

MAHPUSLARIN AÇLIK GREVİ VE ZORLA BESLEME PARADOKSU İŞİĞİNDA HEKİM SORUMLULUĞU

Serkan CENGİZ*

1. GİRİŞ

Açlık grevi, geçmişten bu yana insanoğlu tarafından kullanılan en radikal *“kendini ifade etme”, “baskıya karşı direnme”, “politik tavır koyma”, “protesto”* yöntemlerinden birisi olarak kullanıla gelmiştir. Söz konusu yöntemin gerek hukuk gerekse de tıp camiasında çok tartışılır olmasının temel nedeni kullanılan yöntemin ihtiva ettiği sertliktir.

İşbu çalışma mahpusların açlık grevi bağlamında ortaya çıkan temel meselelerden birisi olan zorla beslemenin gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk açısından mümkün olup olmadığını ele alacaktır.

Hukuk açısından yürütmeye çalışacağımız bu tartışmaya en son noktayı, zorla beslemenin pek çok yönüyle tıbbi bir müdahale niteliğini kazanacak olması nedeniyle, Hekimlik Meslek Kuralları ve konuyla ilgili meslek ilkeleri koyacaktır.

2. AÇLIK GREVİ NEDİR?

Açlık grevi en ilkel anlamda kişinin kendi vücudunu bir ifade ve/veya protesto biçimi olarak kullanmasıdır. Bir diğer ifade ile *“açlık grevi, herhangi bir tutum, davranış, uygulama veya olayı benimsemediğini göstermek ya da bazı isteklerini yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek veya belirli bir meseleye dikkat çekmek için vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini kısmen veya tamamen almayarak aç kalma esasına dayanan bir protesto yöntemidir.”*¹ Yöntemin en can alıcı unsuru kişinin sağlıklı yaşa-

* Av., İzmir Barosu.

¹ http://tr.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7lık_grevi.

ma hakkını, kendi eliyle riske sokacak bir süreci başlatması ve bu sürecin en nihayetinde ölümle sonuçlanacağı hususunun zihinlerde yarattığı şok etkisidir.

Tibet'in bağımsızlığı için mücadele edenler, bugünkü Hindistan'ın kurucusu Gandhi, İRA (İrlanda Kurtuluş Örgütü) üyeleri, Kübalı muhalifler, Türkiye'deki çoğunlukla sol ve aşırı sol eğilimli siyasi mahpuslar, hayvan hakları savunucuları, gazeteciler (örneğin İranlı gazeteci Akbar Ganji), Guantanamo'da uluslararası hukuka aykırı olarak tutulan mahpuslar savundukları veya buldukları duruma dikkat çekmek, kendilerinin veya tarafı oldukları meselelere ilişkin iyileştirici düzenlemelerin yapılması ve/veya protesto ettikleri hususun tamamıyla ortadan kaldırılması / iyileştirilmesi amacıyla bu yöneteme başvurmuşlardır.

Kullanılan yöntemin toplum vicdanı açısından yarattığı şiddetli travma nedeniyle, açlık grevcilerinin zorla beslenmesi meselesi yoğun bir tartışmanın konusu ola gelmiştir. Gerek BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m. 3) gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 2) yaşam hakkının insanın olmazsa olmaz haklarından birisi olduğunu vurgulamıştır. Buna karşın bu madde hükümlerinin lafızları kişilerin yaşam haklarına üçüncü kişiler tarafından yapılan bir müdahaleye karşı sağlanan korumayı ihtiva etmektedir. *Dolayısıyla, kişinin kendi yaşamını kendisinin sonlandırma hakkı veya kişinin kendi sağlığına ve bedenine zarar verme hakkı Sözleşme tarafından korunan bir hak mıdır sorusu ?*" bir ara başlık olarak ortaya çıkmaktadır.

3. YAŞAMI SONLANDIRMA HAKKI (ÖLME HAKKI) VE AİHM'İNİN PRETTY / BİRLEŞİK KRALLIK KARARI²

Kişinin kendisini ölüme götürecek bir süreci gönüllü olarak başlatması ve en nihayetinde bu sürecin ölüm ve/veya ciddi bedensel / ruhsal hasarlarla sonuçlanacak olması kanaatimizce açlık grevinin en temel ögesidir. Kişi, bu yöntemle kendisi açısından önemli olan bir konuya dair protestosunu ve/veya ifadesini toplum vicdanını sarsacak bir şekilde, ruhsal ve fiziksel sağlığını / yaşamını geriye öteleyerek yöneticilerin ve toplumun dikkatine sunar, meselesini öne çıkarır.

² Başvuru no: 2346/02, Karar Tarihi:29 Nisan 2002, Kesinleşme Tarihi:29 Temmuz 2009. Alıntılanan paragrafların çevirisi Av. Serkan Cengiz tarafından yapılmıştır.

Diğer taraftan kişinin kendi yaşamını sonlandırma hakkına sahip olup olmadığı tartışmasında öne çıkan belirli başlı kavramlardan olan ötenazi ve/veya yardımcı intihar, sağlıklı yaşam kalitesinin sahip olunan hastalık / rahatsızlık nedeniyle halihazırda kötü olan ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulmasını müteakiben kişinin yaşamına kendi isteği ile son verilmesidir. Dolayısıyla açlık grevi ile ötenazinin / yardımcı intiharın özellikle amaç noktasında birbirinden ayrıştığı açıktır. İlkinde yaşama son verilmesi, bir amaç değil bir sürecin sonunda yaşanması muhtemel olan en son vazgeçme noktasıdır. Diğerinde ise yaşama son verilmesi yaşam kalitesinin kötü olması ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulması nedeniyle, kişinin çoğu zaman oldukça acılı olan bu süreci yaşamak istememesi nedeniyle kendi yaşamına üçüncü kişiler eliyle son vermesidir.

Bu noktada alt başlık olarak bu çalışmaya dahil ettiğimiz *Pretty / İngiltere* başvurusuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı ölme hakkı kavramı altında veya ötenazi / yardımcı intihar açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya bakış açısını ayrıntılı olarak yansıtır.

Tedavisi mümkün olmayan motor nöron hastalığından muzdarip olan başvuru, hastalığının en son aşamasında iken ve daha fazla ıstırap çekmemek amacıyla yaşamına son vermeyi istemektedir. Başvuru hastalığının son safhada olması nedeniyle, yaşamını sonlandıracak mekanizmanın, kocası tarafından harekete geçirileceğini, buna karşın, konuyla ilgili İngiliz ulusal mevzuatı gereğince, kocasının bu eyleminin suç teşkil edeceğini, ulusal düzeydeki, kocası için talep etmiş oldukları yargılanma muafiyetinin reddedildiğini, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından güvence altına alınan "*yaşam hakkının*" aynı zamanda kişinin kendi yaşamına son verme yani "*ölme hakkını*" da ihtiva ettiğini, İngiliz ulusal makamları tarafından verilen red kararının Sözleşme'ye aykırı olduğu gerekçesiyle ve işbu ret kararıyla Sözleşme'nin başta m. 2 olmak üzere 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin de ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesi talebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Mahkeme'nin 29 Temmuz 2002 tarihinde kesinleşen kararındaki *yaşam hakkı / ölme hakkı* yakınmasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirme ve vardığı sonuç şöyledir:

“38. madde 2’nin lafzı açık bir şekilde devlet görevlilerinin kasden veya planlı olarak ölümcül kuvvet kullanması hususunu düzenler. Hal böyle olmakla birlikte madde metni sadece kasdi öldürmeleri değil, “güç kullanmanın” müsaade edildiği ve istenilmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkabilecek yaşamdan mahrum bırakma hallerini de kapsar (A. g. e., paragraf. 46 ve 148). Ayrıca, Mahkeme madde 2/1’in Devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak yaşamın sonlandırılmasından sakınmasını değil ayrıca kendi egemenliği altında bulunanların yaşamlarını koruyacak uygun tedbirler almasını emrettiğine hükmetmiştir. (Bkz. L.C.B./ Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Kararlara Dair Raporlar 1998-III, p. 1403, § 36). Bu yükümlülük ... iyi şekilde tanımlanmış bazı koşullarda başka bir bireyin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir kişiyi korumak amacıyla uygulanabilir önleyici tedbirlerin alınması açısından resmi makamlar üzerinde pozitif bir yükümlülüğü zımnen ihtiva eder (bkz. Osman / Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-VIII, s. 3159, paragraf 115, ve Kılıç / Türkiye, no. 22492/93, paragraf 62 ve 76, ECHR 2000-III). En son olarak Keenan davasında intihar eğilimli olduğuna dair emareler ortaya koyan ve ruhsal olarak hasta bir mahpusun davasında m. 2’nin uygulanabilir olduğuna hükmedilmiştir.

39. Mahkeme önündeki tüm davalardaki ısrarlı vurgu; devletin yaşamı korumak bağlamındaki yükümlülüğü olmuştur. Mahkeme, madde 2 tarafından garanti altına alınan “yaşam hakkının” negatif bir yanı olabilecek şekilde yorumlanabileceği hususunda ikna olmamıştır. Örneğin örgütlenme özgürlüğü sadece bir örgüte (ç.n. sendikaya, derneğe vesair) katılma hakkını içermekle kalmayıp aynı zamanda bir örgüte katılmaya zorlanmama hakkını da ihtiva eder. Dolayısıyla Mahkeme bir özgürlük kavramının kullanılması bağlamında tedbire dair bir seçim özgürlüğünü de zımnen içerdiğini gözlemlemektedir (bkz. Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Series A no. 44, s. 21-22, paragraf 52, ve Sigurður A. Sigurjónsson / İzlanda, 30 Haziran 1993 tarihli karar, Series A no. 264, s. 15-16, paragraf 35). Hal böyle olmakla birlikte 2. madde farklı terimlerle kelleme alınmıştır. Madde, yaşamın kalitesi veya bir kişinin yaşamıyla ne yapmayı tercih edeceği gibi meselelerle ilgilenmemektedir... Madde 2, dil sapıtılmaksızın, taban tabana zıt ve ölme hakkı olarak isimlendirilen bir hakka imkan verecek şekilde veya bireyin kendisine yaşamaktan ziyade ölmeyi seçme hususunda hak bahşedecek bir kendi kendine karar verme (self determinasyon) hakkı yaratacak şekilde yorumlanamaz.

40. Dolayısıyla Mahkeme, gerek bir üçüncü şahsın elinde gerekse de bir resmi makamın yardımıyla olsun ölme hakkının Sözleşme'nin 2. maddesinden çıkarılmayacağını tespit eder. Mahkeme'nin bu görüşü Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin geçenlerdeki 1418 sayılı (1999) kararıyla da doğrulanmıştır."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda alıntılanan *Pretty/İngiltere* kararıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin kişilere kendi yaşamlarını sonlandırma hakkı tanımadığını açık bir şekilde ifade etmiştir. Buna karşın ölme hakkının gerek amaç gerekse içerdiği süreç bakımından açlık greviden tamamıyla farklı olduğu göz ardı edilmemelidir.

4. ZORLA BESLEME KAVRAMI VE AİHM'NİN KONUSYLA İLGİLİ YAKLAŞIMI

Açlık grevinin doğrudan toplum vicdanına yönelik bir sonuç doğurması ve toplum vicdanının bireylerin kendilerini feda eden bu tercihe gösterdikleri hassasiyet ve kolektif acıma hissi, en nihayetinde resmi makamları olumlu yada olumsuz harekete geçmeye zorlamaktadır.

Bazı durumlarda resmi makamlar açlık grevcileri ile uzlaşmaya giderek işaret edilen rahatsızlığı ve/veya itiraz edilen uygulamaya son vermektedirler. Örneğin İrlanda Kurtuluş Örgütü'ne mensup mahpuslar 1981 yılında Maze Cezaevi'nde, Kuzey İrlanda'daki paramiliter örgüt mensuplarının, "Savaş Esirine Benzer Özel Kategori Statüsü" sınıflandırmasının İngiltere Hükümeti tarafından iptal edilmesi üzerine bir açlık grevi başlatmışlardır. Brendan Hughes adında bir mahpus tarafından başlatılan bu açlık grevi, İngiliz Hükümeti'nin açlık grevcilerinin taleplerini kabul etmesi üzerine herhangi bir can kaybı yaşanmaksızın sona erdirilmiştir. Buna karşın İngiliz Hükümeti'nin konuyla ilgili anlaşmadan cayması üzerine mahpuslar takip eden yıl içinde yeniden açlık grevine başlamışlardır. 1981 yılındaki bu açlık grevi sırasında hayatını kaybeden ilk açlık grevcisi mahpus Bobby Sands olmuş, onun ölümünü dokuz ölüm izlemiştir. On kişinin hayatını kaybetmesi ve yoğun kamuoyu baskısı üzerine İngiliz Hükümeti kısmi de olsa mahpusların taleplerini kabul etmiştir.³

³ Konu, Türkiye'de 1996 yılında gösterime giren "O da Bir Ana (Some Mother's Son)" filminde etraflı bir şekilde ele alınmıştır.

Kişinin kendi bedenini bir silah olarak kullanmasının, toplum vicdanında yarattığı travma bazı durumlarda bu eylemin veya eylemsizlik halinin resmi makamlarca bir şekilde ve çoğunluklarda zor yoluyla sona erdirilmesine neden olmuştur. Kendi iradeleriyle gıda almayı reddeden mahpuslar resmi makamlarca zorla beslenmiş ve böylelikle de amaçladıkları kamuoyunun oluşmasına engel olunmaya çalışılmıştır. XX. yüzyılın başlarında kadınların oy hakkı için mücadele veren İngiliz mahpuslar için açlık grevi sık sık bir eylem aracı olarak kullanılmıştır. Maria Dunlop, 1909 yılında bu soruna dikkat çekmek için açlık grevi yapan ilk kadındır. Mari Dunlop ve onunla birlikte açlık grevi yapan mahpuslar, resmi makamlarca zorla beslemeye tabi tutulmuştur. Zorla beslenen mahpuslardan pek çoğu yaşamlarını kaybetmiştir.⁴

Konu çeşitli kereler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de taşınmıştır. *Nevmerzhitsky / Ukrayna*⁵ davasında başvuru 13 Nisan 1998 tarihinde açlık grevine başlamış ve bu tarihten itibaren sadece su tüketmiştir. 17 Nisan 1998 tarihinde başvuru tıbbi muayeneden geçirilmiş ve 20 Nisan 1998 tarihinde yapılan idrar analizinden sonra da zorla beslemeye tabi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruya ilişkin kararında bir mahpusun sağlık durumunun zorla beslemeyi kaçınılmaz hale getirdiğinin doktor raporlarıyla açık bir şekilde ortaya konulması şartıyla zorla beslemenin bir yöntem olarak uygulanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, kararının devamında zorla besleme yöntemine başvurulması durumunda bu uygulamanın adli makamların denetimine tabi tutulması gerektiğini ve zorla beslemenin uygulanma şeklinin de mahpusun vakar, onur ve sağlığına tecavüz etmemesi gerektiğine işaret ederek, zorla beslemenin en azından yukarıda belirtilen şartları taşıması koşuluyla uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“29. Mahkeme tıbbın köklü prensiplerine göre terapötik (tedavi edici) bir zarurettten kaynaklı bir tedbirin prensip olarak insanlık dışı veya alçaltıcı olarak telakki edilemeyeceğini yinelemektedir. Aynı şey gıda almayı bilinçli olarak reddeden belirli bir mahpusun yaşamını korumayı amaçlayan zorla besleme içinde söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte Sözleşme organları tıbbi zaruretin ikna edici bir şekilde mevcut

⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Hunger_strike.

⁵ Başvuru no. 54825/00, Karar Tarihi: 5 Nisan 2005, Kesinleşme Tarihi: 12 Ekim 2005, Alıntılanan paragrafların çevirisi Av. Serkan Cengiz tarafından yapılmıştır.

olduğu hususunda tatmin olmak zorundadır (bakınız Herczegfalvy/ Avusturya, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Series A no. 244, s. 26, par. 83). Ayrıca Mahkeme zorla beslemeye ilişkin alınan bir kararda usulü garantilere uyulduğunu araştırmak zorundadır. Dahası bir açlık grevi sırasında başvuruçunun zorla beslemeye tabi tutulma biçimi Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesi altında belirlediği asgari şiddet barajını da aşmamalıdır. Mahkeme bu unsurları sırasıyla inceleyecektir.

30. Mahkeme, yerel makamlarca başvuruçunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbi zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvuruçunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvuruçunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez.

31. Başvuruçunun beslenme biçimi açısından, Mahkeme tarafların sunumları ışığında, resmi makamların kararname ile emredilen zorla besleme biçimine uygun davrandıkları kanaatindedir (bakınız paragraf.62). **Hal böyle olmakla birlikte kullanımına başvurulmuş kelepçe, ağız açıcı, yemek borusuna sokulan özel kauçuk borunun karşı koyma durumunda ve zora başvurulması ile birlikte, şayet tıbbi bir gereklilik yok ise Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence anlamına gelebilir** (yukarıda par. 63 – Avrupa Cezaevi Kuralları'na uygun olarak kullanılan araçlar).

32. Görülmekte olan davada Mahkeme başvuruçunun, Hükümet tarafından herhangi haklı bir tıbbi sebep gösterilmeksizin ve kararnamede öngörülen ekipmanlar kullanılarak ve karşı koymasına rağmen beslenmesinin işkenceyi karakterize eden aşırı bir muamele oluşturduğunu tespit etmektedir.

33. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme bir Sözleşme 3. madde ihlalinin mevcut olduğu kanaatindedir."

Yukarıda alıntılanan AİHM kararı, özetle bilinçli olarak gıda almayı reddeden bir açlık grevcisi mahpusun bazı durumlarda zorunlu beslemeye tabi tutulabileceğini buna karşın, buna ilişkin çok net sınırlamaların olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme'ye göre bir mahpusun 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 uygulanma yöntemi) insan onuruna, vakarına aykırı olmamalıdır.

5. ZORLA BESLEME VE TIP ETİĞİ

A. Genel Olarak

Açlık grevlerinde hekimin etik açıdan sorumluluklarını belirlerken, temel tıbbi etik ilkelerden “özerklik” ve “tedaviyi reddetme” hakkı ön plana çıkmaktadır. Özerklik, kişinin kendi sağlığına ilişkin tüm kararlara katılması biçiminde yorumlanabilir. *Her türlü tıbbi uygulamadan önce kişiyi bilgilendirmek ve girişimi onaylama ya da reddetme hakkını kullanmasını sağlamak hekimin etik ve yasal açıdan temel sorumluluklarındandır.* (BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1976) m. 10/1; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6; Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri Raporu (1993) m. 45, 46, 47; Dünya Hekimler Birliği Tokyo Bildirgesi m. 4, 5; Dünya Hekimler Birliği Malta Bildirgesi 1991, Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1987), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70; Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 21-26-36; TC Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği (1999) m. 22-25; Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi m. 5-9).⁶

B. İlgili Temel Bildirgeler

i. Tokyo Bildirgesi

Tam ismi, *“Tutukluluk ve Hapis Sırasında İşkence ve Öteki Zalimane, İnsanlık dışı ya da Alçaltıcı Muamele ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktor-*

⁶ http://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html

ları İçin Kılavuz" olan ve kısaca Tokyo Bildirgesi olarak anılan bu belge Ekim 1975 tarihinde Japonya'nın Tokyo kentinde yapılan Dünya Hekimler Birliği'nin 29. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve Fransa'da Mayıs 2005'de yapılan 170. Genel Kurul'da ve yine Mayıs 2006'da yapılan 173. Genel Kurul'da metin elden geçirilmiştir.

Bildirge'ye göre bir hekim beslenmeyi sağlıklı ve özgür iradesiyle reddeden bir mahpusun bu konudaki iradesine saygı duymalıdır.

"...

5. 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..."⁷

ii. Malta Bildirgesi

Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğinde olan ve Malta Bildirgesi olarak bilinen, "Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon" Kasım 1991 tarihinde Malta'da düzenlenen 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi. Bildirgeye, Eylül 1992 tarihinde İspanya'da düzenlenen 44. Dünya Tıp Kongresi'nde metin yeniden elden geçirildi. Son olarak Dünya Tıp Kongre'sinin Ekim 2006 tarihinde Güney Afrika'da yapılan Genel Kurulu'nda elden geçirildi.

"3- Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamalarını 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 dahil 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 (has-**

⁷ <http://www.tip.deu.edu.tr/index.php?id=546>

tanın) 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”.

Açlık Grevcilerinin Bakımı İçin Ana Hatlar

4. Yapay Beslenme

Açlık grevcisi ile daha önce görüşmenin mümkün olmadığı ve daha önceden verilmiş olan herhangi bir talimatın bulunmaması durumunda hekimler hasta açısından neyin en doğru olduğuna karar vererek hareket etmek zorundadırlar⁸.

Açlık grevcisi tarafından önceden verilmiş olan talimatın hesaba katılması gerekmektedir. Daha önceki tedaviyi reddetmelere, kişinin ehil olduğu dönemde ve gönüllü olarak verilmiş olması şartıyla, saygı gösterilmesi gerekmektedir.⁹

Eğer hastanın bilinci bulanır ya da komaya girip kendi başına karar alamayacak durumda olursa, hekim açlık grevi sırasında aldığı kararı her durumda dikkate alarak ve bu bildirgenin 4. maddesini göz önünde bulundurarak hastanın iyiliği için tedaviye devam edip etme kararı konusunda özgürdür.

Malta Bildirgesi, açlık grevcisine, özellikle bilincinin kapanması sonrasında, uygulanacak tedavi (zorla besleme de dahil) hususunda en doğru kararı vermekte hekimin serbest olduğunu, buna karşın bildirgenin yukarıda alıntılanan 4. paragrafında belirtilen hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bir başka ifadeyle özgür iradesiyle, beslenmeyi reddeden ve bu durumun bilincin kapanması sırasında da geçerli olacağını da belirten bir açlık grevcisinin önceden açıklamış olduğu iradesi kendisiyle ilgilenen hekim tarafından sonraki aşamalarda dikkate alınmak zorundadır.

⁸ “If no discussion with the individual is possible and no advance instructions exist, physicians have to act in what they judge to be the person’s best interests.”

⁹ “Consideration needs to be given to any advance instructions made by the hunger striker. Advance refusals of treatment demand respect if they reflect the voluntary wish of the individual when competent.” <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/h31/index.html>

Bu yaklaşım Türk Tabipleri Birliği tarafından da benimsenen bir yaklaşım olmuştur. TTB'nin konuyla ilgili yaklaşımı şöyledir:

“....

9- Açlık grevcisinin bilinci bozulur ya da komaya girerse hekim açlık grevcisinin son kararına saygı göstererek tutum alacaktır. Bu çerçevede hastanın rızasına aykırı bir şekilde “zorla besleme” etik açıdan doğru değildir. Bu nedenle cezaevi hekimleri hastanın ister bilinci açık, isterse kapalı olsun olgunun takip formu ile müdahale onay / red belgesini bir başka sağlık merkezine nakil sırasında mutlaka ambulans hekimine alındı belgesi ile birlikte teslim etmelidir. Ambulans hekimi de ikinci basamak merkezindeki hekime bu belgeleri aynı şartlar altında ulaştırmalıdır. Belgelerin gizliliğinden hekimler sorumludur.

10- Bilinci açık olan açlık grevcisi beslenmeyi reddettiğinde bu kişiler hekimler tarafından zorla beslenmeyecektir. Bunun aksi hem tıbbi etik, hem de hasta hakları açısından yanlış bir tutumdur.

.....¹⁰

Özet olarak hekim, açlık grevi yapan bir mahpusu, gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve gelişebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda tam ve etraflıca bilgilendirecektir. Mahpus bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını ve/veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde deklare ederse, etik ilkeler böylesi durumlarda hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğine işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle, bir tıbbi müdahale niteliğinde olan ve hastanın onamına aykırı bir şekilde hastanın/açlık grevcisinin iradesine aykırı bir şekilde zorla besleme yöntemine başvuran hekimin etik ilkelere uygun davranmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Bu noktada öne çıkan diğer kavramlar tedaviyi reddetme hakkı veya tedaviye onam vermeme hakkıdır.

¹⁰ http://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html.

6. TEDAVİYİ REDDETME VEYA TEDAVİYE ONAM VERMEME HAKKI VE İLGİLİ MEVZUAT

Açlık grevcisi bir mahpusun aynı zamanda tıbbi terminoloji anlamında bir "hasta" olduğu göz önüne alındığında, kendisine yapılacak her türlü tıbbi müdahale ve tedavi açısından onamının alınması yasal ve etik bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır.

i. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Konseyi üyeliği çerçevesinde Konsey tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*"¹¹ 9 Aralık 2003 gün ve 25311 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5013 sayılı Kanun ile ulusal hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Biyotıp Sözleşmesi olarak kısaltabileceğimiz bu uluslararası hukuk metninin Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 90. maddesinin son fıkrası yollamasıyla¹² yürürlükte olan aynı konuya ilişkin yasal düzenlemelerden de üstte olduğu dikkate alındığında, ne derece önem taşıdığı ortaya çıkacaktır.

Sözleşme'nin hastanın onamına ilişkin ihtiva ettiği hükümler şöyledir:

"Madde 5. (Genel Kural)

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.

¹¹ <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm>.

¹² "**ANAYASA MADDE 90.** – ... Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.

...

Madde 9. (Önceden açıklanmış istek)

Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır."

Ulusal mevzuatımızın bir parçasını oluşturan bu düzenlemeye göre bir kişiye, kendisinden sarıh bir şekilde onam alınmasından sonra sağlık alanında bir müdahale yapılabilir. Beslemenin ihtiva etmiş olduğu özellikler gereğince tıbbi bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle hastanın/açlık grevcisinin onamı alınmaksızın veya onun iradesine aykırı olarak yapılması durumunda işbu Sözleşme'nin yukarıda alıntılanan hükümlerinin ihlal edilebileceği söylenebilir.

ii. Hasta Hakları Yönetmeliği¹³

Hastaya yapılacak müdahale ve onamı hususunda düzenlemeler içeren bir diğer enstrüman, 1 Ağustos 1998 gün ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "*Hasta Hakları Yönetmeliği*" dir. Yönetmelik uyarınca bir hastaya müdahale edilebilmesi ancak o hasta tarafından verilmiş olan onama bağlı olup, onam her zaman geri alınabilir. Yönetmelik ayrıca bir hastanın kendisine uygulanan veya uygulanması planlanan tedaviyi her zaman reddedebilme hakkına sahip olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.

"Hastanın Rızası ve İzin

Madde 24- Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.

.....

Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür.

Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

¹³ <http://www.saglik.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF46148DEDD773827B>

Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

Tedaviyi Reddetme ve Durdurma

Madde 25- *Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."

iii. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)¹⁴

Onam konusunda atıfta bulunacağımız bir başka önemli uluslararası belge BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve tam ismi "*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*" olan ve İstanbul'da kabul edilmiş olması nedeniyle İstanbul Protokolü olarak anılan belgedir. Protokol'de onama ilişkin çok açık ve ağırlıklı olarak etik kurallara uyulması vurgusunu öne çıkaran bir sonuca varılmıştır. Protokol'ün onama ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

"...Tıbbi bakım sağlama görevini yansıtan tüm bildirgelerde doktorun muayene ya da tedavi gören kişinin çıkarlarına göre davranma yükümlülüğü vurgulanırken, sağlık çalışanlarının, hasta için neyin en iyi olduğunu bildiklerini varsayılmaktadır. Modern tıp etiğinin en temel ilkelerinden biri, kişilerin kendileri için neyin en iyi olduğunu değerlendirebileceğidir. Bu nedenle sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil akl başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidirler. Kişinin baygın olduğu ya da düzgün onay

¹⁴ http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html.

vermeğe muktedir olmadığı durumlarda, sağlık çalışanları kişinin çıkarlarının nasıl korunup gözetilebileceğine ilişkin bir karar vermelidirler. Hemşireler ve doktorların, hastalarının avukatıymışçasına davranmaları beklenir; bu husus DTB'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ve Uluslar arası Hemşireler Konseyi'nin İnsan Haklarını Korumada Hemşirelerin Rolüne İlişkin Açıklama gibi belgelerde açıkça ifade edilmiştir.

DTB'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde doktorların, aklen salâhiyetli hastalarından herhangi bir muayene veya tıbbi işlem için baskı altında olmadan ve bilgilendirilmiş onam almakla görevli oldukları ifade edilir. Bunun anlamı, kişilerin tıbbi tedaviyi kabul ettiklerinde olacakları veya tedaviyi red etmenin sonuçlarını bilmek zorunda olduklarıdır. Baskı altında ya da yanlış bilgilendirme sonucu alınan onam geçerli değildir ve bu onama dayanarak hareket eden doktorlar tıp etiğine aykırı davranıyorlardır.

Sağlık çalışanları, hastaları muayene etmeden önce muayenenin ve tedavinin amacını açıkça anlatmalıdırlar. İşlemin sonuçları hasta açısından ne kadar ağırsa, usulüne uygun bilgilendirilmiş onam almanın ahlaki yükümlülüğü de o denli büyüktür. Muayene ve tedavi, kişilere sonuçları belirgin bir yarar sağlayacaksa, hastanın yapılacak işlem için işbirliği yaparak, örtülü onay vermesi yeterli olacaktır. Ancak muayenenin temel amacının terapetik bakım olmadığı durumlarda (a) hastanın durumu bilip, onay vermesine (b) uygulanacak işlemin hiç bir şekilde hastanın çıkarına ters olmamasına büyük özen gösterilmelidir...."

Biyotıp Sözleşmesi ve İstanbul Protokolü tarafından tıbbi müdahaleler bağlamında onamın vazgeçilmez ve asıl olduğunun çok açık bir şekilde ortaya konulmuş olmasına ve bu düzenlemelerin herhangi bir istisnai durum ihtiva etmemelerine rağmen, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde bulunan "kanunen zorunlu olan haller dışında" ifadesiyle bir takım zorunlu hallerde tedaviyi reddetme hakkının olmadığı hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz mevzuata ilişkin düzenlemelerin kuvvet dereceleri dikkate alındığında ilgili Hasta Hakları Yönetmeliği'nin, Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı olduğu kolaylıkla söylenebilir.

7. MAHPUSUN ZORLA BESLENMESİ VE CEZA İNFAZ KANUNU

Türkiye'nin açlık grevleri açısından sıkıntılı bir geçmişi olması ve bu yöntemin son yıllarca sıklıkla kullanılan bir protesto yöntemine dönüşmesi nedeniyle, çeşitli nedenlerle açlık grevini bir protesto yöntemi olarak kullanan mahpusları önlemek amacıyla yasa koyucu 29 Aralık 2004 tarihinde 25685 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile zorla beslemenin bir yöntem olarak uygulanabileceğini hüküm altına almıştır.

“Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi

MADDE 82 - (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 hayatı tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi 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 ciddi 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 hayati 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.*"

Yasa koyucu, açlık grevlerinin kamuoyunda yarattığı ve yaratacağı tepkiyi göz önüne alarak işbu düzenlemeyle mahpusların kendi bedenlerini bir protesto yöntemi olarak kullanmasını tamamıyla önlemeyi amaçlamış ve zorla beslemenin bir yöntem olarak kullanılabileceğini hüküm altına almıştır. Her ne kadar maddenin lafzı AİHM'nin konuyla ilgili içtihatlarında işaret ettiği ilkeleri ihtiva ediyor gibi gözükse de, madde metni bu haliyle gerek tıp etiğine gerekse de yukarıda değinilen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmektedir. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla zorlama beslemeye ilişkin karar kurum hekiminin değerlendirmesine bağlı olarak gündeme gelmektedir. Buna karşın AİHM kararında belirtilen yargısal denetim ve usulü garantiler açısından hiçbir hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle ilgili madde uygulamasının hak ihlallerine neden olabileceği kolaylıkla söylenebilir.

8. HEKİMLİK ETİĞİ VE YASAL ZORUNLULUĞUN ÇATIŞMASI

Yukarıda etraflıca arz edilemeye çalışıldığı üzere hekimlerin mesleklerini icra ederken karşı karşıya kaldıkları ve çifte yükümlülük hali olarak tanımlanabilecek bazı durumlarda ne şekilde hareket etmeleri gerekmektedir?

İşbu çalışmada vurgulandığı üzere Türk ulusal mevzuatı bir yanıla açlık grevini bir protesto yöntemi olarak benimsemiş mahpusların karşı iradesine rağmen zorla beslenmelerini bir yöntem olarak kabul ederken, bir yanıla da bu durumu hukuka aykırı hale getiren uluslararası bir sözleşmeyi (Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi) ulusal mevzuatının bir parçası haline getirmiştir.

Hal böyle olmakla birlikte yine bu çalışma kapsamında vurgulanmaya çalışıldığı üzere gerek konuyla ilgili uluslararası mevzuat ve gerekse de tıp etiğine ilişkin belgeler hekimin, hasta / açlık grevcisi tarafından sergilenen iradeyi bir diğer ifadeyle tedaviyi reddetme hakkını dikkate almasının zaruri olduğuna dikkat çekmektedir.

Etik ve yasal mevzuatın çatıştığı bir durumda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin rehber niteliğindeki düzenlemelerden bir tanesi yukarıda bir kısmı alıntılanan ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve tam ismi “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*” olan ve İstanbul’da kabul edilmiş olması nedeniyle İstanbul Protokolü olarak anılan belgedir. İstanbul Protokolü’nün, hekimin çifte yükümlülük haline ilişkin hükmü şöyledir: “*Etik ile hukukun çeliştiği durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Sağlık çalışanlarının, etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgilerin açıklanması gibi bir yasal yükümlülüğe uymamalarını gerektiren durumlar olabilir. Ulusal ve uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmadan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler.*”¹⁵

Görüldüğü üzere, yasal yükümlülük ile etik kuralların çatışması durumunda etiğin öne çıkarılması hususunda uluslararası bir kabul mevcuttur. Kuşkusuz bir hekimin çifte yükümlülük hallerinde etik ilkeleri izleyerek hareket etmesi, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi engeline rağmen, bazı vakalarda ulusal mevzuata aykırılık (TCK m. 257 bağlamında görevi ihmal ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu) hallerinin ortaya çıkmasına ve netice olarak bir takım idari ve cezai soruşturuların ve yaptırımların gündeme gelmesine neden olabilir.

SONUÇ

Mahpusların bir protesto yöntemi olarak açlık grevine başvurması ve böylesi durumlarda hekim tarafından izlenecek tutum ve davranışlar ve özellikle de zorla besleme açısından ulusal mevzuat gerek kendi içinde gerekse de konuyla ilgili uluslararası mevzuat ve ilgili tıp etiği ilkeleri bağlamında çelişkili hükümler ihtiva etmektedir. Bu çelişki hali hekimleri konuyla ilgili etik ilkeleri ihlal etmeye zorlayabilecek bir takım kötü uygulamaların yerleşmesine neden olabilir.

¹⁵ http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html.