizmetlerinin işlevsizliğine veya Adli Tıp Kurumu tarafından gerçekleştirilen tıbbi bir incelemeye ilişkin ihtilaf konularıyla ilgili olmaması sebebiyle, sağlık hizmetine ilişkin anlaşmazlıklarda karşı bilikişi raporu taleplerine verilen ve Adli Tıp Kurumunu'nun incelemesini içeren cevapla ilgili olarak ortaya çıkan çekincelerden etkilenmiş bir uygulamayla karşılaşmışlardır (yukarıdaki 51. paragrafın sonu).

111. Ayrıca ihtilaf konusu raporun eksik niteliğine ve başvuranların buna ilişkin itirazlarına rağmen (yukarıdaki 39. Paragraf), MİM, başvuranlar tarafından yeni bir bilirkşi incelemesi yapılmasına dair talebin haklı olduğu kanaatine varmamıştır.

Danıştay ise, konu hakkındaki yerleik içtihatlarını bertaraf etmeyi seçerek, gerekçe göstermeksizin (yukarıdaki 47. paragrafın sonu), başvuranlar tarafından çok sayıda koşullu iddialar dayanak gösterilerek sunulan yeni bir rapor düzenlenmesine ilişkin talebi görmezden gelmiştir. (yukarıdaki 41 ve 42. paragraflar) (karşılaştırılabilir bir durum için bk. yukarıda anılan *Erdoğan Kurt ve diğerleri*, §§ 69 ve 70).

Mahkeme, bu iki kararın, başvuranların talep ettiği anlamda, mahkemelerin incelemelerini daha ileri götürmelerini engelleyebilecek herhangi bir unsura ilişkin hiçbir ifade içermediğini tespit etmektedir (*Benderskiy/Ukrayna*, No 22750/02, § 44, 15 Kasım 2007).

112. Bu bağlamda Mahkeme, başvuranın tıbbi dosyasının kaybedilmesinin, gerçeklerin tespit edilmesine bu türden bir engel teşkil ettiğini kabul etmeye hazırdır. Mahkeme bunun ilgili olarak, Hükümete göre, bu türden bir dosyanın “ilgili doktorlar tarafından düzenlendiğini ve

hastanenin arşiv birimine teslim edildiğini”, ancak 2002 yılında arşivlerin düzenlenmesi sırasında kaybedildiğini kaydetmektedir (yukarıdaki 23. paragraf).

113. Bu konuda Hükümet tarafından, bir hastanın dosyasının kaybedilmesinin, açıklanamasa bile, adli sonuçlarına ilişkin olarak ayrıntılı şekilde verilen bilgilere atıfta bulunulması yeterlidir (yukarıdaki 52 – 59. paragraflar). Buradan açıkça, Türk Hukukunda, tıbbi verilerin kaybedilmesinden dolayı idarenin sorumlu bulunmaması ve zarar gören kişilerin gerçeği asla bilemeyecek olmaları sebebiyle, böyle bir olayın tıbbi arşivlerin saklanması konusunda mevzuatın ihlal edilmesine sebep olduğu ve Danıştay’a göre, bu durumun, kamu sağlık hizmetlerinin yönetiminde zararın telafi edilmesini gerektiren ağır bir kusur teşkil ettiği sonucu çıkarılabilir.

114. Bu bağlamda Danıştay tarafından cezalandırılan olayların da (bk. yukarıdaki 56-59. paragraflarda verilen örnekler), mevcut davada tespit edilen olaylara benzer olması dikkat çekicidir. Hâlbuki somut olayda verilen kararlarda, başvuranın tıbbi dosyasının kaybedilmesi sebebiyle idarenin herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmaması hakkında hiçbir şey belirtilmemiştir ki Danıştay’ın da kabul ettiği gibi, bu olay, sadece ağır hizmet kusuru değil, aynı zamanda *öncelikle (a priori)* Bakanlığın, başvuranların uğradığı zarardan sorumlu olup olmadığı konusunda hukuki denetim yapılmasına bir engel teşkil etmektedir.

Bu durumda dolayısıyla iddia edilen ihlalin mümkün olduğu kadar telafi edilebilmesi mümkün olsaydı bile, bu imkâna başvurulmamıştır.

115. Özet olarak, somut olayda şikâyet edilen idari yargılama da Sözleşme’nin 8. maddesinden doğan usuli yükümlülükler bakımından etkinlikten yoksundur.

iii. Sonuç

116. Mahkeme, bu davada ortaya konan bilimsel konuların usulüne uygun şekilde incelenmesi veya yeniden incelenmesi ve başvuran hakkında değerlendirilmesi gereken tıbbi bilgilerin kaybedilmesine bağlı sonuçlar ve ceza ve/veya idare mahkemeleri önünde görülen davaların sonucu hakkında yorum yaparak, daha önce gözlemlenen eksiklikleri tespit etmek zorunda değildir.

Sonuç olarak hiçbir makamın, başvuranların şikâyetlerine ve iddialarına dayanan uygun ve bilimsel bir cevap veremediği ve davayı tanıyarak sağlık personelinin olası sorumluluğunu değerlendiremediği hususunun altının çizilmesi önemlidir.

Ulusal mahkemeler, kararlarında, hem bağımsızlık gerekliliğini ihlal ederek hem de incelenmesi gereken temel konuları bertaraf ederek ve tatmin edici şekilde incelemeyerek düzenlenen resmi raporlara dayanmışlardır.

Son tahlilde, her şeye rağmen, idare mahkemeleri, başvuranların, belirleyici olmasa da, en azından temel olarak, yine de özel ve açık cevaplar verilmesini gerektiren iddialarını soyutlayarak, başvuranların itirazlarını reddetmiştir (karşılaştırılabilir durumlar için bk. *Asiye Genç/Türkiye*, No. 24109/07, §§ 84 ve 85, 27 Ocak 2015, daha önce anılan *Altuğ ve diğerleri*, §§ 77-86, 30 Haziran 2015, daha önce anılan *Aydoğdu*, § 100 ve *Erdinç Kurt ve diğerleri*, § 63).

117. Mahkeme, bu koşullarda, başvuranların, tıbbi ihmallerin oğullarının kalıcı olarak engelli kalmasına sebep olduğu iddiaları kapsamında sunduğu savunulabilir şikâyetler karşısında, ulusal sistemin bütün olarak değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 8. maddesi açısından Türkiye'ye düşen pozitif yükümlülüğe uygun bir cevap vermediği kanaatindedir.

Dolayısıyla, bu hüküm usul yönünden ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

118. “ Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder. ”

A. Tazminat

119. Başvuranlar, halen engelli bulunan oğulları Mehmet’in kazanç kaybına ilişkin olarak, görünüşe göre bütün tedaviler için yapmış oldukları harcamalara göre yapılmış olan aktüeryal bir hesaba dayanarak, maddi zarar bağlamında 537.000 avro talep etmektedirler.

Başvuranlar, manevi zarara ilişkin olarak, her biri adına 40.000 avro ve Mehmet’in kız kardeşi, kızları için 20.000 avro talep etmektedirler.

120. Hükümet, her hâlükârda bu miktarların aşırı ve dayanaksız olduğunu ve ayrıca Mahkeme tarafından benzer davalarda ödenmesine hükmedilen miktarlarla uyuşmadığını ileri sürmektedir.

121. Mahkeme, tespit edilen usul yönünden ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmadığı kanaatine varmakta ve bu talebi reddetmektedir. Buna karşın, Mahkeme, başvuranlara, manevi tazminat bağlamında müştereken 15.000 avro ödenmesi gerektiği ve Mehmet’in kız kardeşinin başvuran sıfatını taşımadığı kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

122. Başvuranlar ayrıca, masraflar için ailenin seyahat masrafları ve tercüme masraflarını içeren için 940 Türk lirasının (TRY), yani söz konusu dönemde yaklaşık olarak 400 avronun (EUR) ve Adli Tıp Kurumuna ödenen ve ayrıca genetik bir test için ödenen 400 ve 300 Türk lirası

(yaklaşık olarak toplam 298 avro) miktarlarının kendilerine geri ödenmesini talep etmektedirler. Başvuranlar, avukatlık hizmeti ücretleri için 95.550 avro talep etmektedirler.

123. Hükümet, bu taleplere, özellikle avukatlık hizmeti creti ile tercüme ve seyahat masraflarına ilişkin taleplere dayanak olarak sunulabilecek herhangi bir kanıtlayıcı belge bulunmadığına dikkat çekmektedir.

124. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvurana yalnızca, masraf ve giderlerinin doğruluğunu, gerekliliğini ve ödenen miktarların makul olduğunu ispatlaması kaydıyla, bu masraflar iade edilebilmektedir.

Mahkeme, 940 TRY miktarındaki ilk taleple ilgili olarak, iç hukukta yapılan yargılama masraflarının 141,90 TRY, bilirkişi incelemelerinin 56 TRY ve posta masraflarının 43 TRY tutarında olduğunu kaydetmektedir (bu miktarlar, yaklaşık olarak sırasıyla 60 avro, 24 avro ve 18 avro miktarlarına eşdeğerdir). Avukatlık hizmeti ücretine ilişkin talep de dâhil olmak üzere, geri kalan talepler hiçbir şekilde belgelere dayandırılmamıştır.

Bu koşullarda ve aynı zamanda İ Tüzüğü'nn 60. maddesinin 2 ve 3. fıkraları da göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, masraf ve giderler için ancak 103 avro ödenmesine hükmedebilir ve geri kalan talepleri reddetmektedir.

C. Gecikme Faizi

125. Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu miktarlara, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın, uygulanmasının uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamındaki şikâyetle ilgili kısmının kabul edilebilir olduğuna ve geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna,
2. Sözleşme'nin 8. maddesinin esas yönünden ihlal edilmediğine,
3. Sözleşme'nin 8. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine,
4. a) Davalı Devlet tarafından başvuranlara, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıda belirtilen miktarların müştereken ödenmesine:
 - i. Manevi tazminat olarak, ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, 15.000 avro (on beş bin avro),
 - ii. Masraf ve giderler için başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, 103 avro (yüz üç avro),b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu tutara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,
5. Başvurunun geri kalan kısmıyla ilgili olarak, adil tazmin taleplerinin reddine *karar vermiştir*.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 25 Haziran 2019 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano
Başkan