

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI HAKKI BAĞLAMINDA RIZA OLMAKSIZIN YAPILAN TIBBİ MÜDAHALELER

Medical Intervention without Consent in the context of the Right to Integrity of the Person

Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU¹

Geliş Tarihi: 23.03.2018

Kabul Tarihi: 08.05.2018

ÖZET

Kişi dokunulmazlığı hakkı bireyin sahip olduğu en temel haklardan biridir. Kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası durumu ise yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Bazı durumlarda ise rıza olmaksızın kişinin zorla tıbbi müdahaleye tabi tutulduğu ya da rızasının varsayıldığı kabul edilmektedir. Çalışmamız kapsamında Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına konu olan zorla yapılan tıbbi müdahaleler incelenecektir. Özellikle zorunlu aşı uygulamaları, açlık grevi ve ölüm oruçlarına yapılan müdahaleler, sünnet, zorla yapılan jinekolojik muayene, vücuttan örnek alma işlemleri ve tıbbi zorunluluk halleri ile ilgili kararlar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişi dokunulmazlığı Hakkı, Rıza kavramı, Tıbbi Müdahale, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

The right to integrity of the person is the most fundamental rights that an individual has. The physical integrity can not be touched without the consciousness of the person. The consent of the person's condition will make the intervention in accordance with law. In some cases, it is accepted that the person has been subject to forced medical intervention without consent or the presume of the consent. In our work, we will be examined the Constitutional Court and the European Court of Human Rights's decisions that are subject to forced medical interventions. In particular, the compulsory vaccination practices, the interventions to hunger strike and death fasts, the circumcision, the forced gynecological examination, the body sampling procedures and the decisions regarding medical necessity cases will be discussed.

Keywords: The Right to Integrity of the Person, The Concept of Consent, Medical Intervention, the Constitutional Court, the European Court of Human Rights.

I. GİRİŞ

Kişi dokunulmazlığı hakkı birçok ulusal ve uluslararası belge ile koruma altına alınmıştır. Anayasamızın 17. maddesine göre: *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz”*. Madde gerekçesine göre ise : *“...Bu madde ile yaşama, maddî ve manevî varlığının bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı,*

¹ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, edemirsoy@erciyes.edu.tr.

*vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir...*². Madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Ayrıca Medeni Kanun 23. ve 24. maddelerde, Borçlar Kanunu 54, 55 ve 56. maddelerde, Türk Ceza Kanunu 86 ve devamı maddelerinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde vücut bütünlüğünü koruyan hükümler yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi de konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir.

II. TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN RIZA KAVRAMI

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyet, kısaca yetkili kişinin tedavi amacına yönelik her türlü faaliyetidir³. Her tıbbi müdahale hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem şeklinde olmaktadır⁴. Bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, teşhis amacı, hastalığı hafifletme veya acıyı dindirme amacı, hastalıktan koruma amacı ya da nüfus planlaması amacı gibi kanunda öngörülen amaçlara yönelik olması gerekmektedir⁵. Tıbbi müdahalenin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye hekim genellikle yetkili olmakla birlikte tek yetkili hekim değildir. Günlük hayatta ve acil durumlarda doktor hastaya müdahale edinceye kadar geçen zaman içerisinde ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşire gibi yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan müdahaleler de tıbbi müdahaledir⁶.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın buna rıza göstermesi gerekmektedir. Hastanın rızasının olmaması tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmasına sebep olacaktır. TCK m. 26'ya göre: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”*. Rızanın alınmaması kişiye değer verilmemesi olup, böylelikle kişilik hakları ve insan onuruna aykırı bir durum oluşturacaktır⁷. 01/08/1988 tarihinde Resmi

² https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (e. t. 17/05/2016).

³ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara, 1991, s. 5.

⁴ ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007, s. 6.

⁵ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s. 4.

⁶ BİRTEK, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktik Ayırımı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, İstanbul, 2007, s. 1998.

⁷ SOYASLAN, Doğan, “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku

Gazetede yayınlanan 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinde 08/05/2014 tarihinde yapılan değişiklik sonucu hastanın rızasının alınması bir zorunluluktur. Rızanın hukuki açıdan değer taşıyabilmesi için kişinin uygulanacak teşhis ve tedavi yönteminin içeriği, etkileri ve sonuçları açısından yeterince bilgilendirilmiş olması gerekmektedir⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesinde 08/05/2014 tarihinde yapılan değişiklik ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünün içeriği açıkça belirtilmiştir. Bunlar: “a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği”, hususlarıdır. Hastanın yeterince aydınlatılması gerekli olup, aydınlatma sonrasında hasta tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması açısından serbestçe, durumun gerektirdiği ölçüde karar verebilecek duruma gelmelidir⁹. Hekimin aydınlatma yükümlüğüne, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde yer verilmiştir: “Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)”. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesininin 14. maddesinin ikinci fıkrasında da hekimin aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir: “Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyri saklanması uygundur”. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 5. maddesine göre de: “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir”. Aydınlatma, hastanın kendisine uygulanacak

Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 120.

⁸ ÖZGENÇ, İzzet, “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu: Hukuka Uygunluğa İlişkin Kriterler”, <http://www.sdplatform.com/Dergi/469/Tibb-mudahale-dolayisiyla-ceza-sorumlulugu-Hukuka-uygunluga-iliskin-kriterler.aspx> (e. t. 18/05/2016).

⁹ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 60.

tedaviyi değerlendirmesi ve düşünmesi için aydınlatmayla rıza arasında zaman kalacak şekilde, her halde, tıbbi müdahaleden önce, acil durumlarda ise ivedilikle yapılmalı ve aydınlatma zamanı somut olaya göre belirlenmelidir¹⁰. Aydınlatma yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabilir ancak yazılı şekilde yapılan aydınlatma sonraki zaman için sorumluluktan kurtulmayı ve ispatta kolaylığı sağlar¹¹.

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı haller de mevcuttur. Kendisine uygulanması düşünülen tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olan hasta aydınlatma hakkından vazgeçiyor ise bunu açıkça yapmalı ve bu durum hekim tarafından açıkça anlaşılmalıdır¹². Aydınlatma hasta üzerinde olumsuz etki yaratacaksa da aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmalıdır¹³. Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesine göre: *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir”*. Hekim somut olayın şartlarını değerlendirmeli ve hastanın otonomi hakkını yani kendi geleceğini belirleme hakkını da ihlal etmemelidir¹⁴. Hastaya tıbbi müdahalede bulunulmadığı zaman çok daha ağır sonuçlarla karşılaşılması söz konusu olacaksa yani ortada bir zorunluluk durumu varsa aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilecektir¹⁵. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 8. maddesine göre: *“acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir”*. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği 24/7’de de açıkça belirtilmiştir: *“Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur”*.

¹⁰ ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/2, s. 194.

¹¹ YENERER ÇAKMUT, s. 21.

¹² YENERER ÇAKMUT, s. 16.

¹³ IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBBD, Y. 24, S. 98, Ankara, 2012, s. 400.

¹⁴ HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, YÜHFY No:16, İstanbul, 2008, s. 28-29.

¹⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 16.

Aydınlatması gereken kişi bizzat hastanın kendisidir çünkü hukuka uygunluk sebebi olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır¹⁶. Hastanın planlanan teşhis ve tedavi hakkında yeterince aydınlatılmamış ve buna bağlı olarak müdahale için rızasının hukuka uygun alınmamış olması tıbbi hata olup, örnek verecek olursak; hamile kadının, bu durumunun dikkate alınmadan bazı müdahalelere tabi tutulması ya da ilaçlar yazılmasıdır¹⁷. Kişinin yapılacak olan müdahaleyi kavraması, anlaması ve bu konuda sağlıklı bir karar verebilmesi için rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir¹⁸. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler esas itibarıyla her türlü tıbbi müdahaleye tek başlarına muvafakat verebilirler¹⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine göre: *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir”*. Yönetmeliğe göre rızası alınacak kişi hastanın bizzat kendisi olup, hastanın küçük veya hacir olması durumunda velisinin veya vasisinin izni alınacaktır. Veli veya vasisinin izin vermediği durumlarda ise mahkeme kararı gereklidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 7. maddesi de muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunmasını düzenlemiştir. Bu durumda bir müdahale sadece o kişinin yararı için yapılabilecektir. 7. madde de akıl hastalığı olan kişilerin korunması düzenlenmiştir. Maddeye göre, ciddî nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddî bir zarar gelmesinin

¹⁶ HAKERİ, s. 30.

¹⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetleri Sunumunda İdarenin Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, İÜHHY No: 2, Malatya, 2014, s. 250.

¹⁸ KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBBD, Y. 24, S. 100, Ankara, 2012, s. 54.

¹⁹ AYAN, s. 11.

muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilecektir. Ayrıca yönetmelik 26. maddede mevzuatın öngördüğü durumlarda, aydınlatılmış olan hastaya rıza formu imzalatılacağı düzenlenmiştir. Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında ise rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir. Rızanın aranmayacağı haller ise Yönetmelik 31. madde uyarınca, hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halidir.

Tıbbi müdahaleler açısından önemli bir konu da varsayılan rızadır. Varsayılan rızada fail, başka birine ait bir konuya izinsiz bir şekilde müdahale ederek kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmektedir; ancak bu müdahale bakımından ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılarak fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir²⁰. Özellikle rıza beyanında bulunacak kişinin bilincini yitirmiş ve hayatının devamı açısından acil müdahalede bulunulması gereken bir durum karşısında, izin verilen risk öğretisi esasları çerçevesinde, hekim hastasının yararına hareket ederek, mesleğinin gerektirdiği tedbirleri alarak müdahalede bulunabilecektir²¹. Burada, ölçü, rızanın açıklanmasını beklemek üzere müdahalenin geciktirilmesi ya da kesilmesi durumunda, hastanın ölmesi veya buna benzer ağır sonuçların ortaya çıkması durumuyla karşılaşılacak olmasıdır²². Örnek verecek olursak, böbrek taşının alınması için hekime başvuran bir hastanın ameliyatı sırasında böbreğin iltihaplanmış olması sebebiyle alınmasının gerekmesi durumunda, ameliyata son vererek yaranın kapatılması ve daha sonra hastadan rıza alınmasını beklemek, kişiye yarardan çok zarar vereceğinden tıbbi zorunluluk gerekçesiyle ameliyat genişletilebilmektedir²³.

III. RIZA OLMAKSIZIN YAPILAN TIBBİ MÜDAHALELER

Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulmayacaktır. Böyle durumlarda ise kişinin rızası aranmayabilecektir. Medeni Kanun'un 24. maddesinin 2. fıkrasına göre de daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişinin rızası dışında müdahale yapılması hukuka aykırı değildir. Rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi tedavilerin, ne kadar

²⁰ KANGAL, Zeynep T., "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", GÜHFD, C. 15, S. 4, Ankara, 2011, s. 224.

²¹ YENERER ÇAKMUT, s. 32.

²² YILMAZ, Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 175.

²³ YILMAZ, s. 174.

önemsiz olursa olsun, AİHS 8. Madde kapsamındaki özel hayatın koruma alanına gireceği açıktır²⁴. Rızanın aranmadığı durumlar çok istisnai olup, kamu sağlığının korunması ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahaleler durumunda hekim, hastasının rızası olmadan müdahalede bulunabilecektir²⁵. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru sonucu verdiği yeni tarihli kararında rızanın ve hastanın aydınlatılmasının önemine değinmiştir. Karara konu olan olaya göre²⁶ başvuran, tüp bebek tedavisi için kendisinden sperm alındığını, operasyon sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklarının oluştuğunu ve bahsedilen rahatsızlıkların, ameliyatı yapan doktorun hatalı operasyonu nedeniyle meydana geldiğini belirtmiştir. Ameliyat öncesi mikro TESE konusunda yeterince aydınlatılmadığını, bilgilendirilmesi hâlinde tüp bebek uygulamasından vazgeçebileceğini, vücut bütünlüğünün müdahale sonrası bozulduğunu, sağlıklı yaşama hakkının ortadan kaldırıldığını ifade ederek Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme AİHM'nin kararlarına atıf yaparak; tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmamasının kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale oluşturacağını, istisnai hâller dışında tıbbi müdahalenin ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabileceğini, hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmaları gerektiğini, bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılması gerektiğini belirtmiştir. (*Trocellier/Fransa; Şerif Gecekuşu/Türkiye*, B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Besen/Türkiye*, B. No: 48915/09, 19/6/2012, §§ 43, 44; *V.C./Slovakya*, B. No: 18968/07, 8/11/2011, §§ 105, 112). Mahkeme, geçirdiği Mikro TESE ameliyatının tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmeyen başvuranın Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararlarına konu olan rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahale örneklerini inceleyecek olursak;

²⁴ ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 24.

²⁵ ORAL, s. 204.

²⁶ AYM, Ahmet ACARTÜRK, 15/10/2015, R. G. 18/12/2015, S. 29566.

A. Zorunlu Aşı Uygulaması

Mevzuatımızda aşı ile ilgili genel düzenlemeler 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 57. maddesine göre: “*Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”.*

Kanunun 72. maddesi de böyle durumlarda alınacak önlemleri sıralamıştır. 72. maddeye göre: “*57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi”.* Bu maddeye göre 57. maddede sayılan hastalıkların ortaya çıkması veya çıkacağından şüphe edilmesi durumunda hastalar, hasta olduğundan şüphe edilenler öncelikle tecrit edilip müşahede altına alınacak ve sonra hastalara veya hastalığa maruz kalanlara serum ve aşı uygulanacaktır.

Zorunlu aşı uygulamaları açısından tartışılması gereken husus, küçüğe velisinin rızası olmaksızın zorla aşı yapılıp yapılamayacağıdır. Bu konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kararı²⁷ bulunmaktadır. Karara konu olan olayda, başvuru çocuğun bebeklik dönemi aşıları anne ve babası tarafından

²⁷ AYM, Halime Sare AYSA, 2013/1789, 11/11/2015, R. G. 24/11/2015, S. 29572.

yaptırılmamıştır. Bunun üzerine Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü, Mahkemeden 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 1 numaralı fıkrasının d bendi uyarınca çocuğun korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme de sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Aile tedbir kararına itiraz etmiş, itirazın reddi sonucu bireysel başvuru yoluna başvurmuştur. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" kenar başlıklı 6. maddesinde küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde açıkça velinin izni aranmaktadır. 1593 sayılı Kanun'un 57., 72., 88-94. maddeleri ve Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi aşı ile ilgili hükümler içermektedir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunmasının zaruri olduğu vurgulamıştır. Mahkemeye göre: "... Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır...". Mahkeme belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Çocuk Hakları Evrensel Bildirgesinin 2. ilkesine göre: "Çocuklar özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür ve onurunun zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir.". Anayasa Mahkemesi ise aşı kararında bu bildirgeye hiç değinmemiştir. Aşı yapılmaması ile çocuğun üstün yararına aykırı bir durum oluşup oluşmayacağı tartışmalı bir konudur.

Tıp dünyası da aşı konusunda ikiye ayrılmış durumdadır. Türkiye Tabipleri Birliği 14/01/2016 tarihinde yaptığı açıklama ile çocuğun üstün yararının korunması gerekliliğinin altını çizmektedir. Ayrıca, çocukluk dönemi aşılarının yapılmasının, yalnızca çocuklarımızın tek tek üstün yararının korunması için değil, bütün çocukların ve giderek toplumun sağlığının korunması için zorunlu bir uygulama olduğunu vurgulamaktadır.

B. Açlık Grevleri ve Ölüm Oruçları

Açlık grevi, belli bir olayın, tutumun, davranışın protesto edilmesi, çeşitli isteklerin kabul ettirilmesi ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla, çoğunlukla da siyasi amaçlarla yapılan, bireylerin yemek yemeyerek kendini aç bırakmalarına dayanan bir eylem biçimidir²⁸. Açlık grevi ve ölüm orucu farklı kavramlardır. Açlık grevinde grev, genellikle dönüşümlü ve belli vitaminlerle, çeşitli sıvılar alarak sürdürülürken, ölüm orucunda birey beslenmeyi reddetmekte ve ölüm orucu bırakılmadığı takdirde sonuç ölüm olmaktadır²⁹. Açlık grevinin mantığı, kamuoyunda bir etkinin yaratılması ve bu etki sayesinde talep edilen konuya ilişkin karar verme yetkisi sahibi kişilerin baskı altına alınmasını sağlamaktır³⁰. Buradaki önemli husus, açlık grevi ya da ölüm orucunda olan kişiye rızası olmaksızın yani zorla tıbbi müdahale yapılıp yapılmayacağıdır. Bu müdahale de zorla besleme şeklinde karşımıza çıkmaktadır³¹. Anayasanın 17/1. maddesinde yaşama hakkıyla birlikte düzenlenen devredilmez ve vazgeçilmez bir diğer hak da kişinin maddî varlığını koruma ve geliştirme hakkıdır. Kişinin kendisine kalıcı zararlar vererek maddî varlığını zedelemesi, onu tehlikeye sokması durumunun Anayasanın 17. maddesine aykırı olacağı açık olup, açlık grevinin ölüm sonucunu doğurmadan önce kişiye kalıcı bir takım zararlar verme tehlikesi varsa, eylem artık bu andan itibaren meşruiyetini kaybedecek ve müdahale kaçınılmaz olacaktır³². TCK Kanunu ve İnfaz Kanunu'ndaki zorla beslenme ve tedaviye ilişkin düzenlemelerde grev yapan kişinin rızası vurgulanmamakla beraber, hekimler meslek kuralları gereği hastanın rızasına ihtiyaç duymaktadırlar; çünkü rızanın varlığı ve yokluğu durumu hukuki ve cezai sorumluluk açısından önemlidir³³. İnfaz Kanunu'nda bu konu ile ilgili açık bir hüküm bulunmaktadır. Hükümlünün

²⁸ SEVİNÇ, Murat, Anayasa Yazıları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 110.

²⁹ SEVİNÇ, s. 111.

³⁰ ÖNOK, Rifat Murat, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005, s. 141.

³¹ ÖNOK, s. 143.

³² FEYZİOĞLU, Metin, "Açlık Grevi", AÜHFD, C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, s. 163.

³³ BORAN, Bedia, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, Ankara, 2007, s. 98.

kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi başlıklı 82. maddeye göre: “(1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. (2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. (3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır. (4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur. (5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır”.

Açlık grevi yapan mahkûmların zorla beslenmesi ile ilgili AİHM'nin önemli kararları bulunmaktadır. Nevmerzhitsky/Ukrayna kararı³⁴ bunlardan birisidir. Karara konu olan olayda başvuran tutukluluğu süresince açlık grevinde olmasının neticesinde birçok kez zorla beslenmeye maruz kalmıştır. Başvuran özellikle kendisine zorla beslenme uygulanırken çoğu zaman bir sandalyeye ya da ısıtma tesisine kelepçelenmiş olması ve özel besinsel bir karışım bulunan kovaya bağlı lastik bir boruyla yutmaya zorlanmasının, azımsanmayacak kadar çok zihinsel ve fiziksel acı çekmesine sebep olduğunu iddia etmiştir. Başvuran, ayrıca gözaltında tutulurken geçirdiği farklı hastalıklarına dair yeterli tıbbi tedaviden mahrum edildiğini ve tutulma koşullarının (özellikle, açlık grevi süresince 10 günlüğüne kendisinin tecrit edilen bir hücreye yerleştirilmesi) Sözleşme'nin 3. maddesine (işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele) aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ilk olarak “tıbbın belli ilkeleri bakımından tedavisel gerekliliği olan” bir önlem alınmasının prensip

³⁴ Nevmerzhitsky/Ukrayna,54825/00,05/04/2005,http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_TUR.pdf, (e.t. 24/05/2016).

olarak insanlık dışı ve onur kırıcı olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. Aynısı, bilinçli olarak yemeyi reddeden bir tutuklunun hayatını kurtarma amacı doğrultusunda gerçekleştirilen zorla besleme için de söylenebilir. Ayrıca, açlık grevi süresince başvuranın zorla beslemeye yönelik maruz kaldığı tutum, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarınca öngörülen asgari bir ağırlık düzeyi eşiğini aşmamış [işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan İnsan Hakları]. ..." (kararın §§ 94-95) olduğunu gözlemlemiştir. Somut davada, Mahkeme başvuranın zorla beslenmesine ilişkin olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin (işkence yasağı) ihlal edildiği kararını vermiştir. Ukrayna Hükümeti, başvuranın zorla beslenmesini tıbbi bir gereklilik olarak göstermemiştir. Bu yüzden zorla beslemenin yalnızca keyfi olduğu düşünülebilir. Başvuranın bilinçli olarak yemek yemeyi reddetmesi karşısında usuli güvenceler itibar görmemiştir. Ayrıca, yetkililer başvuruları zorla beslemeye maruz bıraktıklarında, başvuranın yüksek yararı dâhilinde hareket etmemişlerdir. Yetkililer ilgili kararlar belirtilen zorla beslemenin tutumuyla uyum sağlarken- uygulanan sınırlamalar -kelepçeler, ağız genişletici, yemek borusuna yerleştirmek için özel bir boru- kuvvet kullanılarak ve başvuranların direnmesine rağmen yetki verilen bu tür ciddi bir durumla oluşan muamele işkence teşkil etmiştir. Mahkeme, ayrıca Sözleşme'nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağı) başvuranın tutukluluk koşulları ve yeterli tıbbi korunma olmaması hususlarıyla ilgili olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre bir mahkûmun zorla beslemeye tabi tutulabilmesi için; a. Tıbbi bir zaruret olmalı ve bu durum ikna edici ve kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde tıbbi raporlar ile açıkça ortaya konulmalıdır. b. Zorla besleme kararı yasal makamların denetimine tabi tutulmalıdır. c. Kararın alınması sırasında usulü garantilere (itiraz ve sair) uygun davranılmalıdır. d. Zorla besleme kararının uygulanma şekli (gerek kullanılan araçlar gerekse de uygulama yöntemi) insan onuruna, vakarına aykırı olmamalıdır³⁵.

Hekimin, açlık grevi yapan bir mahkûmun gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve geliştirebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda tam ve etraflıca bilgilendirmesi gerekmekte olup, mahkûmun bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde açıklaması durumunda, etik ilkeler hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğinin altını çizmektedir³⁶. Bu etik ilkeler ise şunlardır: "Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar

³⁵ CENGİZ, Serkan, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", TBBB, S. 88, Ankara, 2010, s. 427-428.

³⁶ CENGİZ, s. 431.

Sözleşmesi madde 10/1, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Madde 6, Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri Raporu (1993) madde 45-46-47, Dünya Hekimler Birliği Tokyo Bildirgesi madde 4-5 Dünya Hekimler Birliği Malta Bildirgesi (1991) madde 3-4, Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1987), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 21-26-36, Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği madde 22-25, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 5-9". Burada özellikle Tokyo ve Malta Bildirgelerine değinmek gereklidir. Tokyo Bildirgesi 5. maddeye göre: *"Bir mahpus beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir"*³⁷. Malta Bildirgesi 3. ve 4. maddeye göre: *"3-Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir. Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dâhil olmak üzere geçerlidir. 4-Müdahale etmek ya da etmemek konusunda ki son karar -temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan- üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın hekimine bırakılmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (hastanın) tedaviyi reddetme, koma durumunda, yapay beslenme ve ölüm riski gibi kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır"*³⁸. Türk Tabipleri Birliğine göre de: *"...kararlarını verebilecek zihinsel yeterliği olan, özgür iradesiyle hareket eden kişiye, istemi dışında zorla besleme veya tıbbi girişimde bulunulamayacağı tartışılmaz açıklıktadır. Aksine bir tutum...tıbbi ve hukuki düzenlemeleri ihlal edecektir... Hayati tehlikeye giren ve bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler açısından İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 'Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan kişinin, önceden açıklamış olduğu isteklerin göz önüne alınacağı' yönündeki düzenlemesinin öncelikli yerine getirilmesi gerekir..."*³⁹.

³⁷ http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/tokyo_bildirge.html (e.t. 24/05/2016).

³⁸ http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/malta_bildirge.html (e.t. 24/05/2016).

³⁹ Türk Tabipleri Birliği, "Açlık Grevleri ve Hekimler – Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut" Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 26.

C. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma İşlemleri

Suç işlediğinden şüpheli edilen kişi hakkında, kişilik değerlerine özellikle de vücut bütünlüğü değerine doğrudan etki eden birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir⁴⁰. Bu önlemler Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan kaynaklanan kişiler üzerinde beden muayenesi yapılması ve vücutundan örnek alınması işlemleridir. CMK m. 75'te şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması, m. 76'da da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması hükme bağlanmıştır⁴¹. 82. madde çerçevesinde çıkartılan

⁴⁰ ÖZBİLEN, Arif Barış, " Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD, Y. 12, S. 24, İstanbul, 2013, s. 115.

⁴¹ Madde 75 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. (6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Madde 76 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan

01/06/2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”te de ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğundan, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir dengenin, bir oranın bulunması gerekli olup, 75. maddede üst sınırı iki yıldan az hapis cezası öngörülen suçlarda, şüpheli veya sanığın vücudundan kan, saç, tırnak, tükürük ve benzeri biyolojik örnekler alınamayacağı düzenlenmiştir⁴². AİHM bu konudaki önemli kararlarından biri Y. F./ Türkiye kararıdır⁴³. Karara konu olan olaya göre, Başvuran 1951 doğumlu olup Bingöl’de yaşamaktadır. 15 Ekim 1993 tarihinde başvuran ve iki gün sonra da eşi N.F. Bingöl’de yasadışı terör örgütü PKK’ya yardım ve yataklık ettikleri gerekçesiyle gözaltına alınmışlardır. Başvuran, eşinin rızası alınmadan jinekolojik muayene yapıldığını ve bunun Sözleşmenin 8. maddesinin anlamı dâhilinde özel hayatın korunması hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Hükümet, jinekolojik muayenenin başvuran ve eşinin rızası alındıktan sonra yapıldığını iddia etmiştir. Başvuranın eşine muayeneden önce gerekli bilginin verildiğini ve muayeneyi reddetme özgürlüğünün olduğunu savunmuştur. Hükümete göre, başvuranın eşi muayeneyi reddetmediği için ve onayı alınmadan muayene yapılamayacağı düşünüldüğünde, söz konusu onayın alındığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme, 8. maddenin söz konusu şikâyetlerle ilgili olduğunu ve bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunu da kapsayan “özel hayat” kavramını içerdiğini gözlemlemiştir. Mahkemeye göre bir kimsenin vücudu özel hayatın en önemli unsurudur. Bu nedenle zorunlu bir tıbbi muayene bu hakka yapılan bir müdahaledir. Başvuran, Türk kanunlarının gözaltına alınan bayanların jinekolojik muayeneye tabi tutulmasını öngörmediğini, söz konusu muamelenin güvenlik güçleri tarafından başlatılan bir uygulama olduğunu ifade etmiştir. Başvurana göre bu tür muayenelerin amacı - polis memurlarının cinsel istismarı iddialarını engellemek- böyle bir muameleyi haklı göstermez. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, Hükümetin tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen hallerin mevcudiyetini ispatlayamadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, savcı tarafından da böyle bir talimat verilmemiştir. Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmektedir; ancak, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin

kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

⁴² AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, Pof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1160-1161.

⁴³ Y. F. /Türkiye, 24209/94,22/07/2003, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61247> (e.t. 25/05/2016).

onayının gerektirdiğini düşünmektedir. Aksi halde, gözaltındaki bir kimse, keyfi fiillere karşı yasal garantilerden mahrum kalacaktır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunda öngörülmediğini tespit etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Y. F./Türkiye kararının benzeri Juhnke/Türkiye kararıdır⁴⁴. Karara konu olan olayda, Başvuran 1965 doğumludur ve Almanya’da ikamet etmektedir. Başvuran, 5 veya 6 Ekim 1997 tarihinde, Kuzey Irak’taki Avaşın Nehri yakınlarında Türk Ordusu tarafından gerçekleşen sınır ötesi operasyon sırasında Türk askerleri tarafından yakalandığını iddia etmektedir. Yakalama tutanağına göre, başvuran, 15 Ekim 1997 tarihinde Hakkari-Şemdinli’nin Ayrılan ve Meşelik bölgeleri arasındaki bir mağarada yakalanmıştır. Başvuran, aynı gün, A.Y. adlı kadın doğum uzmanı tarafından muayene edilmiş ve vücudunda hiçbir kötü muamele izine rastlanmamıştır. Bu doktor, aynı zamanda jinekolojik muayene yapmıştır. Başvuran rızası olmadan jinekolojik muayeneye maruz kaldığını iddia etmektedir. AİHM, Y.F./Türkiye davasında olduğu gibi, bu şikayetin, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında ve kişinin arzusu dışında veyahut kişinin özgür, bilgilendirilmiş konumda ve açık müsaadesi olmadan yapılan her türlü tıbbi müdahalenin o kişinin özel hayatına müdahale teşkil ettiği yönündeki AİHM’nin yerleşik içtihadı ışığında incelenmesinin daha yerinde olacağı kanısındadır (örneğin bkz. Glass). Mahkemeye göre, böyle bir müdahalenin, 8. maddenin 2. paragrafında sayılan meşru amaçlardan biri ya da daha fazlası için “yasalara uygun” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun doğrulanmadığı durumlarda, 8. madde ihlal edilmiş olacaktır (bkz. Wainwright). Başvuran Dr A.Y. tarafından ikna edilene kadar muayene olmayı reddetmiştir. AİHM, başvuranın muayenenin zorunlu olduğuna inandırılarak yanlış yönlendirilmiş olabileceği kanısındadır. Mahkemeye göre başvuranın rızasının özgür iradesiyle ve bilgilendirilmiş halde verilmiş olduğu sonucuna kesin biçimde varılamaz. Hükümet, söz konusu müdahalenin herhangi yasal veya hukuki bir kurala uygun veya bunlara dayanarak yapıldığına ilişkin bir argüman sunmamıştır. Mahkemeye göre, bu uygulamanın yetkili makamların başvuranı yakalayıp tutuklayan güvenlik güçlerini, başvuranın yapması muhtemel asılsız cinsel saldırı suçlamalarından korumak için almış olduğu -herhangi usuli bir koşula tabi olmayan- ayrımcı bir karar olduğu anlaşılmaktadır. AİHM, başvurana özgür ve bilgilendirilmiş rızası olmadan yapılan jinekolojik muayenenin “kanuna uygun” veya “demokratik toplumda zorunlu” olduğunun kanıtlanmış olmadığını tespit etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Her iki karar açısından da Türkiye aleyhine karar verilmesinin sebebi yasallık ilkesinin ihlal edilmesidir. 2005 tarihli TCK ile

⁴⁴ Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008, <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-86255> (e.t. 25/05/2016).

genital muayene 287. maddede açıkça düzenlenmiştir. 287. maddeye göre: *“Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz”*. Türk Ceza Kanunu’nda ilk kez yerini bulan bu düzenlemenin temelinde ne yazık ki açık ya da gizli olarak toplumumuzda yaygın biçimde uygulanan ve özellikle kadınlar bakımından insan onurunun ayaklar altına alınmasına sebep olan bekaret kontrolü uygulamasına son verilmesi düşüncesi yatmaktadır⁴⁵.

Vücuttan örnek alınması işlemi, ceza muhakemesinde sıkça başvurulmuş delil değerlendirme araçlarından birisidir⁴⁶. AİHM, Tirado Ortiz ve Lozano Martin/İspanya kararına⁴⁷ konu olan olaya göre, başvuranlar, alkol testi yaptırmayı kabul etmemeleri nedeniyle kurallara uymama ağır suçundan mahkûm edilmelerinin, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her kişinin kendini suçlayan ifadeler vermeme hakkına sahip olduğu ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Mahkemeye göre, sürücülerin zorla alkol veya kan testine tabi tutulmaları masumiyet karinesi ilkesine aykırı değildir. AİHM, polis memurlarının, başvuranların suç işlediklerinden şüphelendikleri için alkol testi talep ettiklerini gözlemlemiştir. Alkol düzeyine ilişkin testler, trafik mevzuatı ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerde genel olarak kullanılmaktadır. Yukarıda belirtilen hususları dikkate alan AİHM, söz konusu yasal hükmün, başvuranların davasında uygulandığı şekliyle, AİHS’nin 6. maddesinin ihlâlini oluşturmadığına karar vermiştir⁴⁸. Jalloh/Almanya kararına⁴⁹ konu olayda ise, uyuşturucu içeren plastik bir torbayı yutan uyuşturucu kaçakçısına torbayı elde etmek için zorla kusturucu ilaç verilmiştir. Uyuşturucular daha sonra ceza yargılamalarında başvuran aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. Başvuran özellikle söz konusu kusturucu ilaçların kendisine zorla verilmesi neticesinde insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşme’nin, ilke olarak, bir suçun araştırılmasına yardımcı olacak şekilde, zor kullanılarak yapılan tıbbi bir müdahaleyi yasaklamamış olduğunu vurgulamıştır. Ancak, delil elde etme amacıyla kişinin fiziksel bütünlüğüne

⁴⁵ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi-Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 49.

⁴⁶ AKSOY İPEKÇİOĞLU, 1173.

⁴⁷ Tirado Ortiz ve Lozano Martin / İspanya, 43486/98, 22/06/1999.

⁴⁸ CENGİZ, Serkan/DEMİRİAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi-TBB, Ankara, 2008, s. 136.

⁴⁹ Jalloh/Almanya, 54810/00, 11/07/2006, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20\(SA%C4%9ELIK\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20(SA%C4%9ELIK).pdf) (e.t. 26/05/2016).

gerçekleştirilen her türlü müdahale kesin olarak inceleme konusu olmalıdır. Somut davada, Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesine (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı) aykırı şekilde başvuranın insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldığına karar vermiştir. Mahkeme bir başka kararında ise 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bogumil/Portekiz kararına⁵⁰ göre başvuran Lizbon Havalimanına vardığında gümrük görevlileri tarafından üzeri aranmış ve ayakkabılarına saklanmış bir takım kokain paketleri tespit edilmiştir. Başvuran bir diğer paketi yuttuğuna dair görevlileri bilgilendirmiştir. Başvuran hastaneye götürülmüştür ve paketin çıkarılması amacıyla ameliyata alınmıştır. Başvuran özellikle olduğu ameliyat nedeniyle ağır şekilde fiziksel baskıya maruz kalmasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bu tür bir operasyonun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluşturmadığını değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Özellikle başvuranın rızasıyla bu ameliyatı kabul edip etmediğine ya da reddettiğine ve ameliyat olmaya zorlandığına dair deliller yetersizdir. Başvuran zehirlenme nedeniyle ölme riski taşıdığından, ameliyat tıbbi olarak gerekli görülmüştür ve delil toplama amacıyla yapılmamıştır.

D. Sünnet

Sünnet, erkek çocukta, erkeklik organının ucundaki derinin çepeçevre kesilmesidir⁵¹. Müslüman ve Yahudi toplumlarında erkek çocuklar ailelerinin izni ile sünnet edilmektedirler. Bazı toplumlarda kız çocuklarının da sünnet edildiklerine rastlanmaktadır. Bazı durumlarda tıbbi zorunluluklar erkek çocukları açısından sünneti gerektirmekte olup, zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetlerinin hukuka uygun olduğu tartışmasızdır; ancak tıbbi zorunluluğun olmadığı durumlarda, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle Avrupa ülkelerinde tartışma konusudur⁵². Almanya Köln Eyalet Mahkemesi 07.05.2012 tarih (151 Ns 169/11) dosya sayılı Kararı ile bu konuya değinmiş ve ailenin rızası ile 4 yaşındaki bir çocuğun tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde sünnet edilmesinin Alman Ceza Kanunu'nun 223/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacağını kabul etmiştir⁵³. Mahkeme sünneti gerçekleştiren hekim ve sünnete rıza gösteren ailenin cezalandırılmayacağını kabul etmişse de, eylemin suç

⁵⁰ Bogumil/Portekiz,35228/03,07/10/2008,[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20\(SA%C4%9ELIK\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20(SA%C4%9ELIK).pdf) (e.t. 26/05/2016).

⁵¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5746f6fa6c5b67.83941173 (e.t. 26/05/2016).

⁵² NUHOĞLU, Ayşe, "Sünnet ve Ceza Hukuku", Pof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 212.

⁵³ NUHOĞLU, s. 212.

olduğu sonucuna varmış ve kararında sünnet eylemini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunmadığı tespit etmiştir⁵⁴. Köln Eyalet Mahkemesi'nin sünneti yaralama suçu görmesiyle başlayan tartışmalara son noktayı Federal Parlamento (Bundestag) koymuştur. Sünnete yasal çerçeve getirecek olan kanuna 434 milletvekili olumlu oy verirken, 100 milletvekili olumsuz yönde, 46 milletvekili de çekimser yönde oy kullanmıştır. Kanuna göre sünnet tıbbi şartlar altında acı vermeden yapılacaktır. Aileler sünnetin riskleri konusunda aydınlatılacaktır. Çocuğun iradesi dikkate alınacaktır. Karar verme iradesi ortaya koyan çocukları ailelerinin ikna etmesi gerekecektir. Çocuğun sağlığı riske girerse, sünnete izin verilmeyecektir. Kanun ile özellikle Yahudi çocukların sünnetini yapan konunun uzmanı din görevlilerinin altı aydan küçük çocukları sünnet etmelerine de izin verilmektedir (Musevilikte çocuk doğduktan sekiz gün sonra sünnet edilmesi gerekmektedir)⁵⁵.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 1 Ekim 2013 tarihinde, sünnetin fiziksel bütünlüğün ihlali olduğu ve çocukların kararlara katılımının sağlanması için 14 yaşına kadar beklenmesi gerektiği tavsiye kararını almış olup, kararın tavsiye niteliğinde olmasına karşın konu ile ilgili somut belge olması önemini artırmaktadır⁵⁶. Konseyin karar organı olan Bakanlar Komitesi ise, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin erkek sünnetinin sorgulanmasını isteyen kararına verdiği yanıtta, erkek sünneti ile kadın sünnetinin bir tutulamayacağı ve bu konuda ek hukuksal önlemler almaya gerek olmadığını bildirmiştir. Bakanlar Komitesi, "genital sakatlama" olarak da anılan kadın sünnetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence ve insanlık dışı muameleyle ilgili 3'üncü maddesine ve Avrupa Konseyi Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddetle Mücadele Sözleşmesi'ne aykırı olduğunu belirterek, dini nedenlerden ötürü erkek çocukların sünnet edilmesiyle aynı planda değerlendirilemeyeceğini kaydetmiştir. Bakanlar Komitesi'nin yanıtında, çocukların tıbbi zorunluluk olmaksızın ameliyat edilme riskine karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kurumlar tarafından hazırlanmış bağlayıcı hukuksal belgelerle korunduklarını, bu nedenle erkek çocuk sünneti konusunda yeni bir sözleşme veya hukuksal belgeye ihtiyaç olmadığı da not edilmiştir. Bakanlar Komitesi'nin bu yanıtıyla birlikte Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1 Ekim 2013 tarihinde Strasbourg'daki genel kurul toplantılarında oy çoğunluğuyla kabul ettiği sünnet kararı da büyük ölçüde rafa kaldırılmıştır⁵⁷.

⁵⁴ NUHOĞLU, s. 217.

⁵⁵ <http://www.almanyabulteni.de/haberler/sunnet-artik-yasal-oldu> (e.t. 26/05/2016).

⁵⁶ İZGİ, M. Cumhuriyet, "Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirilmesi", Türk Psikiyatri Dergisi, C. 26, S. 3, 2015, s. 209.

⁵⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/avrupa-da-sunnet-tartismasina-son-nokta-26104720> (e.t. 26/05/2016).

Türk hukukunda ailenin rızası ile tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir düzenlemeye gerek olmadığı kabul edilmelidir; çünkü erkek çocukların sünnet ettirilmesi toplumu rahatsız etmeyen, sosyal yaşama uygun bir davranış olup, aksi durum, çocuğun arkadaşları arasında dışlanmasına, bu suretle çocuğun zarar görmesine neden olabilecektir⁵⁸.

E. Tıbbi Zorunluluk

Hasta Hakları Yönetmeliği 12. maddeye göre: *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez”*. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13 maddesinin 3. fıkrasına göre de: *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz”*. Madde hükümlerine göre, belirli bir teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için hekimin bu önlemini haklı kılan bir neden olmalıdır⁵⁹. Mahkeme kararlarına konu olan olaylarda, hekimin kendince haklı gördüğü fakat hasta tarafından istenmeyen ve hayatının devamı açısından sorunlara sebep olan müdahalelerin yapıldığı görünmektedir. Bu konuda özellikle kısırlaştırma ameliyatları başı çekmektedir. AİHM kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Csoma/Romanya kararına⁶⁰ konu olan olaya göre, başvuran, ciddi tıbbi hatalar neticesinde artık çocuk sahibi olamayacağını belirterek şikâyetinde bulunmuştur. Başvuran hamileliğinin on altıncı haftasında, fetüse hidrosefali teşhisi konulmuş ve gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmiştir. Doktoru başvuranın düşük yapması amacıyla gördüğü tedavilerin ardından ortaya çıkan komplikasyonlardan sonra, hayatını kurtarmak için rahmini ve yumurtalıklarını almıştır. Başvuran, tedavisindeki hataların hayatını tehlikeye soktuğunu ve bu hatalar nedeniyle bir daha hamile kalamayacağını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca soruşturmadaki eksikliklerden dolayı, doktorun mesuliyetinin saptanamadığını belirterek şikâyetinde bulunmuştur. Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın tedavi seçimine dâhil edilmemesi ve tıbbi işlemin içerdiği risklere ilişkin yeterli düzeyde bilgilendirilmemesi nedeniyle, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁵⁸ NUHOĞLU, s. 219.

⁵⁹ HAKERİ, s. 34.

⁶⁰ Csoma/Romanya,8759/05,15/01/2013,http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1).pdf (e.t. 27/05/2016).

AİHM, V.C./Slovakya kararına⁶¹ göre, Roman kökenli başvuran, ikinci çocuğunun doğumunun ardından, tam olarak bilgilendirilmeden ve rızası alınmadan bir kamu hastanesinde kısırlaştırılmıştır. Başvuran doğum süreci devam ederken kendisine üçüncü çocuğunu doğurduğu takdirde kendisinin ya da yeni doğan bebeğin öleceğinin söylenmesi üzerine, ne söylendiğini anlamadan ve bu işlemin geri alınıp alınamayacağına ilişkin herhangi bir bilgi sahibi olmadan onay formunu imzalamıştır. Başvuran, söz konusu olayın ardından Roman toplumu tarafından dışlanmış ve daha sonra eşinden boşanmıştır. Başvuran, eşiyile ayrılımlarının gerekçelerinden biri olarak kısır olmasını göstermektedir. Mahkeme, başvuranın kısırlaştırılması sonucunda ve söz konusu işlemi kabul etmesi için kendisine yapılan talebin yöntemi sebebiyle, başvuranın büyük ihtimalle korku, acı ve aşağılık duygusu hissetmiş olduğunu belirtmiştir. Başvuran, uzun süre fiziksel ve psikolojik açıdan zorluk çekmiş ve söz konusu dönemde eşi olan kişiyle ve Roman toplumuyla ilişkileri bakımından sıkıntılar yaşamıştır. Mahkemeye göre, sağlık personelleri başvuranın bir hasta olarak özerklik ve seçme hakkını tamamen önemsemeyen bir tavırla hareket etmişlerdir. Bu nedenle, başvuranın kısırlaştırılması Sözleşme'nin 3. maddesini (insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı) ihlal etmiştir. Mahkeme ayrıca söz konusu dönemde bir Roman kökenli olarak başvuranın üreme sağlığına hususi olarak önem verilmesine yönelik yasal güvencelerin sağlanmamasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tıbbi bir zorunluluk halinde, inanışları gereği kan naklini reddeden yehova şahitlerine nasıl bir müdahale yapılması gerektiği tartışılması gereken bir konudur. Yehova şahitlerinin en önemli özelliği kan alıp vermeyi günah saymaları olup, yehova, kanın kutsal olduğunu, herhangi bir şekilde dışarıdan gelen kanın insan bedenine girmemesi gerektiğini, akan kanın da sadece toprağa akıtılabileceğini belirtmekte, bu nedenle hiçbir şekilde kan vermekte ya da sağlık nedeniyle de olsa kan almamakta ve büyük bir bölümü yanında kendileri ve şahitler tarafından imzalanmış ve üzerinde *"hiçbir durumda bana kan verilmesini istemiyorum"* yazan kartlar taşımaktadırlar⁶². Hastaneye bilincini kaybetmiş bir şekilde getirilen ve üzerinde yehova şahidi olduğunu gösteren bir kart veya dinî simge bulunan kişiye yapılacak müdahalede, bu kişinin bilinci yerinde olsaydı, kendisine kan naklinde bulunulmasını istemeyeceğinden hekim düşünmeli ve yapacağı müdahalede

⁶¹ V.C./Slovakya,18968/07,08/11/2011,[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20\(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1).pdf) (e.t. 27/05/2016).

⁶² İnanç Farklılıklarının Sağlık Bakımına Etkisine Bir Örnek: Yehova Şahitleri, <http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/60/docs/makale-1-60.pdf> (e.t. 27/05/2016).

belirli sınırlar içinde dikkatli davranmalıdır⁶³. Böyle bir durumda, hekimin müdahale etmemesi çok daha ağır sonuçlara yol açabileceği, hastanın hayatını kaybedebileceği düşünüldüğünde, müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴. İngiltere’de yaşanan bir olayda Emma Gough, doğumunun hemen ardından kan kaybetmeye başlamıştır. Kanamayı durdurmaya çalışan doktorlar, kadına acil olarak kan nakli yapılmasına karar vermişlerdir. İnancı nedeniyle doktorların kan nakli yapılması önerisini geri çeviren kadın, kan nakli için gerekli olan bilgi formunda yer alan “*Kan verilmesini istemiyorum*” bölümünü işaretlemiş ve hayatını kaybetmiştir⁶⁵. Türkiye’de yaşanan bir olayda da yehova şahitlerinden Feride Kocataş aynı inançtan olan 22 yıllık eşine “*Acil bile olsa kan verilmeyecek*” yazılı belgeyi imzalayıp böbreğini bağışlamıştır⁶⁶. Görüldüğü bu kişiler inançları gereği yaşam hakkından açıkça vazgeçmektedirler.

IV. SONUÇ

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı anayasal bir kuraldır. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hastanın rızası gereklidir. Rıza kavramı, birçok ulusal ve uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği ve İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi bu konudaki esas metinlerdir. Kişinin rızası dışında bir tıbbi müdahaleye maruz kalması AİHS 8. maddesinin özel hayata saygı hakkı kapsamında vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Rızası alınacak kişi bizzat hastanın kendisi olup, hastanın küçük ya da hacir olması durumunda velisinin veya mahkemenin kararı gereklidir. Daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişinin rızası dışında müdahale yapılması hukuka aykırı değildir. Ancak bunun da belli sınırları olup aksi durumda AİHM’nin ihlal kararları verdiği görülmektedir. İncelemiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi’nin aşı kararına göre, çocuğun üstün yararının göz önüne alınmayıp sadece yasallık ilkesinden dolayı mahkemenin ihlal kararı verdiği görülmektedir. Açlık grevi yapan mahkûmlarla ilgili AİHM’nin vermiş olduğu kararlarına göre, bilinci yerinde kişinin zorla beslenmesi açıkça AİHS’nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muameledir. Bilinci kapalı olan kişiye bir tıbbi müdahale yapılması gerektiğinde de daha önce açıklamış olduğu görüşleri dikkate alınmalıdır. Ceza Muhakemesi kapsamında delil elde etmek

⁶³ KANGAL, s. 238.

⁶⁴ KANGAL, s. 238.

⁶⁵ [http://www.hurriyet.com.tr/yehova-sahidi-anne-kan-kaybindan-dogumda-odu7630570\(e.t.27/05/2016\).](http://www.hurriyet.com.tr/yehova-sahidi-anne-kan-kaybindan-dogumda-odu7630570(e.t.27/05/2016).)

⁶⁶ [http://www.sabah.com.tr/yasam/2012/04/16/yehova-sahitlerine-turkiyede-ilk-nakil\(e.t.27/05/2016\).](http://www.sabah.com.tr/yasam/2012/04/16/yehova-sahitlerine-turkiyede-ilk-nakil(e.t.27/05/2016).)

amacıyla şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin beden muayenesi yapılmakta ya da vücudundan örnek alınmaktadır. Bu işlemlerin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılması durumunda hiçbir sorun yoktur. Ancak AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen jinekolojik muayene kararlarında, kanuni bir dayanak olmaksızın bu muayenenin yapıldığı görülmektedir. Nitekim ihlal kararları üzerine bu husus TCK 287. maddede düzenlenmiştir. Kanuna dayanarak delil elde etme yöntemine başvurulabilecektir ancak bunun da sınırları vardır. AİHM kararına konu olan kişinin yutmuş olduğu uyuşturucu hapları alabilmek için zorla kusturucu ilaç verilmesi gibi. AİHM bu durumu insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Sünnet de çocuğun rızası dışında yapılan bir müdahale olup ailenin rızası ile gerçekleşmektedir. Sünnette hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmayıp dini gerekçeler ile yapılmaktadır. Almanya Köln Eyalet Mahkemesi'nin sünneti kasten yaralama suçu olarak gören kararı ilginçtir. Zaten bu karar neticesinde sünnetin yasal bir zemine kavuşturulması gerekliliği doğmuş ve çıkartılan kanunla bu sorun çözülmüştür. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin çocuğun kendi hakkında karar vermesi için 14 yaşını beklemesi tavsiye kararı da oldukça ilginç olup, nihayetinde Bakanlar Komitesi sünnetin dini sebeplerden dolayı yapılmasından sorgulanmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Tıbbi zorunluluk hallerinde bir yehova şahidinde kan nakli yapılması da tartışılması gereken bir konudur. Kişi inancı gereği yaşamını tehlikeye atmakta ve bazen sonuç ölüm olmaktadır. Bu kişiler açıkça kan nakli istemediklerine dair evrakları imzalamakta ve hekimin hastanın iradesine uygun davranması gerekliliği doğmaktadır. Hekimlerin ameliyat sırasında karşılaştıkları özel durumlar sonucu hastaların iradelerine aykırı hareket ettikleri de görülmektedir. Hastanın hayati tehlikesi sonucu rahminin alınması ya da kısırlaştırılması sonucu AİHM'nin 8. maddenin ihlali kararı verdiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, Pof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1160-1161.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara, 1991.

BİRTEK, Fatih, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, İstanbul, 2007, s. 1997-2006.

BORAN, Bedia, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, Ankara, 2007, s. 96-104.

CENGİZ, Serkan/DEMİRRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi-TBB, Ankara, 2008.

CENGİZ, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB, S. 88, Ankara, 2010, s. 421-438.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetleri Sunumunda İdarenin Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, İÜHHY No:2, Malatya, 2014, s. 219-258.

FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi”, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, s. 157-168.

HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, YÜHFY No:16, İstanbul, 2008, s. 13-52.

İŞİK YILMAZ, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB, Y. 24, S. 98, Ankara, 2012, s. 389-410.

İnanç Farklılıklarının Sağlık Bakımına Etkisine Bir Örnek: Yehova Şahitleri, <http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/60/docs/makale-1-60.pdf>(e.t. 27/05/2016).

İZGİ, M. Cumhur, “Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirilmesi”, Türk Psikiyatri Dergisi, C. 26, S. 3, 2015, s. 204-212.

KANGAL, Zeynep T., “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, GÜHFD, C. 15, S. 4, Ankara, 2011, s. 223-251.

KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB, Y. 24, S. 100, Ankara, 2012, s. 45-82.

NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Pof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 211-219

ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/2, s. 184-209.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 55-77.

ÖNOK, Rifat Murat, “İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005, s. 135-191.

ÖZBİLEN, Arif Barış, “ Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD, Y. 12, S. 24, İstanbul, 2013, s. 99-124.

ÖZGENÇ, İzzet, “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu: Hukuka Uygunluğa İlişkin Kriterler”, <http://www.sdplatform.com/Dergi/469/Tibb-mudahale-dolayisiyla-ceza-sorumlulugu-Hukuka-uygunluga-iliskin-kriterler.aspx> (e. t. 18/05/2016).

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007.

ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012.

SEVİNÇ, Murat, Anayasa Yazıları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

SOYASLAN, Doğan, “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 119-137.

Türk Tabipleri Birliği, “Açlık Grevleri ve Hekimler – Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut” Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi-Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 49-63.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s. 1-40.

YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 167-180.